

LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LA ORGANIZACIÓN PATRIMONIAL DE LOS MATRIMONIOS TRANSFRONTERIZOS

Ignacio Paz-Ares

Notario de Madrid

TITLE: *Private autonomy and the organization of property in cross-border marriages.*

RESUMEN: En el presente estudio se aborda, desde un enfoque apegado a la práctica jurídica extrajudicial, el desenvolvimiento de la economía matrimonial en un contexto transfronterizo, caracterizado por la disparidad de soluciones materiales y conflictuales, a la luz de las nuevas normas del Derecho internacional privado europeo que incorpora el Reglamento (UE) 2016/1103 de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. El análisis se realiza desde una perspectiva problemática y funcional, con el objetivo de poner de relieve las principales cuestiones que suscita su aplicación, dedicando especial atención a la materia relacionada con la determinación de la ley aplicable y a la operatividad del principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito material y conflictual, su alcance y sus limitaciones, y los mecanismos convencionales a través de los que se articula, bajo la propuesta de una interpretación que potencie el mayor grado de libertad contractual. Asimismo, se incide en la importancia de la aplicación preventiva del derecho internacional privado como factor que, mediante la estimulación del ejercicio de la autonomía privada, promueve la búsqueda de respuestas ajustadas a la concreta situación familiar de los cónyuges, a sus intereses y circunstancias, favoreciendo el acogimiento de soluciones previsibles y seguras de forma anticipada a crisis, en aras de aminorar conflictos y controversias o propiciar su resolución amistosa. Con ocasión del relato de las situaciones que se presentan al operador jurídico se hace un recorrido crítico sobre buena parte de los preceptos del Reglamento y las posibilidades regulatorias alternativas que ofrece. Se hace especial hincapié en la tensión o contraste entre la universalidad de la ley aplicable y la territorialidad jurisdiccional y la ausencia de un hilo armonizador más intenso. Esto último se advierte especialmente en la respuesta sectorizada que da el DIPr europeo a la economía familiar, frente a la aspiración del reconocimiento transnacional de la identidad unitaria del estatuto matrimonial. La deriva que se produce, por el seguimiento del método de remisión indirecta para la solución de conflictos interterritoriales en los Estados plurilegislativos, como el nuestro, que cuenta con un derecho conflictual desfasado y asentado en principios dispares a los europeos, también constituye una muestra de ausencia de armonización. Finalmente, se hace una breve referencia a la competencia jurisdiccional, y al papel que se reconoce a la autonomía privada en su determinación, y se concluye con un análisis del nivel de coordinación que opera, en materia de ley aplicable y de jurisdicción competente, entre los Reglamentos que regulan materias familiares.

ABSTRACT: This study addresses, from a perspective closely tied to extrajudicial legal practice, the development of the economic aspects of marriage in a cross-border context, characterized by the divergence of material and conflictual solutions, in light of the new rules of European private international law incorporated in Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes.

The analysis is approached from a problem oriented and functional perspective, with the purpose of emphasizing the key issues arising from the implementation of these rules. Special attention is given to the determination of applicable law and the practical implementation of the principle of individual autonomy in both substantive and conflictual aspects, exploring their extent and limitations, as well as

the conventional mechanisms through which it is achieved. The study advocates for an interpretation that fosters the utmost degree of contractual freedom.

Special emphasis is given to the crucial role of preventive implementation of private international law as a catalyst for fostering the exercise of individual autonomy. By doing so, it encourages the pursuit of tailored solutions that address the unique family dynamics, interests, and circumstances of the spouses. This approach facilitates the emergence of predictable and secure outcomes in anticipation of potential crises, aiming to minimize conflicts and disputes or enable their amicable resolution.

On accounts of situations faced by legal operators, a thorough examination is undertaken, critically analysing a significant portion of the provisions of the Regulation and the alternative regulatory options it presents. This analysis specifically emphasises the tension or contrast arising from the juxtaposition of the universal nature of applicable law and the jurisdictional territoriality, as well as the noticeable absence of a more robust harmonizing framework. This becomes particularly apparent through the segmented response dictated by the European private international law to family economy, contrasting with the aspiration for transnational recognition of the unified identity of matrimonial status. The drift caused by the reliance on the indirect referral method to resolve interterritorial conflicts in multilegislative states like ours, which operate under outdated conflict-of-law principles that differ from those prevailing in Europe, is also a sign of lack of harmonization. Ultimately, this study refers to the jurisdictional competence and the role that private autonomy plays in its determination. This is followed by a the analysis of the interplay among the UE Regulations governing family matters in relation to applicable law and competent jurisdiction.

PALABRAS CLAVE: Reglamento (UE) nº 2016/1103, régimen económico matrimonial, autonomía de la voluntad, acuerdo de elección de la ley aplicable, convención matrimonial, aplicación preventiva del Derecho internacional privado, estados plurilegislativos, cambio de la ley aplicable, coherencia conflictual y material.

KEYWORDS: EU Regulation nº 2016/1103, matrimonial property regimes, individual autonomy ("*autonomía de la voluntad*"), agreement on a choice of applicable law, matrimonial property agreement, preventive application of private international law, states with more than one legal system, change of applicable law, conflictual and material coherence.

SUMARIO. 1. APUNTE PRELIMINAR. 1.1. *La especial problemática de las relaciones familiares internacionales.* 1.2. *La solución europea.* 1.3. *El rol de la autonomía privada.* 1.4. *El Reglamento y los mecanismos de justicia preventiva.* 1.4.1. La actuación notarial. 2. EL REGLAMENTO 1103/2016: ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2.1. *Ámbito espacial: Estados miembros y Estados participantes.* 2.2. *La noción de situación transfronteriza.* 2.3. *Ámbito objetivo (o material).* 2.3.1. El régimen económico matrimonial. 2.3.2. Concepto autónomo europeo. 2.3.3. Delimitación positiva. 2.3.3.a. Contenido capitular. 2.3.3.b. Pactos preventivos. 2.3.3.c. Atribuciones patrimoniales. 2.3.4. Delimitación negativa (materias excluidas). 2.3.4.a. La pensión compensatoria y su naturaleza alimenticia. 2.3.4.b. La cuestión sucesoria: derechos y ventajas del cónyuge superviviente. 2.4. *La calificación como materia económico conyugal.* 3. EL DERECHO APLICABLE. 3.1. *Principios.* 3.2. *Autonomía de la voluntad conflictual.* 3.2.1. La elección de la residencia habitual. 3.2.2. La elección prenupcial y la primera residencia habitual posterior al matrimonio. 3.2.3. La elección de la ley correspondiente a la nacionalidad. 3.3. *Conexiones subsidiarias.* 3.3.1. La primera residencia habitual común tras el matrimonio. 3.3.2. La cláusula de escape. 3.3.3. La nacionalidad común. 3.3.4. La Ley de los vínculos más estrechos. 3.5. *El contrato de elección. Presupuestos y condiciones de validez.* 3.5.1. Validez formal. 3.5.2. Validez material. 3.5.3. La posible irrupción de la ley de la residencia habitual del cónyuge impugnante. 3.5.4. Elección tácita de la ley aplicable. 3.5.5. Alcance del pacto de elección de ley aplicable. 3.6. *La determinación de la ley aplicable por notario español.* 3.6.1. La determinación incidental. 3.6.2. La determinación directa. 4. LA EFICACIA EN EL TIEMPO DE LA LEY APLICABLE. 4.1. *El principio de inmutabilidad.* 4.2. *El cambio voluntario de ley aplicable.* 4.3 *Efectos conflictuales y materiales.* 4.4. *Alcance temporal del cambio de ley: su retroactividad.* 4.4.1. Eficacia intra conyugal del cambio. 4.4.2. Efectos frente a terceros. 5. LA AUTONOMÍA MATERIAL: LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES 5.1. Concepto autónomo. 5.2. Caracteres diferenciales. 5.3. Ámbito temporal. 5.4. Modulaciones convencionales a su

eficacia. 5.5. Ámbito subjetivo. 5.6. La divergencia entre el concepto europeo y los nacionales: consecuencias. 5.7. *Condiciones de validez*. 5.7.1. Validez formal. 5.7.2. Validez material. 5.7.2 a. Consentimiento. 5.7.2.b. Contenido (conflictual y material). 6. PROBLEMAS DE APLICACIÓN EN SUPUESTOS ESPECIALES. 6.1. *Leyes de policía*. 6.2. *Orden público*. 6.3. *El reenvío*. 6.4. *Estados plurilegislativos*. *Matrimonios internacionales sujetos al derecho español*. 6.5. *Derecho transitorio*. 7. LA INFLUENCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA DETERMINACIÓN DEL FUERO. 7.1. *La cuestión de la competencia de las autoridades extrajudiciales*. 7.2. *Competencia jurisdiccional internacional*. 7.2.1 Concentración de competencia jurisdiccional automática por fallecimiento de uno de los cónyuges. 7.2.2 Prórroga en caso de crisis matrimonial. 7.2.3. Supuesto general (fuera de los casos de prórroga de jurisdicción). 7.2.4. Criterios de atribución objetivos. 7.2.5. Reglas de competencia en supuestos especiales. 7.2.5.a. Competencia alternativa. 7.2.5.b. Competencia subsidiaria. 7.2.5.c. *Forum necessitatis*. 8. LA ESPECIALIZACIÓN NORMATIVA Y EL PAPEL ARMONIZADOR DE LA AUTONOMÍA PRIVADA. 8.1. *La coherencia conflictual y material del Reglamento y su problemática*. 8.2 *Las soluciones subsidiarias*. 8.3. *El papel armonizador de la autonomía de la voluntad*. 8.4 *La armonización material: la solución sustantiva*. 8.5 *Epílogo*. 9. BIBLIOGRAFÍA.

1. APUNTE PRELIMINAR

1. Ha sido una constante casi desde el inicio de los tiempos la aspiración humana a poder regular sus propios intereses. Sin embargo, su implantación como principio ha sido fruto de una larga evolución. Hubo que esperar hasta épocas más recientes a que paulatinamente se mitigase el impulso de los Estados a monopolizar la regulación de todas las relaciones jurídicas y a que se reconociese la capacidad de los ciudadanos de organizar sus relaciones privadas con plena eficacia jurídica. Fue en el Derecho de los contratos donde primeramente se asentó esta idea y desde este sector se ha ido expandiendo a otras materias del Derecho privado, especialmente las de trascendencia patrimonial, hasta convertirse en un principio transversal. De este modo se pone en manos de los interesados la autorregulación de sus intereses, se potencia su capacidad de decisión y se favorece la creación normativa de origen convencional. En esta evolución, se observa que la autonomía privada no solo ha ido ampliando su ámbito de actuación, sino que se concibe como un instrumento que favorece el libre desarrollo de la personalidad cuyo ejercicio debe ser estimulado por el Derecho. Al mismo tiempo, también le corresponde al Derecho establecer sus límites, para evitar abusos y soluciones contrarias a los principios básicos que inspiran cada sistema jurídico, asegurar la protección de las partes vulnerables y establecer una regulación dispositiva para el caso de que los interesados no hagan uso de su poder autorregulatorio; regulación que habrá de servir de referencia del equilibrio contractual, en los casos en que las posiciones de las partes presenten algún punto de asimetría.

2. La recepción y reconocimiento de este principio ha sido más tardía en otros ámbitos, como el derecho de familia. En esta latitud jurídica, su evolución ha sido más lenta, debido al elenco de dificultades que la concepción tradicional de la familia, marcada por una orientación claramente institucionalista, había supuesto para el reconocimiento de

un ámbito de actuación válido y eficaz de la autonomía privada. Hubo que esperar a los profundos cambios sociales habidos en las últimas décadas para constatar la gran transformación que experimentaron las instituciones familiares. El matrimonio ha sido una de las instituciones más sensibles a estos cambios, motivados fundamentalmente por el reconocimiento de otras formas o modelos de organización familiar y por la paulatina, pero constante, penetración de los principios constitucionales que han contribuido a reconocer la prevalencia de la voluntad individual de cada persona sobre la unión conyugal, hasta el punto de decolorar, y aún de sustituir, el tradicional concepto de orden público matrimonial. En este tránsito, se abre al matrimonio un espacio más desregulado y más liberado de los reflejos del derecho público en que se reconoce un papel creciente a la autonomía de la voluntad y a la regulación convencional de los cónyuges. La voluntad individual de cada cónyuge, concebida en términos paritarios, de igualdad, pasa a ser un elemento constitutivo y configurador de la relación matrimonial, hasta el punto de que, en la medida en que la *afectio coniugalis* se concibe como una manifestación continuada del consentimiento, éste se consolida como un elemento básico de su permanencia. Actualmente en muchos países, como el nuestro, aunque la constitución y la disolución del matrimonio se sujetan al control de una autoridad pública, la autonomía privada desarrolla un importante papel en la conformación de la organización patrimonial del matrimonio, en su disolución, en la fijación del catálogo de medidas que han de regular la situación post matrimonial y aún en ciertas esferas de marcado acento personal, hasta el punto de que en la doctrina constituye un lugar común hablar del proceso de privatización del matrimonio, en el que tienen cabida las opciones personales de los cónyuges¹. La autonomía privada se ha convertido en el instrumento idóneo para adecuar de forma efectiva las estructuras del derecho de familia a las necesidades, convicciones y objetivos de las parejas que organizan su vida en común en torno al matrimonio. Pero al mismo tiempo, también constituye un mecanismo que contribuye de forma eficaz a dotar de previsibilidad y de certeza al marco regulatorio aplicable a las relaciones familiares. En este ámbito jurídico, tan apegado a la vida diaria de las personas, a sus necesidades más básicas e importantes, constituye un factor esencial para el libre desarrollo de la personalidad de los miembros de la familia; de ahí que revista capital importancia que el matrimonio y su economía descansen en bases seguras y previsibles, y que presenten un alto grado de adecuación a las características de cada unidad familiar. Esta misma línea de favorecer el poder regulatorio y electivo de la autonomía de la voluntad es seguida por el derecho internacional privado europeo, que también da carta de naturaleza a los negocios jurídicos de derecho de familia.²

¹ Vid. por todos, PARRA LUCAN, M.A., "La autonomía privada en el derecho civil", ed. *Prensas de la Universidad*, p. 30 y ss.

² Como pone de relieve RADEMACHER, L. ("Cambiano el pasado, elección retroactiva de la ley aplicable y protección de terceras partes en los reglamentos europeos sobre los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2018 vol. 10, nº 1), la autonomía de

1.1. *La especial problemática de las relaciones familiares internacionales*

3. En el ámbito de las relaciones privadas internacionales la consecución de estos objetivos ha encontrado mayores dificultades. La concurrencia de algún elemento de extranjería coloca a la relación matrimonial en una nueva dimensión, en la que confluyen una amalgama de factores y vinculaciones con diversos sistemas jurídicos que dan paso a un amplio abanico de jurisdicciones y alternativas regulatorias, lo que dificulta proyectar un mínimo de previsibilidad sobre la respuesta jurídica a las cuestiones matrimoniales. En efecto, sobre el carácter poliédrico de la relación conyugal, donde se distinguen distintos planos (personal y patrimonial), a veces de perfiles difusos, y diferentes tipos de relaciones ad intra, conyugales y parentales, y ad extra, los matrimonios que presentan una dimensión internacional encierran una realidad más compleja, pues en su devenir organizativo se cruzan diferentes derechos, inspirados en principios y soluciones muy diversos, que son llamados en función de diferentes vinculaciones cuya relevancia es valorada de forma diferente en cada jurisdicción. En efecto, esta diversidad no solo se produce en el ámbito material, sino que alcanza al orden conflictual, a las normas relativas a la determinación del derecho y la jurisdicción competente. Cada Estado tiene su propio sistema competencial y su particular orden conflictual, que aparece marcado por la peculiar configuración de sus instituciones. La fijación del derecho aplicable habitualmente se verifica, pues, conforme a las normas de conflicto del foro, que establecen las distintas conexiones en función del sector de la materia matrimonial que resulte concernido, ordenadas según su propio sistema de valores y sus particulares categorías jurídicas. Sin embargo, estas categorías jurídicas no siempre resultan uniformes ni coincidentes en el espacio internacional, debido a la pluralidad de regulaciones materiales existentes y a su variedad institucional. Esta circunstancia trae como consecuencia que la calificación del supuesto de hecho y su adscripción a una concreta materia influya decisivamente en la determinación de la ley aplicable. A su vez, el foro competente, de cuyas reglas conflictuales depende la determinación del derecho aplicable, tampoco es fácilmente determinable *ex ante*, particularmente al tiempo de la celebración del matrimonio. Ni siquiera, aunque medie un contrato matrimonial, que siempre habría de ajustarse a la ley competente, fijada según los criterios del foro, para asegurar su validez³. Todas estas consideraciones ponen de relieve el clima de inseguridad en que se desenvuelven las relaciones transfronterizas, cuyo número no deja de crecer, ya sea como consecuencia de los flujos migratorios globales, y en nuestra área geográfica, por el impulso del principio de la libre circulación que rige en el espacio de la Unión europea⁴.

las partes no se limita al Derecho internacional de las obligaciones, sino que también se le ha asignado un lugar firme en el Derecho internacional de sucesiones y de familia.

³ Vid. NAGY, C.Y. "El derecho aplicable a los aspectos patrimoniales del matrimonio: la ley rectora del matrimonio empieza donde el amor acaba", *AEDIPr*, t. X, 2010, p. 513

⁴ Como expone DIONISI-PEYRUSSE, A., "Autonomie de la volonté et loi applicable aux régimes matrimoniaux: le Règlement du 24 juin 2016 relatif aux régimes matrimoniaux", en *L'autonomie de la volonté dans les relations*

4. Asimismo, en paralelo a esta problemática, surge otra, que está muy relacionada con la justificación de las vinculaciones en torno a las que se desenvuelve el matrimonio en el espacio internacional, y que también incide en la seguridad jurídica de los cónyuges y de quienes se relacionan con ellos. La propia condición de casados, su nacionalidad, su residencia, su vinculación con un determinado país, en definitiva los puntos de anclaje que constituyen factores fundamentales para establecer el cuadro de respuestas jurídicas a las vicisitudes conyugales, no solo constituyen conceptos que han arraigado de forma diferente en los distintos territorios sino que a menudo dependen de un conjunto de elementos dinámicos, móviles en el tiempo y en el espacio, cuya acreditación, constituye una tarea compleja, especialmente en el ámbito extrajudicial, donde resulta complejo articular un sistema probatorio suficiente de estas circunstancias, por lo que, en más ocasiones de las deseables, se confía su constatación a indicios o a las propias manifestaciones de los interesados. Esta circunstancia también contribuye a crear una sensación de inseguridad sobre la situación en que se encuentran estos matrimonios, lo que obstaculiza su desenvolvimiento en un marco estable y cierto, tanto en las relaciones propiamente conyugales como en las de estos con los terceros.

5. Con todo, el principal problema que presentan las relaciones familiares transfronterizas proviene de la diversidad legislativa conflictual y material de los diferentes estados. La disparidad material constituye por el momento un obstáculo insalvable, pues no parece posible (ni siquiera se pretende a nivel europeo, donde se comparten un catálogo importante de valores) que se inicien procesos de uniformización en la regulación material de las instituciones familiares. Quizá tampoco fuese algo deseable, al menos por el momento, dada la íntima ligazón entre estas instituciones y las tradiciones, cultura y costumbres de cada país, tal y como se reconoce en el marco constitucional de la UE, cuyo art. 67.1 (TFUE) relativo al Espacio de Libertad seguridad y justicia, establece que “*La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros*”. El respeto a los derechos materiales nacionales exigía la ordenación de sus conflictos, pues en otro caso se pondría en riesgo el propio principio de libre circulación. Por tanto, los esfuerzos para superar esta situación se han orientado hacia la unificación de las reglas de derecho internacional privado. Por esta vía, sin interferir en las regulaciones materiales internas, los esfuerzos se centran en ampliar significativamente la seguridad jurídica

familiales internacionales (dir. PANET, A., FULCHIRON., H Y WAUTELET, P.), p. 245, en 2015 residían en el espacio de la UE 19,8 millones de personas procedentes de terceros Estados y 15,3 millones de personas nacionales de un Estado integrante de la UE viven en otro Estado miembro. Según el diario la Razón, citando como fuente un informe de la ONU revisado en 2020, se registraba la presencia en la Unión Europea de 37 millones de inmigrantes extranjeros, lo que representaba el 8,2% del total de la población europea. De ellos, la mayoría, 20,7 millones se concentran en Francia, Italia y España. A nivel nacional, la Estadística publicada por el Ministerio de Inclusión, Seguridad social y Migraciones del Gobierno de España, constata que el número total de extranjeros residentes en España (con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor) asciende a 5.800.468 a 31 de diciembre de 2020, el 61% de ellos sujetos al régimen de libre circulación UE.

transfronteriza, mediante el establecimiento de reglas uniformes que favorezcan la predeterminación y la previsibilidad de cuál es el derecho aplicable, cualquiera que sea la autoridad competente, y el foro al que se sujeta el estatuto patrimonial de los cónyuges. En definitiva, el objetivo no puede ser otro que el de dar continuidad en el espacio internacional a la situación jurídica matrimonial.

Asimismo, también se precisaba, en concordancia con la evolución del derecho de familia hacia su privatización, un reconocimiento uniforme al papel de la autonomía de la voluntad, que constituye un factor que puede activar una considerable convergencia entre los ordenamientos internos reclamados en cada sector familiar. Hasta la puesta en marcha del proceso de armonización conflictual europeo, más allá de algún intento en el marco del derecho de los tratados, faltaba un núcleo jurídico común que, de forma unificada y segura, consagrara el doble rol que en las relaciones privadas internacionales está llamada a desempeñar la autonomía privada en nuestro contexto político y social, como *facultas electionis* (del derecho aplicable y de la jurisdicción competente) y como fuente privada de regulación material.

1.2. *La solución europea*

6. En el marco de este objetivo, las instituciones europeas, a través del mecanismo de la cooperación reforzada, han impulsado y aprobado, el Reglamento UE núm. 2016/1103, *relativo a la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales* (en adelante el Reglamento o el RREM)⁵. Surge dentro de un proceso de armonización del derecho de familia en la Unión Europea, orientado a poner freno al caos y la incertidumbre existentes. El punto de partida de este proceso normativo aparece ligado al objetivo de creación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, que pasaba por la unificación del Derecho internacional privado (en adelante DIPr) de los Estados miembros. La justificación inicial hay que buscarla, por una parte, en facilitar la previsibilidad a través de normas de conflicto uniformes para la determinación del derecho aplicable; por otra, en la introducción de reglas comunes de competencia jurisdiccional internacional y de reconocimiento de resoluciones judiciales y de circulación de documentos no judiciales. El Reglamento encaja, pues, con los objetivos del art. 81 TFUE, que incluso facilita la articulación de la uniformidad conflictual en el ámbito del derecho de familia a través de un procedimiento especial, más flexible. Tras la elaboración del correspondiente Libro verde, en el año 2011 se presenta la Propuesta de Reglamento por la Comisión, que sin embargo no logró suscitar el acuerdo de todos los Estados miembros. Por eso en el año 2016 se opta

⁵ DO nº L 183 1, de 8 de julio 2016, en vigor desde 29 enero 2019, cf. art. 70

por acudir a la vía de la Cooperación reforzada, que no requiere la unanimidad⁶, ni la participación de un número determinado de Estados miembros

7. La disparidad entre los sistemas de DIPr de los Estados miembros justificaba la intervención de las instituciones europeas en la creación de un marco jurídico supraestatal que fructifica con la elaboración del Reglamento 2016/1103 (REEM). Su principal objetivo, según repiten de manera persistente sus considerandos, se orienta a garantizar la seguridad jurídica de los cónyuges en el ámbito patrimonial y también su libertad, potenciando su autonomía privada. Todo ello siempre, bajo el desiderátum de asegurar el buen funcionamiento del mercado interior, con pleno respeto a los derechos de la persona, lo que requiere dar consistencia al estatuto familiar, matrimonial, amoldado a cada situación particular, para que sea reconocido más allá de los límites del territorio en que se conforma. En definitiva, se trata de ofrecer a los matrimonios heterogéneos, como con altas dosis de realismo reconoce el Considerando 15, “*cierta previsibilidad*”. Siguiendo el esquema de otros Reglamentos que le precedieron, el espíritu armonizador que inspira al Reglamento 2016/1103 se canaliza mediante la unificación del derecho internacional privado en el sector de la economía conyugal, desechando otras alternativas, como la formulación de un régimen matrimonial europeo común de carácter subsidiario o electivo. Se descartan, pues, las soluciones materiales optativas. Asimismo, se deja intacto el contenido sustantivo de los derechos nacionales que no se ven afectados⁷.

8. El Reglamento acomete la unificación de las reglas que se ocupan de los tres núcleos de problemas que suscitan el mayor interés trasfronterizo: la competencia internacional, el derecho aplicable y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y documentos relativos a los efectos patrimoniales del matrimonio⁸, con el propósito de que la ley aplicable a la economía conyugal no varíe en función del foro que sea competente y que las resoluciones y documentos tengan un cauce uniformado de circulación. También apuesta por que haya una sola ley que rijan la economía del matrimonio y que abarque a todos sus elementos, sin importar donde estén localizados. En el horizonte del Reglamento se dibuja, en definitiva, un sistema de leyes y foros previsibles —que tienden a asegurar la seguridad jurídica y la accesibilidad a la tutela jurisdiccional— en torno a los que se ensambla un marco privilegiado de circulación documental que potencia la eficacia

⁶ Sobre el proceso de elaboración del Reglamento, vid. por todos, QUIÑONES ESCAMEZ, A., “Problemas generales de derecho internacional privado en los nuevos reglamentos europeos en materia de regímenes matrimoniales y efectos y efectos matrimoniales de las personas casadas” *Thomsom Reuters 2017 (Cursos de derecho y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2017)* p. 258 y ss.

⁷ A este respecto cabe recordar que la UE no tiene competencia, ni por ello capacidad uniformadora, en materia de derecho familiar sustantivo.

⁸ Cdos. 15 y 16 “*Para garantizar la seguridad jurídica de las parejas casadas en lo que respecta a su patrimonio y ofrecerles cierta previsibilidad, [...] el presente Reglamento debe reunir las disposiciones en materia de competencia, ley aplicable y reconocimiento, o, en su caso, aceptación, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales*”.

transfronteriza de los pactos conyugales en el espacio común europeo concernido, para dar continuidad espacial a la economía conyugal.

El Reglamento viene a cubrir un área importante dentro del derecho de familia, complementando a otros reglamentos, a la vez que busca, con desigual resultado, un cierto grado de engranaje con el derecho sucesorio, pues no en vano la liquidación del régimen matrimonial constituye un acto previo y necesario para la determinación y reparto del caudal sucesorio. En el ámbito propiamente familiar se favorece también la armonización normativa con ciertas materias limítrofes, como la alimenticia y la relativa a la disolución del matrimonio, así como la unificación o concentración de materias en un solo foro.

1.3. *El rol de la autonomía privada*

9. Resulta indiscutible el avance en seguridad y en previsibilidad que aporta el Reglamento al facilitar grandes dosis de unidad regulatoria conflictual y de ordenación competencial. En cambio, la apuesta por la libertad de autorregulación es más tímida. La autonomía privada, que aspira a erigirse en un principio rector del derecho internacional privado europeo⁹, sin embargo, no constituye todavía un valor absoluto, sino que —aun gozando de amplio reconocimiento— aparece anclada en torno a ciertos vínculos o conexiones que condicionan y restringen su ejercicio. Se descarta la equiparación de este ámbito de la organización económica familiar, pese a su cercanía, con el contractual¹⁰, donde la autonomía privada desempeña un papel capital¹¹. La autonomía privada favorece que se aplique la ley que los cónyuges estiman como la más adaptada a su situación y a sus intereses, descartando las que, aunque en principio pudieran ser cercanas, no se acomodan a sus circunstancias. Sin embargo, se desconfía de que un ejercicio sin límites de

⁹ Sobre la evolución de la autonomía de la voluntad en el marco del DIP, aunque con especial referencia al ámbito contractual, vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “La Ley aplicable a los contratos internacionales en la historia de los conflictos de leyes”, *CDT* (marzo 2023), Vol. 15, Nº 1, pp. 161-221, en especial p. 184 y ss. Este principio ya figura en el derecho conflictual de la UE en los Reglamentos 593/2008 (sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales), 864/2007 (sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales) y en materia familiar en los Reglamentos 4/2009, (sobre materias alimenticias), 1259/2010 (ley aplicable al divorcio y a la separación) y 650/2012 (en materia sucesoria).

¹⁰ Vid. *art. 3 Roma I*, relativo a obligaciones contractuales, que permite elegir (y modificar) cualquier ley, sin requerir ninguna proximidad con los elementos objetivos o subjetivos de la relación obligatoria. No obstante, existen ciertas restricciones derivadas del régimen tuitivo de la parte débil, consumidores y trabajadores, arts. 5 y 6, *Roma I*).

¹¹ Un sector de la doctrina, cercano a la posición que en este punto orienta al Reglamento, rehúsa la trasposición automática a este ámbito de los principios contractuales. Se alude a que el trasvase de la solución contractual al marco de la economía conyugal podría ser peligrosa, pues la excepcional trascendencia patrimonial de ésta es muy superior a la que comportan la mayoría de las relaciones contractuales y que las reglas protectoras del consentimiento en materia contractual previstas por el DIPr no se adaptan del todo a las dificultades propias del régimen matrimonial, en particular, el régimen tuitivo de la “parte débil”, que en este campo (si la hubiera) no podría identificarse de forma previa y abstracta (DIONISI-PEYRUSSE, A., op. cit. p. 252 y NOURISAT, C., “Différence(s) entre autonomie de la volonté en matière contractuelle” (*L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, dir. PANET, A., FULCHIRON, H., y WAUTELET, P., p. 64 y ss.)

la libertad conflictual pueda acarrear la remisión a legislaciones exóticas, lejanas a los consortes, que generen elevados costes conflictuales, o desfavorecedoras para el cónyuge más débil. Estas razones, bajo las que se pretende justificar la solución adoptada, que entraña una cierta *curatela legis* sobre los cónyuges, en realidad, tienen menos peso del que aparentan¹², máxime si se pondera el juego de ciertos factores. Entre estos podemos destacar el importante campo de actuación que se dispensa al derecho imperativo (cuyo objetivo primordial es el de la tutela de los intereses más necesitados de protección) a través de instituciones como el régimen económico primario o, de manera refleja, a través de la actuación del orden público o de las normas de policía, así como la compleja estructura formal bajo la que ha de manifestarse la autonomía privada. Por otra parte, tampoco hay que olvidar el peso que en la aplicación e interpretación del Reglamento han de tener los principios y derechos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹³. Esta desconfianza se traduce en el sometimiento de la autonomía privada a puntos de conexión muy tasados que se estiman próximos a los cónyuges, con lo que en definitiva se monitoriza la autonomía conflictual, que se convierte, propiamente, en lo que se ha llamado una autonomía de elección restringida. La proximidad condiciona la capacidad de elección. Quizás debiera repararse en que el acuerdo de elección, como decisión seria, informada y libre de los consortes, podría ser revelador de una cierta comunión de los cónyuges con el esquema de valores y principios que proclama la ley elegida, lo que a la postre evidencia, per se, una voluntad de mantener un estrecho nexo de unión con ella. El arraigo, la proximidad¹⁴, no solo pueden derivarse de los *facta concludentia* tradicionales, sino también del conocimiento y de la voluntad inequívoca de las partes afectadas de inclinarse por un derecho concreto, lo que resulta especialmente oportuno en un marco internacional, como es el espacio europeo, en el que subyace una tradición jurídica diferenciada pero presidida, en buena parte, por unos mismos valores. Acaso resultase conveniente reflexionar, en el ámbito electivo, sobre el alcance y la (sobre) dimensión del principio de proximidad¹⁵.

¹² Podría decirse que, con carácter general, actualmente, en el ámbito europeo las relaciones conyugales se basan en la diarquía y el principio de igualdad, lo que provoca el retraimiento de los tradicionales límites a la autonomía de la voluntad, muy extendidos en épocas pasadas, basados en la subordinación, conyugal y filial, al *pater familiae*. Actualmente, en la mayoría de los derechos más avanzados, presididos por el principio de igualdad, como único contrapeso a la autonomía de la voluntad se introducen ciertas medidas correctoras, para evitar daños o perjuicios graves a alguno de los cónyuges y especialmente a los menores. Vid. PARRA LUCAN M.A., op. cit. p. 31 y ss, así como la argumentación crítica que frente a esta limitación a la autonomía de la voluntad realizan CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., en relación al Reglamento Roma III, que en gran medida son trasladables a la materia económico matrimonial en “La ley aplicable al divorcio internacional y autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *CDT*, Vol 14 n2, p. 243 y ss.

¹³ Art. 73 RREM.

¹⁴ Especialmente si se considera que en el ámbito de la UE no solo existen movimientos migratorios unidireccionales, sino movimientos de personas en constante circulación por diferentes países.

¹⁵ Sobre este punto vid. AÑOVEROS TERRADAS, A., “Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos

10. No obstante, la libertad contractual en materia matrimonial sobrepasa el ámbito electivo conflictual y es susceptible de manifestarse como autonomía ordenadora con capacidad para incidir de forma relevante en la regulación material de las cuestiones económico-matrimoniales. Mediante la combinación de la autonomía material y la conflictual se amplía el ámbito regulatorio al alcance de los cónyuges, especialmente por la interacción de dos instituciones, como son los pactos de elección y los pactos capitulares. Ambos constituyen los ejes que articulan las posibilidades de opción, modulación, regulación y adaptación del sistema matrimonial, potenciando el desarrollo libre de la personalidad de los cónyuges, y la elaboración de un marco jurídico adecuado a sus circunstancias. Esta aspiración probablemente inclinará el ejercicio de la autonomía conflictual hacia los derechos que más potencien la autonomía material. Por otra parte, el dinamismo, la capacidad de adaptación y la fuerza expansiva que tiene la autonomía de la voluntad, a buen seguro han de favorecer una interpretación flexible que facilite e impulse su ejercicio y que sea estricta en cuanto a operabilidad de sus límites.

11. Adicionalmente, tampoco cabe desconocer otras funciones subsidiarias que cumple la autonomía privada, especialmente a través de su plasmación documental, que es la de ofrecer certeza en la determinación de leyes y jurisdicciones (lo que redundaría en la reducción de costes conflictuales). Y la de favorecer y fomentar la reflexión y el conocimiento del derecho aplicable y el ajuste convencional de sus reglas, para el mejor desarrollo de sus intereses, lo que en definitiva redundaría en una aplicación preventiva del derecho. De ahí la importancia de incrementar los contratos matrimoniales, de impulsar la cultura capitular y la designación convencional de la ley aplicable, marco dentro del cual se desenvolverá la autonomía de voluntad material¹⁶, como factores determinantes de la seguridad jurídica, así como del libre desarrollo de la personalidad y la autorregulación de los intereses propios.

1.4. *El Reglamento y los mecanismos de justicia preventiva*

12. Este Reglamento ha sido en general acogido (no sin algunas reservas) favorablemente por la doctrina¹⁷ y también por los operadores jurídicos. Se uniformiza y

patrimoniales de las uniones registradas”, *Persona y Familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, (ESPLUGUES MOTA, C./GUZMAN ZAPATER, M. eds.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 260, 261, y los autores que cita (FONTANELLAS, JM, “La professio iuris sucesoria” y CARLIER, “Autonomie de la volonté et statut personnel”).

¹⁶ ESPIÑEIRA SOTO, I., “Tercer taller práctico sobre el Reglamento (UE) de regímenes económicos matrimoniales”, disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/modelo-escritura-eleccion-de-ley-y-capitulaciones-matrimoniales-y-taller-practico-regimenes-matrimoniales-europeos/>

¹⁷ Me han resultado particularmente útiles los siguientes artículos, dentro de la doctrina española, sobre los trabajos preparatorios y el texto definitivo del RREM: AÑOVEROS TERRADAS, B. “Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *Persona y Familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, (ESPLUGUES MOTA, C./GUZMAN ZAPATER, M. ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 241-271; CARRION GARCIA DE PARADA, P.: “El Proyecto de Reglamento Europeo sobre

regímenes matrimoniales”, *Academia Matritense del Notariado*, t. LIV, 2013, pp. 77-150; “Proyectos de reglamentos europeos sobre regímenes matrimoniales y sobre los efectos patrimoniales de las parejas registradas”, *El Notario del Siglo XXI*, ene/feb 2014; DIAGO DIAGO, M.P., Comentario a los arts. 20, 21, 22 y 26, *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la unión europea* (Dir. IGLESIAS BUIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Tirant lo Banch, 2019); FONTANELLAS MORELL, J.M. “Una primera lectura de las propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económicos matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *Nuevos reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán. Las perspectivas de futuro* (PARRA RODRIGUEZ, C. dir), Barcelona Bosch, 2013, pp. 257-290; ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Método y función del Derecho internacional privado: hacia la más plena realización de los derechos humanos”, *REEL*, núm. 40, diciembre 2020, p. 1-48, GOMEZ CAMPELO, E., “Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización”, Madrid, 2008; GONZALEZ BEILFUS, C., “La autonomía de la voluntad en los Reglamentos Europeos sobre régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las parejas casadas”. *Los Reglamentos europeos UE 2016/1103 y 2016/1104 de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas* (Coord. SERRANO DE NICOLAS, A.); GUZMAN ZAPATER, M., “Derecho aplicable a la liquidación del régimen económico matrimonial en el Reglamento UE núm. 2016/1103”, en VVA *La regulación de las crisis matrimoniales internacionales en el Derecho español y de la Unión Europea* (dir. GUZMAN ZAPATER, M./HERRANZ BALLESTEROS, M.); GUZMAN ZAPATER, M./ PAZ-ARES, I., “La competencia judicial internacional en materia de disolución del régimen económico del matrimonio en el Reglamento UE núm. 2016/1103” en *La regulación...cit.*; JIMÉNEZ BLANCO, P., “Regímenes matrimoniales transfronterizos”, Tirant lo Blanch 2021; JUAREZ ANTON, I., “La oposición del régimen económico matrimonial y la protección del tercero en derecho internacional privado”, *CDT* (octubre 2017), Vol. 9, nº 2; PALAO MORENO, G., “La determinación de la ley aplicable en los Reglamentos en materia de régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las parejas registradas 2016/1103 y 2016/1104”, *REDI* vol. 71, p. 89 a 117; PAÑOS PÉREZ, A., “Hacia una mayor autonomía privada en capitulaciones matrimoniales con marco transfronterizo”. *CDT*, vol. 13, nº 2, PEITEADO MARISCAL, P., “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, *Cuadernos Derecho Transnacional*, vol 9, nº1, 2017, pp. 300-326, PÉREZ MARTÍN, L.C., “Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales”, en VVA *La regulación de las crisis matrimoniales internacionales en el Derecho español y de la Unión Europea* (dir. GUZMAN ZAPATER, M./HERRANZ BALLESTEROS, M.); QUINZA REDONDO, J.P. “Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales”, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2016. *VVAA Persona y Familia en el Nuevo modelo español de derecho internacional privado* (dir. ESPLUGUES MOTA, C/GUZMAN ZAPATER, M.) ed. Tirant lo Blanch, 2017; RIPOLL SOLER, A., “Comentarios a los arts. 23 y 25 RREM”, en *VVAA Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la UE Comentarios a los Reglamentos UE nº 216/1103 y 2016/1104*, (Dir. IGLESIAS BUIGUES y PALAO MORENO), Edit. Tirant lo Blanch, 2019, p. 219 y ss, RODRÍGUEZ RODRIGO, J. “Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104”, *Tirant lo Blanch* 2019; RODRIGUEZ BENOT, A., “La armonización del régimen económico matrimonial en la Unión Europea: la propuesta de reglamento de marzo 2011”, *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea*. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues, Valencia, *Tirant lo Blanch*, 2012, pp. 566 y ss.; id. “Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las parejas registradas en la Unión Europea. Comentario al art. 3” en *VVAA Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la UE Comentarios a los Reglamentos UE nº 216/1103 y 2016/1104*, (dir. IGLESIAS BUIGUES y PALAO MORENO), Edit. Tirant lo Blanch, 2019, “Los Reglamentos europeos sobre consecuencias patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas: justificación, caracteres generales, ámbito de aplicación y definiciones”, *VVAA los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104, de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas* (Coord. SERRANO DE NICOLÁS, A) Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons; VINAIXA MIQUEL, M. “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)”, *Indret* abril 2017. También quisiera destacar dos manuales o tratados de DIP, uno clásico, muy anterior al Reglamento, cual es el dirigido por GONZALEZ CAMPOS, J.J. (*Derecho Internacional Privado, Parte Especial*, Eurolex 1995), el actual Tratado de Derecho internacional Privado (Tirant lo Blanch, 2020) dirigido por los profesores CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, así como el estudio monográfico, “Régimen económico matrimonial (Aspectos internacionales)” de RODRÍGUEZ PINEAU, E., ed. *Comares* 2012. Respecto de las obras

actualiza el DIPr de los Estados miembros, y a la vez se normativiza la materia conflictual económico conyugal. Todo ello constituirá, sin duda, un factor de seguridad relevante, en una parcela jurídica que sobrelleva una importante carga dogmática y en la que la ausencia de regulación, su insuficiencia o su desajuste, provocaba que con relativa frecuencia se recurriese a principios, ideales y axiomas jurídicos cuya definición no siempre era totalmente pacífica. Incluso, a veces, se propiciaba su aplicación, aún sin contar con un reconocimiento normativo explícito o directo (sino como principios en cierta medida “despositivizados”), al amparo (o bajo el pretexto) de razones de equidad, o de la eventual cercanía con los elementos del conflicto, lo que incrementaba la incertidumbre de las soluciones¹⁸. En buena medida este escenario se desarrollaba principalmente bajo el telón de fondo de una aplicación normativa *ex post*, revisionista o reparadora, una vez que se desencadenaba el conflicto. El Reglamento, con su complejidad¹⁹ y sus limitaciones, acerca (o debe acercar) las normas de derecho internacional privado en este sector de la economía matrimonial a la realidad y a las necesidades cotidianas de la pareja²⁰. Contiene

de la doctrina extranjera, entre otras, he seguido con particular atención el *Commentaire des règlements européens sur les régimes matrimoniaux et les partenariats enregistrés*, (VVAA BERSQUIST, U., FRIMSTON, R., DAMASCELLI, D., LAGARDE, P. y REINHARTZ, B.) (Daloz 2018), “Le droit européen des relations patrimoniales de couple” (BONOMI, A. y WAUTELET, P., ed. Bruylant 2021 y los libros de REVILLARD, M., “Droit international privé et européen. Pratique notariale, Defrénois, 10 ed. 2022 y “Les régimes patrimoniaux des couples en droit international privé, européen et comparé”, Defrénois, 2020, y la parte dedicada al derecho aplicable de The EU Regulations on Matrimonial and Patrimonial Property. BERGQUIST, U., DAMASCELLI, D., FRIMSTON, R., LAGARDE, P. y REINHARTZ, B. Oxford University Press, 2019, “The EU Regulations on The Property Regimes on International Couples”. Editada por VIARENGO, I y FRANZINA, P. Edward Elgar Publishing, 2020; BRUNO P. “Regolamenti Europei Sui Regimi Patrimoniali Del Coniugi e Delle Unioni Registrare”, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019 y OPREA, A., “La autonomía de la voluntad y la ley aplicable a los regímenes matrimoniales en Europa”, Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2. Finalmente, también me han resultado muy provechosos, por su especial sentido práctico, los artículos y blogs surgidos de la literatura notarial sobre el RREM redactados por los notarios, entre otros CARRION, P., ESPÍNEIRA, SOTO I., FUENTES, J., MARIÑO PARDO, MARTIN ROMERO, J.C., MARTORELL, V., MICO GINER, J., OÑATE CUADROS, J., PRIETO, M., RIPOLL SOLER, SERRANO DE NICOLAS, y los chats notariales, entre otros *Vanguardia notarial*, donde el debate sobre cuestiones jurídicas internacionales es permanente y creciente. Cuando este artículo estaba prácticamente redactado he podido consultar igualmente la recentísima obra de FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, A., “Los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 sobre el patrimonio de las parejas internacionales y su aplicación en España.

¹⁸ En esta línea ALVAREZ-SALA, J.J., en “¿Conflictos de leyes o conflictos de intereses?”, *El Notario del SXXI*, nº 2, disponible en la web <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-2/3356-conflictos-de-leyes-o-conflictos-de-intereses-0-06980321935359689>, apuntaba que “el Derecho internacional privado es un “Derecho exquisito”, fruto de la diversidad y la dispersión, sólo al alcance de expertos que sepan integrar sus normas en el juego superior de los principios, un “Derecho de profesores” capaces de explicar el verdadero funcionamiento del sistema, conforme al imperativo de la lógica (y nadie mejor que ellos para entenderla), sin que importe tanto la letra de la ley... Algo así ocurre también con el Derecho hipotecario, estructurado en principios más que normas, “un conjunto orgánico de principios racionales” dijo La Rica, que permite hablar (conforme a una profusa bibliografía registral ya casi inabarcable), más que de una reglamentación hipotecaria, de un sistema hipotecario, pues “los principios hipotecarios no son normas, son principios”, que pueden operar incluso *despositivizados*, aunque no tengan formulación legal explícita, como un ágrafos nomos, condicionando la actuación registral”.

¹⁹ Como destaca RODRIGUEZ BENOT, A., en “Los efectos patrimoniales...”, p. 11, el Reglamento constituye un instrumento complejo, tanto en lo técnico como en las soluciones de fondo.

²⁰ Apunta el profesor CALVO CARAVACA, A.L., en el prólogo a la monografía de Juliana Rodríguez Rodrigo citada en la nota 17, que “la sobredosis de dogmática ha creado, en relación con la ley aplicable a los

indicios de una cierta orientación a poner el derecho conflictual al alcance de sus destinatarios y de los operadores jurídicos, como un sector normativo más, al servicio de las necesidades de la práctica jurídica, para conformar soluciones más inmediatas y específicas, ajustadas al caso concreto, y, a la postre, a transformarlo en un derecho más cercano y cotidiano, en un derecho más vivido²¹. En definitiva, un derecho susceptible de ser contemplado antes de que surja la controversia, que reconoce e impulsa el importante papel que desempeña la seguridad jurídica preventiva, a la que, en diferentes ocasiones, se alude en el preámbulo²². En definitiva, el Reglamento habría de contribuir a poner al día el DIPr sobre la economía del matrimonio, a generalizar su conocimiento y la aplicación anticipada de sus reglas, y en la medida de lo posible, a descomplicarlo.

13. La progresiva contractualización del derecho de familia²³ —hacia donde apunta la evolución de muchas legislaciones internas de los Estados miembros— promueve la búsqueda y la utilización de mecanismos que faciliten la acomodación del estatuto familiar a los deseos de la pareja, y la prevención de las controversias familiares y su arreglo extrajudicial, en un marco respetuoso con la libertad e igualdad conyugal y de los derechos de terceros que entran en relación con los cónyuges, siempre al abrigo último de un marco de tutela jurisdiccional para la resolución de los conflictos. A estas consideraciones debía ser permeable el DIPr, especialmente, a que ese estatuto familiar sea reconocido como parte identitaria de los cónyuges, allí donde se desplacen. Asimismo, su apertura a la justicia preventiva, practicada en otros sectores transfronterizos, como ocurre en el ámbito de las relaciones patrimoniales de los grandes operadores económicos, es especialmente pertinente en relación a la organización patrimonial del matrimonio, donde las reglas aplicables, ya sean las legales, o las convencionales creadas *ad hoc* por los cónyuges, actúan como un verdadero derecho estatutario que, como tal, rige con vocación de permanencia sus relaciones entre sí y con los terceros, en un contexto perdurable, a la vez que dinámico²⁴, y de gran movilidad geográfica. El carácter normativo del estatuto patrimonial conyugal, que conforma y predetermina todas las actuaciones patrimoniales de los cónyuges en el devenir de su vida familiar, resalta, sobre su aplicación retrospectiva, su

regímenes económicos matrimoniales, un alejamiento de la realidad. Se ha formado un universo paralelo nacido de la espuma cuántica de la doctrina. Se trata de un universo en el que sólo se estudian ya las posiciones dogmáticas, las sutilezas y arabescos de los autores, las perfectísimas construcciones teóricas y las propuestas de ideas prototípicas y sublimes sobre los regímenes económicos matrimoniales”.

²¹ Señala el Considerando 7, al hacer referencia al Programa de Estocolmo, que en dicho programa el Consejo Europeo consideraba que el reconocimiento mutuo debía extenderse a los ámbitos aún no cubiertos pero que son fundamentales en la vida diaria, como los derechos económicos matrimoniales.

²² Cdo. 43. “Para que los ciudadanos puedan disfrutar, con plena seguridad jurídica, de las ventajas que ofrece el mercado interior, el presente Reglamento debe permitir que los cónyuges sepan de antemano cuál será la ley aplicable a su régimen económico matrimonial”.

²³ PAZ-ARES, I., “El divorcio ante notario: cuestiones internas y transfronterizas” en *La regulación de las crisis matrimoniales internacionales* ...cit. supra, ed. Tirant lo Blanc, 2019 pp. 119 y ss.

²⁴ También destaca este aspecto JIMENEZ BLANCO, P., op. cit. p. 24, al subrayar “el carácter esencialmente regulador del sistema rector del régimen económico matrimonial, no vinculado necesariamente al planteamiento de un litigio”.

vocación ordenadora, proyectada hacia el futuro, lo que explica que la función provisoria destaque sobre la simplemente reparadora. El acierto y el éxito del Reglamento dependen en buena medida de que se expanda y generalice su aplicación preventiva.

14. Sin embargo, cabe formular algún apunte crítico. Las soluciones a los problemas familiares en el orden internacional todavía responden a un esquema excesivamente técnico y complejo, donde los costes de información son muy altos y las respuestas, a veces fragmentadas, a veces complejas, no siempre resultan fácilmente predecibles. La complejidad resta credibilidad a la certeza²⁵. Por otra parte, tampoco puede olvidarse que una lectura atenta del texto articulado pone de manifiesto que buena parte de las reglas que introduce todavía aparecen inspiradas en un modelo de solución judicial de controversias en contraposición al enfoque preventivo al que antes aludíamos. Además, no siempre se facilita la actuación de los operadores jurídicos que (además del esfuerzo de conocer y manejar el abanico de alternativas materiales que pueden darse, derivadas de la heterogeneidad inherente a la relación internacional) habrán de operar con conexiones cuya determinación resulta complicada, por su carácter abierto (y, ocasionalmente, móvil) y por la escasez de medios probatorios a su alcance. Todo ello con el engorro añadido de lidiar con un complejo haz de exigencias formales lejanas (derivadas de las de las leyes a que remite el Reglamento), que no solo reemplazan a la *lex auctor*, sino que pueden poner en riesgo la propia efectividad de los acuerdos.

1.4.1. La actuación notarial

15. A pesar de todo, el Reglamento revela cierta toma de conciencia de la necesidad de que opere la justicia preventiva y dedica varios de sus considerandos a poner en valor la labor de los operadores jurídicos, especialmente la del notariado²⁶, cuya

²⁵ Como destaca RIPOLL SOLER, en op. cit. p. 244. También este aspecto es destacado por PAÑOS PÉREZ, A., op. cit. p. 447, quien apunta que el objetivo aparentemente *facilitador* del Reglamento colisiona con la gran complejidad del sistema creado en la UE, debido a la gran cantidad de instrumentos que regulan materias diferentes, pero vinculadas, aportando soluciones divergentes y específicas para cada uno de los ámbitos que regulan.

²⁶ No obstante, el Reglamento, en vez de optar una posición más decidida de profundizar y favorecer la prevención y la solución amistosa de los asuntos económico-conyugales, opta, aunque constituye un paso nada desdeñable, por la postura más pasiva, de reconocer y no obstaculizar esa labor. Considerandos 25 (implícitamente) 27, 29, 30, 31 y 39 (donde establece que *El presente Reglamento no debe obstar a que las partes resuelvan amistosa y extrajudicialmente el asunto relativo al régimen económico matrimonial, por ejemplo, ante un notario, en el Estado miembro de su elección, en caso de que ello sea posible en virtud de la ley de dicho Estado miembro. Tal posibilidad debe existir, aunque la ley aplicable al régimen económico matrimonial no sea la de dicho Estado miembro*).

Sobre el papel que se reconoce al notario en los reglamentos, vid. por todos CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo", *AAMN*. Año 2017, Número 57, p. 189 a 322 y más resumidamente RODRIGUEZ BENOT, A., "Los Reglamentos de la Unión Europea en materia de sucesión por causa de muerte y de régimen económico matrimonial: justificación y caracteres comunes", en *El arreglo pacífico de controversias internacionales* (coord. VÁZQUEZ GÓMEZ, E., ADAM MUÑOZ, M.D., y CORNAGO PRIETO, N.), p- 584 y ss. Y WAUTELET, P., op. cit. p. 335 y ss.

ordenación se remite al derecho interno²⁷. El papel de notario caracterizado por su actuación imparcial²⁸, su formación jurídica, el carácter público de su función, la eficacia privilegiada con que se dota a los documentos que autoriza, la libertad que rige su elección y el deber de consejo legal que le viene impuesto, se revela como trascendente en diferentes momentos de la organización del patrimonio conyugal y de su desenvolvimiento²⁹. En el momento en que se alumbra el acuerdo, mediante su función asesora (contribuyendo decisivamente a que el consentimiento sea informado y libre), de control de la legalidad aplicable y de fijación del contenido del acuerdo mediante su traslación a un documento público, dotando de certeza al estatuto conyugal. Posteriormente, a lo largo de la vida matrimonial, con ocasión de la actividad, principalmente, negocial de los cónyuges, es relevante su función en la fijación y determinación del régimen económico matrimonial (y de su ley rectora), como paso previo para constatar la legitimidad de la actuación conyugal y para calificar la naturaleza de los activos y pasivos conyugales. Finalmente, en la mayoría de los países miembros, también desarrolla un papel destacado en la liquidación del patrimonio familiar³⁰. En definitiva, parece que el Reglamento no desconoce el papel del notariado en el desarrollo de libertad individual y en la garantía de los derechos de los ciudadanos y su especial utilidad para compensar y superar la falta de conocimientos jurídicos, y específicamente la asimetría informativa de los cónyuges y, en fin, para generalizar su aplicación anticipada y la solución amistosa de sus controversias. La combinación de estos elementos, función notarial y autonomía de la voluntad, que es su principal utensilio, actuará como un importante resorte para contribuir a que se visualice el giro del derecho internacional europeo de la familia. Un giro que contribuya a su conversión, por una parte, en un derecho accesible,

²⁷ En principio, en todos estos casos, la actuación del notario (sin perjuicio de que se reconozca su posible intervención como autoridad jurisdiccional, si bien, de forma residual) no se sujeta a las normas de competencia internacionales, sino a las propias del Estado que le ha investido, y los documentos públicos que expidan deben circular de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento relativas a los documentos públicos (Cdo. 31); esto explica, en buena medida, sin perjuicio del reconocimiento que resulta del preámbulo, que el texto articulado no se ocupe de esta específica cuestión competencial.

²⁸ Cfr. s. de 1 de octubre de 2015 CJUE (asunto Erste Bank). Esta actuación, sin mengua de la imparcialidad, puede suponer una especial atención de la parte más vulnerable, pues el art 147.3 RN (aunque esta norma contempla los contratos redactados conforme a condiciones generales predispuestas por una parte) señala que *prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella*, lo que hoy se considera un principio general de la actuación notarial.

²⁹ También reviste importancia a estos efectos su coste reducido, fijado normativamente, pues en la mayoría de los casos (salvo que se trate de la liquidación del régimen) se les da el tratamiento arancelario de actos sin cuantía.

³⁰ El Reglamento, como antes se apuntaba, se refiere al papel de los notarios en la resolución amistosa y extrajudicial del asunto relativo al régimen económico matrimonial (Cdos. 29 y 39); en su labor en el ajuste de los derechos (Cdo. 25), también alude a los notarios, junto a los registradores para controlar la regularidad de los actos y verificar que se reúnen todos los requisitos para su validez e inscripción y que los documentos presentados o formalizados son suficientes o contienen la información necesaria (Cdo. 27), y con ocasión de la circulación de los documentos notariales (Cdo.31). Quizás se eche de menos para completar el círculo de la actuación notarial, su labor para conseguir ese objetivo a que se refiere el Cdo. 45 de que los cónyuges *sepan de antemano* cual va a ser el derecho aplicable, y sus consecuencias.

menos complicado y comprensible por los ciudadanos, pues su aplicación conlleva importantes consecuencias para su vida matrimonial, y por otra, en un derecho de utilización preventiva, que facilite la elaboración de un estatuto económico (que sea reconocido más allá del Estado en que se origine) elaborado en el marco de los valores europeos, orientado a ofrecer un cuadro seguro de respuestas a sus eventuales conflictos. Sin embargo, estas consideraciones, además de expresar un objetivo, advierten del reto que se presenta a los operadores jurídicos, especialmente a los que actúan en el marco de la seguridad jurídica preventiva³¹, pues es de reconocer, como se verá a lo largo de estas páginas, que el cometido que se les asigna reviste una especial complejidad, a la vista de las especiales circunstancias que apuntábamos anteriormente.

2. EL REGLAMENTO 1103/2016: ÁMBITO DE APLICACIÓN

16. El presente Reglamento estructura sus disposiciones en torno a tres grandes bloques, el derecho aplicable, la competencia jurisdiccional y el régimen de circulación de las decisiones y documentos en la materia que es propia del mismo y que constituye su ámbito objetivo. El ámbito objetivo o material del Reglamento determina, pues, el perímetro de su fuerza obligatoria, el tablero de aplicación, que delimita el juego de las tres dimensiones internacionales antes referidas, la conflictual, la competencial y la circulatoria, que regula. Señala en definitiva los contornos del campo institucional que se unifica, desde esa triple perspectiva. De forma indirecta también contribuye a una cierta delimitación conceptual (autónoma) de las instituciones sobre las que se proyecta que, desde la perspectiva del DIPr europeo, se superponen sobre las particularidades nacionales, reduciendo así la divergencia de calificaciones. Esta unificación conceptual (no siempre lograda) reviste capital importancia en una materia como ésta, la del régimen económico del matrimonio, cuya regulación sustantiva es tan compleja y variada.

2.1. *Ámbito espacial. Estados miembros y Estados participantes*

17. Al tratarse de un Reglamento que se ha adoptado por el procedimiento de la cooperación reforzada, únicamente vincula a los 18 Estados miembros que han participado en el mismo³². De esta circunstancia se deriva que su alcance espacial sea reducido. El Estado que tiene competencia jurisdiccional en una controversia relativa al régimen económico solo aplicará las reglas del Reglamento para determinar la ley aplicable si es un Estado Participante. En otro caso no estará vinculado por él y aplicará el derecho al que reconduzcan sus propias normas de conflicto. Los Estados no participantes, sean o no miembros de la UE, aplicarán sus propios criterios de competencia judicial y sus propias reglas para el reconocimiento y ejecución de las decisiones y de los documentos públicos

³¹ En el mismo sentido CARRACOSA GONZÁLEZ, J., *El notariado...* passim.

³² Los Estados participantes son los siguientes: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, Rep. Checa, Grecia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, Suecia.

que tengan por objeto las materias de que se ocupa el Reglamento. Fuera del ámbito espacial (competencial) de los Estados participantes no rige el Reglamento, sin perjuicio de que dado que el Reglamento es de aplicación universal, tales Estados hayan de aplicar la ley (material) de un tercer país, o de un Estado miembro no participante, si ésta es la que resulta designada conforme a las normas de conflicto del Reglamento. Conviene tener presente esta consideración a la hora de planificar el régimen económico, pues la efectividad de la designación del *ius* depende, al fin y a la postre, de cuál sea el foro competente, lo que convierte a la materia competencial en cuestión de capital importancia.

18. Del mismo modo, las normas sobre competencia, recogidas en el Capítulo segundo, establecen criterios de conexión, ya sea la residencia, la nacionalidad, el lugar de celebración del matrimonio, o la ley aplicable (en algunos supuestos mediando acuerdo) que siempre van referidos a un Estado miembro. Sin embargo, a diferencia del Reglamento Roma III, no utiliza, ni define, el concepto de Estado miembro. Se plantea así la cuestión de precisar, al menos a los efectos de este Reglamento, el significado y extensión de dicha expresión “Estado miembro”. ¿Comprende todos los Estados miembros de la UE, o, por el contrario, solo hace referencia a los Estados participantes en el procedimiento de cooperación reforzada del que surgió el Reglamento? El tema no es baladí, atendida la gravedad y disparidad de sus consecuencias. Sin embargo, aunque no es una cuestión del todo pacífica, buena parte de la doctrina que se ha ocupado de la cuestión sostiene que a los efectos de este Reglamento hay que entender por Estado miembro al de Estado participante³³. Entre las razones que avalan esta postura, podemos destacar principalmente dos: el Reglamento no puede compeler a otros Estados distintos de los participantes³⁴: solo sustituye las reglas competenciales de estos últimos. La lógica interna del Reglamento se quebraría en otro caso: carecería de sentido que sus normas remitiesen a jurisdicciones que aplicarían sus propias reglas de conflicto, en lugar de las que resultan del Reglamento. La coherencia exigible en la interpretación del Reglamento obliga a mantener este criterio en los supuestos en que la competencia en materia sucesoria o de crisis matrimonial, determinada con arreglo a otros reglamentos, absorbe por conexidad las cuestiones económico-matrimoniales: la concentración jurisdiccional procede exclusivamente a favor de estados participantes en este Reglamento. De igual modo ha de

³³ GUZMAN ZAPATER, M. y PAZ-ARES, I. “La competencia judicial internacional...” op. cit., QUINZA REDONDO, P., “El Reglamento...”, p. 6; MORENO SANCHEZ-MORALEDA, A., “Determinación del régimen jurídico de la economía conyugal en los ámbitos europeo e interestatal español”, *Scientia Iuridica*, p. 67, 130, BONOMI, A/WAUTELET, P., op. cit p. 49, FRISTOM, R. “Commentaire des Règlements européens sur la liquidation des régimes matrimoniaux et les partenariats enregistrés”, ed. *Dalloz* 2018 op. cit. p. 49.

³⁴ Art. 20.4 TUE.

entenderse esta expresión a efectos de la ley aplicable, concretamente la de la residencia habitual en cuanto es llamada a regular las condiciones de validez formal de los acuerdos³⁵.

2.2. La noción de situación transfronteriza

19. La propia existencia de puntos de conexión denota una técnica prevista para situaciones heterogéneas desde el punto de vista espacial. La coincidencia en ambos cónyuges de los puntos de conexión optativos no solo les resta posibilidades de elección. Puede, incluso, desactivar la propia competencia del Reglamento. La norma europea se elabora para regular matrimonios con “*repercusiones transfronterizas*”³⁶. Esta circunstancia influye también en su ámbito objetivo: no resulta aplicable a las relaciones matrimoniales en que no concorra un elemento de extranjería, sino que, por su finalidad, (y por razón del ámbito de competencia del legislador europeo³⁷), se constriñe a regular situaciones matrimoniales heterogéneas. Ante el silencio del Reglamento, que no define ni ofrece pauta alguna para determinar el componente de extranjería, la doctrina se orienta a interpretar con flexibilidad el umbral de internacionalidad. Con carácter general se entiende que basta la dispersión de algunos de los elementos de la relación jurídica por varios ordenamientos, de modo que cabría establecer que concurre el elemento extranjero no solo cuando alguno de los puntos de conexión señalados, la residencia o la nacionalidad, no son coincidentes, ni comunes a los consortes, sino también en otros supuestos, como puede ser que algún activo conyugal esté sito en el extranjero³⁸, que resulte competente un tribunal extranjero, el lugar de celebración de las nupcias (a efectos competenciales³⁹) o de un cúmulo de factores o vínculos “estrechos” con otro país⁴⁰. De seguirse esta línea de pensamiento, en esos supuestos, pese a que la nacionalidad y la residencia de ambos cónyuges sea la misma, podríamos seguir hablando de matrimonio con algún elemento internacional o transfronterizo. También se ha apuntado que el régimen matrimonial

³⁵ Así ocurre en los artículos 23, 2, 3 y 4, 24.2 o 25.2 o en el Cdo. 47, respecto de los requisitos formales adicionales que puedan resultar de la ley del estado miembro en que alguno de los cónyuges tenga su residencia habitual. Hay autores, como WAUTELET, P., op. cit. p. 760 que se sorprenden de esta solución por sacrificar el interés de las partes que se podrían beneficiarse de la protección derivada de las reglas formales de un estado miembro no participante.

³⁶ Cdo. 14. “...el presente Reglamento debe aplicarse en el contexto de los regímenes económicos matrimoniales con repercusiones transfronterizas”.

³⁷ Art 81.1 y 81.2, a9, b) y c).

³⁸ Aunque tradicionalmente se ha venido entendiendo que la presencia de bienes (de cierta importancia) en el extranjero constituye un factor de extranjería, quizá haya que replantearse la cuestión, y analizar la trascendencia que pueda tener en relación al régimen matrimonial, y distinguir, en su caso, si sus efectos se expanden de la misma forma al nivel de jurisdicción competente y al de ley aplicable. Sobre este punto, CAMPUZANO DIAZ, B., op. cit. p. 280-282. RODRIGUEZ BENOT, A., “Régimen económico...” p.27.

³⁹ La celebración del matrimonio en un estado extranjero también puede determinar —vía pacto de elección de esa jurisdicción— la internacionalización del matrimonio.

⁴⁰ RODRIGUEZ BENOT, A., “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, CDT, vol.11 nº 1, p. 16. Señala que el carácter transfronterizo podría derivar tanto de un elemento endógeno de la situación matrimonial (personal, objetivo, territorial) como de un elemento exógeno (autonomía de la voluntad).

puede adquirir un cierto tinte transfronterizo por razón de las transacciones que entablen los cónyuges con un tercero, en la medida en que esta circunstancia puede justificar la aplicación del Reglamento (arts. 24, 26.3 y 28 RREM), si bien limitada a los efectos con ese tercero⁴¹. Sin embargo, estas consideraciones requieren alguna precisión.

20. Para aquilatar los términos de esta cuestión conviene sentar la premisa de que los elementos o indicios de extranjería despliegan sus efectos de manera diversa en el sector del derecho aplicable y en el de la competencia internacional. En realidad, desde la perspectiva del derecho aplicable, esta cuestión de la internacionalidad en la práctica no tiene demasiado recorrido. Si la nacionalidad y la residencia son comunes y coincidentes al tiempo de la elección, o de la aplicación de la regla subsidiaria (como es el caso de la primera residencia habitual posterior al matrimonio), el derecho aplicable está totalmente predeterminado (no hay conflicto de derechos)⁴²; en este supuesto, desde la perspectiva del derecho aplicable, resulta de todo punto indiferente que los cónyuges tengan bienes, relaciones económicas en otro Estado, o vinculadas con éste (dejando a salvo el eventual, pero trascendente, juego del artículo 28, respecto de los terceros)⁴³. A nivel competencial, sin embargo, las cosas pueden ser diferentes, ya que existe un cambio de perspectiva. Del advenimiento de estos otros elementos de extranjería a que antes se hacía referencia (distintos de la nacionalidad y la residencia) puede surgir la competencia de un tribunal extranjero para el que la situación sería transfronteriza, de modo que haya de aplicar un derecho foráneo, el que determine el derecho conflictual europeo (si se trata de un Estado participante) o sus propias normas internas de colisión. Es decir, tratándose de dos cónyuges italianos residentes en Italia, la ley aplicable no es otra que la italiana. Pero si dichos cónyuges tienen una controversia por razón de un inmueble sito en España y la misma estuviese sujeta a la competencia de un tribunal español⁴⁴, se mantiene la inexistencia de conflicto de leyes y el derecho aplicable sigue siendo el mismo (el derecho

⁴¹ RODRIGUEZ BENOT, A., op. cit. p. 16. Cita este autor el caso de la existencia de deudores o acreedores de los cónyuges de diferente nacionalidad o residencia que aquéllos. En realidad, si seguimos esta línea de pensamiento, la enumeración puede ampliarse a cualquier relación jurídica conflictiva, societaria, inmobiliaria, obligatoria, etc. en la que el régimen económico pueda tener alguna influencia en relación con un tercero que aporte el nexo transfronterizo.

⁴² Señalan BONOMI, A., y WAUTELET, P., op. cit. p. 57 que la reducción de opciones que resulta del art. 22 RREM constituye un resorte suficiente, no solo para evitar el riesgo de una elección abusiva cuando concurre una situación puramente interna, sino también para que se cumpla el objetivo de la internacionalidad.

⁴³ Desde una perspectiva conflictual solo puede considerarse como matrimonio transnacional al que plantea efectos conflictuales transfronterizos, circunstancia que se produce únicamente cuando entran en colisión leyes de diferentes. En sentido similar PEREZ MILLA, J.J., "El espacio del derecho interregional tras los Reglamentos de la Unión Europea sobre familia y sucesiones Mortis Causa", *El Justicia de Aragón*, Zaragoza 2019, Sobre este punto vid. también. JIMÉNEZ BLANCO, P., op. cit. p. 220 y ss.

⁴⁴ Art. 10.1 RREM. A diferencia de lo que ocurre en materia de ley aplicable, la localización de los inmuebles en el extranjero puede ser relevante en materia jurisdiccional.

italiano)⁴⁵; en cambio para el juez español, se trataría de una situación extranjera, que le habría de llevar a aplicar un derecho foráneo, como lo es para él el derecho italiano.

Desde la perspectiva temporal, a los efectos de la fijación del derecho aplicable, cabe decir que el elemento transfronterizo (derivado exclusivamente de la residencia o de la nacionalidad de los cónyuges) ha de concurrir, en el momento en que se celebra el pacto de *lege utenda*, o, en su defecto, al tiempo en que resultan operativas las conexiones subsidiarias. Si en esos momentos de relevancia conflictual no existe la disociación entre la residencia y la nacionalidad, a los efectos del derecho aplicable el matrimonio no puede considerarse internacional (no surge un conflicto de leyes) y solo puede quedar sujeto a su derecho interno, al que marca su nacionalidad y residencia común.

21. Otro escenario podría plantearse en caso de movilidad de las conexiones elegibles. Entonces, habría que aquilatar la dimensión de las consecuencias que acarrea el cambio, pues puede determinar que surja el elemento de extranjería, o que se desvanezca. A nivel de ley aplicable, estas vicisitudes del elemento extranjero en ningún caso pueden desencadenar una mutación automática del derecho rector, ni del régimen económico del matrimonio, salvo que concurren las circunstancias excepcionales previstas en el art. 26.3 RREM. Sin embargo, cuando por el conflicto móvil se fractura la coincidencia de dichos puntos de conexión, residencia o nacionalidad, el matrimonio se internacionaliza, cobra potencial internacional, y entonces surge la posibilidad de que se efectúe un pacto por el que se cambie la *lex causae*, o que la ley aplicable se determine en función de la nueva conexión, como ocurre en la concreta hipótesis en que los cónyuges son nacionales y residentes en un mismo país, pero establecen posteriormente, tras la celebración del matrimonio, su residencia habitual en un país foráneo. En el caso contrario, cuando el conflicto móvil lleva a la coincidencia de las conexiones de residencia y nacionalidad de ambos cónyuges, desapareciendo el elemento internacional, el derecho aplicable determinado *ab initio* (cuando concurría un elemento de extranjería) permanece. Procede, entonces, mantener la aplicación del Reglamento, si la designación o determinación de la ley rectora o el pacto de elección del foro se efectuaron cuando concurría el elemento de extranjería⁴⁶. Por otra parte, también hay que tener en consideración otros supuestos, en que es posible que la situación matrimonial se “internacionalice” por efecto reflejo, de modo que le sobrevengan consecuencias transfronterizas. Así ocurre en caso de conflicto móvil por razón de la internacionalización de las materias conexas (sucesiones, disolución de matrimonio) que gozan de capacidad de absorción en el orden competencial. Mas en estos casos el derecho aplicable al régimen matrimonial también permanece inmutable. Finalmente, cabe hacer una referencia específica a la perspectiva del operador jurídico

⁴⁵ Otra situación se produciría si el tribunal que entendiese la controversia fuese el de un país no participante, pues habría de aplicar sus propias normas de conflicto, de lo que se podría derivar que remitiese un derecho aplicable diferente.

⁴⁶ BONOMI, A. y WAUTELET, P., op. cit. p. 58.

extrajudicial. Dado que el notario no está, generalmente, sujeto a reglas de competencia internacional, la única cuestión que le concierne es la relativa al derecho aplicable y, en consecuencia, a la hora de elaborar un contrato capitular o un pacto de elección o cambio de ley, solo ha de tomar en consideración la residencia y la nacionalidad actual de los cónyuges (o, en su caso, la inmediata posterior al matrimonio, si es común). Si éstas coinciden con el mismo Estado que le inviste de autoridad, la ley aplicable estará predeterminada: será la ley de dicho Estado. Entonces, en principio, la cuestión ha de ser tratada como meramente interna. Sin embargo, en ocasiones el notario habrá de ir más lejos. Habrá de advertir, en función de las circunstancias, especialmente en caso de que ese matrimonio pueda tener una proyección trasfronteriza (ej. si adquiere inmuebles o contrae relaciones jurídicas localizadas en el extranjero), que su situación puede acarrear una respuesta conflictual diferente si dicho Estado no es participante en el Reglamento. Y especialmente debe reparar en que, si el contrato que autoriza va a “viajar” allende las fronteras, se reputará como un documento extranjero, lo que tiene trascendencia a efectos de su reconocimiento como tal en el exterior⁴⁷.

2.3. *Ámbito objetivo (o material)*

2.3.1. El régimen económico matrimonial

22. La génesis del Reglamento 2016/1103 aparece ligada a la creación de un espacio jurídico uniforme en el campo de las relaciones patrimoniales de la unión conyugal, de la que se disgregan los denominados efectos personales, que quedan al margen (pues permaneces sujetos al derecho conflictual interno). Aparece así el régimen económico matrimonial como el concepto autónomo básico sobre el que descansa el ámbito de aplicación del Reglamento (art.1.1) y como la materia propia a la que se extiende la ley aplicable que determinan las reglas de conflicto previstas en el mismo. Sin embargo, el régimen económico del matrimonio dista de ser un concepto cerrado o con un contenido invariable y cierto desde una perspectiva material comparada, incluso en los países europeos de tradición continental⁴⁸.

23. En efecto, con frecuencia, en muchos ordenamientos nacionales, tampoco es un concepto perfectamente definido; ni siquiera la terminología es siempre precisa, pues con esta expresión se abarcan realidades diferentes. Comúnmente se distinguen dos niveles: se

⁴⁷ Realmente el notario ha de limitarse a informar de las limitaciones conflictuales del Reglamento, más no tiene obligación (ni, habitualmente, cauces) para averiguar cuál sería la solución material en otro estado, o la solución conflictual fuera del marco territorial del Reglamento, ni predeterminar las posibilidades de reconocimiento de un instrumento público en los países no participantes.

⁴⁸ En el sistema anglosajón la regulación de los efectos patrimoniales constante matrimonio es casi inexistente o mínimo. El factor de preocupación es predominantemente *post* matrimonial y se centra en las consecuencias de la disolución de matrimonio, donde cobra especial importancia el juego de las pensiones compensatorias y alimenticias, que sirven de contrapeso a la mínima comunicación patrimonial que se produce mientras dura la unión.

habla de régimen económico matrimonial como el concreto modelo que rige la vida económica de los cónyuges, ya sea de origen convencional o ya esté diseñado por la ley como sistema optativo o subsidiario, que se construye en torno a un núcleo básico que hace referencia a delimitación de las masas patrimoniales de los cónyuges, su comunicación, gestión y afectación, a la disolución y liquidación, y a las obligaciones, responsabilidades y cargas económicas que se derivan de la relación matrimonial⁴⁹. Sin embargo, no hay un modelo único, sino que existe una amplia tipología de los específicos regímenes codificados, de separación, comunidad y participación, en todas sus variantes, cuya clasificación se efectúa principalmente en función del grado de comunicación entre las distintas masas patrimoniales y el momento en que esta se determina y la autonomía gestora de los cónyuges. A otro nivel, se presenta el conocido como régimen primario, que comprende la regulación básica que sobre la economía conyugal establece cada ordenamiento y que se aplica imperativamente cualquiera que sea el modelo de régimen secundario que resulte operativo. En ocasiones, la expresión de régimen económico matrimonial comprende ambos niveles.

24. En la tradición civilista, también contribuía a esta delimitación conceptual un elemento teleológico, es decir, la finalidad que justificaba esta organización patrimonial: el régimen económico se conceptuaba como el sustrato patrimonial de la comunidad de vida que engendraba el matrimonio, que terminaba con la liquidación de las relaciones económicas creadas, una vez que aquél se extinguía, normalmente por el fallecimiento de un cónyuge. Sin embargo, a medida que se han ido admitiendo otros supuestos de disolución, como el divorcio, y se ha flexibilizado la separación, surge una nueva situación familiar, la post conyugal, sobre la que se proyectan los efectos de la crisis matrimonial, muchos de ellos de indudable trascendencia económica. En ocasiones, la crisis se acomete con un simple cambio del régimen secundario, como paso previo que simplifica la disolución del matrimonio. A veces, la crisis puede alterar la aplicación de las medidas liquidatorias del régimen económico preexistente, pues sobre las mismas se superponen otras, que son consecuencia directa de la propia disolución o interrupción del vínculo matrimonial. El caso es que se amplían las consecuencias patrimoniales (y de otros órdenes) entre los esposos, que a menudo sobreviven al propio matrimonio. Además, junto a las medidas legales, que regulan estas consecuencias o efectos de la ruptura conyugal, surgen otras de origen convencional, que tratan de encauzar esta situación de conformidad con los intereses de las partes, a través de los pactos adoptados *ex ante*, en previsión de la crisis, o los que se adoptan una vez que ésta ha acontecido, y que cada vez más se recogen en el mismo documento capitular. Esta nueva realidad constituye en alguna medida un régimen económico de “tercer grado”, cuyo perímetro coincide en buena parte con el ámbito de la organización patrimonial del matrimonio, que reclama cierta continuidad

⁴⁹ Aunque existen discrepancias en torno a algunas cargas y obligaciones familiares, como por ejemplo las compensaciones que se deban entre cónyuges.

regulatoria con la economía propiamente conyugal, al tiempo que difumina las fronteras del concepto tradicional de régimen económico⁵⁰.

25. Asimismo, la trascendencia económica de las relaciones conyugales no se circunscribe a los propios cónyuges, sino que afecta a otros, los terceros, ya sean los próximos (familiares a su cargo⁵¹) o los que se conectan por razón de una relación jurídica específica. Desde esta perspectiva de la afectación a terceros, las consecuencias derivadas de los tres niveles de influencia patrimonial a que hemos hecho referencia les resultan relevantes, tanto, que a menudo han acarreado la creación de un específico régimen tuitivo.

26. Pero aparte de estos factores, tampoco hay que olvidar que la naturaleza económica de una relación en el ámbito familiar a veces presenta contornos difusos, pues confluyen derechos y deberes de orden personal que generan consecuencias patrimoniales y también coexisten efectos personales cuya articulación sustancial se hace en torno a instituciones o pactos de carácter económico⁵².

Las soluciones internas a este conjunto de cuestiones son muy diversas y, como es fácil de imaginar, el primer problema que se deriva de esta circunstancia es el de la calificación de una materia como propia del régimen económico matrimonial y su eventual trascendencia transfronteriza.

2.3.2. Concepto autónomo europeo

27. El régimen económico matrimonial, pese a su enorme trascendencia conflictual, que le convierte en el eje transversal de este Reglamento, es un concepto de marcado carácter material. Por eso, ante una situación interna tan dispar y compleja, fruto de las

⁵⁰ A nivel interno, en nuestro derecho también resulta difícil clasificar diferenciadamente una realidad negocial tan dinámica como la concierne a la economía del matrimonio. Una vez que los pactos preventivos se admiten por nuestro Tribunal Supremo y que se le aplican los mismos requisitos de fondo que a las estipulaciones capitulares típicas (ajuste a la ley, al orden público y al principio de igualdad entre cónyuges), el debate de si forman o no parte del régimen económico se encuentra superado, máxime cuando están interconectadas causalmente unas con otras. ¿Cómo se calificaría el pacto que prevé una pensión, contraprestación o crédito para el caso de disolución del matrimonio, que se cifrase —de modo semejante a como se establece en el régimen tipificado de participación— en una parte de la diferencia de las ganancias entre los incrementos patrimoniales obtenidos por ambos cónyuges, a favor del cónyuge cuyo patrimonio experimente menor incremento? ¿Constituiría un pacto preventivo, o una modalización del régimen de separación o participación? ¿Serían diferentes las consecuencias si calificase de una forma o de otra, si ambas se pactan en capitulaciones? En principio, en nuestro derecho, a la vista de la jurisprudencia, la única diferencia, entre unos pactos preventivos y los típicamente capitulares, recaería, en el marco del Cc (no en otros derechos españoles, como el catalán), en el elemento formal, pues la escritura pública sería forma constitutiva solo para las estipulaciones específicamente capitulares.

⁵¹ Ej. art. 1362.2 Cc.

⁵² En nuestro país, los deberes de socorro mutuo y de contribución a las cargas familiares, se gradúan a través de normas o pactos que se adscriben al régimen económico, ya sea el primario, o el concreto régimen secundario resultante (ej. Arts. 1319, 1462 Cc).

diferentes tradiciones nacionales, de su diversidad normativa y de la ambigüedad conceptual, fuente común de calificaciones dispares, el Reglamento apuesta por un concepto de régimen matrimonial, sino nuevo, autónomo, o de interpretación autónoma, como señala el Considerando 18⁵³, aunque de clara inspiración civilista. La norma europea trata de fijar sus contornos recurriendo a técnicas variadas y a indicadores diversos. Confluyen en este proceso, en aras de lograr su mayor determinación, reglas y principios más o menos generales con listados de materias concretas, incluidas y excluidas⁵⁴, debiéndose de interpretar estos listados de forma diferente, los primeros —a diferencia de los segundos— no tienen carácter limitativo ni exhaustivo, dado su carácter más abierto⁵⁵. En todo caso, la precisión de los perfiles de este concepto constituye una premisa esencial pues contribuye de manera decisiva a delimitar, no solo el marco de aplicación del Reglamento y el campo de juego de la autonomía conyugal en la dimensión competencial y conflictual, sino también el ámbito material de las convenciones matrimoniales, así como el ámbito regulatorio de la ley aplicable.

2.3.3. Delimitación positiva

28. El régimen económico que visualiza el Reglamento comprende las directrices básicas que ordenan la economía conyugal y los distintos modelos de organización económica del matrimonio. Por una parte, incluye (aunque esta nomenclatura no figura en la letra del Reglamento) el denominado régimen matrimonial primario⁵⁶ y, por otra, los aspectos estructurales de lo que habitualmente constituyen los tipos o concretos

⁵³ Considerando 18. “A efectos del presente Reglamento, el término «régimen económico matrimonial» debe interpretarse de forma autónoma”.

⁵⁴ Las cláusulas de exclusión se contienen en el art. 1.2. Las cláusulas positivas que coadyuvan a integrar el contenido de régimen económico matrimonial se deducen de las que se establecen en el art. 27, con ocasión de la determinación del ámbito de la ley aplicable.

⁵⁵ LAGARDE, P., “*Commentaire des Règlements européens sur la liquidation des régimes matrimoniaux et les partenariats enregistrés*», Dalloz, Paris, 2018, p.121.

⁵⁶ El Considerando 18 señala que este concepto autónomo europeo de régimen económico comprende “*las normas imperativas para los cónyuges*”, lo que constituye una clara referencia a las normas del régimen primario. Esta inclusión no evita la aplicación de aquellas normas imperativas del foro, que se consideran esenciales para salvaguardar sus intereses públicos. Las de policía (art.30) normalmente se aplicarán cumulativamente con las reglas que establezca la *lex causae*, aunque en caso de incompatibilidad pueden llegar a excluir a esta últimas (Cdo. 52).

Asimismo, hay que entender que, si entre las normas del régimen primario diseñado por la ley aplicable se entremezclase algún aspecto claramente personal, su aplicación no quedaría amparada por el Reglamento. Algo que no ocurre con la vivienda habitual, que se incluye en el concepto, sin perjuicio de que incida en el ámbito de las leyes de policía (Cdo.53) *Vid.* FERNANDEZ-TRESGUERRAS, A., “*La problemática de las crisis matrimoniales en el derecho internacional privado*”, en *Estudios homenaje al Profesor José María Miquel*, Tomo I, p. 1327. En efecto, la vivienda familiar constituye un ejemplo de protección en diferentes situaciones, tanto constante matrimonio, como en su liquidación (derecho de predetracción) o en caso de disolución por crisis de la relación. Los dos primeros ámbitos indiscutiblemente forman parte del régimen económico matrimonial. El tercero, cuando se integra en el contenido alimenticio, quedaría fuera.

regímenes matrimoniales, optativos o subsidiarios⁵⁷, es decir, el régimen secundario, que incluye la definición de las distintas masas conyugales y el grado de comunicación de ganancias y responsabilidades entre las mismas, la clasificación de los bienes⁵⁸, el sistema de gestión y administración⁵⁹, las cargas, deudas y responsabilidades de un cónyuge, por actos propios o del otro⁶⁰, la disolución del régimen y sus causas y la liquidación y reparto de los bienes⁶¹. Este conglomerado de relaciones no se circunscribe a la esfera interna o *intra* conyugal, sino que se extiende también ad extra, y se proyecta sobre “*la relación jurídica entre uno de los cónyuges y un tercero*”.

2.3.3.a. Contenido capitular

29. Lógicamente también incluye la regulación de las capitulaciones matrimoniales, cuyo contenido, aunque reconoce que es variable entre los diferentes estados participantes, y lo reputa como concepto autónomo, el Reglamento no lo precisa ni delimita con exactitud⁶². No obstante, las considera como fuente normativa convencional del régimen económico; en la medida en que el régimen económico pueda quedar definido por las previsiones capitulares coherentes con la autonomía normativa que permita la ley aplicable, su contenido patrimonial regulatorio es materia propia del régimen económico (siempre que no traspase la frontera del contenido excluido). En este sentido cabe aventurar que, dado el dinamismo capitular y su capacidad de adaptación a las necesidades familiares que surgen con la propia evolución de la sociedad, su contenido va a constituir un elemento integrador y vivificador del concepto europeo de régimen económico. Sin embargo, conviene precisar que no todo el contenido capitular típico, o posible, a la luz de los ordenamientos nacionales quedaría bajo el ámbito de este Reglamento (ej., pacto de mejora, delegación de la facultad de mejorar, derechos de predetracción, pactos alimenticios, etc.), sino exclusivamente lo que con arreglo al mismo constituya materia económico matrimonial.

2.3.3.b. Pactos preventivos

⁵⁷ Cdo. 18: Abarca “también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable”.

⁵⁸ Art. 27 a) “la clasificación de los bienes de uno o ambos cónyuges en diferentes categorías durante la vigencia y después del matrimonio”

⁵⁹ Art. 27 d) “las facultades, derechos y obligaciones de cualquiera de los cónyuges o de ambos con respecto al patrimonio”.

⁶⁰ Art. 27.c) y d).

⁶¹ Art 27 e) “la disolución del régimen económico matrimonial y el reparto, la distribución o la liquidación del patrimonio.”

⁶² Cdo. 18 (Incluye no solo las capitulaciones matrimoniales específica y exclusivamente previstas para el matrimonio por determinados ordenamientos jurídicos nacionales, sino también toda relación patrimonial, entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución) y art. 27 f).

30. Asimismo, parece que este concepto europeo de régimen matrimonial se amplía, traspasando los estrictos límites de la economía del matrimonio que sostiene propiamente a la comunidad de vida que éste engendra, para comprender las consecuencias *ex post* o las derivadas de la crisis matrimonial, lo que incluiría dentro de la materia económico matrimonial a estos pactos, que son un subtipo de negocios familiares de contenido económico aunque no sean propiamente capitulares⁶³. En efecto, el Considerando 18 cierra con una declaración general, en la que, tras referirse a las capitulaciones matrimoniales específicamente previstas por algunos ordenamientos para el matrimonio, señala que el régimen económico, al que se extiende el ámbito de aplicación del Reglamento, incluye toda *“relación patrimonial... que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución”*. Es decir, tras la referencia que se hace a la liquidación del régimen, cualquiera que fuese su causa, en su párrafo final alude, como materia distinta de la propiamente liquidatoria, a *“toda”* relación económica, y consecuencias, que resulten de la *“disolución”*, no del régimen, sino del matrimonio (*“vínculo matrimonial”*). Por otra parte, no cabe desconocer que buena parte de las medidas preventivas se articulan a través de pactos que se hacen efectivos en el curso de la liquidación⁶⁴. Este concepto autónomo de régimen económico se caracteriza por su vocación a regular el más amplio campo posible de las relaciones económicas conyugales, lo que apunta a su elasticidad y facilita una interpretación flexible y extensiva de las reglas que pergeñan sus contornos, pues ése parece ser el espíritu del Reglamento. No obstante, el contenido de los pactos preventivos es muy amplio y variable. Puede comprender materias tan diversas como formas alternativas de liquidación, pactos sobre alimentos o pensión compensatorias,

⁶³ La reciente STS de 13 de marzo de 2023 (Ponente Parra Lucan), siguiendo una línea jurisprudencial constante, señala sus rasgos y las condiciones de su admisibilidad desde la perspectiva del derecho español: *“La jurisprudencia de la sala ha venido admitiendo con amplitud el juego de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones económicas entre las personas casadas, a las que se reconoce el poder de autorregulación de sus propios intereses cuando se trata de materias disponibles. Ello de conformidad con el principio de libertad contractual (art. 1255 CC) y la libertad de contratación entre los esposos, que desde 1981 consagra el art. 1323 CC, en la línea con los principios constitucionales de libertad (art. 1 CE), igualdad (art. 14 CE) y libre desarrollo de la personalidad (art. 10... En el caso que debemos resolver, la renuncia por los futuros esposos a los derechos y acciones que pudieran corresponderles en el momento de divorcio se introdujo de manera preventiva en unas capitulaciones matrimoniales, junto al contenido típico referido al establecimiento de un régimen económico matrimonial de separación de bienes (art. 1325 CC). Nos encontramos por tanto ante unos pactos en previsión de una crisis matrimonial, plenamente admisibles como negocios de familia siempre que se cumplan los requisitos de los contratos (en especial, art. 1261 CC) y que respeten los límites infranqueables que resultan de la Constitución y del resto del ordenamiento (arts. 1255 y 1328 CC), en el entendido de que el orden público como límite a la autonomía de la voluntad para la ordenación de los efectos de la crisis matrimonial se identifica sustancialmente con los principios y valores constitucionales. Así, señaladamente, los pactos no pueden romper la igualdad jurídica en la posición de los esposos, dando lugar a situaciones de sumisión en lo personal o en lo patrimonial, ni excluir la libertad personal de permanecer o poner fin a la relación matrimonial (art. 32 CE), ni ser contrarios al interés de los hijos menores (art. 39 CE). Tampoco pueden contravenir normas imperativas, como la renuncia a alimentos futuros, cuando procedan.*

⁶⁴ RODRIGUEZ BENOT, A., *“Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las parejas registradas en la Unión Europea. Comentario al art.3”* en VVAA *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales* p. 56 (aunque, a continuación, dicho autor parece que limita temporalmente el alcance de este concepto haciendo coincidir su *dies ad quem* *“con su extinción mediante la separación o disolución del vínculo”*).

compensaciones por incumplimiento de deberes matrimoniales, premios económicos por la duración del matrimonio, reglas sobre el ejercicio de la potestad parental, pactos de sumisión, etc. Esta característica determina que su contenido se sectorice y que en función de su diversa naturaleza se determine su sujeción a este Reglamento⁶⁵. En conclusión, los pactos, previsiones o relaciones económicas acordadas para un escenario de crisis que superen el ámbito de aplicación del Reglamento⁶⁶ quedarían sometidas a la ley y a las jurisdicciones que resultasen de la aplicación de las reglas de conflicto sectoriales internas o internacionales correspondientes, según los casos.

2.3.3.c. Atribuciones patrimoniales

31. Los trasvases patrimoniales, comprendiendo las atribuciones y transmisiones de propiedad *causa matrimonii*, forman parte de este estatuto, que quizá también puede trascender en alguna medida a las sociedades entre cónyuges⁶⁷, como modo de organizar separadamente parte del patrimonio conyugal. Entre estos desplazamientos patrimoniales (pues el Reglamento genéricamente se refiere a la *transferencia de bienes de una categoría a otra*) cabría incluir las liberalidades *propter nuptias*⁶⁸ o, más ampliamente, las atribuciones *ad sustinenda onera matrimonii* y todo acto, sea o no negocial, que influya de algún modo en la composición de los patrimonios conyugales (o que suscite la aplicación de las reglas específicas del régimen matrimonial), así como el juego de las presunciones, la prueba de titularidad entre los diferentes patrimonios conyugales⁶⁹ y las reglas para la clasificación de los bienes⁷⁰. Sin embargo, los contratos entre cónyuges, sean a título gratuito u oneroso, que resulten indiferentes desde el punto de vista de la aplicación del

⁶⁵ JIMENO BLANCO, P., op. cit., pp. 104 y ss., ANTON JUAREZ, I., “Acuerdos prematrimoniales internacionales”, Tirant lo Blanch 2019, pp. 129 y ss., RODRIGUEZ GUITIAN, A.M., “Los pactos de pre-ruptura conyugal”, *Aranzadi*, 2019, pp. 53 y ss.

⁶⁶ Entre éstas cabe incluir las alimenticias, las relativas a las relaciones parentales y las sucesorias.

⁶⁷ Las sociedades entre cónyuges quedan sometidas a la *lex societatis*. Ello es claro en su aspecto institucional y en sus relaciones externas. Sin embargo, cada vez es más frecuente que una buena parte del patrimonio conyugal se organice recurriendo a formas societarias, sobre las que, al menos en ciertos ámbitos internos, se proyectan las facultades, derechos y, en menor medida cargas, familiares. Quizá por ello, el texto definitivo, a diferencia de alguna de las propuestas que le precedieron, en lugar de excluirlas, guarde un significativo silencio en este punto.

⁶⁸ Descartando casos especiales en que tenga exclusiva eficacia *post mortem*.

⁶⁹ La DGRN ha declarado que la confesión de privatividad es materia propia del régimen económico. La R de 17 de mayo de 2017 establece que “La calificación de elemento internacional del supuesto de hecho, conduce conforme al artículo 12, párrafo primero, del Código Civil, a la norma de conflicto que haya de ser aplicable al régimen económico que preside la economía matrimonial del adquirente y por tanto ha de determinar el carácter privativo o común de la adquisición del inmueble. En consecuencia, deberá probarse, con el alcance que esta Dirección General ha interpretado el artículo 36 del Reglamento Hipotecario (cfr. Resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente Resolución): En primer lugar, la aplicación del Derecho ucraniano a la economía conyugal; seguidamente, la existencia en dicho ordenamiento de la atribución de privatividad del bien adquirido...”

⁷⁰ La atribución de ganancialidad a una adquisición efectuada exclusivamente con bienes privativos, la aportación a la sociedad de gananciales de un bien privativo, las compensaciones o reembolsos entre esposos, etc.

régimen jurídico especial que se deriva de la organización patrimonial, esto es, los que celebren los cónyuges al margen de la *causa matrimonii*, como contratantes “normales”, parece que quedarán sujetos a las reglas conflictuales de los contratos, o al RS, si revelan trascendencia sucesoria (ej. donación o pacto de mejora con entrega de bienes)⁷¹.

2.3.4. Delimitación negativa (materias excluidas)

32. Se descartan del ámbito de aplicación del Reglamento⁷², además de las cuestiones propias del derecho público (específicamente las aduaneras, fiscales y administrativas), la seguridad social, las materias relativas a la capacidad jurídica general de los cónyuges⁷³, las cuestiones preliminares relativas al matrimonio mismo⁷⁴, las

⁷¹ Siguiendo a CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Apuntes sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable a las donaciones: antes y después del Reglamento Roma I”, *CDT Vol 1*, nº 2, p. 324 y ss., las donaciones que dan lugar a obligaciones contractuales “que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos” (art.1.2.b Reg. Roma I), así como las que dan lugar a “obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio, y de testamentos y sucesiones” (art.1.2.b Reg. Roma I), están excluidas del Reglamento Roma I. En cambio, están cubiertas por el Reglamento Roma I las donaciones que no son objeto de regulación por el Derecho de Familia, aunque se verifiquen en el ámbito de la familia. Ahora bien, la cuestión de saber si una donación está regida por el Derecho de Familia, depende del Derecho aplicable a tal donación. A tal efecto, según el citado autor, el tribunal competente aplicará sus normas de conflicto de producción interna, y con arreglo a la Ley aplicable a la donación, decidirá si dicha donación resulta regulada por el Derecho de Familia o no.

⁷² Considerandos 20 a 27.

⁷³ La capacidad jurídica forma parte del estatuto personal, cuya determinación se somete a las reglas conflictuales internas del foro. No obstante, esta exclusión no alcanza a las potestades gestoras, dispositivas o representativas que conforme al régimen económico, en función de su diferente tipología, correspondan a cada cónyuge (Cdo.20: ... *el presente Reglamento no debe aplicarse a las cuestiones relativas a la capacidad jurídica general de los cónyuges; no obstante, esta exclusión no debe abarcar las facultades y los derechos específicos de uno o de ambos cónyuges con respecto a su patrimonio, bien entre sí, bien por lo que respecta a terceros, ya que dichas facultades y derechos deben entrar en el ámbito de aplicación del presente Reglamento*). Es decir, se excluye la capacidad jurídica y de obrar (general), más no la legitimación o ámbito de administración y disposición que el régimen aplicable reconozca a cada consorte. Aunque es más discutido, quizás también debieran verse excluidas del ámbito del Reglamento las denominadas *capacidades especiales* para realizar actos económico-matrimoniales, como es la propia capacidad para capitular (ej. 1329 y 1330 Cc).

⁷⁴ Ciertamente este Reglamento, al igual que el de sucesiones y el RR III, relativo a la ley aplicable a la separación y el divorcio, es expresivo de la neutralidad de la normativa europea en relación con el concepto de matrimonio. Así, se excluyen expresamente de su ámbito de aplicación, las cuestiones relativas a la existencia o validez del matrimonio, que competen a la normativa interna sobre DIPr (Cdo. 21) . De este modo se aleja de la polémica relativa al matrimonio homosexual. Ni lo admite ni lo excluye. No obstante, permite que los efectos patrimoniales de este tipo de matrimonios puedan ser comprendidos. Señala QUIÑONES ESCAMEZ, A., “Problemas generales...”, op. cit. p. 275, que “los Estados miembros son libres de celebrar matrimonios o de crear uniones civiles alternativas” y aun se podría añadir que son libres de admitir su competencia jurisdiccional con relación a matrimonios que no reconozcan (art.9); “pero en aplicación de las disposiciones de los nuevos reglamentos no podrán rechazar la ley o el reconocimiento de los efectos patrimoniales de las uniones cubiertas por los reglamentos por motivos basados en su orientación sexual”. Sin embargo, el Reglamento no evita que un Estado que no reconozca un determinado matrimonio pueda inhibirse de resolver una cuestión económico matrimonial inherente al mismo (vid. art. 9 y considerandos 17 y 38 RREM), frente a lo que ocurre en el ámbito más puramente administrativo (cuestiones de residencia, pensiones, donde la jurisprudencia del TJCE, por el contrario, reconoce ciertos efectos a la relación matrimonial constituida

obligaciones alimenticias, derechos de pensión de jubilación e invalidez⁷⁵, definición de derechos reales y cuestiones registrales (requisitos y efectos de la inscripción⁷⁶), el ámbito sucesorio (incluso los derechos *ex lege* del cónyuge viudo) y las relativas a los efectos personales derivadas del vínculo. Sin ánimo de agotar la materia, conviene hacer una mención especial a dos materias de marcado carácter patrimonial, como es la pensión compensatoria y, sobre todo, el ámbito sucesorio, que es el que con mayor frecuencia provoca fricciones y resulta más difícil deslindar de la materia económico matrimonial.

2.3.4.a. La pensión compensatoria y su naturaleza alimenticia

33. Es cierto que la pensión compensatoria, en el ámbito del derecho internacional privado europeo, se configura como un concepto autónomo, caracterizado por su amplitud, y se enclava dentro de las cuestiones alimenticias (que abarca toda pensión concedida a un esposo en función de los recursos y necesidades recíprocas, cualquiera que sea la forma y modalidad en que se instrumente su pago). Toda cuestión que directa o indirectamente tenga repercusiones alimenticias queda excluida del Reglamento. Sin embargo, aun reconociendo que esta postura goza del apoyo de la jurisprudencia del TJUE (s. de 6 de marzo de 1980, as. De Cavel II), cabría defender, de *lege ferenda*, (en paralelo a la consideración de muchas legislaciones nacionales) que, técnicamente, la pensión compensatoria, en la parte que trasciende o sobrepasa las necesidades alimenticias del beneficiario, tiene un contenido patrimonial disponible, susceptible de formar parte del contenido capitular, al tener clara incidencia económico conyugal, o post conyugal, lo que

conforme al derecho de algún Estado Miembro (STJE, Gran Sala, de 5 de junio de 2018, *asunto Coman* y STJUE de 28 de junio de 2018, asunto C-451/16). En definitiva, esta ausencia de definición del matrimonio determina que sea la autoridad estatal que entienda de un asunto incluido en el ámbito objetivo del Reglamento la que con arreglo a su propio derecho haya de establecer, con carácter previo, la existencia de un matrimonio (RODRIGUEZ BENOT, *Los Reglamentos...* p. 21). Esta circunstancia puede llevar a que, en la práctica, los matrimonios entre personas del mismo sexo puedan o no quedar sujetos al Reglamento dependiendo del Estado del foro, lo cual favorece el *fórum shopping*, práctica que el RREM trata de eliminar (RUDOLF, C. "European Property Regimes Regulations – Choice of Law and the Applicable Law in the Absence of Choice by the Parties", *LEXONOMICA*, Vol. 11, No. 2, december 2019, p. 141. También constituye una materia excluida la disolución de matrimonio (BONOMI, A.; op. cit, *article 1er.*, p. 119).

⁷⁵ Parece que con esta expresión se hace referencia a todo tipo de pensiones de jubilación, lo que incluye a los planes de pensiones y de invalidez para excluirlas, pero solo en la medida en que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante el matrimonio. Lo que permite deducir que los ingresos que por tales conceptos se hubiesen percibido constante matrimonio, forman parte de su régimen económico y conforme al mismo se habrá de calificar su naturaleza privativa o común. A esta idea responde el Cdo. 23, que indica que la exclusión debe interpretarse de forma estricta, por lo que se sujetan al Reglamento "*las cuestiones relativas a la clasificación de los activos de pensiones, los importes que se hayan abonado a uno de los cónyuges durante el matrimonio y a la posible compensación que se concederá en caso de pensiones suscritas con bienes comunes*". Lo cual permitiría entender que los reembolsos que procedan, en función del origen de las sumas pagadas podría ser una materia comprendida en el RREM Vid. la explicación de los debates que suscitó esta materia en RODRIGUEZ BENOT, A., "Los efectos patrimoniales..." p. 21.

⁷⁶ Las normas del derecho designado regulan el proceso traslativo intraconyugal sobre todo tipo de bienes, la clasificación, la titularidad y la adscripción a las diferentes masas conyugales, aunque se reserva a las reglas internas del país en que esté situados el proceso de adquisición derivativo en el que es parte un tercero, la definición del abanico de los derechos reales reconocidos y su contenido, así como los requisitos y efectos de la inscripción registral, que se sujetan a la *lex registri* (Cdos.27 y 28).

justificaría su sujeción a las reglas del régimen económico. En este sentido cabe señalar que la regulación convencional de la pensión compensatoria (para excluirla, renunciarla o ampliarla) no deja de ser un aspecto que forma parte del equilibrio negocial establecido por las partes, especialmente cuando se incluye como un pacto capitular preventivo. La misma solución podría aplicarse a las cargas del matrimonio en cuanto superen “las necesidades” del beneficiario; así nuestro Cc da carta de naturaleza a los convenios sobre la participación de cada cónyuge en las cargas del matrimonio (1438Cc). No obstante las consideraciones anteriores (mayormente de *lege ferenda*), procede constatar que recientemente nuestro Alto Tribunal, ha venido a establecer (en línea con la jurisprudencia europea) que *la prestación compensatoria, aunque [en el caso] no se limita a un simple derecho de alimentos y tiende a compensar el nivel de vida que disfrutaba durante el matrimonio, debe considerarse incluida en el concepto de “obligación de alimentos” derivada de una relación familiar, de parentesco o afinidad a que se refiere el art 1 del Reglamento 4/2009. Luego, toda pensión compensatoria, de carácter indemnizatorio o no indemnizatorio entre cónyuges, “en la medida en que no tengan por objeto el reparto de bienes ni sean una liquidación propia del régimen económico” ha de considerarse como alimenticia*⁷⁷. La pensión compensatoria no perdería su carácter alimenticio cualquiera que sea el modo de pago de la misma, incluso cuando se conmuta por un cuerpo de bienes. No obstante, no todas las pensiones convenidas quedarían excluidas: si se pacta una pensión, como modalidad de pago de todo o parte de los haberes en la comunidad matrimonial, en ese caso su clara naturaleza particional (y no alimenticia, ni siquiera desde el enfoque amplio que se da a este concepto en el derecho europeo) debería de reputarse como una convención matrimonial puramente liquidatoria⁷⁸. Pudiera haber otros criterios distintivos, como el de la base legal o convencional de la pensión alimenticia, de modo que solo quedarían excluidas las de base legal, aunque este criterio quizás sea menos definitivo, además de más difícil de precisar en la práctica⁷⁹.

Contrariamente, la contribución de un cónyuge a las tareas domésticas puede computarse como contribución a las cargas o/y generar el derecho a una compensación económica a la

⁷⁷ STS de 20 de septiembre de 2022 y BONOMI, A., op. cit, article 1er., p. 135.

⁷⁸ Es razonable considerar que las compensaciones entre cónyuges —ya sea por razón del trabajo desarrollado en el hogar, por la colaboración en las actividades económicas del otro consorte, por los rendimientos dejados de obtener, etc. — tienen una clara conexión con las vicisitudes económicas de los cónyuges y poco que ver con las obligaciones alimenticias.

⁷⁹ JIMENEZ BLANCO, P., “Acuerdos de previsión de ruptura en el Reglamento UE 2016/1103, sobre regímenes económicos matrimoniales”, *La ley* nº 26, distingue entre las pensiones alimenticias según que tengan base legal, admitiendo que estas últimas puedan caer en el ámbito del RREM. Sin embargo, a menudo se fija convencionalmente el alcance de la obligación alimenticia de origen legal, a veces superando el tope de lo que es el límite obligatorio, siendo difícil de determinar lo que excede de la proporción entre el caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (cfr. art. 146 Cc). Por eso, parece más práctico y seguro el de la causa por la que se atribuye la pensión, pues lo esencial, como resulta de la sentencia citada, no es su origen legal o convencional, sino su finalidad, quedando excluida del ámbito económico matrimonial cuando el objetivo de la pensión no responde a un mero criterio distributivo o particional.

extinción del régimen de separación, lo que sin duda favorece la interpretación de que se trata más de una regla liquidatoria que de una cuestión propiamente alimenticia (STS de 20 de septiembre de 2022)⁸⁰.

2.3.4.b. La cuestión sucesoria: derechos y ventajas del cónyuge supérstite

34. El tratamiento de las cuestiones sucesorias (que se excluyen de este Reglamento) y de la economía conyugal, plantea dos tipos de problemas. Por una parte está el de la coordinación entre Reglamentos en materia de derechos del cónyuge viudo de modo que se asegurase la armonía regulatoria propia de cada tipo de derecho (ajuste entre el alcance de los derechos sucesorios y los que tienen su origen en el régimen económico legal), ya por vía de la adaptación material (ej. art. 16.2 Cc), ya a través de mecanismos conflictuales⁸¹ que sujeten a una misma ley ambas cuestiones, la sucesoria y la matrimonial (ej. art. 9.8 Cc⁸²). En los Reglamentos sobre estas materias⁸³ no solo no se prevé ninguno de estos mecanismos (a diferencia de lo que ocurre a nivel competencial), sino que, como luego veremos, en la práctica resulta difícil, incluso mediando el ejercicio de la autonomía de la voluntad, conseguir esa continuidad y armonía regulatoria. Pero la específica cuestión que ahora nos interesa es la que guarda relación con el ámbito de aplicación de estos reglamentos. Ambos de tratan de delimitar, de forma armónica, la línea fronteriza entre los derechos económicos conyugales y los sucesorios (art. 1.2 d) RREM y art. 1.2. d) RS). Sin embargo, esto no evita que existan instituciones que se sitúan a caballo entre los respectivos campos de aplicación de dichos reglamentos, específicamente las que inciden en los traspasos patrimoniales que se producen a favor del cónyuge sobreviviente cuando el régimen matrimonial se extingue por fallecimiento de uno de los consortes⁸⁴. Esta situación se torna en especialmente compleja cuando el derecho rector del régimen económico y el del régimen sucesorio es distinto. En principio, la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, y las atribuciones correspondientes, son ajenas a la ley de la sucesión. Cuando la extinción del régimen conlleva un aumento patrimonial de

⁸⁰ Vid. CALVO CARAVACA, A.L.CARRASCOSA GONZALEZ, J, "Derecho internacional privado", ed. 12, p.462 sobre la problemática relativa al ámbito de la ley alimenticia.

⁸¹ RODRIGUEZ PINEAU, E, *op. cit.*, p. 238 y ss. y RODRIGUEZ BENOT, A, "Los efectos patrimoniales", p. 18 y ss.

⁸² Precepto que atajaba esta problemática en términos satisfactorios. Vid. la STS de 28 de abril de 2014 (y el comentario de LORENTE MARTINEZ, I, en *CDT*, marzo 2015, Vol. 7, Nº 1, pp. 256-268) que aclara que todos los derechos que por ministerio de la ley corresponden al cónyuge viudo (y no solo los que se derivan de los efectos personales del matrimonio) se rigen por la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

⁸³ Pese a la llamada de atención contenida en el RS, cuyo Considerando 12 *in fine* dispone que "No obstante, las autoridades que sustancien una sucesión con arreglo al presente Reglamento deben tener en cuenta, en función de la situación, la liquidación del régimen económico matrimonial o de un régimen patrimonial similar del causante para determinar la herencia de este y las cuotas hereditarias de los beneficiarios.

⁸⁴ Frente a la más que aceptable coordinación en materia competencial, determinada por la concentración de competencias por fallecimiento de uno de los cónyuges, en materia de ley aplicable, como pone de manifiesto la doctrina, la situación es la contraria, al haberse hecho caso omiso del desiderátum a que apuntaba el RS (Cdo. 12), hasta el punto de que RODRIGUEZ BENOT, A., "Los efectos...", p. 19 anuncia que la consecuencia práctica es un vacío jurídico, un agujero negro, que provocará una gran inseguridad.

uno de los cónyuges, su sujeción al RREM normalmente no suscita especiales dudas. La problemática surge cuando esas ventajas se ligan a la muerte de uno de ellos. Es el caso de los denominados derechos de predetracción y de las ventajas (como pueden ser las inherentes a la *communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au conjoint survivant*⁸⁵), sobre las cuales cada derecho interno sigue su propia ruta, adscribiéndolas a uno u otro dominio, sucesorio o económico matrimonial.

35. Identificado el núcleo de esta cuestión, que se concentra en los casos de disolución matrimonial por la defunción de un cónyuge, cabe hacer una primera precisión, a la luz de los postulados de la STJUE de 1 de marzo de 2018 (asunto Mahnkopf), cuyas consideraciones resultan de enorme trascendencia en esta materia. En congruencia con el carácter autónomo que se reserva por los reglamentos al concepto sucesorio y al régimen económico matrimonial, resulta irrelevante la calificación que estas instituciones fronterizas reciban en el derecho interno que resulte aplicable y la *sedes materiae* en que las legislaciones internas contengan la regulación de éstas⁸⁶. El proceso de calificación ha de hacerse conforme al derecho europeo, sobre la base de sus textos y la finalidad que persiguen⁸⁷.

36. Sentado que la calificación ha de hacerse conforme al derecho europeo, el segundo postulado que ha de tenerse en cuenta es que el elemento decisivo para dirimir la naturaleza de estas instituciones limítrofes viene dada por el objetivo perseguido por la

⁸⁵ Según del derecho galo esta cláusula se considera como una *avantage* matrimonial que forma parte del régimen económico de los cónyuges. En otros países, se concibe como una institución que se adentra en el derecho sucesorio, y sujeta por tanto a las limitaciones de la legítima y de los pactos sucesorios que establezca la *lex successionis*. La DGRN en resolución de 29 de julio de 2015 califica un pacto de esa naturaleza (atribución al sobreviviente de todos los bienes comunes en caso de fallecimiento de un cónyuge) como de naturaleza matrimonial y no sucesoria toda vez que la atribución que se hacía al cónyuge supérstite se producía como consecuencia de un pacto matrimonial. En el caso se trataba de una sucesión (sujeta al derecho belga) deferida antes de la entrada en aplicación del RS, circunstancia que resalta el propio Centro Directivo en la resolución, por cuanto señala que sería diferente la cuestión (y quizás la solución) si se enjuiciase a la luz de dicho RS.

⁸⁶ STJUE de 1 de marzo de 2018 (asunto Mahnkopf), nº 32 “... de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme”.

⁸⁷ En el caso citado, el TJUE rechaza la calificación de materia económico matrimonial que había hecho el Tribunal Alemán conforme a su propio derecho, (que había mantenido que el propósito de la norma concernida (art. 1371.1 BGB) es el de liquidar el régimen económico matrimonial. Este punto ha sido objeto de crítica por parte de FONTANELLAS MORELL, JM., *La coherencia entre los Reglamentos 650/2012 y 2016/1103 (2016/1104)* en Los Reglamentos europeos UE 2016/1103 y 2016/1104 de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas (Coord. SERRANO DE NICOLAS A) p. 213 y ss., que sostiene que la exégesis que realiza el TJUE del indicado precepto está fuera de lugar, porque la Corte debe enjuiciar la institución nacional tal y como la entiende el derecho concernido y, posteriormente, ver si en función de una interpretación autónoma encaja o no en el concepto de sucesión. Sin embargo, el TJUE lo que hace es reinterpretar la norma citada del BGB para concluir que la misma se refiere a una cuestión sucesoria y no matrimonial y, en consecuencia, resolver que queda sujeta al RS.

institución cuestionada tal y como resulta regulada en el derecho interno (pero con independencia de la calificación que en el mismo se le atribuya) enjuiciado a la luz de los reglamentos: liquidar un régimen económico y repartir sus bienes⁸⁸, finalidad compatible con la naturaleza económico conyugal, o *determinar el quantum de la parte alícuota de la herencia que debe atribuirse al cónyuge superviviente con respecto a los otros herederos* (en cuyo caso se adentra en el ámbito sucesorio).

38. Adicionalmente, cabe subrayar otro factor relevante, a la luz de la sentencia citada, que puede resultar decisivo. Es el que apunta a la prevalencia del carácter sucesorio de cualquier disposición o pacto que establezca para el caso de fallecimiento una distribución desigualitaria o inequitativa, en términos cuantitativos (siendo, en principio, intrascendente que lo sea cualitativamente) de los patrimonios conyugales en favor del cónyuge superviviente.

39. Como apunte final cabe resaltar que esta *vis atractiva* en favor de la *lex sucesoria* que resulta de la sentencia referida⁸⁹ no ha dejado de suscitar críticas en la doctrina⁹⁰. Fundamentalmente se destaca que la decisión *pro sucessionis* (adoptada en la sentencia citada) viene motivada, en buena medida, por el deseo de fortalecer el certificado sucesorio europeo (cuya extensión constituía el núcleo originario de la cuestión debatida), por lo que su significado viene acotado por esta circunstancia. Asimismo, se censura el carácter reduccionista que conllevan los razonamientos utilizados, así como que pueda consolidar una respuesta apriorística, al margen de las circunstancias del caso, especialmente cuando son reveladores de su relevancia económico matrimonial. Por ello, estas conclusiones acaso pudieran ser matizadas en el futuro, a través de una visión más conciliadora, que pudiese reconocer cierta naturaleza matrimonial en estas ventajas conyugales, con el límite de la preservación de los derechos de los legitimarios establecidos por la *lex sucessionis*, manteniendo, de esta forma, un cierto equilibrio entre las diferentes tradiciones jurídicas ensambladas en la regulación material de los derechos nacionales.

2.4. La calificación como materia económico conyugal

⁸⁸ Este sería el caso del derecho de preferente adjudicación previsto en los arts. 1406 Cc y 1407 Cc, que contrasta con el derecho de predetracción contenido en el art. 1321 del mismo cuerpo legal (a pesar de que es calificado comúnmente en la doctrina española como un derecho no sucesorio, inserto en la regulación del régimen económico matrimonial primario). En el primer caso constituye una regla especial de reparto (que es susceptible de sea ampliada o modalizada convencionalmente) que no altera el haber de cada cónyuge). En el segundo caso, parece que, siguiendo la doctrina del TJUE, traspasa la finalidad particional.

⁸⁹ En la misma línea de reforzar la *vis atractiva* sucesoria parece que se manifiesta la sentencia del TJUE de 9 de septiembre de 2021 (UM/HW) que establece que en virtud del artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento de Sucesiones debe interpretarse en el sentido de que un contrato en virtud del cual una persona dispone que, a su muerte, la propiedad de un bien inmueble que le pertenece se transmita a otras partes contratantes constituye un pacto sucesorio a los efectos de ese precepto.

⁹⁰ Vid. en este sentido FONTANELLAS MORREL, JM., p. 210 y ss. y WAUTELET P., op. cit. p. 148.

40. El concepto de régimen matrimonial que introduce el Reglamento, aparte de su contenido clásico y común, referido a un concreto sistema de organización patrimonial constante matrimonio, se proyecta sobre un cúmulo relevante de materias conexas, incluyendo ciertas consecuencias post conyugales de orden patrimonial, que pasan a formar parte de su contenido típico o, al menos, posible. Es decir, toda “*relación patrimonial... que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución*” o, parafraseando al art. 26.3. b), llamado a tener cierta relevancia interpretativa, todo lo relativo a la “organización y planificación” económica del matrimonio, lo que incluye la disolución y sus efectos económicos, no es ajeno al régimen económico matrimonial⁹¹. La misma idea se infiere del art. 1.a) RREM.

La calificación a nivel conflictual de una materia como propia del régimen económico matrimonial habrá de hacerse exclusivamente conforme a la definición y descripción que de este concepto se efectúa en el texto reglamentario y en la jurisprudencia del TJUE que lo desarrolle⁹², sin perjuicio de examinar los objetivos y finalidad de la concreta regla o disposición material que la regule para determinar si encaja en los objetivos del Reglamento. Pero conviene precisar que son cuestiones diferentes la de analizar la finalidad de una norma o institución material interna a la vista de los postulados del Reglamento y la calificación que le corresponda con arreglo al propio derecho interno⁹³. Esta calificación interna no mediatiza la calificación que se deriva del Reglamento. Esta segunda calificación interna podrá ser relevante en el ámbito del ordenamiento designado, para que se aplique una u otra norma de producción nacional propia del régimen económico matrimonial o de otro ámbito. Pero no debiera de tener nunca relevancia

⁹¹ GUZMAN ZAPATER M. y PAZ-ARES I, “La competencia judicial internacional en materia de disolución...” *cit.* (sin perjuicio de lo que establece la sentencia TJUE de 9 de septiembre de 2021 (UM/HW). antes citada, con arreglo a la cual un contrato en virtud del cual una persona dispone que, a su muerte, la propiedad de un bien inmueble que le pertenece se transmita a otras partes contratantes constituye un pacto sucesorio).

⁹² El Reglamento exige, como es sabido, una interpretación autónoma de sus conceptos y categorías jurídicas (Vid. as. C 383/95, C 220/95 o C 120/79 (cf. PARRA RODRIGUEZ, C “Characterisation and interpretation in European Family Law Matters”, *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Successions Matters* (ed. MALATESTA, A./MARIATI, S./POCAR, F.), CEDAM, Padua, 2008, pp. 337-355, espec p. 355. El TJUE ha afirmado, asimismo, que las normas internas no pueden “frustrar mediante requisitos adicionales los objetivos y fines pretendidos por las normas europeas” (así ass. C-119/84 o C-185/07), de modo que el TJUE busca asegurar el *efecto útil* de la norma europea.

⁹³ Por ejemplo, una donación en concepto de mejora puede ser considerada internamente como un acto inter vivos, ajena al campo sucesorio (ej. art. 621 Cc) y, en cambio, una institución que guarda cierta analogía con la anterior, el pacto de mejora con entrega de presente regulado en la ley de Derecho Civil de Galicia (que produce el efecto inmediato de transmitir la propiedad, quedando el transmitente desprovisto de cualquier facultad de disposición, salvo que se haya reservado de modo expreso dicha facultad, arts. 215 y 217.1 LDCG) se califica por dicha ley como pacto de mejora (vid. ESPIÑEIRA, I., Pacto sucesorio gallego otorgado por extranjero residente en Galicia, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/pacto-sucesorio-gallego-otorgado-por-extranjero-residente-en-galicia/>, los argumentos para defender su naturaleza de pacto sucesorio). Lo decisivo, a efectos internacionales, no es esta calificación interna, sino que, en función de la finalidad de tales instituciones, que se califique o no como materia sucesoria a la vista de las reglas y de los objetivos del RS.

conflictual⁹⁴. De esta forma se evita que pueda diferir la ley aplicable en función de la calificación que se haga desde la perspectiva nacional, so pena de atentar contra los objetivos básicos del Reglamento. Desde este enfoque, resultan inaplicables en este ámbito normas como la prevista en nuestro art. 12 Cc. En todo caso, puede concluirse que la problemática de la calificación se reduce considerablemente, relegándose sobre todo a los caos de intersección con las materias limítrofes, como la sucesoria (principalmente) y la alimenticia, especialmente en lo tocante a las previsiones sobre las pensiones y compensaciones entre cónyuges, y ocasionalmente en cuestiones relativas a los derechos reales o modos de transferencia dominical, y a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges al margen de toda consideración conyugal.

3. DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE⁹⁵

3.1. Principios

41. La respuesta conflictual del Reglamento se organiza a través de un conjunto de reglas (algunas de carácter material, ej. art. 23.1) mediante las que se establece el derecho que rige el régimen económico matrimonial que ha de ser aplicado por todas las autoridades jurisdiccionales de los países participantes. Sustituye, dentro de las coordenadas espaciales y temporales que delimitan su ámbito, al derecho conflictual interno relativo a estas materias. Primero se establecen unos elementos de conexión optativos y, en su defecto, se establecen otros subsidiarios, de forma escalonada. La determinación del *ius* aplicable se efectúa en base a unos puntos de conexión que se

⁹⁴ Lo anterior no excluye, como apuntábamos, que en determinados casos no se haya de analizar la función y finalidad que una determinada institución desempeña en el derecho interno para luego calificarla como económico matrimonial a la vista de los postulados que emanan del RREM. En conclusión, en primer lugar, habrá que determinar que la cuestión controvertida entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, en función de los de éste; en caso afirmativo la ley aplicable se determina conforme a éste, cualquiera que sea la calificación que corresponda conforme al ordenamiento aplicable. Posteriormente, con arreglo a este último —en función de su propia calificación— se aplicará la concreta ley interna, del país designado internacionalmente, en la forma dicha, que corresponda.

En sentido contrario (salvo error de comprensión) parece que se muestra, AÑOVEROS TERRADAS B. “*El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos Reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas*”, AEDRIPr, t XVII, 2017, p.829. Indica esta autora que se pueden plantear problemas de calificación, tanto en lo que se refiere al concepto de régimen económico matrimonial, como al de capitulaciones, lo que implicará que en ocasiones serán precisas dos calificaciones: una primera a nivel nacional, y una vez calificada como “régimen económico matrimonial” subsumirla en la correspondiente norma de conflicto.

⁹⁵ Por la relevancia de los problemas que la determinación del derecho aplicable provoca desde la óptica de la justicia preventiva (habitualmente no sujetas a reglas de competencia, como es el caso de los notarios) llamada a tener un papel de la máxima importancia (pues, como señalamos anteriormente, uno de los objetivos del Reglamento es la de fomentar la *previsibilidad*, tarea que ha de desarrollarse *ex ante*, es decir, con anterioridad a que surja la controversia, y porque buena parte de los conflictos que surgen encuentran una solución no jurisdiccional) me permito abordar en primer término la dimensión conflictual, aunque resulte habitual en los comentarios generales sobre cualquier problema de DIPr que se inicien con el problema que cronológicamente, mayormente en otros ámbitos, suele ser anterior en el tiempo, el de la determinación de la autoridad competente. Vid. en el mismo sentido JIMENEZ BLANCO P, op. cit p. 24 y ss.

estiman como los más idóneos para establecer, dentro de la variedad de leyes concurrentes, el derecho más previsible y próximo a los cónyuges dentro del sector económico matrimonial, sin que trascienda a otros ámbitos familiares. A diferencia de lo que ocurre en materia de competencia jurisdiccional, no se establecen en el Reglamento pasarelas con otros sectores conexos que permitan dar continuidad al derecho aplicable a los mismos y al régimen económico. Como pieza de cierre, el Reglamento organiza un sistema que asegura que toda jurisdicción de un Estado participante aplique el mismo derecho a cualquier cuestión incluida dentro del campo de aplicación del Reglamento.

42. El derecho aplicable, derive o no de un acto de elección, y salvo ciertas excepciones, aparece presidido por tres principios básicos: i) puede ser el de cualquier Estado, sea o no parte en el Reglamento (principio de universalidad)⁹⁶, ii) permanece en el tiempo (principio de inmutabilidad)⁹⁷ y iii) se aplica al conjunto de relaciones y bienes que componen el régimen económico matrimonial, cualquiera que sea la residencia o nacionalidad de los cónyuges y el lugar donde se ubiquen sus bienes (principio de unidad). Este último principio suscita alguna reflexión complementaria.

43. El legislador europeo, que ha descartado sujetar todos los efectos de la esfera familiar, y aún de la matrimonial, a una misma ley, trata de mantener la unidad de regulación en la esfera económica del matrimonio. Por una parte, señala que el ámbito de aplicación del Reglamento, y por tanto debe entenderse que también el de la ley aplicable, *“debe incluir todos los aspectos del derecho civil de los regímenes económico-matrimoniales”*. Al propio tiempo, reforzando aquella idea, declara que todos los bienes del matrimonio, cualquiera que sea su ubicación, se sujetan a la ley que rija el régimen económico⁹⁸. La unidad cobra así una triple significación: una sola ley aplicable por razón del régimen económico conyugal, una sola ley que regule el estatuto de todos los bienes, y, en definitiva, un solo régimen matrimonial por matrimonio. Se trata de una solución que hace primar la seguridad sobre la libertad y cuyo efecto principal es la exclusión de *depeçage*: no es posible fragmentar la regulación de las relaciones económicas del matrimonio mediante la designación de varias leyes. No obstante, el enfoque unitario a que conduce este principio presenta ciertas excepciones, pues hay supuestos en que se atempera en diferente intensidad la aplicación de la ley rectora, dando paso a otras leyes, por distintos órdenes de razones. Por una parte, están los casos en que por razón de la jurisdicción aplicable se puede dar entrada a las leyes de policía del foro o a la excepción del orden público para modular o excepcionar la aplicación de la *lex causae*. En segundo lugar podemos citar los supuestos en que esa fragmentación se produce en el tiempo

⁹⁶ Principio que contrasta con el de territorialidad que rige en materia competencial.

⁹⁷ Salvo que medie un pacto modificativo o en el supuesto especial del art. 26.3.

⁹⁸ Se separa así de la solución consagrada en el Convenio de la Haya de 1978 que acogía en parte el sistema escisionista al permitir que los esposos pudiesen someter ciertos bienes (particularmente los inmuebles) a la ley del lugar de situación,

cuando sobreviene un cambio irretroactivo de la *lex causae*, ya se trate de cambio voluntario o del supuesto del art 26.3, en que pueden convivir dos derechos distintos. En tercer lugar, cabe hacer referencia a casos específicos en que se recurre de forma cumulativa a la ley de la residencia habitual, como ocurre en los supuestos en que este derecho es reclamado para la determinación de las condiciones adicionales de validez formal de los pactos de *optio legis* y de las convenciones matrimoniales, o de la existencia de consentimiento —art. 24.3. En cuarto lugar, están los supuestos que desencadena el régimen protector de los derechos de los terceros, en los casos de cambio de ley aplicable y, específicamente, por el juego de la inoponibilidad, que puede acarrear que la ley que regula las relaciones de los cónyuges con los terceros sea distinta de la que rige *ad intra*⁹⁹. Finalmente, por razones objetivas, de la localización de los bienes, y por la limitación espacial que se deriva del ámbito territorial del Reglamento, en ocasiones tiene entrada la *lex rei sitae* (o el derecho material a que ésta remita respecto de los bienes situados fuera del ámbito jurisdiccional de los países participantes).

3.2. La autonomía de la voluntad conflictual

44. El Reglamento consolida lo que ya es un principio seguido generalmente en Europa al permitir que los cónyuges elijan la ley que ha de regular el ámbito patrimonial de la relación conyugal. La autonomía de la voluntad se consagra como el primer punto de conexión para determinar el derecho aplicable a los efectos económicos del matrimonio. De esta manera se favorece que los cónyuges den entrada al derecho más adecuado a sus intereses y circunstancias y, al propio tiempo, se facilita la determinación y la prueba del *ius* aplicable al establecer un derecho cierto para la economía conyugal (que no depende de criterios —como la residencia o la vinculación más estrecha—, cuya fijación no siempre es fácil, ni pacífica, ni queda al albur de los cambios de residencia (cfr. art. 26.3 RREM), además de reducir el coste conflictual, al facilitar la localización del derecho aplicable. Asimismo, también debe resaltarse que a través del ejercicio de la *professio iuris* se posibilita cierta continuidad regulatoria con materias conexas, entre las que destacan la relativa a los alimentos y la pensión compensatoria, el régimen sucesorio, o la disolución del matrimonio, como luego veremos con mayor detenimiento, y se facilita la coordinación con la competencia judicial, propiciando la coincidencia *fórum/ius*. Ciertamente se reconocen las tres dimensiones en que puede operar la autonomía de la voluntad, a nivel conflictual, competencial y material. Sin embargo, sus posibilidades de ejercicio no son omnímodas, en la medida en que el Reglamento establece límites, unas veces directamente, fundamentalmente en el orden conflictual y competencial, y otras de forma indirecta, principalmente en el orden material, al dar entrada a los derechos internos (en concreto a las reglas imperativas de la *lex causae*, específicamente las normas del régimen

⁹⁹ Aún dentro del ámbito jurisdiccional del Reglamento, cobra importancia la ley del país donde estén sitios los bienes inmuebles o registrados los bienes muebles, pues será la ley aplicable a los terceros que no conozcan o no debieran conocer la ley aplicable.

primario, y a las normas de policía y al orden público del foro). La regulación de la autonomía conflictual y la competencial (con el matiz que luego se indicará) se contiene en el Reglamento. La de la autonomía material, se sujeta a la *lex causae*.

45. La autonomía conflictual encuentra una manifestación específica a través de la elección del derecho aplicable. En principio, no hay limitación temporal ni territorial en el ámbito de elección; cabe elegir cualquier ley, ya sea la de un Estado participante, la de un Estado de la UE no participante o incluso la Ley de un tercer Estado. Pero ha de tratarse de una ley “estatal”, sin que sea posible la designación de un cuerpo normativo de otro orden, como el religioso, a menos que éste tenga la consideración, o haya sido asumido, como ley estatal, y solo en esta consideración, en cuanto tal (ej. Arabia Saudí y la Ley Sharia). Esta circunstancia no excluye que mediante el ejercicio de la autonomía material se pueda pactar como régimen económico el establecido o regulado en una norma religiosa, Tratado Internacional, en una compilación privada, o en las reglas de lo que constituye el denominado *soft law*, siempre que su contenido se ajuste a la ley rectora.

46. Tampoco se establecen limitaciones objetivas: como antes se señalaba, y sin perjuicio de algunas excepciones, abarcará, *in integrum*, todos los bienes matrimoniales, cualquiera que sea la naturaleza de éstos y el lugar en que estén sitos¹⁰⁰, de modo que todo el régimen económico matrimonial y, consiguientemente, los patrimonios conyugales, queden sujetos a un mismo derecho, sin que importe su localización¹⁰¹. Se descarta, así, que el ejercicio de la autonomía privada pueda generar la fragmentación del derecho aplicable en función de la naturaleza y de la localización de las relaciones jurídicas. En cambio, a nivel subjetivo, en todo caso, el derecho que se elija ha de presentar con los cónyuges la vinculación derivada de alguna de las dos conexiones que la norma considera relevantes, la residencia o la nacionalidad. Por eso la autonomía conflictual que reconoce el Reglamento, si bien es universal desde una perspectiva espacial, es una autonomía monitorizada, pues aparece limitada por la exigencia de proximidad¹⁰². Ahora bien, la

¹⁰⁰ Se opta por un régimen más unificado que el que se deriva de La convención de la Haya de 14 de mayo de 1978 que permitía someter algunos inmuebles a la *lex rei sitae*.

¹⁰¹ Se excluye pues toda posibilidad de que la elección de ley se limite a determinados bienes, o a los bienes situados en un concreto país: mediante la elección de ley no se puede lograr la fragmentación de la ley aplicable (sin perjuicio de la modalización temporal que pueda derivarse de un acuerdo de cambio de ley).

¹⁰² Como ya se expuso anteriormente (vid. apartado I C), un notable sector de la doctrina (vid. por todos VINAIXA MIQUEL M., “La autonomía de la voluntad...”, cit. p. 292, p.292,) justifica el establecimiento de restricciones a la autonomía de la voluntad por dos órdenes de razones: para evitar que el régimen económico se sujete a legislaciones exóticas, o lejanas a los cónyuges, cuya aplicación pueda dar lugar a resultados poco razonables, o para evitar la supremacía de un cónyuge sobre el más débil, y para la más adecuada protección de los derechos de los terceros. Sin embargo, esas críticas no deben ser totalmente determinantes. A Los terceros se le brinda una relevante protección, a través de los mecanismos previstos en el art. 28, sin perjuicio de que el desiderátum sería la creación de un registro europeo de regímenes económicos, o la interconexión de los diferentes registros nacionales. Desde la perspectiva ad intra, se constata que, quizás bajo las críticas anteriores subyace una cierta desconfianza en la autonomía de la voluntad. Las razones que se esgrimen no parecen del todo consistentes, en la medida que cualquier medida contraria a la igualdad de los cónyuges va a

autonomía de la voluntad puede desempeñar también un papel modulador más amplio, en el ámbito material, como enseguida veremos.

47. La elección del derecho se constriñe al derecho material. El derecho designado como aplicable solo comprende sus normas de derecho material (excluyéndose las reglas conflictuales, y por tanto el reenvío —art. 32 RREM). No cabe, por tanto, utilizar la vinculación con un Estado para acogerse a las leyes a que remite su derecho conflictual, ni siquiera cuando el derecho designado es un tercer Estado cuyas normas de DIPr remiten al derecho del foro o de un Estado Miembro. Precisamente una de las ventajas que justifican la introducción de la autonomía de la voluntad es evitar los problemas que se derivan de la aplicación de la norma de conflicto. A diferencia de lo que establece el RS, aquí se establece una prohibición absoluta.

48. El contrato de elección (cuyo análisis abordaremos más adelante), propiamente de opción¹⁰³, constituye el instrumento mediante el cual los cónyuges pueden efectuar la elección conflictual, la *designatio iuris*. Es susceptible de celebrarse en cualquier momento, incluso con carácter prenupcial, y de forma repetida (tanto para elegir *ab initio* el derecho aplicable, como para cambiar el derecho previamente elegido o previamente designado por las conexiones subsidiarias). Aunque el texto articulado guarda silencio en este punto¹⁰⁴, el Cdo. 45 disipa cualquier duda, al establecer que la “elección se podrá realizar en todo momento, antes del matrimonio, en el momento de la celebración del matrimonio o durante el matrimonio”. El elemento temporal no incide, pues, ni en la capacidad de elección de los cónyuges ni en su alcance. Lo que no parece posible es que se pueda elegir, o cambiar, la ley aplicable, tras la disolución del matrimonio¹⁰⁵.

49. Sin embargo, la cronología puede tener cierta influencia en el ámbito de la elección. Podría decirse que el Reglamento acota las posibilidades de elección a través de

quedar reconducida por la aplicación de la excepción del orden público de cualquiera de las autoridades de los países participantes. Además, los inconvenientes señalados en ningún caso tendrían mayor relevancia si los límites para el ejercicio de la autonomía conflictual se acotasen a los supuestos en que se elige el derecho de un Estado no participante. En efecto, pese a la diversidad material, hay una cierta comunidad de valores —especialmente a nivel de régimen primario y a nivel de tipológico— entre los países participantes, por lo que no debería crear especiales complicaciones intra conyugales el reconocimiento a los cónyuges de la posibilidad de optar por cualquiera de las leyes de los países participantes y mantener la opción restringida entre las conexiones de la nacionalidad o de la residencia habitual, cuando la ley aplicable fuese la de un tercer estado. Además, en el plano intraconyugal, no hay que olvidar que los resultados que se pretenden evitar pueden lograrse, en buena medida (hasta donde lo admita la *lex causae*) a través del juego de la autonomía de la voluntad material —incluso a través de la remisión de ésta a regímenes regulados en leyes lejanas o mediante la trasposición de sus reglas.

¹⁰³ En realidad, el Reglamento no consagra una autonomía de la voluntad en sentido propio, entendida como poder configurador de una relación jurídica, con los límites derivados de la ley imperativa, ni una autonomía conflictual omnímoda, sino una mera *facultas electionis*, esto es, lo que se ha venido a denominar *autonomía de opción*, que se limita a la elección entre las alternativas previstas en la norma.

¹⁰⁴ No obstante, esta regla también era fácilmente deducible a partir de lo dispuesto en el artículo 22.1.a) del Reglamento.

¹⁰⁵ Vid. infra nº 136 el distinto criterio que se sigue con respecto a las capitulaciones matrimoniales.

la proximidad, a la que se le reconoce una doble dimensión. Ha de tratarse de una proximidad subjetiva a uno de los cónyuges. Pero también se exige una proximidad temporal: las conexiones han de ser las vigentes al tiempo en que tiene lugar la *professio iuris*, descartándose la posibilidad de que se utilicen conexiones pasadas o futuras¹⁰⁶. Asimismo, como luego se verá con mayor detenimiento, existe una amplia libertad para reflejar la *optio iuris*: puede formalizarse tanto en unas capitulaciones matrimoniales (pre o post nupciales), en un contrato preventivo de la crisis, o en un contrato autónomo, aunque en buena praxis¹⁰⁷, lo lógico será que se contenga en un documento capitular, salvo que las partes no deseen hacer uso de su autonomía material. No obstante, rigen para todos estos soportes documentales ciertas exigencias de forma.

Desde otro enfoque, también temporal, conviene señalar que la fecha de entrada en aplicación del Reglamento distingue a los matrimonios que quedan sujetos al mismo. Sin embargo, cualquiera que sea la fecha de su celebración, la celebración de un pacto de *lege utenda*, aunque sea con carácter retroactivo, abre las puertas a las normas del Reglamento.

50. Las opciones de los cónyuges, como apuntábamos, están muy acotadas, en la medida en que la ley elegida ha de presentar cierta proximidad con cualquiera de ellos, y solo puede derivarse de dos vinculaciones: la residencia habitual o la nacionalidad¹⁰⁸, vigentes al tiempo en que se ejercite la *facultas electionis*. No obstante, es suficiente con que la ley elegida esté conectada, a través de alguno de estos nexos, con uno solo de los cónyuges; en el ámbito electivo el dato de que la conexión sea común es totalmente irrelevante¹⁰⁹. En realidad, las alternativas de elección pueden ser cuatro, o incluso superar ese número en caso de doble nacionalidad¹¹⁰, o más, si se contemplan las posibilidades conflictuales desde una panorámica temporal, pues admitida la posibilidad del cambio de ley aplicable (ya hubiese sido elegido ya determinado subsidiariamente), el abanico de

¹⁰⁶ En el diseño del Reglamento no cabe que se tengan en cuenta vinculaciones futuras, lo que significa que no pueden optar por cualquier otra que se produzca con posterioridad al momento en que tiene lugar la *optio legis*. Solo mediante el cambio de ley aplicable se podría hacerse efectiva dicha posibilidad.

¹⁰⁷ RIPOLL SOLER A. "Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las parejas registradas en la Unión Europea". *Comentarios a los Reglamentos UE nº 216/1103 y 2016/1104*, (Dir. Iglesias Buigues y Palao Moreno) *cit.* Comentario al art.23, p 221.

¹⁰⁸ Art. 22.1 permite la remisión exclusivamente a: "a) la ley del Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, o b) la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo". No se recoge la posibilidad de optar por otra ley —que el art 26 también valora como cercana— como la del país con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha.

¹⁰⁹ A diferencia de lo que establecía la propuesta 16, en que la residencia habitual común no se sujetaba a restricción temporal alguna, y de lo que establece el art. 5 del R Roma III, que remite a la residencia habitual común de los cónyuges (admitiendo solamente la de uno de los cónyuges si fuese coincidente con la última residencia habitual común).

¹¹⁰ En caso de múltiple nacionalidad no común, al ser susceptibles de elección cualquiera de las leyes correspondientes a las nacionalidades de cada cónyuge, las posibilidades se amplían a seis leyes (QUINZÁ P., "El Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial: una aproximación general), o a más, en función del número de nacionalidades que ostente cada cónyuge.

leyes elegibles puede variar en el tiempo en función de la propia variación de las conexiones señaladas. Es decir, en caso de conflicto móvil, los cónyuges pueden optar por mantener la ley inicialmente designada o escoger entre las que estén vinculadas a los cónyuges en el momento del nuevo pacto.

51. No se prevé, en cambio, la posibilidad de optar por otra ley distinta de las que ofrezcan los puntos de conexión indicados, como la del país con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha (a pesar de que el art 26 también la valora como cercana). Tampoco el perímetro del contrato de elección se extiende —a diferencia de lo que ocurre en sede competencial— a la *lex fori* (ej. art 5 Roma III) o a la ley del lugar de celebración del matrimonio (*rectius*, ley de la autoridad que celebra el matrimonio)¹¹¹.

52. La solución que ofrece el Reglamento, a diferencia de lo que establece la literalidad del artículo 9.2 Cc, permite que cónyuges que tengan la misma nacionalidad puedan dejarla de lado y elegir la ley de la residencia habitual de cualquiera de ellos al tiempo del pacto. Y viceversa, también los cónyuges con residencia común podrán optar por la ley de la nacionalidad de uno u otro. Sin embargo, las alternativas de opción se restringen cuando todos los puntos de conexión son coincidentes, es decir, cuando remiten a una misma ley. En estos supuestos, en que la residencia habitual de ambos cónyuges y su nacionalidad, al tiempo de otorgar el pacto de elección, es la misma, sus posibilidades de selección se limitan a optar por este derecho basado en la doble conexión común con el exclusivo objeto de cambiar la ley anteriormente aplicable, ya fuese la primeramente elegida o ya fuese alguna de las leyes que como subsidiarias del pacto recoge el artículo 26 del Reglamento, todas ellas ancladas en el momento de la celebración del matrimonio, o de excluir la entrada en aplicación de la ley de la primera residencia habitual común posterior al matrimonio, y, en su caso, el juego de la ley más vinculada prevista en el art. 26.3¹¹².

3.2.1 La elección de la residencia habitual

¹¹¹ Este criterio de conexión (seguido por nuestro Cc) ha sido denostado por la mayor parte de la doctrina por su carácter anecdótico en el devenir de las relaciones conyugales y no ser expresivo de la proximidad. Sin embargo, en la práctica, en tanto ofrece seguridad y está amparado por la elección de los cónyuges, ha suscitado de una consideración más benévola, en base a ciertas razones, entre otras: i) permitiría la aplicación de la misma ley que regula el matrimonio, tema que reviste gran importancia sobre todo en relación con el matrimonio homosexual, al que se le daría continuidad regulatoria en el ámbito patrimonial, ii) sería una respuesta coincidente con la que ofrece el Reglamento homólogo, el 2016/1104, respecto de las parejas no casadas, iii) constituiría una conexión fácilmente determinable y coherente con lo que el propio Reglamento establece en materia de criterios de competencia, facilitando la coincidencia *forum/ius*. Incluso podría prestar alguna utilidad como último criterio subsidiario, ya que permitiría fijar el derecho aplicable cuando, a falta de *optio legis*, los criterios de la residencia y de la nacionalidad no resultan operativos y cuanto no existe ninguna vinculación estrecha de los cónyuges, al momento del matrimonio, con ningún Estado (vid. JIMENEZ BLANCO, P., op. cit. p. 233). No obstante, vid. *infra* la problemática que plantea la aplicación de este criterio a los conflictos internacionales sujetos a ley española.

¹¹² El juego de esta cláusula de excepción se excluye tanto si media pacto de elección como un pacto capitular.

53. El Reglamento, aunque parte del carácter autónomo de este concepto, no define lo que debe de entenderse por residencia habitual, ni siquiera, a diferencia de lo que ocurre en el RS, contiene referencias o ejemplos que ayuden a su concreción. Sin pretender profundizar en este tema, que queda fuera del alcance de este trabajo, parece oportuno hacer referencia a ciertos hitos en base a los cuales la jurisprudencia tiende a concretar este concepto. Como premisa previa conviene insistir en que se trata de un concepto autónomo que no coincide, o no tiene que coincidir necesariamente, con los conceptos internos de residencia o de domicilio¹¹³. Tampoco se trata de un concepto rígido o unívoco, y puede resultar afectado por el elemento temporal¹¹⁴. En efecto, el concepto europeo de residencia no es cerrado, sino que, aunque participa de un sustrato común, puede presentar diversas especificidades en función de la materia de que se trate, incluso dentro del propio sector del derecho de familia (alimentos, régimen económico, crisis matrimoniales, responsabilidad parental y menores o en el ámbito sucesorio)¹¹⁵. De igual manera, podría revestir matices diferenciales según se aplique como punto de conexión o como criterio de competencia¹¹⁶. De este modo, cabe señalar que, según la jurisprudencia constante del TJUE (aunque hay que advertir que en la mayoría de los casos analizados contempla la residencia como criterio de atribución de competencia), la residencia habitual ha de ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme para todos los estados miembros que ha *de buscarse teniendo en cuenta el contexto de [cada] disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar*. Es decir, uniformidad aplicativa en todos los estados, pero sectorizada: la finalidad de la norma y el tipo de intereses concurrentes marcará la distinta relevancia de los diferentes elementos de hecho que hace falta sopesar en cada situación para determinar la residencia¹¹⁷. Sin embargo, no

¹¹³ Así hay que considerarlo conforme a reiterada jurisprudencia del TJUE, en la medida en que el Reglamento no contiene remisión alguna a los derechos nacionales para determinar su sentido y alcance. Esta postura ha sido seguida por la STS de 21 de noviembre de 2017.

¹¹⁴ Por ejemplo, el momento de la presentación de la demanda, el momento del pacto, o el que sigue a la celebración del matrimonio.

¹¹⁵ Hay una base común que admite matices singulares en función de la materia en que se suscite el conflicto. Cada sector ofrece puntos específicos de relevancia, concretas circunstancias, que son susceptibles de ser valoradas para determinar la residencia. Vid. RODRIGO RODRIGO, J., "Reglamento 2016/1103, a propósito del comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de mayo de 2019", *CDT*, vol. 12-2020, PÉREZ MARTIN, L.A., "Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares en el derecho europeo. Comentario a la sentencia de 24 de julio de 2019 de la sección segunda de la audiencia Provincial de Gerona", *CDT*, vol. 12-2020 y "Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis matrimoniales internacionales", en el Libro colectivo *Crisis Matrimoniales...*, Dir. GUZMÁN M. y HERRANZ M., Tirant lo Blanc, p. 958, donde suministra criterios para ponderar la residencia de un matrimonio en el ámbito de los Reglamentos sobre la economía de las parejas y PEREZ MARTIN, L.A. y GARCIA ALVAREZ L. "La determinación de la residencia habitual en las crisis matrimoniales transfronterizas y la importancia de su fundamentación en las resoluciones judiciales", *CDT* (marzo 2023), Vol. 15, Nº 1

¹¹⁶ WAUTELET, P., op. cit. p. 608.

¹¹⁷ A tal efecto, apunta CARRASCOSA GONZALEZ, J., en "<http://accursio.com/blog/?p=1435>" que "Así, en el sector de la competencia judicial internacional relativa al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, el elemento subjetivo (= las intenciones de las partes) debe ser potenciado, lo que conduce a un concepto amplio de residencia habitual, con el fin de facilitar el acceso a los tribunales en materia de crisis

existe unanimidad doctrinal a la hora de valorar la posible influencia de estos matices diferenciales, o al menos que todos los sectores del derecho de familia justifiquen tanta sutileza, pues si bien son nítidamente apreciables cuanto están en juego los intereses de menores, en la práctica, difícilmente sería explicable (salvo supuestos excepcionales, como por ejemplo la interpretación del cambio de residencia por un cónyuge en caso de crisis matrimonial) que en conflictos entre cónyuges o sus herederos, pudiese reputarse distinta la residencia habitual de una persona según que se tratase de una controversia sucesoria, sobre el vínculo matrimonial, o sobre la economía conyugal¹¹⁸, como, por otra parte, ponen de manifiesto las reglas sobre conexidad.

54. Ahora bien, más allá del debate sobre el especial tinte con que cada sector puede colorear este concepto, lo cierto es que en la noción de residencia habitual confluye un núcleo común que viene expresado por la concurrencia de dos elementos, *la voluntad del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado y, una presencia que reviste un grado suficiente de estabilidad* en el territorio del Estado miembro de que se trate¹¹⁹. Es decir, la combinación de una residencia de cierta duración, estable, en un territorio del que resulte cierta integración con el mismo, y la voluntad del interesado de fijar allí su centro de vida. Y a tal efecto, *han de tenerse en cuenta todos los datos relevantes que puedan considerarse para determinar tal residencia*”, preferentemente los de clara naturaleza sustancial, frente a otros más accidentales como el carácter temporal de la residencia; por ello, tampoco reviste carácter definitivo la inscripción en registros administrativos (padrón municipal, listas electorales, censos consulares, etc.) y aunque es posible que varias residencias que se aproximen a los requisitos vistos, solo puede haber una “residencia habitual”¹²⁰. En definitiva, su apreciación se encuentra muy vinculada al substrato factico que subyace en cada situación (lo que determina que pueda llegar a calificarse como una conexión, en cierta medida, variable).

55. Con todo, a la vista de sus perfiles, su constatación reviste cierta complejidad, pues exige una ponderada valoración de la paleta de hechos presentes en cada situación, lo que extrema su dificultad fuera del proceso, que es donde tiene lugar la elección de la ley aplicable, pues no es fácil acumular un importante arsenal probatorio¹²¹. Claro que, en este supuesto electivo, no hay que desdeñar el importante valor de las contestes manifestaciones de los otorgantes del pacto de *lege utenda*, ya que en la práctica será frecuente que constituyan el primordial, sino el único, soporte probatorio.

matrimoniales. Por el contrario, en las normas que regulan la responsabilidad parental, el concepto puede ser sometido a interpretación restrictiva o expansiva según lo exija el interés superior del niño”.

¹¹⁸ WAUTELET, P., op. cit. p. 63

¹¹⁹ STJUE de 25 de noviembre de 2021 y de 1 de agosto de 2022.

¹²⁰ STJUE 25 noviembre 2021.

¹²¹ A diferencia de lo que ocurre en los conflictos competenciales, donde constituye una cuestión básica, verificable de oficio, y cuya sustanciación procesal permite la más amplia prueba.

3.2.2. La elección prenupcial y la primera residencia habitual posterior al matrimonio

Los prometidos Sres. Smith y Martínez, con residencia en los países de su respectiva nacionalidad (británica y española), aprovechando sus vacaciones en España se presentan en la notaría para organizar la economía de su matrimonio, que van a contraer próximamente. En principio descartan la aplicación de las leyes de los estados conectados con su residencia y nacionalidad; buscan acogerse a ley de un Estado que tenga la misma proximidad con ambos. Plantean la posibilidad de elegir genéricamente la ley de su próxima residencia habitual común.

56. Cada vez es más frecuente que los cónyuges planifiquen la organización económica de su matrimonio con anterioridad a la boda. Esta circunstancia motiva el aumento de las capitulaciones prenupciales¹²². Cuando se trata de una pareja que presenta algún elemento de extranjería, el pacto capitular prenupcial debe acomodarse a la ley que haya de regir la economía de su matrimonio, lo que obliga a que los pactos materiales se cohonesten y coordinen con las soluciones conflictuales, ya sean las optativas o las subsidiarias. A menudo, su otorgamiento se hace contemplando como ley aplicable la de la primera residencia habitual común posterior al matrimonio; sin embargo, esta conexión no figura explícitamente en el perímetro susceptible de opción. Por eso, su elección, o su mera contemplación, cuando se produce con ocasión de una convención prenupcial plantea el problema de la eficacia de dichos pactos si la ley aplicable resulta ser distinta de la prevista¹²³. Pero lo que resulta indudable es que la operatividad del derecho de la primera residencia habitual figura en la paleta de alternativas organizativas y de planificación económica susceptibles de ser consideradas y ponderadas por los cónyuges, en función de sus circunstancias y de sus previsiones de vida futura (posibilidad de una residencia común inmediata o no, suposición de que se produzca en un lugar concreto, que sea efímera o duradera, grado de cercanía común con el derecho a que remiten sus residencias o nacionalidades actuales, etc).

¹²² Según la estadística que facilita el Consejo General del Notariado en 2022 se otorgaron en torno a 34.500 capitulaciones prenupciales en nuestro país, frente a unas 23.000 celebradas constante matrimonio. Las capitulaciones otorgadas antes del matrimonio atienden siempre a la organización futura de la economía familiar y ocasionalmente a prevenir la crisis. Las postnupciales, en buena medida, se otorgan a la vista de una crisis, ya sea económica ya personal.

¹²³ Resulta curioso que en los pactos capitulares prematrimoniales se puede producir un desfase regulatorio: en principio estarían sujetos, no solo en el orden material, sino también en el formal, a la ley aplicable al tiempo del acuerdo. Sin embargo, puede que su validez se juzgue a la luz de una ley que se determine posteriormente, si resulta aplicable la ley de la primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio (en defecto de ésta la que resulte aplicable con arreglo a los siguientes criterios subsidiarios). Este dato pone de manifiesto que, en esta hipótesis, resulta necesario coordinar ex ante, el otorgamiento capitular con la ley presuntamente aplicable y justifica el interés por que la misma se determine al tiempo del otorgamiento capitular.

57. Entonces, a la vista de sus circunstancias, resulta esencial conocer cuáles son las posibilidades conflictuales de los cónyuges. ¿Solo es elegible el derecho correspondiente a la residencia de alguno de los cónyuges vigente al tiempo de la elección o cabe operar, de algún modo, con la ley de la futura primera residencia común postnupcial, para acogerse a ella o para excluirla? Probablemente esta cuestión no se plantearía si se hubiese dotado de mayor elasticidad temporal a la residencia susceptible de ser elegida prenupcialmente¹²⁴. Sin embargo, a la vista del texto aprobado, la rigidez de la localización en el tiempo de la residencia suscita la polémica sobre la posibilidad de dotar y asegurar, por vía convencional, cierta operatividad al derecho de la primera residencia habitual común tras la celebración de las nupcias. Para tratar de dar respuesta a estos interrogantes, cabe imaginar diferentes escenarios. No obstante, con carácter previo, hay que destacar la importancia de que el operador jurídico ante el que se otorgue el pacto indague sobre las expectativas residenciales de los futuros cónyuges, pues pudiera existir algún margen de maniobra para ajustar la entrada en aplicación del derecho a que remite esa conexión y así agotar las posibilidades de escoger la ley aplicable que más se acomode a sus preferencias.

Si los cónyuges quieren a toda costa someterse a la ley de la primera residencia habitual, ya porque prevean que es la de un concreto lugar o porque desean descartar la correspondiente a sus diferentes nacionalidades y residencias prenupciales, basta con que se decanten por una por una opción negativa, que se cifra en no celebrar el pacto de *lege utenda*, con la vista puesta en la aplicación del primer criterio subsidiario (primera residencia habitual común tras el matrimonio). Esta alternativa conflictual posibilita que un eventual conflicto móvil se desenvuelva con arreglo a las previsiones del art. 26.3.

58. La solución se torna más compleja en otras hipótesis, en que los prometidos, por diferentes razones, desean explicitar su opción por la ley de la primera residencia conyugal común. En principio, podría cuestionarse, a la luz del art. 21 del Reglamento, que se pueda escoger la ley de la primera residencia habitual común postnupcial. En esta deriva, podrían distinguirse, principalmente, dos situaciones: que se elija, abstractamente, como aplicable la ley de la primera residencia habitual común *post nuptias*, o que se elija la ley de un país concreto, bajo la condición de que en su territorio se instale la primera residencia común de los cónyuges. La viabilidad de la primera alternativa no plantea graves objeciones. Aunque aparentemente no se ajuste a los parámetros literales del art. 21 RREM, cabe considerar que encaja en su finalidad y en el ámbito optativo que se confiere a la autonomía de la voluntad. Si aceptamos que mediante el no ejercicio de la *professio iuris* se podría alcanzar ese desenlace, habrá de convenirse que dicho resultado es coherente con los objetivos de proximidad y previsibilidad que inspiran al Reglamento (al margen de que sea consecuencia de una opción ejercitada en forma positiva o negativa). El propio Considerando 51 abona por el reconocimiento implícito de esta opción electiva en la

¹²⁴ Tal y como preveía la Propuesta de Reglamento, según apunta JIMENEZ BLANCO, P., "Regímenes..." p. 78.

medida en que la contempla y la cita como supuesto de exclusión de la cláusula de escape. Un pacto de elección (de la ley de la primera residencia habitual común) en tales términos probablemente desencadenaría además otros efectos complementarios: reforzar la aplicación del criterio subsidiario, facilitar la prueba del derecho aplicable y, también, justificar un mayor tiempo de espera para que se produzca dicha primera residencia común¹²⁵. En todo caso hay que tener en cuenta que dicha elección caducaría si, en las condiciones previstas por el Reglamento, no se constituye con posterioridad a la boda esa residencia habitual común.

Los futuros consortes Sres. Pasquier y Rossi, de diferentes residencias y nacionalidades (francesa e italiana), acuden a un estudio notarial. Relatan que próximamente van a contraer matrimonio. Prevén que, en cuanto se casen, van a ser destinados a Viena, donde instalarán su residencia común. Tras examinar diferentes posibilidades, se manifiestan convencidos de que la ley austriaca se ajusta a sus intereses y necesidades y de que desean otorgar capitulaciones con arreglo a ese derecho. En el curso de la entrevista con el notario precisan que, con el fin de vivir juntos, también han solicitado otros destinos comunes, para el caso de que se frustrase el primero. Entre ellos figuran países sitos en otros continentes de tradiciones y costumbres muy diferentes a las suyas, como el país X, Y y Z. Por eso, finalmente plantean si es posible elegir la ley de su primera residencia habitual a condición de que sea Austria, en la medida en que, en todo caso, quieren excluir que pueda resultar aplicable la ley de los otros países señalados.

La segunda alternativa, elección de la ley de la primera residencia común, siempre que sea la de un país concreto, presenta más problemas y más riesgos. De *lege data* plantea dos tipos de objeciones. La primera hace referencia a la admisibilidad de la *optio iuris* condicionada; es decir, de que el pacto de elección sea susceptible de sujetarse a condición, por la inseguridad e incertidumbre que de ello se derivaría, para los cónyuges y, sobre todo, para los terceros. Este reparo pudiera ser superable. A pesar de que no existe una opinión doctrinal clara en cuanto a este punto, no encontramos en la letra del Reglamento ninguna regla o consideración que impida la operatividad de la condición, por lo que, en congruencia con la naturaleza de negocio jurídico que se atribuye al pacto de *lege utenda*, podría y debería admitirse la modalización convencional de su eficacia. La segunda objeción, que hace referencia a la necesidad de que las conexiones elegibles estén

¹²⁵ Parece que esta interpretación que favorece la aplicación de la autonomía de la voluntad encaja en la previsión contenida en el Considerando 48 relativa a que el *presente Reglamento debe permitir que los cónyuges sepan de antemano cuál será la ley aplicable a su régimen económico matrimonial*. Sin embargo, LAGARDE, P., en el comentario al art. 22 contenido en el libro colectivo *The EU regulations on matrimonial and patrimonial property*, p. 100, parece que se manifiesta en sentido contrario a esta postura. Pone el siguiente ejemplo: Un matrimonio entre un ciudadano portugués residente en España y un ciudadano con doble nacionalidad, marroquí y senegalesa, residente en Bélgica que proyectan instalar su residencia en Francia. Señala el autor citado que, si bien pueden optar entre el derecho español, belga, portugués, senegalés o marroquí, “no pueden elegir la ley francesa”. También, KOHLER, C., en comentario al art 22 en *The EU Regulations on the property regimes of international couples* (Dir. VIARENGO, I. y FRANZINA, P.), p. 206, aunque critica la expresión reglamentaria, se manifiesta contrario a esta posibilidad.

vigentes al tiempo del pacto, inicialmente parece un límite insuperable. Parece obvio que mediante una cláusula condicional no se puede saltar ni bordear lo que constituye una *conditio iuris*, (que se centra, en este caso, en la exigencia de que el pacto se concrete en una de las dos conexiones coetáneas al mismo, según establece el art, 21 RREM). Esto supone que, si bien una condición puede aquilatar los efectos del pacto, no puede evitar o infringir sus presupuestos. Así, no se podría elegir la ley del Estado X, condicionada a que en el futuro uno de los cónyuges adquiriera esa nacionalidad (esa ley desborda el perímetro electivo previsto en el Reglamento). Sin embargo, no ocurre lo mismo con la primera residencia habitual común. Dos razones abonan esta solución. La primera residencia habitual común constituye una conexión, cualquiera que sea la forma en que opere (ya como resultado de una elección, ya como criterio subsidiario) cuya efectividad, considerada prenupcialmente, depende siempre de un evento futuro, posterior al matrimonio (que exista), de modo que si dicho evento no se produce resulta inoperativa o ineficaz. Además, es posible configurar la condición en términos respetuosos con el art. 22 RREM. Por tanto, el problema no residiría tanto en admitir la condicionalidad a que está sujeta la opción por esta conexión, como en determinar los efectos que se producen en caso de incumplimiento; es decir cómo se concretan y gradúan los resultados de la elección en función como acaezca el evento futuro. En definitiva, lo que se trata es de asegurar que dicha conexión i) no solo que no sea efectiva si no se produce (como exige la norma), si no que de producirse solo sea efectiva si acaece en un lugar determinado y ii) si es posible alterar el resultado que se produciría automáticamente (pasar al siguiente criterio subsidiario) de no ser efectivo ese criterio. Si retomamos el caso que introduce esta cuestión, resulta que los cónyuges desean someter su régimen al derecho austríaco, solo si finalmente instalan en Viena su primera residencia común, como tienen previsto, pero, al mismo tiempo quieren descartar la ley otros Estados, específicamente la de los Estados X, Y Z (países cuyas leyes se basan en principios incompatibles con la organización económica que desean conferir a su matrimonio, o donde prevén una residencia muy corta) que también constituyen destinos posibles para ambos cónyuges tras su matrimonio. Podría aducirse que en principio no podría evitarse que se aplicasen las leyes de dichos países pues no puede alterarse ni suprimirse el orden jerárquico de conexiones que establece el art. 26.1, por falta de *optio legis*. Sin embargo, parece viable combinar la elección de un lugar concreto con el descarte del derecho de los Estados X, Y y Z (o de cualquier otro cuya aplicación desee evitarse) mediante la elección de una de las leyes correspondientes a la nacionalidad o residencia de alguno de los cónyuges (la francesa o la italiana), bajo la condición negativa de que su primera residencia habitual sea Viena. Entonces, si la primera residencia se localiza en Austria, por el juego de la condición, el pacto de *lege utenda* devendría ineficaz, y por aplicación del art. 26.1 se aplicaría el derecho de dicho Estado. En otro caso se aplicaría la ley elegida condicionalmente, la de la residencia habitual o de la nacionalidad de uno de los cónyuges al tiempo del pacto, cuya aplicación se prefiere a la de aquellos otros Estados que resultarían reclamados por la conexión de la primera residencia

habitual común. Lo que parece que sería más difícil de admitir es la articulación de la condición de modo que si no se produjese la residencia habitual en un lugar determinado se saltase a los criterios subsidiarios siguientes, pues alterar el orden jerárquico de éstos supera los límites de la autonomía conflictual.

59. Como señalábamos al principio, la problemática que se ha puesto de manifiesto puede tener cierto recorrido en la práctica. La frecuencia de las capitulaciones prenupciales, que han de otorgarse en contemplación de un determinado derecho aplicable, incide en la importancia de su fijación previa al matrimonio. Por eso, parece totalmente justificado que se dé un enfoque flexible a esta situación, dando preponderancia a una interpretación teleológica de la norma, que favorezca la sujeción (por vía positiva, negativa o condicional) a la ley de la primera residencia habitual deseada, en los términos expresados. Esta interpretación, *pro libertatis*, sería especialmente útil respecto aquellos Ordenamientos que establecen la exigencia de que el régimen económico, y por ello, su ley aplicable, se determine con anterioridad o al tiempo de matrimonio y que su inscripción sea simultánea a la del matrimonio mismo¹²⁶. Con todo, en este escenario, el supuesto más habitual que se presentará en la práctica será el del simple pacto capitular hecho en contemplación del derecho correspondiente al Estado donde se prevea la primera residencia habitual. El juego del art. 26.1 dará cobertura a la convención capitular y a la elección de ley, implícita o manifiesta, que se inserte en aquélla, si la residencia se instala en el Estado previsto. Mas no cabe ocultar el problema que surgiría si, por cualquier razón, se trastocan los planes de los otorgantes y la primera residencia común posterior al matrimonio se instala en otro país, o simplemente, si no acaece nunca, o en un tiempo razonable. En ese caso, probablemente se produciría un desajuste entre las previsiones capitulares y la ley que finalmente resultaría aplicable.

3.2.3. La elección de la ley correspondiente a la nacionalidad

60. En este caso la constatación de la conexión no resulta problemática y a menudo vendrá facilitada por las presunciones que habitualmente consagran los derechos internos. Para que opere como punto de conexión no se exigen requisitos especiales a la nacionalidad, particularmente que sea la efectiva. Simplemente ha de tratarse de la nacionalidad vigente al tiempo de la elección. La futura¹²⁷, no puede ser objeto del

¹²⁶ El art. 58 LRC establece, al regular el expediente prematrimonial, que, *Realizadas las anteriores diligencias, el Secretario judicial, Notario o Encargado del Registro Civil que haya intervenido finalizará el acta o dictará resolución haciendo constar la concurrencia o no en los contrayentes de los requisitos necesarios para contraer matrimonio, así como la determinación del régimen económico matrimonial que resulte aplicable.* En congruencia con lo anterior, el art 60 LRC dispone que 1. *Junto a la inscripción de matrimonio se inscribirá el régimen económico matrimonial legal o pactado que rija el matrimonio...* 2. *Cuando no se presenten escrituras de capitulaciones se inscribirá como régimen económico matrimonial legal el que fuera supletorio de conformidad con la legislación aplicable.*

¹²⁷ Por el contrario, el RS permite que *Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.*

contrato de elección. Tampoco las vicisitudes sobrevenidas de la nacionalidad concernida, aún su pérdida, afectan a la eficacia del pacto de elección.

61. La cuestión puede tornarse en más compleja cuando se suscita en los casos de doble nacionalidad. Las referencias que dedica el Reglamento a este punto pecan de cierta ambigüedad, aunque una lectura atenta del Considerando permite deducir que su criterio parece claro. Ciertamente el Reglamento parte de la premisa de que la problemática de la nacionalidad o múltiples nacionalidades se considera *una cuestión previa que no entra en el ámbito de aplicación del presente Reglamento y que debe dejarse al arbitrio del Derecho nacional...* Sin embargo, el propio Reglamento limita el alcance de esta declaración al precisar que *Esta consideración no debe tener ninguna incidencia en la validez de la elección de la ley aplicable...*. Es decir, sobre la problemática de la nacionalidad otorga preferencia a la autonomía de la voluntad. La aplicación de las reglas internas sobre conflicto de nacionalidades en ningún caso puede poner en duda la validez de un pacto de elección basado en una nacionalidad (sea o no la única, cualquiera que sea el grado de vinculación que exprese, y se trate o no de una nacionalidad múltiple o efectiva). Asimismo, el RREM, a diferencia de lo que se dispone en otros Reglamentos, permite con gran flexibilidad, que la opción se proyecte sobre cualquiera de las múltiples nacionalidades concurrentes en cada cónyuge (Cdo.50)¹²⁸.

3.3. Conexiones subsidiarias

62. El Reglamento contiene previsiones para el supuesto en que no se ejercite la autonomía de la voluntad. A falta de pacto, el artículo 26 establece un sistema de determinación de la ley rectora basado en una escala de conexiones derivadas de: la i) primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio, ii) de la nacionalidad común en ese momento y iii), en tercer lugar, del país con el que ambos cónyuges tengan una conexión más estrecha al tiempo de la boda. Se trata de una escala de puntos de conexión jerarquizados, donde el momento de relevancia conflictual se desplaza hacia el tiempo nupcial. Es decir, mientras que la *professio iuris*, aparece apegada a las vinculaciones vigentes al tiempo de su ejercicio, en la designación subsidiaria prima la cercanía al momento de la celebración del matrimonio, como factor clave sobre el que pivotan las conexiones previstas (concretándose que el criterio de la nacionalidad común y

¹²⁸ Extremo que se confirma por la propia dicción literal del art 22 i b), no tanto en la redacción española como en la que se le confiere en otras lenguas, como la francesa, donde se hace referencia a la elegibilidad de la ley de uno u otro Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges (*la loi d'un État dont l'un des époux ou futurs époux a la nationalité*). Es decir, el Reglamento permite que se elija la ley de un estado del que cualquiera de los cónyuges sea nacional, tal y como destacan REVILLAD, M. *Droit international privé et européen: pratique notarial*, ed. *Defrenois* 2022, p. 384 y LAGARDE, P., op. cit. p.103, JIMENEZ BLANCO, P., op. cit. p. 771, KOHLER, C., op. cit p. 207). De aquí puede seguirse que la elección de la ley de un Estado correspondiente una de las nacionalidades que pudiera ostentar cada cónyuge habrá de tenerse por eficaz, aunque la elegida no sea una nacionalidad "efectiva", o aunque esa nacionalidad no sea la resultante o la prevalente, de conformidad con las normas de conflicto del foro.

el de los vínculos más estrechos se localizan temporalmente justo en el momento de celebrar las nupcias; por el contrario, el de la residencia habitual común es [*inmediatamente*] posterior a ese momento).

3.3.1. La primera residencia habitual común tras el matrimonio

63. Este punto de anclaje plantea principalmente, en esta *sedes materiae*, el problema específico del tiempo para su determinación¹²⁹, lo cual puede tener consecuencias relevantes, dado que en función del lapso temporal que se admita para su concreción, se puede derivar su existencia o inexistencia, y de ese dato depende la entrada de los siguientes criterios subsidiarios y la eventual operatividad de la cláusula de escape prevista en el art. 26.3 RREM. Aunque el texto articulado guarda silencio, la referencia del Considerando 49 a la inmediatidad, la propia exigencia inveterada de que no puede haber matrimonio sin régimen matrimonial, junto con los principios de previsibilidad y seguridad que inspiran el Reglamento, hacen pensar que existen unas coordenadas temporales, un plazo, en el que ha de producirse y tener lugar esta residencia habitual común, para que pueda constituir un criterio de conexión efectivo¹³⁰. O la primera residencia común es inmediata a la boda o no existe como tal punto de conexión, debiéndose pasar en otro caso a la siguiente conexión. Y ese plazo, pese a que no aparece concretado normativamente, ha de ser razonablemente corto¹³¹, aunque su extensión ha de determinarse en función de las

¹²⁹ Hablamos de la específica cuestión temporal que suscita el art. 26.1 RREM, sin desconocer la más compleja problemática general de su determinación, que antes se ha comentado, pues si bien constituye un concepto autónomo, no deja de ser un concepto abierto, no definido, en el que, como antes se ha expuesto, han de ponderarse diversos factores y circunstancias de hecho que particularizan cada caso, y que su relevancia varía en función del sector (frecuentemente del micro sector) conflictual de que se trate.

¹³⁰ Así QUINZA REDONDO, P., "La ley aplicable en defecto de autonomía...", op. cit. p. 131

¹³¹ Aunque el artículo 26 al fijar el primer punto de conexión subsidiario se refiere, con una importante indeterminación temporal, a la "primera residencia habitual común" tras la celebración del matrimonio, el Considerando 49 precisa que ha de tratarse de la primera residencia habitual de los cónyuges *inmediatamente* después del matrimonio. Pero no se concreta si es ineludible que esa residencia común surja sin solución de continuidad con la celebración de la boda ni cual es el plazo de pendencia para que se produzca esa primera residencia, lo que provoca incertidumbre, entre cónyuges y frente a terceros, sobre cuál es el régimen económico matrimonial y su ley aplicable. Solo genéricamente se exige que debe ser próxima a la celebración del matrimonio. En la doctrina se ha propuesto flexibilizar en cierta medida la determinación dicho plazo (sobre cuya extensión no hay acuerdo), dependiendo su mayor o menor duración, del momento en que se plantee la primera cuestión relacionada con el régimen matrimonial: si al momento de plantearse ésta todavía no existe residencia habitual común de los cónyuges, habrá que acudir a la siguiente conexión. LAGARDE, P., en "Commentaire des Règlements européens sur la liquidation des régimes matrimoniaux et les partenariats enregistrés", ed. Dalloz 2018, p. 115. Esta respuesta parece razonable si es susceptible de aplicarse en un ámbito temporal cercano al matrimonio, toda vez que es necesaria, ad intra y ad extra, su temprana determinación. Sin embargo, el autor citado parece que defiende esta solución, incluso si la cuestión matrimonial se plantea varios años después de la celebración del matrimonio, indicando que en este caso se podría aplicar —si no hubiese sido fijada ninguna otra ley con anterioridad (*...si du moins une autre loi n'a pas déjà été retenue*)— la ley de la primera residencia habitual con carácter retroactivo. Claro que esto no resuelve el problema en caso de controversia (con un tercero o entre los mismos cónyuges), si hay disparidad de opiniones y alguno de los sujetos en conflicto aboga por que se aplique el siguiente criterio subsidiario. Quizás, como elemento de apoyo, podría estarse a la voluntad presunta de los cónyuges, revelada por sus actos (cfr.

circunstancias¹³². Entre estas circunstancias destaca la voluntad de los cónyuges, específicamente su voluntad de permanencia¹³³. Por tanto, este punto de conexión se localiza en el lugar de la primera residencia común que sea efectiva (concurriendo la intención de los cónyuges de que sea su residencia estable) siempre que sea “inmediata” al matrimonio.

En cambio, resulta bastante con que la residencia de los cónyuges se localice en el mismo Estado para que se califique como común, sin que sea preciso que haya convivencia en el mismo domicilio (o en la misma ciudad). Tampoco es necesario que esa residencia tenga una larga duración (solo la estrictamente necesaria para que sea susceptible de ser calificada, junto con las demás circunstancias concurrentes, como residencia habitual), pero deben mediar los requisitos que constituyen el núcleo básico de la misma, particularmente el elemento intencional.

64. El advenimiento de esa primera residencia habitual, aunque se produzca un “poco” después del matrimonio, provoca que la ley de dicho Estado se considere *ab initio* como ley rectora del régimen económico, lo que, en definitiva, implica su eficacia retrospectiva desde el momento de la celebración del matrimonio¹³⁴. Su determinación, si no existe entablada una controversia, corresponderá habitualmente al operador jurídico que intervenga con ocasión de cualquier transacción que lleve a cabo uno de los cónyuges. Esta determinación puede resultar compleja, al no contar con el apoyo probatorio que emana del pacto de opción. En efecto, en la práctica se pone de manifiesto que normalmente es escaso el material probatorio disponible (a menudo suministrado de forma unilateral por el cónyuge actuante) y que pocas veces se podrán obtener pruebas definitivas¹³⁵, por lo que, en el caso español, la DGSJ y FP ha ido sentando la doctrina de

1282 Cc), especialmente si media alguna manifestación documental, aunque sea incidental (ej. los cónyuges celebran un contrato de compra y declaran que compran con carácter ganancial).

¹³² En todo caso el trascurso del tiempo no debe ser el único dato relevante, pues habrá que atender a otros factores que pudiesen justificar un retraso en la constitución de esa residencia habitual común (ej. una pandemia, un embarazo de riesgo, etc.). Vid. el elenco de sentencias españolas que ofrece MARIÑO PARDO, op. cit., sobre la valoración del plazo y del elemento intencional de la primera residencia común.

¹³³ Así se ha venido interpretando en la jurisprudencia española. Vid. las sentencias que se citan en el Blog de CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, “Bajo el signo de la rosa (sub rosa): el amor y el régimen económico matrimonial surgen «inmediatamente» en el Derecho internacional privado español y europeo”, en <http://accursio.com/blog/?p=1621>.

¹³⁴ Al depender la determinación del régimen de un hecho futuro al matrimonio mismo, como es el evento incierto de que haya residencia habitual común en un corto, pero indeterminado, plazo, que guarde cierta proximidad temporal a las nupcias, pues en otro caso entran en aplicación las siguientes conexiones en orden jerárquico, nos encontramos ante un esquema que se asemeja al régimen condicional, lo que justifica que los efectos, cualquiera que sea el resultado de ese evento futuro, se retrotraigan al momento del matrimonio. MARTINY, Dieter, “Applicable law in the absence of choice by the parties (article 26)”, en op. cit. *The EU Regulations...*” entiende, por el contrario, que, durante el periodo anterior al establecimiento de la primera residencia habitual común post matrimonial, la ley aplicable debe determinarse conforme a las letras b) y c) del art. 26.1.

¹³⁵ Ni siquiera las pruebas documentales, como los certificados administrativos, son definitivas. En este sentido, la STS de 27 de noviembre de 2017.

que es fundamental tanto la labor de indagación por parte de la autoridad extrajudicial competente, con el fin de recabar suficientes indicios, como la propia valoración que haga de los mismos¹³⁶. Hay que tener en cuenta, dados los efectos legitimadores que en el tráfico se van a seguir de la “determinación” del régimen económico, que sería deseable y exigible (dado que, específicamente, al notario español se le impone actuar con la mayor diligencia¹³⁷), que concurra un principio de prueba suficiente de la residencia¹³⁸. Y en aquéllos supuestos en que no haya otro material probatorio, cabe requerir el mayor rigor a las partes en sus manifestaciones¹³⁹, en cuya formulación habrán de estar convenientemente informadas y asesoradas¹⁴⁰; también, un mínimo de prudencia aconseja que aquéllas se contrasten con los medios que el notario tenga a su alcance, pues el objetivo es que el régimen matrimonial o, cuando menos, su ley rectora se refleje de forma cierta¹⁴¹. Por otra parte, hay que tener en cuenta la distinta trascendencia de las

¹³⁶ El Considerando 24 del Reglamento UE sobre las sucesiones, puede servir de hoja de ruta en este sector. Establece que “Con el fin de determinar la residencia habitual, la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento”.

¹³⁷ RDGRN de 20 de diciembre de 2011 y de 7 de septiembre de 2018.

¹³⁸ Vid. con un matiz de menor exigencia ESPÍÑEIRA SOTO I., en “Pinceladas de Derecho Internacional Privado. Determinación del régimen económico matrimonial”, <https://www.notariosyregistradores.com/LEYSEXTRANJERAS/PINCELADAS.htm#regimenmatrimonialdeterminacion>

¹³⁹ RDGSJyFP de 28 de septiembre de 2020: *No puede el registrador exigir que se acredite la elección de residencia habitual común tras la celebración del matrimonio ni el acuerdo o aprobación del otro cónyuge, pues según el artículo 159 del Reglamento Notarial, «basta la declaración del otorgante», entendiéndose este Centro Directivo, como ha quedado expuesto, que dicha manifestación se recogerá por el notario, bajo su responsabilidad, tras haber informado en Derecho a dicho otorgante (de suerte que —bajo su responsabilidad y empleando a tal efecto la fórmula que estime oportuna— deberá desplegar la mayor diligencia al reflejar en el documento autorizado cuál es el régimen económico matrimonial que rige entre los esposos o, al menos, de no tratarse de una ley española, cuál es la ley material extranjera aplicable según la norma de conflicto que debe conocer y observar, atendiendo a las manifestaciones del otorgante sobre circunstancias como su nacionalidad al tiempo de contraer matrimonio, su lugar de celebración o el de la residencia habitual y la ausencia de capítulos).*

¹⁴⁰ DIAGO DIAGO, M.P., “La publicidad...”, p. 35. Insiste en la importancia de que las manifestaciones de los cónyuges se efectúen con la debida información. En la misma línea MARTORELL “Normas de conflicto matrimoniales: del art. 9-2 del código civil al Reglamento europeo 2016/1103”, www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/normas-de-conflicto-matrimoniales/, que facilita un útil listado de preguntas a formular por el notario a los comparecientes casados extranjeros y AGUILERA ANEGON, G., en “Derecho internacional privado y calificación registral de los negocios inter vivos otorgados por personas casadas en régimen económico matrimonial extranjero y de los títulos judiciales a ellos afectantes” (Bol. C. Reg.121) p. 53.

¹⁴¹ Res DGRN de 31 de agosto de 2017. “Por último, conviene señalar que, como ha dicho recientemente este Centro Directivo (cfr. Resolución 25 de julio de 2017), «... tanto registradores de la Propiedad como notarios, complementariamente, desempeñan un papel fundamental en la seguridad jurídica preventiva, por lo que el instrumento público así como la inscripción deben procurar reflejar de forma cierta todas aquellas circunstancias referentes a la capacidad de los otorgantes, como edad o circunstancias modificativas de la

manifestaciones en función de quien las emita, lo que permite darles mayor relevancia si proceden de ambos cónyuges¹⁴².

3.3.2. La cláusula de escape

Un ciudadano francés, casado hace quince años con una ciudadana de la misma nacionalidad, comparece en un estudio notarial a formalizar la escritura de compraventa de un inmueble y la del correspondiente préstamo hipotecario con el que va a financiar su adquisición. Declara que se casó en Viena donde, tras un año de residencia separada, se instaló la primera residencia habitual del matrimonio. Posteriormente trasladaron su hogar familiar a Praga, por un periodo breve, aunque actualmente conviven desde hace diez años en Roma. No otorgaron pacto alguno.

65. El Reglamento introduce a través de su art. 26.3 una cláusula que permite desactivar la conexión de la primera residencia habitual, mediante el desplazamiento de este punto de conexión por el de la ley de la última residencia habitual común, sin necesidad de que medie contrato de elección o de cambio de la ley rectora. Se trata de un supuesto excepcional, una cláusula de escape, que atempera el principio de la inmutabilidad del régimen económico (mayormente de su ley aplicable), al facilitar un cambio automático (siempre que se inste por alguno de los cónyuges) del derecho aplicable, por razón del simple conflicto móvil. La cláusula resulta expresiva de una cierta concesión (si bien a título de excepción) a los partidarios del principio de la mutabilidad de la ley aplicable, al desencadenar la sustitución *ope iuris* del derecho correspondiente a la primera residencia habitual común por la ley del Estado en que se ubique la última residencia, siempre que concurren una serie de requisitos¹⁴³.

66. En efecto, el artículo 26.3 RREM deja abierta la puerta a que, a instancia de uno de los cónyuges¹⁴⁴, el juez competente decida la aplicación —en lugar de la ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras el matrimonio— de la ley de la última residencia común, si se dan los presupuestos que se establecen en los apartados a) y

capacidad, estado civil, nacionalidad, vecindad civil, o régimen económico matrimonial que incidan de presente o de futuro en la validez del negocio jurídico o de la relación jurídico real constituida...»

¹⁴² En caso de que las declaraciones sobre las circunstancias fácticas que rodean su matrimonio sean efectuadas por ambos cónyuges, el valor de sus manifestaciones cobra mayor peso; incluso podría ponderarse —en caso de que concurren las condiciones adecuadas de forma y fondo— si, en caso de ser algo más que una declaración de ciencia, procedería considerarlas como un pacto de elección. En ese caso, en buena práctica sería conveniente reflejar esa voluntad común en un pacto autónomo.

¹⁴³ BONOMI A, op. cit. p. 813, si bien crítica su carácter restrictivo al no poder aplicarse cuando la primera ley aplicable se ha determinado con arreglo a las conexiones b) y c) del art. 26.1

¹⁴⁴ Como acertadamente indica GUZMAN ZAPATER, M., la solicitud de que se aplique la ley de la última residencia puede efectuarla cualquiera de los cónyuges, y la prueba de sus requisitos corresponde no al demandante, como literalmente dice la norma, sino al cónyuge solicitante (cf. “La determinación de la ley aplicable...”, cit. pp. 387 ss.). Sin embargo, a diferencia de lo que se dice en el considerando 51 (que se hace referencia a ambos cónyuges) basta con que uno lo solicite.

b) del número 3 del precepto indicado¹⁴⁵ (que la residencia en este último estado tuviese una duración considerable mayor que en el Estado de la ley inicialmente aplicable¹⁴⁶ y que los cónyuges se hubiesen basado en aquella ley para organizar y planificar la economía matrimonial¹⁴⁷). Cumulativamente se requiere que los cónyuges concernidos no hubiesen capitulado (antes de establecer su residencia en el Estado a que se refiere la norma). Esta medida, que privilegia y dota de cierta preferencia a la ley más próxima, favorece la continuidad regulatoria del mismo derecho en materias relacionadas con la economía del matrimonio, como la sucesoria y las relacionadas con la crisis matrimonial.

67. La cláusula habilita el cambio de ley aplicable a favor de la ley de la última residencia sobre la base de una voluntad *presunta*, que se deduce cuando concurren los presupuestos que establece el art. 26.3. Esta regla de escape parece que está pensada para los cónyuges “perezosos” (poco previsores o desinformados) que no han llegado a formalizar un acuerdo de elección o de cambio de ley. Por eso, cuando media el ejercicio de la autonomía privada, no se justifica que se pongan en valor o que se dé relevancia a simples indicios de los cónyuges contrarios a aquella (el reflejo documental de la manifestación de la voluntad desplaza a la voluntad presunta en que se basa dicha norma). Se reconoce así el valor prevalente de la autonomía de la voluntad, permitiendo que

¹⁴⁵ El Art. 26 tras establecer los tres puntos de conexión subsidiarios recoge esta solución: “. A modo de excepción y a instancia de cualquiera de los cónyuges, la autoridad judicial que tenga competencia para resolver sobre el régimen económico matrimonial podrá decidir que la ley de un Estado distinto del Estado cuya ley sea aplicable en virtud del apartado 1, letra a), regirá el régimen económico matrimonial si el demandante demuestra que: a) los cónyuges tuvieron su última residencia habitual común en ese otro Estado durante un período de tiempo considerablemente más largo que en el Estado designado en virtud del apartado 1, letra a), y b) ambos cónyuges se basaron en la ley de ese otro Estado para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales”.

¹⁴⁶ Si no hubiese habido una primera residencia habitual común efectiva —aunque fuese muy breve- no cabría aplicar esta conexión, sino la de la nacionalidad.

¹⁴⁷ Como señala GUZMAN ZAPATER, M. *op. cit.*, la prueba de este segundo elemento —que los cónyuges se basaron en la ley de la última residencia para organizar su economía- puede resultar difícil, especialmente si los cónyuges no están de acuerdo en su determinación como ley aplicable. A veces esa prueba puede resultar de manifestaciones de los cónyuges vertidas en algún documento de trascendencia económica. Ej.: los cónyuges declaran en una escritura que su régimen es el legal de la residencia habitual actual, cuando en realidad el régimen determinado legalmente es otro, o simplemente estipulan que adquieren con carácter común o ganancial pese a que el régimen legal de su primera residencia común es el de separación. Es muy clarificadora la referencia que hace CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P. (aunque bajo otros presupuestos) de lo que ha ocurrido a veces en Cataluña. Una pareja de vecindad civil común, o mixta, tras fijar su primera residencia de breve duración en territorio común, se trasladan a vivir a Barcelona, lugar donde han contraído matrimonio. Tras largos años de vida en común —a menudo los suficientes para adquirir la vecindad civil catalana por residencia- entienden que su régimen es el subsidiario establecido en el C.C.Cat., y actúan como si así fuese. Incluso en la escritura de compra de su hogar familiar, tras manifestar que residen Barcelona, declaran erróneamente que su régimen es el legal de separación. Para supuestos como éste, la norma encuentra fácil justificación. En esta línea se manifiesta BONOMI, A., *op. cit.* p. 824, 825 que, si bien señala, entre el diferente material probatorio que puede ser útil, la existencia de un pacto capitular ajustado a la ley de la nueva residencia, documentos sucesorios, actos de planificación económica inter vivos etc., apunta a que la aplicación de esta cláusula descansará en muchas ocasiones sobre falsas convicciones o informaciones erróneas (a veces errores conflictuales) de los esposos.

despliegue un doble papel, positivo y negativo: por una parte, puede establecer y graduar (ex post) el alcance retroactivo de la medida (que será inexistente, si no media acuerdo expreso o tácito, derivado de la no oposición del cónyuge no solicitante¹⁴⁸). Asimismo, su ejercicio previo —ya sea a nivel conflictual (art. 26.3)¹⁴⁹ como a nivel material (art. 26.3 in fine)— desactiva el juego o la entrada en aplicación de la cláusula de escape. Incluso habría que reconocer otra modalidad, más específica, de actuación de la autonomía privada, la que se produce cuando los cónyuges, estando conformes con la aplicación del primer criterio subsidiario, se limitan a pactar la exclusión de la cláusula de escape.

68. *Incidencia de la autonomía material.* Según el tenor literal de la norma, los capítulos excluyen la operatividad de esta cláusula de excepción en caso de que hubiesen sido otorgados *antes* del establecimiento de su última residencia. Lógicamente para que las capitulaciones desplieguen el efecto de impedir el desenvolvimiento de esta cláusula es preciso que sean válidas y ajustadas a la ley anterior, la de la primera residencia habitual. La razón de la exclusión, en este caso, del cambio automático de ley aplicable hay que buscarla en la presencia de una convención matrimonial concebida, en el marco de aplicación de la ley anterior, con la expectativa de su permanencia en el tiempo, de forma que el régimen capitular adoptado se mantenga inalterado, pues, de otro modo correría el riesgo de devenir total o parcialmente inválido¹⁵⁰. El contenido capitular no se deroga en ningún caso por el conflicto móvil. Como apuntamos, la voluntad conyugal cuando se manifiesta de manera inequívoca no puede quedar reemplazada por simples indicios de una voluntad presunta diferente.

69. Mas, ¿qué ocurre si las capitulaciones se han otorgado con posterioridad al cambio de residencia? Una interpretación literal de la norma podría hacer pensar en la intrascendencia en este caso del otorgamiento capitular respecto de la aplicación de la cláusula de excepción y que habiendo ya una nueva ley aplicable (la de la segunda residencia común), es ésta (y no la de la primera residencia habitual) la ley que ha de regir la convención matrimonial. Sin embargo, quizás se trate de una conclusión apresurada. Parece conveniente distinguir, a estos efectos, diferentes hipótesis, en función del concreto ámbito temporal en que acaece el otorgamiento capitular y de su finalidad y alcance,

¹⁴⁸ Aunque el Reglamento parece que presume la voluntad concorde a la retroactividad total, y parte de esta premisa, salvo que se manifieste la oposición de uno de los consortes.

¹⁴⁹ Como antes se ha apuntado, en caso de que los cónyuges hubiesen acordado elegir la ley de su primera residencia habitual, no puede desconocerse que dicho pacto podría constituir un importante indicio de la voluntad de excluir la aplicación de la cláusula de escape. A tal efecto debe repararse en que el considerando 51 contempla la operatividad de este recurso *en defecto de elección de la ley aplicable y de capitulaciones matrimoniales*. El inciso que acabamos de destacar permite considerar que la presencia de un pacto de elección de la ley de la primera residencia habitual común dificulta el juego de esta excepción. En el mismo sentido se manifiesta WAUTELET, P., op. cit. p. 647, que apunta que la propia filosofía de este dispositivo excepcional indica que no puede aplicarse cuando media la elección de ley.

¹⁵⁰ BONOMI A, comentario al artículo 26 RREM, p. 830, WAUTELET, P., p. 860, ambos en la op. cit “Le droit européen...”

expreso o tácito. Parece evidente que si el pacto capitular otorgado en este periodo de transición (es decir antes de que la nueva residencia se convierta en notablemente más duradera que la anterior) se complementa con una elección (cambio) de ley (ej. se opta por la ley de la nacionalidad) quedaría excluida la aplicación de esta cláusula. Si por el contrario no hay elección de ley expresa, pero los cónyuges convienen su régimen capitular, en términos compatibles con la ley de su primera residencia habitual¹⁵¹, en los primeros momentos de convivencia en el Estado de la segunda residencia (es decir, antes de que se supere el periodo de residencia transcurrido en el primer Estado), parece que lo más razonable es que quede bloqueada la aplicación de la cláusula de excepción, al resultar un fuerte indicio que desactiva la presunta voluntad conyugal de basarse en la ley de ese segundo Estado para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales. Más discutible, aunque no descartable, sería el supuesto en que el pacto capitular, en los términos vistos, acaece cuando el tiempo de residencia en el segundo país es notablemente superior al de residencia anterior. En ese caso cabría entender, en principio, que la convención matrimonial se sujeta a la nueva ley, la de la segunda residencia, salvo que el contenido capitular resulte incompatible con la misma, o que implique una elección tácita a favor de la ley de la primera residencia común o de otra ley diferente. Constituye, en esencia un problema de interpretación de la voluntad conyugal. En suma, el negocio capitular previo al cambio de residencia excluye automáticamente la aplicación de esta cláusula. Si el pacto capitular es posterior (pero se otorga antes de que esa segunda residencia sea notablemente más prolongada que la primera) habrá que interpretarlo, pues constituye el principal elemento de planificación económica conyugal, y por ello si del mismo resulta que no se ha querido someter a la nueva ley, o que resulta desajustado con la misma, tampoco tendría sentido la aplicación de esta excepción. Lo mismo ocurriría si las capitulaciones (aun otorgadas cuando la segunda residencia es notablemente mayor que la primera) incluyen un pacto de elección tácito a favor de otra ley o desajustadas con el derecho del país de la última residencia ¹⁵². En definitiva, parece que una interpretación teleológica de la norma (que podría encontrar un cierto apoyo en el Considerando 50, que abre las puertas a la ley más vinculada exclusivamente “en defecto de elección de la ley aplicable y de capitulaciones matrimoniales”, sin incluir ninguna precisión temporal respecto de éstas) podría apoyar su inaplicación cuando media una convención matrimonial basada y ajustada a la ley de la primera residencia, cualquiera que sea la fecha de su otorgamiento, pues, entre otras cosas descartan la posibilidad que su planificación económica se base en la ley de la segunda residencia. Por el contrario, si las capitulaciones se otorgan en el periodo de

¹⁵¹ Ciertamente en esta hipótesis, entre el elenco de leyes elegibles, no se encontraría la ley de su primera residencia habitual posterior al matrimonio (salvo que coincidiese con la nacionalidad de uno de los cónyuges), por no ser ya esa su residencia al tiempo de formalizar las capitulaciones. No obstante, parece razonable admitir los efectos de una voluntad confirmatoria de aquella ley, susceptible de producir el efecto inequívoco de obstaculizar la aplicación de la cláusula de escape.

¹⁵² En ese supuesto cabría entender que el cónyuge que solicita la aplicación de la cláusula de escape iría contra sus propios actos.

tránsito, o posteriormente, y se ajustan a la ley de la última residencia constituirán un decisivo e inequívoco elemento probatorio de que la planificación económica se hizo conforme a esta última.

70. La dicción de la norma contempla un escenario en el que se suceden dos residencias, de modo que la última, por su mayor duración y por haber sido contemplada para la planificación económica por los cónyuges, da entrada a su derecho. Acaso convenga en reparar en los términos con que el precepto delimita el supuesto de hecho de su aplicación: dos residencias y la aplicación de la ley de la última de ellas. En principio, dado su carácter excepcional, parece que esta regla debiera de ser objeto de interpretación estricta. Sin embargo, no hay que descartar otras alternativas, como la hipótesis de que se sucedan una pluralidad de residencias sucesivas, pues permanece la misma *ratio legis*¹⁵³. Pensemos en unos cónyuges franceses que instalan su primera residencia habitual común tras el matrimonio en Londres, donde viven un año. Posteriormente, por razones de trabajo se trasladan a Sevilla y se establecen allí por el plazo de cinco años. Finalmente desplazan su residencia a Berlín, donde conviven durante más de veinte años, hasta que se disuelve el matrimonio. Razonablemente, cabría pensar, con arreglo a la ratio de la norma, que la ley aplicable al matrimonio habría de ser la alemana.

71. Más problemática resulta la concreción del significado de la expresión que establece que la ley sustituyente, la de reemplazo, es la de la *última residencia* ¿ha de interpretarse literalmente? Cabría imaginar la siguiente hipótesis: unos cónyuges A y B de nacionalidad alemana fijan su primera residencia habitual en España, donde viven un año. Posteriormente se trasladan a vivir a Londres, donde A gana una fortuna y adquiere diferentes inmuebles de gran valor, planificándose su economía de conformidad con el derecho inglés. Tras 20 años de residencia en esta capital, B contrae una grave enfermedad, deciden que sea tratada por un reputado especialista en Berlín y regresan a Alemania. Tras dos años de convivencia en Berlín, fallece B. Quizás cabría entender, a la vista de la finalidad de la norma, y con el único argumento en contra de su tenor literal, que la fijación de la última residencia en Alemania no descarta la aplicación del derecho inglés¹⁵⁴.

72. *La autoridad que puede declarar la aplicación de la cláusula de escape.* En general la doctrina estima que solo la autoridad jurisdiccional, a instancia de parte y nunca

¹⁵³ BONOMI, A., op. cit p. 831.

¹⁵⁴ En contra BONOMI, A, op. cit. p. 832, que sostiene que necesariamente la cláusula de escape no puede llevar a la aplicación de ninguna otra ley que la de la última residencia habitual. En caso de sucesivas residencias, la residencia intermedia, no puede fundamentar la aplicación de la cláusula de excepción. Desde esta perspectiva (que supone considerar que es exclusivamente la última residencia la que puede originar el cambio automático de ley aplicable), habrían de concurrir en la misma los requisitos de la duración y de su *contemplatio* en orden a la planificación económico matrimonial.

de oficio¹⁵⁵, puede determinar la ley rectora mediante la aplicación de esta cláusula¹⁵⁶. Sobre esta base, también podría y debería ser aplicada por el notario encargado de la disolución de matrimonio en los casos de conexidad. La cuestión es qué actitud ha de adoptar el notario cuando, como será la hipótesis habitual, actúa desprovisto de jurisdicción, en el marco de su función de justicia preventiva. Es claro que la eventual operatividad de esta cláusula genera una incertidumbre que solo se cierra si media el oportuno pacto conyugal que la descarte, o confirme, o resolución jurisdiccional firme. Mientras tanto, ¿Puede el notario ignorar la cláusula de escape, a pesar de que los presupuestos para su aplicación son notorios?, ¿Ha de advertir de su eventual operatividad o ha de aconsejar que se anticipe su aplicación? ¿Debe hacer saber esta circunstancia al tercero que es parte en la transacción?¹⁵⁷. Con carácter general, especialmente en los actos con terceros, la actuación notarial debe orientarse a la determinación de la ley aplicable conforme a las conexiones previstas en el art. 26.1, y habrá de actuar en consecuencia a la hora de enjuiciar las capacidades gestoras de los cónyuges y su legitimación dispositiva y de calificar la naturaleza de los bienes matrimoniales. Quizás haya de observar la máxima precaución si, en función de las circunstancias concurrentes (que en todo caso deben ser analizadas), la situación fuese inequívocamente encajable en el supuesto de hecho de esta regla y advertir de los efectos de su eventual aplicación. Pero, en definitiva, parece que hay que reconocer que la decisión de la autoridad jurisdiccional tiene eficacia constitutiva del cambio de ley. También cabe plantear la oportunidad de proponer la tramitación del acta para la determinación del régimen económico matrimonial, cuyos resultados podrían ser relevantes, teniendo en cuenta que siempre se ha de dar audiencia al cónyuge no

¹⁵⁵ Parece que esta es la primera ocasión en que un Reglamento prevé la aplicación de una cláusula de este tipo a instancia de parte. Habitualmente es el juez, de oficio, el que procede a la modificación de la localización.

¹⁵⁶ Incluso autores como MARIÑO PARDO, op. cit, se plantean si cabe adoptar una postura más restrictiva, entendiendo que solo cabe su aplicación por los tribunales, de conformidad con la dicción literal de la norma que habla de “autoridad judicial”.

¹⁵⁷ Pensemos en el caso que encabeza esta cuestión o en diferentes situaciones que podrían darse con relativa frecuencia. El señor A, austríaco y la señora B, francesa tras contraer matrimonio en 2020, instalan su primera residencia común en Viena, donde viven dos años; posteriormente se trasladan a París, donde permanecen instalados, durante más de veinte años de convivencia. Estamos en 2043 y el cónyuge A se presenta en la notaría para firmar la escritura de venta de un apartamento en Alicante (comprado cuando vivían en Viena). Meses más tarde, comparece en otra notaría para comprar un chalé en Marbella. El notario, en cumplimiento de la legislación notarial, para fijar la ley aplicable y determinar el régimen económico legal (pues no han otorgado ni *optio legis* ni capítulos) hace las correspondientes indagaciones y el compareciente le relata los hechos anteriores, precisando, además, ciertas consideraciones de las que aparentemente resulta que han planificado su economía con arreglo a la ley gala. La cuestión es la de si en este caso el notario puede considerar que su régimen es el legal de separación de bienes establecido en el derecho austríaco, y autorizar la venta del apartamento de Alicante, sin reserva alguna, así como autorizar la compra del chalet en Marbella, seguida del correspondiente préstamo hipotecario, al considerar que ambos bienes son privativos, al amparo del régimen de separación que resulta de la ley aplicable ex art. 26.1 a), haciendo caso omiso de los efectos de una eventual aplicación judicial posterior del art. 26.3 RREM.

solicitante¹⁵⁸. En caso de comparecencia conjunta de los cónyuges, especialmente cuando tiene por objeto un negocio capitular, sobre todo si es de naturaleza liquidatoria, parece oportuno que el notario advierta del riesgo de la eventual aplicación del art. 26.3 RREM y proponer una solución, informada y consensuada, que quede a salvo de las consecuencias de su aplicación (o, en su caso, de su no aplicación) en el supuesto de que se judicialice una eventual situación posterior de conflicto conyugal, dirigida simplemente eliminar o consolidar, convencionalmente, su aplicación¹⁵⁹.

73. Finalmente, parece oportuno señalar que desde la perspectiva registral la cláusula de escape no tendrá trascendencia alguna hasta que no resulte su aplicación de una decisión firme adoptada por la autoridad jurisdiccional competente. Hasta entonces, el reflejo tabular de las operaciones susceptibles de inscripción habrá de sujetarse a los postulados que emanan de la ley de la primera residencia habitual común posterior al matrimonio, según refleje la escritura correspondiente.

74. *Efectos*. La aplicación de la cláusula de excepción provoca el cambio de la ley aplicable. Entra en vigor la ley de la última residencia y se desactiva el derecho conectado a la primera residencia. Los efectos de este cambio son variables. Puede producirse con efectos *ex tunc*, como si la ley de la primera residencia habitual no hubiese tenido nunca aplicación. Mas esta hipótesis solo tendrá lugar si existe acuerdo expreso o tácito de los cónyuges¹⁶⁰. La mera oposición de uno de ellos impide la retroactividad. En este caso, la nueva ley solo será operativa desde que comenzó la última residencia. Hasta ese momento, ya medie solo la primera, o se intercalen residencias intermedias, rige la ley de la primera residencia habitual posterior al matrimonio. Los terceros, por el contrario, cualesquiera que sean los efectos retrospectivos entre los cónyuges, permanecen inmunes, sin que hayan de sufrir las consecuencias del cambio que les pudieran resultar desfavorables. Es decir, la norma les otorga una protección máxima: no solo les protege frente a un cambio retroactivo de la ley de la última residencia al momento del matrimonio, sino que frente a ellos el cambio se tendrá siempre por inexistente, en lo que les perjudique. Para gozar de protección, la norma no exige que medie buena fe del tercero (es decir, no es presupuesto

¹⁵⁸ En este caso, especialmente si se considera que la actuación notarial reviste carácter jurisdiccional, su decisión podría causar estado.

¹⁵⁹ Otro caso habitual podría ser el de dos cónyuges españoles, de vecindad civil catalana, que trabajan en París, población en la que mantienen la residencia tras su boda, durante un par de años, y donde adquieren un pequeño apartamento. Posteriormente deciden regresar a Barcelona, pues el marido, dada la avanzada edad de su padre, ha de hacerse cargo de la empresa familiar. La esposa trabaja como profesora en una escuela de negocios. Después de diez años de convivencia en dicha ciudad, deciden separarse. El esposo, aficionado al arte contemporáneo posee una valiosa colección pictórica y mantiene abierta varias cuentas corrientes y diferentes cuentas de valores con importes muy elevados. También había adquirido una casa en las afueras de Barcelona. En la escritura de compra había declarado que era de vecindad civil catalana, y que no había otorgado capítulos. Acuden al notario para liquidar su situación económica y regular diferentes aspectos de su separación de hecho. También podría ser frecuente el supuesto que contempla MARIÑO PARDO, F., en op. cit.

¹⁶⁰ Podría plantearse la posibilidad de que los cónyuges precisasen convencionalmente, *ex ante*, el grado de retroactividad que desean para el caso de que se produjese el supuesto de aplicación de la cláusula.

de su aplicación el desconocimiento de la posible operatividad de la cláusula de excepción), no obstante, no sería razonable que resultase legítima la protección incondicional de sus intereses (frente a los del cónyuge no contratante) si media el *consilium fraudis*¹⁶¹.

3.3.3. La nacionalidad común

75. A falta de residencia habitual común posterior al matrimonio opera el criterio de la nacionalidad común¹⁶². Es una conexión que ha de concurrir justo al momento del matrimonio. A diferencia de lo que ocurre con la primera residencia común tras el matrimonio, establece un vínculo permanente con el derecho aplicable, que no se verá afectado si deja de ser común, incluso si cambia la nacionalidad de ambos cónyuges (es decir, en este caso no se prima la proximidad). Esta conexión opera, aunque uno de los cónyuges o ambos cónyuges tengan varias nacionalidades, a condición de que solo una de ellas sea común, corresponda o no a la del foro. No obstante, en este supuesto, la solución final puede ser incierta si, por aplicación del derecho interno (al que se remite el Considerando 50) el estado del foro no reconoce la nacionalidad que no sea efectiva, o da preferencia a su propia nacionalidad¹⁶³.

76. En caso de doble nacionalidad común, el Reglamento, al contrario de lo que sucede cuando media el *pactum de optio legis*, para evitar situaciones de incertidumbre, excluye el juego de esta conexión¹⁶⁴. Razones de seguridad apoyan esta previsión (pues no

¹⁶¹ Finalmente cabría plantear el ámbito de aplicación de esta cláusula en el tiempo. Parece que solo abarcaría a los matrimonios celebrados tras la entrada en aplicación del Reglamento.

¹⁶² Desde una perspectiva teórica se cuestiona la justificación de esta conexión, especialmente, como ocurre en este Reglamento, cuando no se arbitran mecanismos de descarte en caso de que no se ajuste a los postulados de proximidad.

¹⁶³ El tratamiento de la doble nacionalidad por parte del Reglamento ha recibido numerosas críticas. Por una parte, porque la solución difiere de la que dan otros reglamentos (RODRIGUEZ RODRIGO, J. "El régimen económico matrimonial..." p. 232, y, por otra, debido a la incertidumbre que genera. Vid. las consideraciones que sobre esta problemática desarrolla BONOMI, A., op. cit p. 799 y ss. Entiende este autor que a la vista de que la remisión al derecho nacional se hace sin perjuicio del pleno respecto a los "principios generales de la Unión", la aplicación del derecho interno del foro no puede desconocer la nacionalidad de otro Estado miembro de un ciudadano que además ostente la nacionalidad del foro, bajo el argumento de que ésta última es la efectiva (de conformidad con la jurisprudencia del TJUE). Sin embargo, cuando la multinacionalidad se produce respecto de terceros Estados nada impide que cada Estado participante aplique sus propios criterios internos, lo que puede significar que en estos casos solo reconozca una de las nacionalidades (la del foro, la más efectiva, o la que corresponda a un Estado miembro). Esta circunstancia puede derivar en que la solución a un supuesto concreto de múltiple nacionalidad, en que solo una de ellas es común, sea diferente según la jurisdicción que resulte competente y que pueda dar lugar a que en vez de aplicar el criterio de la nacionalidad común (al desconocer una de las nacionalidades de uno de los cónyuges) se aplique el siguiente, el de la ley del Estado que presente los vínculos más estrechos.

¹⁶⁴ A diferencia de lo que ocurre con el contrato de elección, donde es posible optar por la ley de cualquiera de las nacionalidades de un cónyuge (sean o no comunes), en sede de vínculos objetivos, no opera el de la nacionalidad común en caso de que los cónyuges tengan más de una nacionalidad común. En ese supuesto, a falta de residencia habitual común posterior al matrimonio se pasa directamente a la ley del país con el que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

sería fácil determinar cuál de las nacionalidades comunes concurrentes sería la aplicable). Por otra parte, por razón de la indeterminación temporal con que opera la primera conexión, habrá que esperar un cierto lapso desde la celebración del matrimonio para ver si el criterio de la nacionalidad común (por no mediar primera residencia habitual común) es el efectivo, en cuyo caso se aplicará *ab initio*.

3.3.4. La Ley de los vínculos más estrechos

Juan y Manuela, de nacionalidad peruana y española, residentes en Lima y Madrid, respectivamente, se conocieron en Buenos Aires, con ocasión de un curso de especialización organizado por la empresa petrolífera en la que ambos trabajan. Tras vivir un corto pero apasionado romance, regresaron a sus respectivos países de origen. Mantuvieron la relación pese a la distancia, con esporádicos encuentros en la ciudad porteña en la que tenían el proyecto de instalarse. Finalmente decidieron, años más tarde, en marzo de 2019, casarse en Viena, donde residía Juan. Tras un largo periodo de residencias separadas, en 2021 lograron conseguir un destino común en Londres donde tuvieron su primer hogar conyugal en una casa comprada por Manuela. Allí convivieron largos años, hasta que Manuela fue nombrada directora general de la compañía y tuvo que regresar a Madrid. No tienen hijos y han decidido divorciarse de común acuerdo ante notario. Durante su matrimonio, Manuela adquirió una notable fortuna, fruto de sus altos salarios y primas y de sus óptimas inversiones. Juan consulta al notario si su matrimonio es el legal previsto por la ley argentina.

77. La estrecha vinculación de los cónyuges con un Estado determinado también puede revestir relevancia conflictual cuando opera como criterio de conexión (función atributiva, art. 26.1 c)), papel diferente del que desempeña en el supuesto del art 26.3, en que actúa como mera excepción o criterio de reajuste corrector de una primera residencia habitual normalmente corta que con el tiempo se desconecta de la vida familiar (función correctora).

78. El legislador europeo, descartando otras alternativas posibles¹⁶⁵ (como el del lugar de celebración del matrimonio o el de la *lex fori*), opta por introducir la conexión de los vínculos más estrechos como punto de conexión residual. Su aplicación presupone que no se ha ejercido la autonomía de la voluntad, así como la ausencia de primera residencia habitual común post matrimonial y de nacionalidad común. La introducción de este criterio, que ya había sido adoptado anteriormente por la Convención de la Haya de

¹⁶⁵ Este último punto de conexión, defendido por muchos autores, en línea con lo que establece el art. 8 d) del Reglamento Roma III, presenta sin embargo dos graves inconvenientes. Por una parte, la incertidumbre de la ley aplicable durante toda la vida matrimonial hasta que sobreviene la crisis, pues no deja de ser una opción abstracta e incierta hasta que se concreta con la determinación del foro (lo cual resulta especialmente incompatible con el régimen económico matrimonial, al que se sujetan una multiplicidad de actos de indudable trascendencia patrimonial que se llevan a cabo constante matrimonio) y por otra, como señala BONOMI, A., op. cit p. 808, no sería del todo compatible con el principio de la inmutabilidad.

1978¹⁶⁶, y por otros Reglamentos europeos, ya como mecanismo corrector (causa de excepción), ya como como punto de conexión subsidiario, suscita muchas dudas en materia económico matrimonial, tanto desde el punto de vista de su oportunidad como por los términos específicos en que ha sido formulado.

79. A diferencia de lo que ocurre cuando opera como causa de excepción, donde puede desempeñar, con carácter extraordinario, una función de reajuste que se orienta a buscar la justicia de la solución y a aproximarse a la situación matrimonial sobrevenida, difícilmente podrá resultar útil a dicha finalidad cuando se focaliza su concreción al tiempo del matrimonio, con el riesgo evidente de que se aleje y pierda proximidad, por razón del desenvolvimiento ulterior de la situación matrimonial. Al congelarse la vinculación al tiempo del matrimonio se separa de sus vicisitudes posteriores¹⁶⁷. Tampoco reporta gran provecho como punto de conexión subsidiario, pues parece la antítesis de la conexión objetiva (*closed connection*)¹⁶⁸. Su formulación tan abierta y flexible dificulta su delimitación como concepto autónomo uniforme, a la vez que impide prever el resultado de su aplicación. La inseguridad que provoca esta conexión (tal y como está concebida, anclada al tiempo del matrimonio)¹⁶⁹ supera la incertidumbre que se produce en las hipótesis en que funciona como cláusula de escape, en que al menos existe *ab initio* una vinculación constatable que determina la ley aplicable (sin perjuicio de su variación ulterior, que nunca perjudicaría a terceros).

80. Igualmente, cabe señalar que la solución a que aboca esta regla puede ofrecer resultados sorprendentes, en determinados casos, y, en alguna medida, incoherentes con la ratio que subyace en el art. 26.3 (que, injustificadamente, resulta inaplicable cuando opera esta conexión). Tampoco se acomoda bien con la finalidad que inspira a todas las conexiones flexibles (en contraposición de lo que ocurre con las rígidas) que priman la proximidad (normalmente ligada al devenir conflictual del matrimonio) sobre la seguridad. Así, puede darse el caso de una pareja de un español y de una francesa que se conocen haciendo un master en California, regresan a sus respectivos países de origen y tras un año se casan en la ciudad donde se conocieron; pero mantienen sus residencias, por razones profesionales, en estados distintos durante un periodo de tres años. Posteriormente se

¹⁶⁶ De la que se separa en dos puntos: el Reglamento se refiere a los vínculos de los esposos, en cuanto tales y no a los vínculos de la relación matrimonial, y solo toma en consideración los vínculos existentes al tiempo del matrimonio, excluyendo la relevancia de los vínculos futuros. LAGARDE P., op. cit. p. 116

¹⁶⁷ Esta conexión resulta poco operativa para las parejas que apenas han creado vínculos comunes prenupciales. Es el caso, en aumento, de las parejas que se conocen y mantienen su relación a través de las relaciones sociales, sin apenas contactos personales.

¹⁶⁸ VAN BOXSTAEEL JL, "Le règlement européen "régimes matrimoniaux" et la pratique notariale". In: Fabienne Tainmont et Jean-Louis Van Boxstael, *Tapas de droit notarial 2018. LES RÉGIMES MATRIMONIAUX*, LARCIER, Bruxelles 2019, p. 189-229 <http://hdl.handle.net/2078.1/209087>, p. 222.

¹⁶⁹ Normalmente se entiende que el principio de proximidad constituye el fundamento de esta conexión, más eso solo ocurre cuando no existe limitación temporal para que se produzcan los vínculos susceptibles de revelar la conexión con un determinado país (ej. art. 5 Protocolo de la Haya de 2007).

reúnen y fijan su residencia común Italia, en la que permanecen 20 años. En este caso, a falta de otros lazos comunes más estrechos (al tiempo del matrimonio), su economía podría quedar regida por la ley de un Estado (California), determinada por una vinculación débil, lejana, anterior al matrimonio, y sin embargo nunca les sería aplicable la ley italiana, derecho que en cambio podría haber regido su matrimonio (por aplicación del art. 26.3) de haber tenido una primera residencia habitual común tras el matrimonio en cualquier lugar (a pesar de que este nexo —residencia habitual común postmatrimonial— sería expresivo de una mayor y más estrecha vinculación que la que se deriva de la corta convivencia pre matrimonial o de la del lugar de la celebración)¹⁷⁰.

81. La norma establece dos condiciones para la operatividad de estos vínculos. Por una parte, habrán de ser anteriores al matrimonio (*conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio*). Esta exigencia temporal, formulada probablemente con el objetivo de evitar el conflicto móvil y asegurar la inmutabilidad del régimen, desprovee de relevancia a las eventuales ligazones más estrechas que puedan surgir en el devenir de la vida matrimonial, dejando de lado el objetivo de la cercanía del derecho aplicable con la situación matrimonial. Inequívocamente, el Reglamento opta por la estabilidad de la ley aplicable frente a la proximidad¹⁷¹, aunque se trate de una estabilidad poco útil al estar fuertemente marcada por la incertidumbre. Por otra parte, de la dicción reglamentaria se deduce que los vínculos, para que sean conflictualmente relevantes, si bien no tienen por qué ser necesariamente compartidos o comunes, han de tenerlos ambos cónyuges con un mismo país¹⁷².

82. El Reglamento, ni a través del texto articulado ni de sus Considerandos ofrece algún criterio concreto para aclarar el término "vínculo más estrecho". La parquedad y la generalidad con que se introduce esta conexión y su falta de precisión, dificultan la tarea de su determinación, pues tampoco se suministran ejemplos o indicaciones que guíen y faciliten su aplicación, ni las condiciones que permitan reconocer a un vínculo como estrecho, expresivo de una ligazón significativa con un Estado determinado¹⁷³. Comúnmente se entiende que esa vinculación puede derivarse de diferentes factores (pues ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta todas las circunstancias), sin que haya una lista cerrada, lo que abre el paso a un cajón de sastre¹⁷⁴ en el que se incluyen ingredientes de

¹⁷⁰ Es decir, una residencia prenupcial común puede determinar la ley aplicable, de forma inmutable ante el conflicto móvil. En cambio, la primera residencia postnupcial abre la posibilidad en caso de cambio de residencia.

¹⁷¹ BONOMI A, op. cit. p. 809, 810.

¹⁷² Como sostiene BONOMI, A., op. cit. p. 812, puede tratarse de vínculos de los que participen individualmente los cónyuges, pero referidos al mismo Estado, por ejemplo, estado de la nacionalidad de uno y de residencia del otro, o donde este último tenga una vivienda.

¹⁷³ Así, generalmente, estas vinculaciones operan más como un criterio cuantitativo que cualitativo: cuantos más contactos con un ordenamiento, mayor vinculación.

¹⁷⁴ Así, se citan por la doctrina la localización de los bienes, obtención de rentas, lazos afectivos, la residencia previa a las nupcias, residencias esporádicas, residencia de los hijos, la nacionalidad de alguno de los

diferente orden, muchos de los cuales, a primera vista, no son reveladores sino de un nexo o enlace débil y lejano que, en ocasiones, constituirán la única vinculación compartida (lo que augura que en la práctica, irremediablemente, se vaya a dar entrada a conexiones o lazos esporádicos o exóticos, cuando sean los únicos comunes)¹⁷⁵. Entre los ejemplos de vínculos determinantes de la conexión “estrecha” que se suelen citar, llama la atención el relativo al lugar de la celebración de matrimonio. Esta vinculación, criticada generalmente por la doctrina por irrelevante y anecdótica (se ha hablado de que pudiera ser exponente del *turismo matrimonial*), aunque fue propuesta por la comisión redactora, finalmente no pasó al texto aprobado. Sin embargo, la mayoría de los autores que se han ocupado de esta materia lo citan como una eventual vinculación (a falta de otras más significativas) que puede determinar la ley aplicable. De esta forma subrepticia se da entrada, pero dentro de un marco de incertidumbre, a la ley del Estado de celebración de las *nuptias*. Lo que no deja lugar a dudas es que mediante este planteamiento que sigue el Reglamento se concede un alto margen a la discrecionalidad judicial, abocando a una decisión muy apegada a las circunstancias del caso¹⁷⁶, circunstancias que en muchas ocasiones podrían resultar poco significativas, sin que pongan en evidencia una vinculación estrecha, y de difícil prueba. A veces hasta resultarán sorprendentes para los propios cónyuges, por su carácter casual o anecdótico.

83. Tradicionalmente se entiende que se trata de una conexión concebida para su fijación judicial, *ex post* (cuando sobreviene la crisis o el fallecimiento de un cónyuge)¹⁷⁷, lo

cónyuges, la nacionalidad común (cuando, por ser múltiple no sirve para fijar la conexión anterior), e incluso se han señalado, al amparo de la referencia del Reglamento a que se han de tener en cuenta “*todas las circunstancias*”, criterios más accidentales o débiles como la lengua, la religión, los vínculos familiares o profesionales, proyectos anteriores referidos al futuro, etc), PALAO MORENO G, op. cit. p. 104, JIMENEZ BLANCO, P., op. cit. p. 91,92.

¹⁷⁵ Piénsese en el siguiente caso: un italiano residente en Londres y una austríaca en Viena, ambos sin descendencia, contraen matrimonio en Turín. Cada uno de los cónyuges mantiene su residencia en el mismo lugar que antes de casarse, donde cada uno conserva su puesto de trabajo. Tienen el proyecto de vivir juntos en el futuro, si en algún momento sus respectivos destinos profesionales se lo permiten. En los primeros de matrimonio pasan juntos sus vacaciones en un hotel de Marbella, donde posteriormente alquilan con carácter permanente un apartamento en el que residen todos los veranos, que conservan durante toda su vida conyugal. También, al año de contraer matrimonio, el marido adquiere un inmueble en Nápoles, su lugar de nacimiento, y su esposa, poco antes de fallecer en un accidente, adquiere un pequeño apartamento en Innsbruck. No se conocen otras vinculaciones comunes de los esposos. Probablemente en este caso habría que entender que la ley aplicable es la ley italiana pues el único vínculo común (además de la lengua inglesa, idioma en el que ambos cónyuges se comunican) viene dado por el lugar de celebración del matrimonio. Esta solución probablemente no sea demasiado próxima (como habitualmente no lo es la derivada del lugar de celebración) y desde luego no es expresiva de un vínculo estrecho. Se hubiese llegado a la misma solución (pero con seguridad y previsibilidad) si se hubiese consagrado el lugar de celebración como criterio residual, para los supuestos en que no concurren las dos primeras conexiones objetivas y que no existe una relevante vinculación común con ningún país, es decir cuando no hay una legislación que sea próxima a ambos consortes. La conexión de Marbella no resulta operativa por surgir con posterioridad a la celebración del matrimonio.

¹⁷⁶ Y que podrían suscitar respuestas muy distintas, en función de la concreta jurisdicción que entienda de la cuestión matrimonial.

¹⁷⁷ Lo que en buena parte se explica si se pudiesen tener en cuenta las circunstancias en que se desarrolla la vida matrimonial.

que explica la dificultad de su determinación y aplicación anticipada, que a buen seguro va a complicar la actuación por parte de los operadores jurídicos, especialmente de los que activan los mecanismos de justicia preventiva, en los tres momentos relevantes de su intervención, (en el momento de la fijación y diseño inicial del sistema de organización patrimonial del matrimonio, en el momento de la calificación y control de los actos de trascendencia económica que celebran los cónyuges en el curso de su vida matrimonial, facultades dispositivas, clasificación de los bienes, perímetro de responsabilidad, etc. y también en el momento de su liquidación). El enfoque predominantemente judicial de esta conexión, sin embargo, no se cohesiona bien con el conjunto de materias de que se ocupa el Reglamento (particularmente el carácter organizativo que se reconoce al régimen económico) ni con el momento en que se tienen que producir los vínculos relevantes. Como decíamos, el corpus normativo que rige la economía del matrimonio funciona como un suerte de derecho estatutario, o como una regulación marco, con perspectiva de futuro, a la que se sujetan todos los actos y vicisitudes económicas que se presentan en el desenvolvimiento de la pareja conyugal, que es necesario fijar *ex ante*. En otro caso, la incertidumbre de aquel marco regulatorio afectaría a toda esa suerte de actuaciones conyugales, cuya eficacia y alcance es imposible de aquilatar sin conocer la ley que los rige. Por otra parte, su localización se ancla al tiempo del matrimonio. Estas consideraciones justifican que en el campo de la economía matrimonial, los vínculos estrechos, constituyan una conexión que, al igual que las demás subsidiarias, debiera de ser operativa y efectiva desde que el matrimonio se celebra y susceptible de aplicación desde entonces, lo que determina inexorablemente que, pese a su complejidad, haya de ser objeto de determinación y aplicación extrajudicial. En otro caso, resultaría extremadamente difícil articular el ejercicio de la autonomía material (que requiere de un marco legal concreto al que ajustarse). En concreto, el notario español tiene la obligación de determinar la ley aplicable al régimen económico y de aplicar las reglas de conflicto, sin que estén previstas excepciones. Pensemos en un español y una inglesa que, sin tener un vínculo aparente con ningún Estado, contraen matrimonio manteniendo la residencia separada. El cónyuge español se presenta ante notario para comprar un inmueble en Lugo, lugar de su nacimiento y a donde piensa retirarse cuando se jubile. ¿Cómo determina el notario la ley aplicable?, ¿Cómo califica la naturaleza de tal adquisición? ¿Cómo se inscribiría en el registro?

84. No hay reglas especiales para casos como el expuesto. El notario tiene que identificar la ley aplicable y, en su caso, el régimen económico matrimonial, en base a las pruebas que se le presenten y, en su defecto, con arreglo a las declaraciones —debidamente informadas— de los interesados (o del cónyuge compareciente). La trascendencia de dicha determinación es enorme, pues con arreglo a lo que resulte de la misma, pese a que pueda resultar frágil, se desenvolverá el régimen de sus adquisiciones y transmisiones y así se inscribirán en los registros y se organizará su régimen publicitario. En cambio, probablemente apenas se dejará rastro del mismo en el Registro civil.

85. Junto a la dificultad de su precisión conceptual está también la de su prueba, que en multitud de ocasiones no será fácil, además de que su valoración, como apuntábamos, resulte muy discrecional. Por ello, en estas circunstancias, parece conveniente que, con ocasión de una comparecencia notarial, se invite a los cónyuges a la reflexión y que, debidamente asesorados, pacten su régimen económico o escojan la ley aplicable al mismo, en el marco del nuevo Reglamento. Mas, en caso de que los cónyuges o futuros cónyuges de distinta nacionalidad y sin residencia común, no deseen someterse a dichas conexiones unilaterales, sería oportuno plantearse la oportunidad y el valor de la declaración formulada y documentada por ambos mediante la que identifiquen las ligazones de la pareja con algún país, cuya ley consideran que rige sus relaciones económicas. Evidentemente, esa declaración conjunta no podría ser catalogada como un pacto de *lege utenda*, al superar el ámbito de elección. Sin embargo, podría ser expresiva y reconocitiva de una vinculación, la que resulta de la voluntad e intención común de acogerse (al tiempo del matrimonio) a la ley de un determinado país¹⁷⁸, además de constituir una prueba de las concretas circunstancias fácticas que le conectan con el mismo, facilitando, a partir de esa declaración, que los cónyuges organicen su convención capitular. Igualmente, en supuestos análogos, podría resultar oportuna la tramitación de un acta notarial para la declaración del régimen económico matrimonial y de su ley aplicable, con el objeto de insuflar certidumbre a la situación¹⁷⁹, en la medida en que la declaración con que se concluya la misma causa estado y resulta inscribible en el Registro civil (sin perjuicio de que pueda ser objeto de revisión judicial).

86. *La jerarquía de las conexiones subsidiarias.* Cuestión relacionada con la anterior, aunque distinta, es la de si por vía de pacto se pueden eliminar algunas de las conexiones supletorias, o alterar su orden. Sabemos que los puntos de conexión subsidiario se disponen en cascada, de manera que el superior en grado desplaza a los que le siguen. Tampoco ofrece duda que, si escogen una de las conexiones elegibles, residencia o nacionalidad de cualquiera de ellos, se evita la entrada en aplicación de los puntos de enganche subsidiarios. Por esta vía puede lograrse que la conexión de la nacionalidad se anteponga a la de la residencia. Sin embargo, en ocasiones estas conexiones electivas pueden resultar desajustadas a los intereses de la pareja. Pensemos en el siguiente caso: dos ciudadanos italianos de distinta residencia (uno en Italia y otro en Moscú) y del mismo sexo se conocen en Fuerteventura, donde veranean desde hace tiempo y donde cada uno había adquirido una casa. Toman la decisión de casarse en dicha isla, en donde piensan instalarse pasados unos años, pues sus respectivos destinos profesionales les obligan a

¹⁷⁸ De nuevo se plantea aquí la eventual incidencia de la autonomía de la voluntad como factor de proximidad, y la eventual incidencia de la misma como expresión de la vinculación con un Estado determinado.

¹⁷⁹ No obstante esta legitimación individual de cada cónyuge para activar la actuación notarial, lo que resulta imprescindible es la participación, o que se permita la participación, de ambos cónyuges (cualquiera que sea su situación matrimonial), en la medida en que la declaración notarial les concierne y afecta a ambos. Esto justifica que el notario haya de emplazar al cónyuge no instante o a sus herederos.

mantener su lugar de residencia prenupcial, al menos en un periodo de cinco años. Formalizan un documento notarial en el que exponen su deseo de que no se les aplique el derecho italiano. Todo parece indicar que esta opción, que podría ensanchar el campo de la autonomía conflictual, lamentablemente escapa al ámbito que a ésta se le reconoce en el Reglamento. De donde se deduce que los cónyuges de ningún modo pueden conseguir —existiendo residencia o nacionalidad común— que se aplique la ley del Estado con el que tengan mayor vinculación al tiempo del matrimonio¹⁸⁰. Solo en ausencia de primera residencia común tras el matrimonio y de nacionalidad no coincidente, por la vía del no ejercicio de la autonomía de la voluntad (en forma activa) podrían facilitar la operatividad de la ley de los vínculos más estrechos. En el caso antes expuesto no concurre ninguna de las justificaciones en que habitualmente se basa la postura limitativa de la autonomía de la voluntad: los pactos reseñados buscan una ley próxima, ajustada a los intereses de los cónyuges, y que no favorece su desigualdad; antes al contrario, la ley buscada es la que más ampara el reconocimiento de su estatus matrimonial.

Las posibilidades de modalización también son mínimas. Cabría que por pacto se desactivase la entrada en aplicación de la cláusula de escape, en caso de que resultase operativo el criterio subsidiario de la primera residencia habitual común. Sin embargo, queda fuera del alcance de los cónyuges extender la aplicación de dicha cláusula a otros supuestos, como los del 26.1 b) y c).

3.5. *El contrato de elección. Presupuestos y condiciones de validez*

87. La innegable trascendencia del pacto de elección, que determina el marco legal en que se han de desenvolver las relaciones entre los cónyuges, tanto en la esfera interna como *ad extra*, justifica la exigencia de ciertas cautelas formales y de fondo. Se trata, con ello, no solo de proteger a los cónyuges en el momento de formalizar la *designatio iuris*, sino también, de forma más mediata, de preservar los intereses de los terceros que se relacionan con aquéllos. Al abrigo de estos objetivos, surge la necesidad de un acto solemne y con fecha cierta al que atenerse. El Reglamento, mediante una norma de contenido material, organiza los presupuestos negociales mínimos en torno a dos principios, el del consentimiento y el de la certidumbre de la elección. Sin embargo, la regulación material que emana de forma inmediata del Reglamento es muy reducida; en lugar de establecer en esta materia un enfoque uniforme de las formalidades y perfilar un concepto autónomo del consentimiento, opta por una solución conflictual complementaria y da entrada a las leyes nacionales, por lo que al final todo desemboca en un concurso de normas, que pone de manifiesto que la simplicidad de esta materia es solo aparente. En

¹⁸⁰ Si no mediase residencia habitual común inmediata, tras la celebración del matrimonio, y si la nacionalidad de los cónyuges no fuese coincidente, entonces, por la vía del no ejercicio de la *professio iuris*, resultaría aplicable la ley del país más vinculado.

suma, podría decirse que se estructuran, a través de diferentes técnicas, un conjunto de resortes, formales y materiales, que se orientan a una misma finalidad, que los cónyuges expresen su voluntad de manera inequívoca, libre e informada, con vistas a asegurar que sean conscientes de las consecuencias que se derivan de su elección¹⁸¹.

3.5.1. Validez formal

Luis y Uxía, españoles de origen, residen separadamente desde hace años en Dortmund y Ginebra, donde conviven con sus respectivas familias de origen desde hace muchos años. Van a casarse en Almería, lugar de procedencia de la familia de Luis. Acuden, siguiendo el consejo de un familiar, a una notaría para organizar su economía familiar futura. El notario, mientras que escucha sus preferencias y preocupaciones, piensa en cómo ha de preparar el contrato de elección del derecho aplicable. Finalmente, tras considerar y contrastar varias opciones, deciden acogerse al derecho suizo y pactar el régimen de comunidad reducido a los bienes muebles.

88. Los requisitos formales autónomos (o de validez formal) se regulan en el art. 23 del Reglamento. La única exigencia de este tipo, si bien de *minimis*, que establece directamente dicho precepto es que el acuerdo tenga constancia documental. Ha de realizarse “*por escrito y deberá contar con la fecha y la firma¹⁸² de ambos cónyuges*” (sin que se requiera la expresión del lugar, probablemente por la nula relevancia que el Reglamento concede a la regla *locus regit actum*¹⁸³), admitiéndose también que se refleje en un soporte electrónico. Sin embargo, las cautelas no acaban ahí. El Reglamento es consciente de la falta de uniformidad de las legislaciones nacionales. Por ello, combina una regla material que fija un umbral mínimo de solemnidad, unos requisitos autónomos, que son los que se establecen en el art. 23.1, con una regla conflictual que remite a los estándares formales que establezcan ciertas leyes próximas a la pareja. Así, se requiere, de forma cumulativa a los requisitos autónomos que impone el RREM, que se cumplan las mayores o adicionales exigencias de forma que establezca la ley del *Estado miembro* donde resida alguno de los consortes¹⁸⁴. Pero no las que pudiera establecer para un pacto de este

¹⁸¹ En descargo del Reglamento, y del complejo sistema que establece, hay que recordar que carece de competencia para regular el derecho material de los pactos, y por eso, -tras la imposición (casi rebosando los límites de su competencia) de un mínimo formal autónomo- recurre mediante una regla netamente conflictual a reforzar las formalidades.

¹⁸² Parece razonable entender que la firma no haya de ser necesariamente de los cónyuges, tanto en caso de representación, como en caso de imposibilidad de uno de ellos, aunque en este último caso la cuestión sea más discutible. En todo caso, parece que debe tenerse por válido el pacto otorgado ante notario, aunque uno de los cónyuges no lo firme por imposibilidad de hacerlo, siempre que se cumplan las reglas formales sustitutorias previstas para tal caso por la *lex auctor* (ej. art. 191 RN).

¹⁸³ Lo que exige una especial atención de los operadores jurídicos, pues a menudo no será suficiente con cumplir las formalidades de la ley del lugar del otorgamiento. Esta última situación solo se producirá si los cónyuges residen en el lugar del otorgamiento o en terceros estados.

¹⁸⁴ Debe entenderse esta remisión a la ley del Estado en que residan los cónyuges al tiempo de hacer la convención. Por otra parte, como luego se indica, aunque el art. 23 de este Reglamento se refiere a la ley de un “Estado miembro” —a diferencia del RRIII, que especifica que ha de ser un Estado participante-, debe

tipo, sino las que prevea específicamente para las capitulaciones matrimoniales, lo que apunta al paralelismo entre ambas convenciones. Es decir, las solemnidades de la autonomía conflictual también deben ajustarse a las exigencias de forma que la ley de la residencia habitual establece para los capítulos, lo que implica que el Reglamento exige la forma capitular, pero no una concreta, sino la que prescriba la ley de la residencia¹⁸⁵. Si bien, es de notar que se introduce una suerte de cláusula salvatoria, pues se admite la validez formal del acuerdo, en caso de dualidad de residencias de los cónyuges en Estados miembros, con tal que se ajuste a la ley correspondiente a una sola de aquéllas. A diferencia de lo que se dispone en el artículo 25¹⁸⁶ respecto de las capitulaciones (y quizás sea éste el único punto disruptivo¹⁸⁷ con la regulación formal de los capítulos, cuyo importante paralelismo acabamos de destacar), no se da aquí entrada a la ley elegida (la *lex causae* queda apartada de la regulación del campo formal del pacto de elección). Es más, aunque se ajuste al contenido formal de la ley elegida, o al de la ley del foro, si no es adecuada al derecho de uno de los países de residencia (siempre que sean Estados miembros participantes) de uno de los cónyuges, el pacto adolecerá de un vicio relevante, que supondría la ineficacia del pacto de elección y abriría la puerta a las conexiones objetivas. Por el contrario, las formas que impongan las leyes de terceros Estados, aunque sean los de la residencia de alguno de los consortes, resultan intrascendentes en el espacio jurisdiccional del Reglamento, lo que ha suscitado una importante crítica en un sector de la

reputarse, como se expuso anteriormente, a partir una interpretación coherente del Reglamento y de la idea de reciprocidad, que aquella expresión se restringe a la de Estado miembro participante. Así DIAGO DIAGO, M.P., op. cit. p. 220. En sentido crítico con esta solución se manifiestan, entre otros, WAUTELET P, op. cit. p. 692, 693, VINAIXA MIQUEL, p. 293 y AÑOVEROS TERRADAS, B., op. cit. p. 840. Esta última autora entiende que no resulta lógico, si la finalidad de la norma es la de reforzar el sistema formal con los requisitos adicionales que establezcan las leyes próximas a la pareja para garantizar que el consentimiento sea informado, que se excluyan las leyes de los terceros Estados. Lo que puede resultar algo sorprendente es que en caso de que ambos cónyuges residan en terceros países, baste con cumplir las normas que emanan directamente del Reglamento.

¹⁸⁵ Esta exigencia de la forma capitular que establezca la ley de la residencia puede plantear alguna cuestión complementaria. Pensemos en el caso español que exige para las capitulaciones escritura pública, como forma constitutiva. Sin embargo, para el pacto de *lege utenda* requiere documento auténtico, que constituye un concepto más genérico y amplio. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, actualmente, pudiera ser admisible que la ley aplicable sea elegida en el seno del expediente matrimonial, ya sea celebrado ante el juzgado o ante el notario. A partir de esta premisa, si se otorga en el extranjero un pacto de elección de ley en el curso de un expediente matrimonial por un residente en España, ¿habría que entender que el pacto puede adolecer de un defecto formal por no tener la forma que en nuestro país se exige para las capitulaciones, la escritura pública, pese a que la LRC permite -cuestión que no está definitivamente aclarada- que dicho pacto se celebre en otro soporte documental público (el expediente matrimonial)? El reglamento es claro: hay que observar la forma capitular del estado de la residencia, aunque su derecho admita otra forma menos solemne para el pacto de *lege utenda*. Luego, si el otorgante residiese en España, el pacto de elección estaría siempre sujeto a la forma capitular, razón por la que conviene extremar la cautela en estos supuestos y recomendar que la elección de ley se contenga en el concreto soporte documental que para las capitulaciones prevea la ley llamada.

¹⁸⁶ Art. 25.3. “Si la ley aplicable al régimen económico matrimonial impone requisitos formales adicionales, dichos requisitos serán de aplicación”.

¹⁸⁷ Al que se podría añadir otro punto diferencial, cual es el que la regla del art. 24 .2 solo opera con relación a los pactos de elección, sin comprender los capítulos (aunque constituye una cuestión debatida en la doctrina que todavía no está definitivamente resuelta).

doctrina¹⁸⁸. Cuando los cónyuges residen en terceros Estados, las condiciones de validez formal se sujetan únicamente a las exigencias que directamente impone el Reglamento, en cuyo supuesto se rebaja la calidad formal del pacto; mas, esta postura no justifica que, en una buena práctica, se ignoren las prescripciones de los terceros Estados en que los cónyuges tengan instalada su residencia habitual, so pena de que la elección de ley no sea reconocida en los mismos, con el consiguiente perjuicio para las aspiraciones de los cónyuges, especialmente en lo que se refiere a los bienes y relaciones patrimoniales localizadas en dichos Estados, circunstancia que ha de ser ponderada por el operador jurídico que se ocupe de la formalización del pacto de elección¹⁸⁹. Por último, debe hacerse una llamada de atención. Dado que la ley de la residencia habitual solo alcanza a regir los requisitos formales, es conveniente identificar la naturaleza formal o material de los requisitos que establezca esta ley, para discriminar a los requisitos de fondo, que no resultarían aplicables¹⁹⁰.

89. Normalmente el pacto de elección de ley y el pacto capitular serán objeto de formalización simultánea, incluso en el mismo instrumento. La lógica contractual de ambos pactos, a menudo, será complementaria. No obstante, ambos pactos, el de *optio legis* y el propiamente capitular, gozan de autonomía formal y material, aun cuando compartan el mismo soporte documental. Podría suceder que un contrato matrimonial cumpla las condiciones de validez formal del pacto de elección, y sin embargo no se ajuste a las mayores solemnidades establecidas para las capitulaciones que establezca la *lex causae*. En ese supuesto, el negocio capitular sería ineficaz por razones formales, sin que (en principio) dicha ineficacia se proyecte sobre el pacto de elección¹⁹¹. Sin embargo, la continuidad regulatoria que a menudo preside ambas convenciones apunta a la conveniencia (que no exigencia) de respetar las (mayores) reglas formales previstas en la *lex causae* para asegurar la validez formal de ambas convenciones. Igualmente, debe considerarse la

¹⁸⁸ Esta medida ha sido criticada por un importante sector doctrinal (JIMENEZ BLANCO, P., op. cit. p. 80, WAUTELET, P., op. cit. p. 690) ya que, aparte de disminuir el rigor formal del pacto, se corre el riesgo de que en estos países, no vinculados por el reglamento, no surta eficacia el *pactum de lege utenda*.

¹⁸⁹ Por eso, desde una perspectiva cautelar, y por razones prácticas, es altamente recomendable cumplimentar los requisitos de la ley de la residencia habitual (y, acaso, de la ley del lugar de situación de los inmuebles) aunque sea un tercer Estado.

¹⁹⁰ Esta cuestión, que puede llegar a desplegar consecuencias muy relevantes, no es fácil de resolver, dado que el Reglamento apenas suministra criterios para distinguir entre los requisitos de forma y de fondo, lo que determina que su clasificación quede al albur de la ley reclamada.

¹⁹¹ En efecto, es posible que un pacto de elección incluido en capitulaciones que no sean válidas conforme a la *lex causae*, pueda ser válido exclusivamente como manifestación de la *professio iuris*, dado los menores requerimientos formales de ésta (que no se ven influidos por la ley rectora). Lo cual no impide que si causalmente resultan independientes (por no quererse el primero sin el segundo) la ineficacia de uno arrastre, o pueda arrastrar, a la del otro. En este sentido RIPOLL SOLER, A., op. cit. comentario al art. 22 RREM, en el libro Colectivo "Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea" (Dir. Iglesias Buigues y Palao Moreno) p. 223

posibilidad de que el *pactum de lege utenda* cristalice en el seno de un expediente matrimonial¹⁹².

90. También podría ser factible que el pacto de *optio legis* se insertase como una cláusula de un contrato de otra clase, ajeno a la tipología capitular, aunque en dicho contrato (no en el pacto de elección) fuese parte un tercero (como podría ser un contrato de compraventa o de sociedad, también otorgado por ambos cónyuges). La viabilidad de esta alternativa, dado que el Reglamento no se pronuncia sobre este aspecto (y, desde luego, no la prohíbe), dependería de la solución que adoptasen las leyes nacionales aplicables a la forma. En todo caso, el pacto habría de ser el resultado de un consentimiento claro e informado, de modo que podría ser exigible su consignación en una cláusula separada de relevancia estrictamente conyugal, susceptible de expresar su significado y trascendencia específicos¹⁹³, sin que se difumine o relegue como algo accesorio del resto del contenido contractual. Con todo, resulta aconsejable que el pacto se formalice autónomamente o dentro de un contrato constreñido a regular las relaciones conyugales¹⁹⁴.

91. La inobservancia de las formalidades prescritas por el Reglamento, o en su caso por la ley de la residencia que resulte aplicable, puede determinar la nulidad de la elección, lo que supone la entrada de las conexiones subsidiarias. La sanción correspondiente será la de la ineficacia del acto, si se infringe la base formal mínima que establece el Reglamento, o, superado este *mínimum*, la que establezca la ley llamada, por el incumplimiento de las formalidades que la misma establece.

3.5.2. Validez material

92. La determinación de las condiciones de validez material se sujeta a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual elegida por los cónyuges. Es decir, el esquema material del contrato se sujeta a “*la ley que sería aplicable en virtud del artículo 22 si el acuerdo o la disposición fueran válidos*”. La ley elegida, que resulta intrascendente a efectos formales, es la que rige en el fondo negocial del pacto. Ciertamente, será ésta la ley a la que se hayan de adecuar los requisitos de existencia y validez del contrato, campo que tradicionalmente se extiende a la formación de la voluntad negocial, a la existencia del pacto y al control de su contenido. Sin embargo, el Reglamento, en alguna medida, también se inmiscuye en este plano de la validez material. Por una parte, en congruencia con el ámbito que reconoce a la autonomía conflictual de los cónyuges —si bien no se señala de forma explícita¹⁹⁵— cabe sostener que el Reglamento ampara y da cobertura a la

¹⁹² Vid. *infra* apto. III, E) b), donde se analiza esta problemática desde la perspectiva española.

¹⁹³ Que sea reveladora de que los cónyuges “*son conscientes de las consecuencias de su elección*”.

¹⁹⁴ WAUTELET, P., *op. cit.* p. 682,683, se manifiesta en este mismo sentido, aunque recoge opiniones doctrinales contrarias.

¹⁹⁵ Como ocurre en el Reglamento de sucesiones, cuyo Considerando 40 aborda esta cuestión.

eficacia del propio pacto de elección, aunque la ley elegida no admita la *professio iuris*. El derecho de elegir está asegurado por el Reglamento, cualquiera que sea la postura que siga el derecho designado¹⁹⁶, de donde se deduce que las posibilidades de control de contenido (específicamente un control judicial a posteriori) del propio pacto de elección, en cuanto tal, a la vista de la *lex causae* serían mínimas, cuando no inexistentes.

93. En efecto, el Reglamento es consciente de la importancia que tiene la *designatio iuris*, pues convierte a la ley elegida en el punto de referencia para la regulación de las condiciones y de las consecuencias económicas de la relación matrimonial. El consentimiento (su existencia, formación, sus vicios y su expresión) constituye el punto cardinal en torno al cual giran las cuestiones de validez material (e indirectamente, las de carácter formal¹⁹⁷). Por esta razón, tal vez no sería descabellado considerar que el Reglamento, consciente de las diferencias regulatorias internas e influido, quizás, por el régimen de cautelas y contrapesos de las legislaciones más aperturistas y flexibles en cuanto al contenido de los pactos matrimoniales, se orienta a establecer, con carácter general y como umbral mínimo de carácter material¹⁹⁸, que la elección se base en un consentimiento informado¹⁹⁹. Sin embargo, esta cautela no se llega a plasmar en el texto articulado, sino en los considerandos²⁰⁰, donde únicamente se apunta a que las reglas sobre las condiciones de la elección se definan de manera que la elección haya de ser informada, con el objetivo de que *resulte más fácil [la elección] y se respete su consentimiento a fin de garantizar la seguridad jurídica, así como un mejor acceso a la justicia*. En términos generales, el consentimiento informado incide no tanto en la exteriorización de la voluntad, sino en el proceso interno de su formación: no solo debe ser libre y consciente, sino contar con toda la información precisa del alcance y consecuencias del acto jurídico que se va a celebrar. Desde esta perspectiva teleológica, se explica el alcance del binomio consentimiento-información y libertad de elección, que gira sobre la base del conocimiento de lo que se elige; información que debe abarcar una doble vertiente, legal y económica: conocimiento sobre las distintas posibilidades de elección (en la medida en que la elección de la ley rectora, si no media pacto capitular, entraña al fin la sujeción a su régimen legal) y conocimiento sobre la situación económica de los cónyuges.

¹⁹⁶ LAGARDE, P., op. cit. p. 110, WAUTELET, P., p. 710.

¹⁹⁷ Cfr. Cdo. 47: “Por lo que respecta a la validez formal, es conveniente introducir ciertas salvaguardias para garantizar que los cónyuges son conscientes de las consecuencias de su elección”.

¹⁹⁸ En contra WAUTELET, P., op. cit. p. 706. Señala este autor que más que una consideración material autónoma, la referencia al consentimiento informado constituye una invitación a los estados miembros a encuadrar de un modo apropiado la cuestión de la elección de ley.

¹⁹⁹ RODRIGUEZ RODRIGO, J. “Las relaciones económicas...”, p.171, y los autores que cita en la nota 347.

²⁰⁰ Cdo. 47 “Las normas relativas a la validez formal y material del acuerdo sobre la elección de la ley aplicable deben definirse de manera que la elección informada de los cónyuges resulte más fácil y se respete su consentimiento a fin de garantizar la seguridad jurídica, así como un mejor acceso a la justicia”. Resulta un poco incoherente que esta exigencia no se incluya en el texto articulado, como sería lo lógico, al tratarse de un principio básico del que participan la mayoría de los países signatarios, remitiendo su justificación a los Considerandos (sobre y valor y la eficacia de los Considerandos, vid. WAUTELET, P., op. cit. p. 1059).

El primer aspecto postula que los cónyuges debieran conocer, o estar avisados, de cómo regulan los aspectos jurídicos básicos de la economía matrimonial las leyes en liza, tanto todas aquéllas susceptibles de elección, como la que, en su defecto, resultare por la aplicación de los criterios subsidiarios que establece el Reglamento (pues, una alternativa de la *facultas electionis* es su no ejercicio)²⁰¹. El otro plano apunta al ámbito subjetivo, al conocimiento de las circunstancias de hecho, particularmente de carácter patrimonial, de los cónyuges²⁰². Estos materiales debieran contribuir a la elaboración de un concepto europeo del consentimiento, especialmente en los negocios jurídicos del derecho de familia. En definitiva, no cabe olvidar que, también a esta finalidad, *garantizar que los cónyuges son conscientes de las consecuencias de su elección*, se adscriben las exigencias formales. Todas estas consideraciones, sin embargo, al faltar el apoyo del texto articulado pueden difuminarse en cierta medida, y entenderse remitidas en bloque a lo que disponga la ley elegida²⁰³. No obstante, cabe considerar que existe una base mínima, sobre las exigencias del consentimiento, que emana directamente del Reglamento²⁰⁴ (más bien podríamos decir, una base común de la que participan los distintos Reglamentos que tratan sobre cuestiones familiares) aunque, ciertamente no se trata en puridad de un concepto autónomo²⁰⁵, por lo que, en lugar de dar una respuesta material opta por una solución

²⁰¹ Para facilitar y favorecer este conocimiento va a resultar muy práctica la información, que estará disponible en el marco de la Red Judicial Europea (y habrá de ser facilitada por los Estados miembros) comprensiva de *un breve resumen de [la] legislación y sus procedimientos nacionales en materia de regímenes económicos matrimoniales, incluida la información sobre cuáles son las autoridades competentes en materia de regímenes económicos matrimoniales y sobre los efectos frente a terceros a que se refiere el artículo 28*".

²⁰² Ciertamente el Considerando 47 antes citado, habla simplemente de consentimiento informado, sin especificar los presupuestos para que se considere como tal y, por tanto, no hace referencia explícita alguna a la información sobre la situación económica de los cónyuges. No obstante, por su trascendencia respecto de la formación del consentimiento, en un acto de cuya relevancia patrimonial es indudable, parece aconsejable, con carácter general que concorra dicha información (el error sobre las bases económicas del acuerdo puede ser reputado como un supuesto de error esencial). En todo caso, al constituir un requisito que afecta al consentimiento, debe considerarse una condición de validez material sujeta a la *lex causae* (art. 24 .1), sin perjuicio de la eventual influencia que sobre este punto pueda tener la ley de la residencia habitual ex art. 24.2.

²⁰³ Señala GRIECO, C, en "El papel de la autonomía de la voluntad en los reglamentos sobre regímenes matrimoniales y consecuencias patrimoniales de las uniones registradas. Algunas observaciones sobre la coordinación entre el régimen jurídico establecido por los nuevos reglamentos y otros instrumentos pertinentes de derecho internacional privado europeo", *CDT*, 2918, vol 10, nº 2, nº 45, que la cuestión relativa a la validez material del acuerdo sobre la elección de la ley aplicable se remite básicamente al consentimiento de los cónyuges, que, por lo general, no se regula expresamente mediante normas de Derecho internacional privado.

²⁰⁴ Así lo ha entendido buena parte de la mejor doctrina en relación al Reglamento Roma III (vid. por todos, CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., "*Ley aplicable al divorcio internacional y autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado de la Unión Europea*", *CDT*, p. 238 y ss.), en cuyo texto articulado tampoco se hace referencia al consentimiento informado, aunque sus considerandos (especialmente el Considerando 18) lo elevan a principio fundamental del Reglamento. A este respecto cabe traer a colación la idea de que el derecho europeo debe tener la aspiración de ser un Ordenamiento, lo que implica una alta dosis de coherencia y sistemática entre todas sus normas.

²⁰⁵ En este sentido WAUTELET, P., op. cit. p. 705. Por su parte, AÑOVEROS TERRADAS, B., "Autonomía de la voluntad conflictual...", p. 245, señala que, aunque el RREM tiene por objeto la unificación de cuestiones de

conflictual, que se articula mediante la remisión que se efectúa al derecho nacional correspondiente.

94. En línea de principio, el consentimiento ha de existir, ser reconocible, y ha de prestarse libremente, sin vicios, *para garantizar que los cónyuges son conscientes de las consecuencias de su elección* lo que exige un alto nivel de información debidamente interiorizado²⁰⁶. La importancia de que el consentimiento se preste en estos términos explica que, sobre el umbral informativo a que apunta el Reglamento en su preámbulo, a falta de un concepto autónomo, el art. 24 dé entrada para regular las cuestiones de fondo a la *lex causae* (a través de sus normas específicas en materia matrimonial o, a falta de ellas, de sus reglas generales sobre los contratos), que podrá tipificar la exigencia de un consentimiento informado más cualificado (necesidad de su expresión separada, periodo de reflexión previo, transparencia patrimonial), los términos en que debe expresarse el consentimiento para que sea tenido como tal, o las condiciones para entender que hay un acuerdo de voluntades²⁰⁷. También quedaría bajo el alcance de la ley rectora todo lo relativo a los requisitos materiales que jalonan el *iter* de la formación del contrato, el cruce de la oferta y la aceptación, los vicios del consentimiento, su prueba e interpretación, y las consecuencias de su contravención (los diferentes supuestos y grados de ineficacia²⁰⁸), más no la capacidad, que se remite al estatuto personal (quedando abierto el debate sobre la adscripción de las capacidades especiales)²⁰⁹. Con la remisión a la *lex causae*, el Reglamento favorece el conocimiento por parte de los cónyuges y de los operadores

derecho internacional, “ello no ha impedido la inclusión de una norma material respecto del consentimiento informado, que no hace sino unificar el derecho sustantivo”.

²⁰⁶ Con mayor precisión y extensión se refiere a este punto el Reglamento 1259/2010, que regula la materia conexa del divorcio o la separación matrimonial (con el que este Reglamento, en este punto de las condiciones de validez del pacto de elección, guarda un cierto paralelismo), cuyo Considerando 18 establece que *La elección informada de ambos cónyuges es un principio fundamental del presente Reglamento. Es importante que cada cónyuge sepa exactamente cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la ley aplicable. La posibilidad de elegir de común acuerdo la ley aplicable no debe afectar a los derechos ni a la igualdad de oportunidades de los cónyuges. Por esa razón, es importante que los jueces de los Estados miembros participantes sean conscientes de la importancia de que los cónyuges hagan una elección informada, con conocimiento de las consecuencias jurídicas del convenio que celebren para elegir la ley aplicable.*

²⁰⁷ Con arreglo a esta ley habría de determinarse si las declaraciones y comportamientos de las partes contienen suficientes elementos para considerar que ha habido un acuerdo entre los cónyuges (WAUTELET, P., op. cit. p. 797, CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Ley aplicable al divorcio internacional ...”, p. 238 y ss).

²⁰⁸ Ineficacia absoluta, relativa total o parcial, y los remedios para su eventual purificación. En este sentido, dada la eventual interdependencia causal entre la cláusula de elección de ley y la regulación material, la ineficacia de la primera podría arrastrar la de la segunda, bien porque la ley aplicable (por defecto de la elección de ley) no admita la regulación capitular, o bien por que resulte de la interpretación comercial que no se habría querido una convención sin la otra.

²⁰⁹ Como resalta MARIÑO PARDO, op. cit., esto puede significar que el régimen de impugnación por vicios del consentimiento puede seguir una ruta diferente a la de impugnación por motivos de capacidad. A veces también puede ser cumulativa, si por ejemplo la *lex causae* exige una capacidad más cualificada. Esta cuestión está íntimamente ligada con la de las capacidades especiales. Como ya se apuntó, existe una importante divergencia doctrinal respecto a si la capacidad específica para celebrar el pacto nupcial de elección queda dentro del ámbito del Reglamento (vid. por todos JIMENEZ BLANCO, P., “Regímenes...”, op. cit. p. 98) o pertenece al perímetro del estatuto personal (VINAIXA MIQUEL, M., op. cit. p. 182 y ss).

jurídicos de los requisitos de fondo para que el pacto sea eficaz, a través de la fijación de un marco regulatorio concreto, pero al mismo tiempo apunta al valor que la instrucción sobre estos aspectos tiene en el proceso de formación de un consentimiento informado: no solo se trata de conocer las consecuencias de la elección, sino también de los requisitos para que ésta sea eficaz²¹⁰.

95. *La posible irrupción de la ley de la residencia habitual del cónyuge impugnante.* Además, debe considerarse que, de forma eventual e indirecta, el consentimiento puede quedar sujeto a otro control *ex post*, susceptible de verificarse a la luz de la ley de la residencia habitual²¹¹ y a instancia del cónyuge que lo refuta. A esta posibilidad se refiere la previsión establecida en el art. 24.2 del Reglamento que permite al cónyuge que impugne la validez del contrato de elección, por falta o inexistencia de consentimiento, invocar la ley de su residencia habitual al tiempo de su sustanciación judicial para dirimir *si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley elegida*. La inteligencia de esta norma dista de ser fácil, planteando varios interrogantes, que han generado un cierto debate en la doctrina. Parece claro que en torno a esta regla se trata de articular un mecanismo para desactivar la aplicación de la ley elegida, sobre la base de un defecto de consentimiento en el *pactum de lege utenda* por parte de uno de los cónyuges. Aquí surge la primera cuestión que hace referencia al significado y alcance del indicado precepto, particularmente qué supuestos son susceptibles de impugnación, al amparo de la remisión que efectúa esta norma. Podría pensarse, desde una perspectiva amplia, que quedan comprendidos en el supuesto de hecho de la norma todos aquellos casos en que hay un consentimiento defectuoso, ya sea porque no es informado, porque concurren vicios, o porque no ha habido una propia prestación de consentimiento. Más restrictivamente, hay autores que limitan su campo de aplicación a los vicios del consentimiento²¹², y otros consideran, por el contrario, que ha de constreñirse al caso de ausencia de consentimiento²¹³, en tanto que la norma solo legitima

²¹⁰ Señala KOHLER, C., op. cit. p. 225, que la aplicación de la *lex causae* ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta el objetivo perseguido por el Reglamento; así pone como ejemplo que la relevancia del error no debe negarse en virtud del derecho nacional si el consentimiento aparece viciado por ideas erróneas o la falta de información sobre el contenido del derecho designado que impida al cónyuge otorgante ser consciente de las consecuencias de su elección.

²¹¹ Siempre que se trate de un Estado miembro; circunstancia que vuelve a discriminar a los terceros Estados.

²¹² RODRIGUEZ RODRIGO, J., "El régimen...", p. 125, señala que parece razonable interpretar esta norma en el sentido de que, existiendo un acuerdo, la alegación de la ley de la residencia habitual habría de limitarse a la prueba de vicios del consentimiento. LAGARDE, P., op. cit. p. 111, señala que el juego de esta regla será escaso, pero que puede ser útil en las hipótesis en que la cuestión de la elección de ley no haya sido objeto de una reflexión o consulta, sino que haya quedado desplazada por el debate sobre la elección del régimen matrimonial.

²¹³ Es decir, desde esta visión, el art. 24.2 se concentra en el análisis de la existencia de consentimiento, de acuerdo, lo que hace referencia a cómo interpretar el valor jurídico del silencio o de los actos no concluyentes. El antecedente de esta regla se sitúa en el Reglamento de Roma de 1980 (posteriormente seguido por el R. Roma I y Roma III). El caso que se contemplaba originariamente era el de un contratante que había guardado silencio ante una oferta de su contraparte, silencio al que la ley elegida reputaba como un consentimiento

para la invocación protectora de esta cautela al esposo que desea demostrar que no hubo consentimiento (“no ha dado su consentimiento”)²¹⁴. Realmente, a diferencia de lo que ocurre en el derecho de obligaciones, presidido por el principio del consensualismo y de la libertad de forma, es difícil imaginar una hipótesis de inexistencia de consentimiento en el ámbito de las relaciones patrimoniales de los esposos, donde rige un importante formalismo del que se deriva que, al menos, el consentimiento haya de reflejarse por escrito (por parte de ambas partes, ya se exprese el consentimiento simultánea o sucesivamente, lo cual parece excluir el silencio). Quizás por eso, deba reservarse este mecanismo para los supuestos en que el consentimiento, en razón de las circunstancias y a la vista del comportamiento de quien lo otorga, se ha prestado de forma precipitada, desinformada, irreflexiva o, aunque es más discutible, viciada, aceptando pasivamente la propuesta de la otra parte²¹⁵ y a los casos en que formulada la oferta por un cónyuge, la otra parte contesta en términos no enteramente compatibles con la misma, o no definitivos, de modo que la ley llamada (la de la residencia habitual del cónyuge al tiempo de la impugnación), no lo reputa como un verdadero consentimiento. En todo caso, el análisis debe focalizarse en el comportamiento de la parte impugnante en torno al momento de la celebración del pacto de elección²¹⁶. Asimismo, cabe señalar que este mecanismo paliativo, que opera *ex post*, debe ser de aplicación limitada, excepcional, a casos de irregularidad patente, grosera, por cuanto supone excepcionar la aplicación de la *lex causae* mediante el recurso a una ley poco previsible y lejana al momento de producirse la *optio legis* (dado que la conexión con la ley que ampara la impugnación se localiza al tiempo en que ésta se sustancia judicialmente)²¹⁷. Finalmente, por la propia naturaleza de este mecanismo, que exige un análisis probatorio (y contradictorio) del comportamiento de uno de los cónyuges, hay que su aplicación se reserva al ámbito judicial, siempre a instancia del cónyuge impugnante²¹⁸.

válido. Entonces el contratante que había permanecido “callado” podría invocar la ley de su residencia habitual para demostrar, con arreglo a la misma, que de las circunstancias concurrentes no cabía deducir razonablemente que había consentido.

²¹⁴ WAUTELET, P., op. cit. p. 719 y ss. señala que es el comportamiento del esposo que se reputa haber consentido el que debe estar en el centro del análisis.

²¹⁵ Se podría pensar en los supuestos de asimetría informativa entre los cónyuges, o cuando solo uno de ellos es el redactor y promotor del pacto, o solo intervienen los asesores de un cónyuge.

²¹⁶ Vid., en este sentido, el art. 1281 Cc, donde se destaca la importancia interpretativa de la conducta de las partes, en particular los actos *coetáneos y posteriores al contrato*.

²¹⁷ Esta regla permite que se enjuicie la validez del consentimiento a la luz de una ley con la que los cónyuges no guardan relación alguna (ni es previsible) al tiempo de formalizar el pacto de elección. La alternativa por la que opta el Reglamento, con la finalidad de resaltar el valor del consentimiento, hace que la solución final sea poco previsible al tiempo del pacto, y que se haga, desde los postulados de la ley de la residencia habitual del cónyuge impugnante, una revisión retrospectiva de la voluntad declarada. Vid. la crítica que hace RIPOLL SOLER, A., op. cit, en comentario al art. 24 RREM, p. 238.

²¹⁸ WAUTELET, P., op. cit. p. 725 y ss. En efecto, es difícil que fuera del ámbito del proceso se pueda disponer de suficiente material probatorio y poder de decisión para desconocer o tener por no prestado un consentimiento aparente.

96. En cambio, a diferencia de lo que ocurre en materia capitular, no parece que pueda quedar sujeto a revisión el fondo del acuerdo de elección, es decir, su contenido, que no es otro que el de optar por una de las leyes previstas por el Reglamento (art. 22), cualquiera que sea su contenido²¹⁹. Es decir, una cosa es que sean susceptibles de revisión las condiciones de la elección, fundamentalmente si ha recaído un consentimiento libre e informado, y otra muy distinta es que se pueda cuestionar la validez del pacto en función del contenido de la ley elegida (so pena de socavar la operatividad y los objetivos del art. 22 RRM)²²⁰. En conclusión, los requisitos de validez material (dado que el fondo está acotado a contener, como contenido contractual, la *optio legis* en los concretos términos que ampara el Reglamento, lo que descarta la posibilidad de una revisión judicial del mismo), se centran en las condiciones en que ha de prestarse la voluntad negocial que (al margen de la trascendencia de las consideraciones que contiene el Reglamento sobre el consentimiento informado), son las que establece la ley elegida, pero sin olvidar la posibilidad de que, en determinadas circunstancias (excepcionales), puedan ser relevantes las previsiones de la ley del lugar de residencia que tenga el cónyuge al tiempo de impugnar judicialmente su validez²²¹. Como apunte final cabe resaltar que, a diferencia de lo que ocurre con la *professio iuris* en el ámbito sucesorio, que es revocable unilateralmente, el pacto de *lege utenda*, como negocio jurídico bilateral, solo puede revocarse de mutuo acuerdo.

3.5.4. Elección tácita de la ley aplicable

97. Al hilo de la exigencia de un consentimiento libre e informado, se plantean ciertos interrogantes sobre el modo de exteriorizar la voluntad. La cuestión principal hace referencia a si se requiere una manifestación de voluntad expresa o si cabe inferir el consentimiento de una manifestación tácita. A diferencia del Convenio de la Haya²²² y del Reglamento sobre Sucesiones, en cuyo art. 22.2 se dispone que la elección debe ser expresa “*en forma de disposición mortis causa*” o “*resultar de los términos de una*

²¹⁹ Vid. sobre este punto KOHLER, C., op. cit. p. 226 y ss. Por su parte FRANZINA, P., (“Comentarios al art. 25 RREM”, en *The EU Regulations on the property regimes on international couples*, p. 240) sostiene, en línea con lo que se dice en el texto, que no cabe control sobre estos acuerdos, pues no afectan al fondo de la regulación económica del matrimonio, sino que se limitan a abordar una cuestión de DIP.

²²⁰ De forma claramente diferente, el art. 8.5 del Protocolo de la Haya de 2007 permite al juez que descarte la ley elegida, en favor de la que resulte con arreglo a los criterios subsidiarios (si las partes no estaban plenamente informadas de las consecuencias de su elección) cuando la aplicación la misma pueda tener consecuencias manifiestamente injustas o irrazonables para cualquiera de las partes.

²²¹ Esta regla permite que se enjuicie la validez del consentimiento a la luz de una ley con la que los cónyuges no guardan relación alguna (ni es previsible) al tiempo de formalizar el pacto de elección. La alternativa por la que opta el Reglamento, con la finalidad de resaltar el valor del consentimiento, hace que la solución final sea poco previsible al tiempo del pacto, y que se haga, desde los postulados de la ley de la residencia habitual del cónyuge impugnante, una revisión retrospectiva de la voluntad declarada. En el mismo sentido RIPOLL SOLER, A., op. cit. p. 238 y 239.

²²² Artículo 11: *La designación de la ley aplicable deberá ser objeto de una estipulación expresa o resultar indubitablemente de las disposiciones de un contrato matrimonial.*

disposición de este tipo”, el legislador europeo sobre regímenes matrimoniales, el RREM, no hace referencia a esta cuestión. Sin embargo, si se admite la voluntad tácita en un documento tan formal como el testamento, por coherencia debería también ser aceptada en materia económico matrimonial, al no concurrir razones específicas para excluirla: el silencio del Reglamento no debe considerarse como expresivo de su rechazo (máxime si se tiene en cuenta que el artículo 22 RRME no exige una declaración expresa sobre la elección, a diferencia de lo que se preveía en la Proposición inicial de 2011 y de lo que, para el cambio de ley, establece el Considerando 46). Aunque, por razones de seguridad y certeza, no constituye la modalidad más recomendable para expresar el consentimiento sobre aspectos de trascendencia patrimonial, parece que con carácter general debe admitirse la posibilidad de una elección de ley tácita²²³, si bien esta admisión podría estar condicionada a la observancia de ciertas cautelas, en consonancia con las exigencias previstas en el art. 23 RREM. En primer lugar ha de resultar de forma inequívoca o indubitada que existió esa voluntad²²⁴, y que se emitió en un entorno de información adecuada (la voluntad tácita susceptible de ser relevante debe ser el resultado de un proceso de formación interna, consciente, libre e informado, similar al que precede a la expresión de la voluntad expresa, pues, la diferencia entre una manifestación expresa y una manifestación tácita solo se produce en el acto de exteriorización y no en el proceso de formación interna). Además, la voluntad tácita ha de contar con una base documental idónea; es decir, ha de derivarse o inferirse, en ausencia de un pacto autónomo o de una cláusula expresa, de un soporte, en papel o electrónico, adecuado y conforme con las exigencias formales del Reglamento (escrito, fechado y firmado) y de las leyes a que éste remite. El *actum* implícito, la *optio legis* tácita, requiere siempre de un soporte formal, un *instrumentum*, de donde se pueda deducir o extraer, de iguales características que las que resulten aplicables al *actum* expreso. Habitualmente, el soporte documental idóneo para deducir una elección de ley tácita, podrían ser las capitulaciones matrimoniales, o negocios de familia análogos pues, por una parte, aseguran el umbral de solemnidad (autónomo y adicional) requeridos y, por otra, porque sus cláusulas materiales, por sus términos y condiciones, y por su conexidad y dependencia de un concreto derecho, podrían ser las más expresivas para extraer la voluntad implícita de sujetarse a dicho derecho. La

²²³ Un importante sector doctrinal se inclina a favor de la admisión de la elección de ley tácita aun reconociendo ciertas reservas y advirtiendo de los riesgos que puede implicar para la seguridad jurídica (así LAGARDE, P., op. cit. p. 107, y WAUTELET, P., op. cit. p. 626 y ss. RODRIGO RODRIGO, J., “Relaciones económicas...”, p. 170, KOHLER, C., op. cit. p. 201, 202, y MARINO, S., “La función de la autonomía conflictual y la regulación de las relaciones de familia”, *AEDIPr* T. XIV-XV, 2014-2015, p. 371,372), con reparos PALAO MORENO, P., op. cit. p. 98. Otro sector doctrinal pone en duda esta posibilidad, reduciendo el papel de una eventual elección tácita, al de simple indicio para acreditar, en el marco del art. 26.3 RREM, la planificación familiar conforme a la ley de la última residencia habitual (JIMENEZ BLANCO, P., op. cit. p. 100. No obstante (p. 81) apunta que la presencia del art. 24.2, solo tiene sentido si se admite la posibilidad de una elección tácita.

²²⁴ La expresión tácita ha de ser reveladora de una voluntad cierta, no meramente hipotética ni presunta (pues la voluntad presunta ha de contar con un apoyo normativo expreso), de los cónyuges, lo que habitualmente requiere la concurrencia de un conjunto de elementos congruentes entre sí, que den solidez a la labor interpretativa.

interrelación que existe entre el negocio capitular y el pacto de elección justifican la importancia del análisis del contenido capitular, de su interpretación sistemática, como medio principal para la determinación del derecho aplicable²²⁵. Por estas razones, frecuentemente, la convención matrimonial constituye el mejor utensilio para encontrar el rastro de una voluntad tácita, lo que permite concluir que la principal fuente para la deducción de una elección conflictual tácita se origina por el ejercicio de la autonomía material²²⁶. De esta consideración, empero, no puede derivarse que el documento capitular sea el único medio de donde extraer el pacto tácito de elección de ley; es el más idóneo, pero no el único (ej, testamento mancomunado, esponsales, etc). Finalmente, conviene precisar que, aunque la voluntad tácita no sea incompatible con las exigencias materiales de forma establecidas por el Reglamento, para que resulte efectiva habría de resultar adecuada a las exigencias formales de la ley de la residencia habitual que resultase aplicable.

98. Otro punto para tener en cuenta radica en que el reconocimiento de una voluntad tácita ha de descansar en la interpretación de la intención de las partes a partir de un texto contractual, escrito, con las características documentales apuntadas (capitulaciones, pactos preventivos de la crisis, etc). Mas no cabe desconocer que la interpretación del pacto de elección o del pacto capitular se sujeta a la *lex causae* y que muchas legislaciones (como la francesa o el art. 1284 Cc) prevén que la interpretación de las cláusulas contractuales pueda hacerse a la vista de los actos coetáneos o posteriores de los contratantes. Sin embargo, aunque estas circunstancias puedan jugar algún papel complementario en la tarea interpretativa, no son suficientes por si solas para identificar una *optio legis*²²⁷, sino que, como se expuso, es preciso que concurra una base documental, un escrito producido con anterioridad o simultaneidad al matrimonio (art. 22 RREM) cuya interpretación resulte compatible con las mismas. En otro caso, los materiales o comportamientos producidos *ex novo*, con posterioridad al matrimonio, podrían ser

²²⁵ Propiamente la convención capitular constituye el elemento que puede suministrar más noticias o referencias indiciarias de una elección tácita de la ley aplicable (en contra JIMENEZ BLANCO P. op. cit p. 100). Los datos más habituales serán aquellos que comportan la cita de una determinada legislación o la previsión o, en ocasiones, la exclusión, de una institución específica de la legislación de un país. O la introducción de un pacto previsto y permitido por uno de los países cuya ley resulta elegible, pero no por el otro (aquí la cláusula de elección implícita podría operar, en cierta medida, como cláusula salvatoria). Normalmente la simple elección de un concreto régimen matrimonial (contemplado por los dos derechos susceptibles de elección) no será reveladora de ninguna *optio iuris*. Aunque a veces podría ser expresivo de que se opta por el propio de la ley de la autoridad autorizante (piénsese en unos nacionales españoles residentes en Francia que otorgan capitulaciones ante un notario español y pactan simplemente, sin consignar otros datos indiciarios, el régimen de separación de bienes. ¿Podría entenderse que, a falta de otra referencia, que el régimen elegido es el previsto en el Código civil español? Pueden consultarse el valor de ciertos indicios en WAUTELET, P., p. 636 y ss.

²²⁶ GONZALEZ BEILFUSS, C., op. cit p. 112.

²²⁷ Como dice GONZALEZ BEILFUSS, C., op. cit. p. 112, dado que el acuerdo de elección de ley no impone a las partes la adopción de una conducta determinada, es difícil deducir de la conducta de las partes ninguna voluntad de elección de ley, sin caer en un razonamiento hipotético.

indiciarios, más que de una voluntad inicial, de una intención de cambio²²⁸, cuyos efectos y consecuencias (*inter partes* y frente a terceros) serían bien diferentes.

99. Con mayor prudencia habría que valorar las referencias indirectas o tácitas, normalmente incidentales respecto del negocio principal, que se puedan hacer en otros contratos que no tienen por objeto directo la determinación de la ley, la determinación del régimen económico, o una decisión negocial directamente relacionada con algún aspecto del régimen económico, especialmente cuando éstas se producen con posterioridad al matrimonio. Todo ello sin perjuicio de su eventual significado como actuaciones complementarias que resulten confirmatorias de los indicios previos de una voluntad tácita, salvo que, excepcionalmente, por sí solas, resulten inequívocamente reveladoras de un cambio de ley aplicable.

100. Colateralmente, a la vista del valor que el Reglamento atribuye la prestación del consentimiento a los cónyuges, podría suscitar algún debate la cuestión de si es admisible o no la figura de la representación. Sin perjuicio de lo que pueda disponer la *lex causae* (o la ley de la residencia habitual, si se cataloga la cuestión como inserta en el catálogo de las condiciones formales, art. 23.3, o de las relativas a la existencia del consentimiento, al amparo del temperamento previsto en el art. 24.3) a partir del Reglamento no se puede deducir una negativa a que el consentimiento se preste por los cónyuges en distintos lugares y tiempos, o a que se emita por representante, con la siguiente precisión: habría de tratarse en todo caso de una actuación representativa cerrada, es decir, en que la *optio legis* viniese predeterminada por el cónyuge poderdante, sin capacidad electiva alguna por parte del apoderado que, más que tal, habría de ser un *mero nuntius*²²⁹.

101. Toda la retahíla de cautelas en cascada a que remite o apunta el Reglamento ponen de manifiesto la conveniencia de que se escoja un vehículo formal que asegure su íntegra observancia y especialmente que la prestación del consentimiento se produce en condiciones idóneas (de libertad e información). Diferentes razones de orden práctico aconsejan el recurso al documento público o auténtico. En primer lugar, por su polivalencia, toda vez que no solo ampara la autenticidad de su forma, sino también su contenido²³⁰. Su eficacia privilegiada, ya que únicamente se repliega en caso de impugnación judicial en el Estado que se suscribió. Solo se sujeta, por tanto, a revisión

²²⁸ Como pone de relieve WAUTELET, P., op. cit. p. 633, es preciso extremar la precaución para evitar que pase por una voluntad originaria lo que no es sino una mera tentativa de los cónyuges de reconstruir a posteriori las relaciones patrimoniales. Por eso, en los documentos posteriores (ej. una escritura de compraventa en la que los cónyuges declaran un determinado régimen económico sujeto a un concreto derecho nacional) es preciso distinguir si contienen una voluntad declarativa o reconocitiva o, por el contrario, modificativa de su estatuto matrimonial.

²²⁹ En el mismo sentido MARIÑO PARDO, F., op. cit.

²³⁰ Cdos. 59 y 60.

jurisdiccional. En segundo lugar, cabe destacar su capacidad circulatoria, al gozar de fuerza probatoria y ejecutiva (la misma o más parecida que se le atribuya en el Estado de origen) en todos los Estados miembros²³¹ e incluso en buena parte de los terceros Estados. En tercer lugar, es el vehículo que habitualmente se exige en los diferentes países para el acceso a los registros públicos, circunstancia que puede afectar a su oponibilidad a terceros²³², así como a la obtención de los efectos que la *lex registri*²³³ conceda a la inscripción de las transferencias de bienes, extremo que reviste particular importancia tratándose de inmuebles. Pero por encima de estas razones debe destacarse que a su otorgamiento se anudan un conjunto de medidas que tienden a asegurar a las partes un determinado umbral de libertad y de conocimiento, que reduce las presiones y las asimetrías informativas. Finalmente, cabe hacer dos apuntes finales, de cierre. Las reglas formales propias de las capitulaciones, ya se formalice la *optio legis* en un pacto autónomo o ya se inserte en una convención capitular, no tanto las de la *lex causae* sino las correspondientes a la ley del Estado miembro en que se localice la residencia de algún cónyuge, resultan siempre aplicables y constituyen un requisito de su eficacia. Asimismo, ha de ponderarse la conveniencia de respetar las reglas formales de aquellos terceros países en que los cónyuges tengan relaciones patrimoniales, para favorecer el reconocimiento en los mismos del pacto de elección y, por tanto, de la prolongación en su territorio de la aplicación del derecho elegido.

3.5.5. Alcance del pacto de elección de ley aplicable

102. El pacto de elección del *ius*, en sí mismo, se sustancia y agota en la determinación de la ley aplicable a la economía matrimonial. Supone un ejercicio de la autonomía privada más electiva, opción entre varias leyes, que regulatoria, dirigida a designar el cuadro normativo del régimen económico de los patrimonios conyugales. En un estadio básico de ejercicio de esta autonomía privada, como mera autonomía conflictual, entraña meramente una sumisión al ordenamiento de un concreto Estado. Elegir una Ley supone sancionar su competencia regulatoria, dando entrada a su régimen jurídico. A falta de mayores precisiones, explícitas o tácitas, cabe entender que implica una remisión dinámica²³⁴ a la ley elegida: a lo que en cada momento establezca dicha legislación. Además, si no median otros pactos capitulares, el ejercicio de la *facultas electionis*

²³¹ Arts. 58 y 59 del Reglamento.

²³² Art. 28 Reglamento.

²³³ Cdos. 27 y 28.

²³⁴ Las consecuencias de la elección son dinámicas, cualquiera que sea la evolución de la ley elegida. Así, si resulta elegida la ley del Estado X, la eventual reforma de su régimen legal afectará al concreto régimen económico del matrimonio concernido (en función de las propias disposiciones transitorias de la ley reformadora) ej: modifica el módulo de contribución a las cargas familiares, o se introducen nuevas causas de disolución. Como señala WAUTELET, P., op. cit. p. 598, el Reglamento no da pie para que los esposos puedan complementar su *optio legis* con un pacto de estabilización o de petrificación tendente a neutralizar la evolución anterior de la ley elegida. No obstante, por la vía de los pactos materiales puede conseguirse algún efecto de bloqueo en las modificaciones de la ley elegida.

determina que el régimen económico sea el legal que establezca la ley elegida (salvo en los casos en que la *professio iuris* entraña un cambio de ley, pues si ya existe un régimen económico matrimonial previo los resultados pueden ser diferentes²³⁵).

103. La *optio legis* se reduce a la designación de una sola ley aplicable; se trata de una elección singular: no cabe el *depeçage*, ni la sectorización del régimen económico matrimonial. Tampoco cabe) que la elección se haga en términos que comporte una indeterminación temporal de la ley aplicable²³⁶. Asimismo, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un verdadero negocio jurídico, cabría plantearse si cabe modalizar el pacto de la elección mediante su sujeción a una condición²³⁷ o a un plazo. Ciertamente, esta problemática al afectar al fondo negocial debiera quedar sujeta a la *lex causae*. No obstante, no cabe desconocer que en cualquier caso el respeto a las previsiones del Reglamento reduce en gran medida la operatividad de los elementos accidentales del negocio jurídico: en todo caso, la ley cuya entrada en aplicación se module convencionalmente ha de ser elegible (o aplicable) al tiempo del pacto, por lo que los eventos moduladores del negocio, cualquiera que sea el grado de su incertidumbre (*an* o *quando*, o ambas) solo pueden activarse sobre las conexiones existentes cuando se ejerce la *professio iuris*. Esto es, ni cabe elegir la ley de una nacionalidad o residencia habitual futura²³⁸, ni optar preventivamente por el derecho a que remitan las conexiones vigentes al tiempo de producirse el evento futuro²³⁹. Con todo, aun apostando claramente por su

²³⁵ El Reglamento no se refiere a esta cuestión, aunque la lógica de las instituciones aboca a la solución apuntada en el texto. Si bien, cabe hacer una precisión. La solución apuntada es razonable si el pacto de elección se hace *ex ante* o de forma simultánea a la celebración del matrimonio. En ese momento no existe un régimen previo, y la elección de una ley conlleva indefectiblemente que, si no median otras estipulaciones, ha de aplicarse el régimen legal de la ley elegida. Sin embargo, si existe un régimen que precede al pacto de elección (lo que ocurrirá cuando se trate de modificar la ley aplicable), el cambio de ley no debe conllevar indefectiblemente la sustitución del régimen previo por el legal supletorio del nuevo *ius*.

²³⁶ Es lo que ocurre en aquellos sectores en que se permite *ab initio* elegir la ley en virtud de una conexión futura (ej. la ley del foro).

²³⁷ Podría considerarse la posibilidad de que unos cónyuges optasen por la ley de la nacionalidad de uno de ellos para el solo caso de que tengan hijos comunes, de modo que si no se produjese dicho evento la elección sobrevendría ineficaz, *ex tunc*, rigiendo desde entonces la que resulte de la aplicación de los criterios subsidiarios al momento de la celebración del matrimonio, o el supuesto ya tratado de elegir una ley a condición de que coincida con la de la primera residencia habitual común posterior *post nuptias*. Lo que ofrece menos dudas es la posibilidad, si lo permite la ley elegida, de que los acuerdos materiales puedan sujetarse al juego de los elementos accidentales o modalizadores de la eficacia negocial.

²³⁸ Vid. no obstante las consideraciones que antes se hicieron respecto a la elección en un pacto prenupcial sobre la elección de la ley de la residencia habitual común posterior al matrimonio.

²³⁹ No sería posible, por tanto, elegir la ley de un estado sujeta a la condición de que se adquiriera la nacionalidad del mismo (en contra GONZALEZ BEILFUSS, C., op. cit. p. 105 que considera que no habría inconveniente a “que se pudiera someter la elección ley a una condición suspensiva de manera que solo produjese efectos de adquirirse la residencia habitual o nacionalidad cuyo derecho se elige”). En cambio, podría ser posible la opción por la ley de la nacionalidad actual de uno de los cónyuges, sujeta a la condición de que el otro adquiriera la misma nacionalidad, de modo que, si no se produjese ese evento futuro, el pacto devendría ineficaz, y sería aplicable la ley que correspondiese conforme a las conexiones subsidiarias establecidas en el artículo 26 RREM.

validez (vid. el apartado b) que antecede), conviene ser prudentes en su utilización, pues (al margen de que pocas veces tenga sentido tratar de ponerlos en práctica y de la probable escasa operatividad de este tipo elecciones frente a terceros, especialmente por sus dificultades publicitarias), debe cohonestarse con la lógica del Reglamento que, a pesar de su silencio en este punto, no cabe desconocer que se orienta principalmente y con carácter general hacia una elección que opere desde luego, sobre una conexión existente, y que sea firme, de modo que su eficacia solo pueda doblegarse a través de un nuevo acuerdo, dentro del perímetro de conexiones vigentes al tiempo del cambio, por lo que siempre requerirá que su articulación sea expresa e inequívoca. Cuestión diferente es la de si se puede elegir la ley aplicable en previsión de una internacionalización futura de la situación matrimonial. Un sector doctrinal ha apuntado²⁴⁰ como viable la hipótesis de que una pareja, que comparte nacionalidad y residencia, pueda formalizar su pacto de *electio iuris*, anticipándose a que les sobrevenga algún factor de extranjería²⁴¹. Esta hipótesis resulta difícil de admitir fuera del caso de la elección prenupcial, por parte de unos futuros cónyuges que comparten residencia y nacionalidad, en favor de la ley de su primera residencia habitual común posterior al matrimonio²⁴². Tampoco parece que sea posible convenir la aplicación de la cláusula de escape del art. 26.3, fuera de su estricto campo de aplicación²⁴³, o de otra previsión contractual que produzca un efecto semejante, dados los términos del art. 22 y de su ratio. Otra respuesta cabría dar para los pactos de sumisión a un fuero.

104. Sin embargo, no parece tan claro que el principio de unidad de ley impida la designación de una pluralidad de leyes en cascada, en relación de subsidiariedad, para el

Sin embargo, debe tenerse en cuenta la especificidad que se produce en el caso de pactos prenupciales, dado el diferente lapso temporal de las conexiones elegibles (las vigentes a ese momento) y las subsidiarias (las vigentes al tiempo del matrimonio, o incluso con posterioridad, en el caso de la conexión preferente del art. 26). En esta hipótesis cabría condicionar la validez del pacto a una condición, cuyo incumplimiento acarrearía la ineficacia del pacto, con lo que se daría, indirectamente entrada, a la operatividad de las conexiones del art. 26 RREM (que podrían ser distintas de las vigentes al tiempo de formalizar la *optio iuris*). De este modo, podría ser viable (dado el distinto momento temporal en que operan las conexiones electivas y las subsidiarias), la elección en un pacto prenupcial de la ley de la residencia o de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges bajo la condición de que la ley de la primera residencia habitual posterior al matrimonio no fuese la del estado X, de modo que si los cónyuges establecieran su primera residencia habitual en el estado X, esta sería la aplicable y no la elegida (nótese que la ley de la primera residencia habitual común es la única conexión, entre el abanico de conexiones elegibles y subsidiarias, que se localiza tras la celebración del matrimonio).

²⁴⁰ WAUTELET, P., y BONOMI, A., *Le droit européen...* p. 57, GONZALEZ BEILFUSS, C., op. cit. p. 105.

²⁴¹ Si se admitiese esta posibilidad, habría que admitirla igualmente habría de admitirse en la hipótesis inversa. En realidad, en estas situaciones se produce un cambio de ley aplicable, que habría de sujetarse a sus normas. En todo caso se trataría de un pacto sin apenas recorrido práctico: la premisa de partida es que se trate de un matrimonio de cónyuges de la misma nacionalidad y residencia, que pactarían la aplicabilidad de una ley (en realidad un cambio de ley) que correspondería a la de la residencia o de la nacionalidad de cualquiera de ellos en caso de conflicto móvil. Esta elección contravendría al artículo 22, al elegirse una ley que no entra en el perímetro de elección al tiempo del pacto (que se contrae a la de la nacionalidad o de la residencia vigentes en ese momento).

²⁴² La situación matrimonial es bien diferente de la sucesoria, en que cabe la *contemplatio* de la residencia futura, la que se tenga al tiempo del fallecimiento.

²⁴³ Aunque entendemos, como antes se expuso, que es posible suprimir su operatividad.

caso de que la primera no admita la validez formal o material de los pactos matrimoniales adoptados. De esta forma, la autonomía privada podría introducir una suerte de cláusula salvatoria del régimen material contenido en los capítulos. Lo que no cabe, en ningún caso, es la previsión de la aplicación simultánea de varias leyes.

3.6. *La determinación del derecho aplicable por el notario español*

105. Entre las funciones y obligaciones notariales a que anteriormente se ha hecho mención (aptdo. I D)1), figura, la que tiene por objeto la determinación de la ley aplicable y del régimen económico matrimonial. Fuera de los supuestos en que la cuestión se dilucida dentro del proceso, la determinación del régimen económico matrimonial y del ius aplicable al mismo se encomienda en nuestro derecho, principalmente, al notario. A su vez, si el acto reviste trascendencia inmobiliaria, esa determinación ha de trasvasarse al registro de la propiedad, por exigencia de la legislación hipotecaria, que la convierte en una mención necesaria y, por tanto, en un requisito para la inscripción. Por eso ha sido en torno a estas dos instituciones que activan la seguridad jurídica preventiva, donde se ha ido fraguando un cierto protocolo de actuación en relación con la determinación extrajudicial de la ley aplicable al estatuto económico conyugal, sobre la base de las normas notariales y registrales, del propio desenvolvimiento de esta práctica cautelar y de las decisiones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

106. Ciertamente, aunque se trata de una materia que no goza de una ordenación específica, es posible distinguir diferentes actuaciones notariales que repercuten en la determinación del estatuto económico conyugal. Cabría hablar de una determinación incidental y de una determinación directa. La primera se produce cuando con ocasión de alguna operación de los cónyuges, interna o externa, de trascendencia patrimonial interviene una autoridad española. Entonces, si el acto pudiera afectar en el futuro a las consecuencias patrimoniales del matrimonio (ex. se adquiere un bien o se contrae una obligación con esas características) se obliga al notario a que consigne la identidad del cónyuge no interviniente y a que establezca el régimen matrimonial de los cónyuges, o al menos (si no lo conociese, por estar sujeto a una ley extranjera) a que concrete la ley aplicable. En el registro sustantivo correspondiente también se dejará constancia de estas circunstancias, cuando el acto tenga trascendencia registral, conforme a lo que resulte de la calificación notarial. La determinación directa, o específica, tiene lugar cuando la actuación del operador jurídico afecta o tiene por objeto nuclear la fijación de la ley aplicable o el señalamiento de la regulación legal o convencional aplicable a la economía matrimonial, como ocurre cuando se otorgan pactos de elección de ley o contratos capitulares (constitución, modificación, sustitución del régimen económico) o actos de los que se derive su disolución o la liquidación, o cuando se plantea una contienda judicial sobre algún aspecto del mismo. Entre estos supuestos destaca la situación en la actuación notarial tiene por objeto exclusivo o primordial la determinación *a posteriori* del estatuto

patrimonial de los cónyuges, como ocurre con el acta notarial para su fijación. Con carácter general, está previsto el acceso de este tipo de determinación directa al registro civil.

3.6.1. La determinación incidental

107. En todo otorgamiento efectuado por una persona casada, el notario está obligado con carácter general a consignar el régimen económico matrimonial. Si el matrimonio concernido presenta elementos heterogéneos, ya sean internos o externos, en primer lugar, ha de determinar la ley aplicable conforme a la localización, en el tiempo y en el espacio que resulte de las normas de colisión²⁴⁴. Se trata de una exigencia que se impone al notario, toda vez que está obligado a conocer y aplicar las normas de conflicto (art. 12.6 Cc) Por eso cuando confluyen en el caso elementos que pudieran conectar con derechos diferentes, el notario, en aplicación del derecho conflictual tiene que desplegar una labor de indagación, la necesaria para una correcta identificación de la ley aplicable ya sea española o extranjera. En esta tarea, es exigible la mayor diligencia, dada la especial trascendencia que reviste, a efectos conyugales internos y ad extra, como título legitimador en el tráfico jurídico, la correcta individualización del derecho aplicable al régimen económico. Esta exigencia no ha pasado desapercibida al Centro Directivo. La determinación de *ius material* que rige la economía conyugal depende, al fin y a la postre, de la constatación de las conexiones que enumera la regla de colisión. En efecto, en la determinación de la ley aplicable confluyen elementos jurídicos (los supuestos que enumera la regla de conflicto) y fácticos (la base sobre la que descansan los elementos del punto de conexión que designa la norma conflictual)²⁴⁵: la prueba del sustrato fáctico de la conexión preferente es la pieza que justificará el enganche con la ley que determine la norma de colisión. Es aquí donde aparece uno de los puntos débiles del sistema, habida cuenta de las restricciones probatorias que caracterizan a las actuaciones extraprocerales y de que pocas veces se podrá contar con una base probatoria de orden documental²⁴⁶ (salvo que medie pacto de elección). Por eso el propio Reglamento Notarial —mientras que exige prueba documental para acreditar el régimen capitular— se conforma con que la determinación de la ley aplicable se pueda verificar a expensas de “*las manifestaciones de*

²⁴⁴ La sucesión en el tiempo de una pluralidad reglas y criterios de conflicto, ya de trascendencia interna, ya de trascendencia internacional, exige su localización temporal. Este elemento influye en una doble dirección. Hay que establecer el derecho conflictual vigente para cada situación (con arreglo al derecho transitorio que resulte de aplicación), normalmente determinada por el momento de la celebración del matrimonio, y a la vez hay que acoplar las conexiones que establezca la regla de conflicto al momento de efectividad previsto para cada una de ellas.

²⁴⁵ Lo cierto es que los *datos fácticos* (utilizamos esta expresión siguiendo la terminología utilizada por la DGRN, aunque en puridad dato fáctico solo lo es el lugar de celebración del matrimonio, toda vez que tanto la nacionalidad, como la vecindad civil, o la residencia, son conceptos jurídicos, si bien a la postre se apoyan también en un sustrato fáctico) sobre los que descansan las conexiones constituyen el punto gordiano de la actividad probatoria.

²⁴⁶ La prueba plena y contradictoria, tratándose de una actuación extrajudicial, sería casi imposible). Sobre este punto vid. DIAGO DIAGO, M.P., “*La prueba de la nacionalidad española y de la vecindad civil: dificultades en la determinación del régimen económico matrimonial legal*”, REEL, nº 36.

las partes”²⁴⁷, pero siempre sobre la base de una calificación notarial²⁴⁸. Por tanto, con carácter general basta con que el notario refleje la ley aplicable, entendiéndose que rige el régimen subsidiario establecido en la misma²⁴⁹, o que se precise el régimen capitular, a

²⁴⁷ De ahí que el Centro Directivo admita, quizás con excesiva flexibilidad, que el notario, con “base en las manifestaciones de éstos [los otorgantes] (que primordialmente versan sobre datos fácticos como su nacionalidad o vecindad civil al tiempo de contraer matrimonio, su lugar de celebración o el de la residencia habitual y la ausencia de capítulos —cfr. artículos 9.2 y 16.3 del Código Civil), concluirá que su régimen económico-matrimonial, en defecto de capítulos, será el legal supletorio que corresponda”. Ahora bien, estas manifestaciones han de producirse a lo largo de la interlocución entre el notario y las partes, tras haberles informado y asesorado, sobre su alcance y consecuencias, y habrán de venir referidas a las circunstancias de hecho que conforman los puntos de conexión enumerados en la regla de conflicto. DIAGO DIAGO M.P. *La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español*, insiste en la importancia de que las manifestaciones de los cónyuges se efectúen con la debida información. En la misma línea MARTORELL, V., “Normas de conflicto matrimoniales: del art. 9-2 del código civil al Reglamento europeo 2016/1103”, www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/normas-de-conflicto-matrimoniales/, que facilita un útil listado de preguntas a formular por el notario a los comparecientes casados extranjeros y AGUILERA ANEGON, G., en “Derecho internacional privado y calificación registral de los negocios inter vivos otorgados por personas casadas en régimen económico matrimonial extranjero y de los títulos judiciales a ellos afectantes”, (*Bol. C. Reg.* 121) p. 53.

²⁴⁸ Ha de tenerse en cuenta que la determinación de la ley aplicable a partir de las conexiones probadas (o informadamente manifestadas) y la concreción del régimen matrimonial legal que corresponda constituyen pronunciamientos jurídicos que ha de hacer el notario, sin que haya de concedérsele mayor trascendencia a las manifestaciones o valoraciones jurídicas que realicen los otorgantes (creo que no sería correcto determinar un régimen basándose en que las partes han referido que su régimen es, por ejemplo, el de separación previsto en la ley del estado X, o que la ley aplicable es la del Estado Y). Las manifestaciones de las partes solo son relevantes para determinar los elementos de hecho. Por el contrario, la aplicación de la regla de conflicto, la apreciación y fijación de la conexión relevante y la determinación de la ley aplicable y, en su caso, del régimen legal que esta prevea, son calificaciones jurídicas cuya formulación corresponde exclusivamente al notario, sin perjuicio de que solo le sea exigible lo primero (la determinación del ius aplicable a que remita la norma de conflicto) y no lo segundo (conocimiento del contenido material de la ley aplicable). Parece que en otro sentido se pronuncia AGUILERA ANEGON, G., op. cit. p. 52, por cuando dice que “... en los casos de adquisiciones de casados sujetos al régimen económico matrimonial de una legislación extranjera bastará la manifestación del adquirente o adquirentes indicando la legislación a la que se encuentra sometido su régimen económico matrimonial”.

A tal efecto, debe repararse, según pone de manifiesto la experiencia práctica (con mayor frecuencia que la deseable) que, en ocasiones, los cónyuges, despreocupados por las cuestiones relativas a su régimen económico matrimonial, ignoran cuál les corresponde y las consecuencias que del mismo se derivan, a menos que hayan ejercido la *professio iuris*. A veces, especialmente tratándose de extranjeros arraigados en España, consideran que su régimen se ha “españolizado” y piensan que les corresponde el habitual, el legal, de la unidad territorial en que residen (supuesto susceptible de reclamar la aplicación del art. 26.3 RREM). Esto también ocurre con matrimonios entre españoles, especialmente cuando se produce un cambio de residencia muy prolongada, o cuando contraen matrimonio en el lugar de residencia, ostentando la vecindad civil común correspondiente a otro territorio. En alguna ocasión, más excepcional, se produce una cierta inercia a determinar el régimen, normalmente ante la pasividad de los interesados, pero con su aquiescencia, conforme a la ley del lugar en que se otorgue la transacción, especialmente si coincide con el lugar de su residencia, lo que provoca inexactitudes, calificaciones erróneas y a veces contradictorias. Luis PRADOS, pone de manifiesto en su página web como en la zona geográfica de “La Franja del Ponent”, límite entre Cataluña y Aragón, se constata que, en determinadas circunstancias, con ocasión de la adquisición de inmuebles por personas casadas, se consigna un régimen económico matrimonial diferente al que realmente corresponde, en función del lugar del otorgamiento.

²⁴⁹ La Dirección General, partiendo de que el notario no está obligado a conocer el derecho extranjero, le exime de la obligación de especificar cual sea el régimen económico matrimonial si es el legal sujeto a una legislación foránea (RDGRN de 24 de septiembre de 2015). En ese supuesto, sin perjuicio de que pueda de

través de la correspondiente acreditación del contenido de la convención matrimonial²⁵⁰. Coherentemente, cuando solo se fija la ley aplicable, si el acto concernido tuviese por objeto la adquisición de un bien, concretamente de un inmueble, susceptible de inscripción, ésta se practicará a nombre del cónyuge o cónyuges adquirentes conforme al régimen legal previsto en la *lex causae* que se especifique en la escritura²⁵¹. No obstante,

oficio pueda dejar constancia de cuál es, si lo conoce, su consignación, con carácter general, queda sujeta a la carga de la prueba que incumbe a los interesados. A falta de prueba del contenido del derecho extranjero, la DGRN admite que solo identifique, de forma genérica, como régimen aplicable, al legal que establezca la ley aplicable (y en estos términos se producirá la inscripción en el registro de la propiedad, quedando su prueba diferida al momento en que se realice un acto dispositivo).

²⁵⁰ Si median capitulaciones, ya se hayan otorgado en España o en el extranjero, rige la regla de que el notario debe (además de fijar la ley rectora) relacionarlas y transcribir, en lo pertinente, el contenido de éstas.

²⁵¹ Cuando el acto inscribible afecta a un matrimonio cuyo régimen económico se rige por una ley extranjera, el contenido de la inscripción queda afectado por esta ley. La extensión y el régimen jurídico de las titularidades inscritas pivotan, entonces, en torno a un derecho foráneo cuyo contenido se desconoce (habitualmente, si se trata de un país europeo o cercano, se consigna el régimen legal correspondiente). Mas, si esto no ocurre, es decir, si no se determina el régimen sino solo la ley aplicable, surge entonces un problema de ensamblaje entre las normas hipotecarias españolas que exigen precisión sobre las titularidades y la ley extranjera (particularmente, como se proyecta ésta en la conformación de las titularidades registrales). En estos casos, se flexibilizan las obligaciones del notario, pues no se le exige que determine el concreto régimen económico subsidiario previsto por la ley aplicable, y también las exigencias inherentes al principio de especialidad registral. Nuestro derecho opta por la alternativa de graduar la exigencia de determinación del régimen legal foráneo y diferir la concreción del régimen, a partir de la prueba del derecho extranjero a un momento posterior, en función de la diversa naturaleza del acto documentado sujeto a inscripción. Se distinguen así los actos de adquisición y los actos dispositivos. Para el acceso registral de los primeros basta con que se identifique la ley aplicable, en cuyo caso se practicará la inscripción a nombre del cónyuge o cónyuges adquirentes, *conforme al régimen económico matrimonial legal establecido en la ley rectora* (que sí ha de identificarse). Esta solución, apuntada por la propia DGRN con anterioridad, es la que se consagra en el artículo 92 del Reglamento Hipotecario (cuyo supuesto de hecho se restringe al caso de que resulte aplicable una ley material extranjera, RDGRN de 5 de marzo de 2007, con independencia de la nacionalidad de los cónyuges), que de este modo ofrece una solución provisional al problema planteado, permitiendo la constatación de la titularidad, de esa forma genérica, a costa de disminuir la eficacia del registro. Este remedio ha cosechado opiniones diversas, unas más críticas por cuando rebaja los niveles de seguridad de nuestro sistema, y otras más favorables, por ofrecer una salida práctica y sencilla (aunque más imprecisa) a esta problemática. La flexibilidad que entraña esta solución acarrea que la precisión jurídica se diluya tanto en el título como en el registro. La naturaleza de la titularidad del bien adquirido se refleja únicamente “*per relationem*”. Se inscribe la adquisición conforme al “régimen legal que corresponda”, esto es, el que prevea la ley aplicable. Esta solución significa que i) la inscripción no prejuzga —en caso de ser un solo cónyuge el adquirente— si la adquisición es privativa o consorcial, ii). En el caso de que los dos cónyuges otorguen la escritura de adquisición y sean parte en el negocio jurídico adquisitivo, la titularidad se inscribe a nombre de ambos, como titularidad colectiva, pero sin matizar la naturaleza de esa cotitularidad adquirida en común, ni la participación que corresponda a cada cónyuge. Se inspira en la técnica de la inscripción de las comunidades germánicas. Ciertamente, esta forma indefinida o imprecisa de reflejar la titularidad conyugal, tiene consecuencias de fondo, al recortar el alcance de los efectos registrales, como el de legitimación o los derivados de la fe pública. No obstante, mediante esta técnica de constatación tabular, que consigue importantes resultados prácticos, se consigue lanzar un destello a los terceros, advirtiéndoles de que la titularidad del bien, pendiente de definir, queda sujeta a lo que prescriba la ley rectora, cuyo contenido les será oponible.

No obstante, esta manera de proceder contaba con una excepción a la vista de una inquietante doctrina del Centro Directivo. Como decíamos, a menudo sucedía que al tiempo de formalizar la adquisición el notario consignaba la ley aplicable, por desconocer el régimen legal subsidiario que establece dicha ley rectora. Consecuentemente, la adquisición se habría de inscribir, conforme a la doctrina expresada, a favor de ambos cónyuges con sujeción al régimen legal que establezca la ley rectora. Ciertamente, esta forma indefinida o

cuando se trata de la realización de actos dispositivos, las exigencias se refuerzan. En tal caso ya no basta identificar la ley aplicable (con la remisión genérica a su régimen legal), sino que es preciso acreditar al notario el concreto régimen que rige la economía conyugal, para poder precisar la legitimación o capacidad dispositiva del cónyuge actuante conforme al mismo. Esta solución se proyecta igualmente sobre la inscripción de tales actos²⁵². La

imprecisa de reflejar la titularidad conyugal, tiene consecuencias de fondo, al recortar el alcance de los efectos registrales, como el de legitimación o los derivados de la fe pública. No obstante, mediante esta técnica de constatación tabular, que consigue importantes resultados prácticos, se consigue lanzar un destello a los terceros, advirtiéndoles de que la titularidad del bien, pendiente de definir, queda sujeta a lo que prescriba la ley rectora, cuyo contenido les será oponible. Sin embargo, la DGRN establecía, y aquí viene el dato sorprendente, que, si el registrador conoce que el régimen subsidiario previsto en la ley extranjera aplicable es un régimen de separación, puede rechazar la inscripción por la falta de expresión de las cuotas con que adquiere cada cónyuge (ex art. 54 RH, a cuyo tenor, si la adquisición se hace, no colectivamente sino por partes indivisas, se precisa la determinación de la parte ideal de cada condueño) Esta doctrina, amparada en una interpretación peculiar del art. 92 RH, cuya aplicación se desplaza por el art. 54 RH, provocaba el rechazo de la inscripción de una escritura, cuya autorización se ajusta a los requerimientos legales, por un dato tan aleatorio, imprevisible y extra negocial, como es el conocimiento privado que tenga el registrador de la Ley aplicable (del que resulte que el régimen legal correspondiente es el de la separación de bienes, en cuyo caso se exigía la determinación de la cuota de cada cónyuge adquirente). No resultaba lógico, y carecía de toda justificación, que la aplicación del art. 54 RH se hiciese depender del conocimiento del registrador del derecho extranjero (hecho que se desconoce al tiempo de formalizar la transacción), y que pueda tener un efecto tan perverso como rechazar que la adquisición de unos cónyuges extranjeros acceda al registro, impidiéndoles que su titularidad quede al amparo de la tutela registral. Tampoco se entiende, dada la cobertura que ofrece el art. 92 RH, que esta norma que no desplace la aplicación del art. 54 (cuyo seguimiento no resulta imprescindible en el marco organizativo de nuestro sistema hipotecario). Afortunadamente, esta doctrina ha sido anulada por la SAP de Málaga de 20 de enero de 2023 que arrojado sensatez sobre cómo ha de resolverse esta cuestión (que daba preferencia al art. 54 sobre el art. 92, en función del conocimiento del registrador de la ley extranjera) ha reestablecido el sentido común y ha declarado que *“es de aplicación el artículo 92 del Reglamento Hipotecario con preferencia a los artículos 51 y 54 de ese mismo texto legal, por lo que no es necesario para inscribir dicha finca en el Registro de la Propiedad la previa especificación de la cuota de adquisición por cada uno de los cónyuges. Además, el hecho de que en un supuesto concreto, dada por la nacionalidad de los cónyuges y la concreta zona del territorio español en que se encuentre la finca adquirida el Registrador conozca o pueda conocer la legislación nacional de los compradores y, por tanto, exigir la especificación de la cuota de adquisición por cada uno de los cónyuges como requisito necesario de la inscripción de la escritura de compraventa, no solo carece de sustento legal sino que podría afectar negativamente a la seguridad jurídica.”* Esta declaración judicial refuerza, indirectamente, la calificación y determinación de la ley aplicable hecha por el notario (atendiendo a las pruebas y manifestaciones de los cónyuges al tiempo de producirse la transacción), determinando que la inscripción se haga de forma acomodada al contenido de la escritura, sin que resulte relevante, en el proceso de su reflejo registral, el eventual conocimiento que sobre el derecho extranjero pueda tener el registrador.

²⁵² Respecto de los actos dispositivos realizados por un cónyuge (en caso de que su titularidad figurase inscrita a su favor, conforme al régimen legal establecido en su concreta ley aplicable), para su acceso tabular se precisa la acreditación del contenido de la ley rectora del régimen económico del cónyuge concernido, de la que resulte su legitimación individual. Es decir, en estas situaciones, en que inicialmente no se determinó el régimen económico previsto por la ley aplicable, resulta imprescindible su prueba. El sistema establecido en el artículo 92 RH traslada el problema de la acreditación del régimen económico matrimonial al tiempo en que se formalice un acto dispositivo sobre el inmueble inscrito, o al momento en que se pretenda el acceso registral de una ejecución judicial o administrativa, ya se trate de una adjudicación o de una anotación de embargo. Será el derecho extranjero aplicable el que marque la titularidad de los bienes inscritos y la legitimación para realizar actos dispositivos sobre los mismos, por lo que habrá de probarse).

prueba del derecho extranjero²⁵³ solo se puede eximir si media el consentimiento de ambos cónyuges (o, en su caso, si la demanda se ha dirigido contra los dos o si, al menos, se da a ambos participación en el procedimiento)²⁵⁴.

108. En suma, es preciso que el notario concluya y deje constancia expresa, previa la determinación de que se trata de una situación transfronteriza, de tres aspectos, : i) de la identificación de la ley rectora y ii) de que el régimen económico es el legal previsto en aquella; si media un régimen convencional, el notario ha de identificar, además de la ley aplicable, el correspondiente documento capitular, testimoniando su contenido (en lo pertinente) e indicando, en su caso, sus datos de inscripción en el registro civil²⁵⁵ y iii)

²⁵³ La prueba de la ley extranjera es el puente que ofrece el derecho para posibilitar su aplicación. Aunque excede del ámbito de este estudio el análisis de esta materia, cabe señalar que de conformidad con la ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil, la LEC, el artículo 36 del Reglamento Hipotecario y la doctrina del Centro Directivo (cuyo compendio puede verse en la R. de 5 de marzo de 2018) podrían sistematizarse las líneas directrices de la prueba del derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, notarial e hipotecario, en torno a estos parámetros:

a) Carácter subsidiario de la LCJIC, que solo rige a falta de previsión normativa específica, por lo que en el ámbito registral tienen preferencia las normas hipotecarias (así lo ha reiterado la constante doctrina de la DGRN). De ello se deriva que el art. 36 RH siga conservando su protagonismo en este sector. No obstante, la enumeración de medios de prueba que establece, no es taxativa (RDGRN de 21 de enero de 2011) por lo que, de conformidad con la LCJIC tendrán un valor significativo los informes o dictámenes de juristas (particularmente de un notario) sobre el derecho extranjero (art.33).

b) La extensión de la prueba coincide con la que es exigible en el ámbito judicial. Es necesario acreditar no solo el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia. Asimismo, no basta la cita aislada de textos legales extranjeros, sino que, por el contrario, debe probarse el sentido, alcance e interpretación que les atribuye la jurisprudencia del país de procedencia de las normas (RDGRN de 28 de febrero de 2012).

c) Imposibilidad de aplicar el derecho español en defecto de prueba del derecho extranjero. Aunque el art 33.3 LCJIC autoriza a que las autoridades españolas apliquen en ese supuesto el derecho interno, con la finalidad de que no se produzca una denegación de justicia, que atentaría contra el principio de la tutela judicial efectiva, esta solución queda fuera del alcance de las actuaciones extraprocerales. En este ámbito la falta de acreditación del derecho extranjero solo puede acarrear, en los casos que fuese necesaria e inaplazable, la no autorización o intervención notarial del acto, o la suspensión de la inscripción, sin que quepa *“someter la validez del acto a lo dispuesto en el ordenamiento español, tal y como sucede en un proceso judicial”* (RDGRN de 23 de julio de 2015).

d) No obstante se permite la aplicación del derecho extranjero, aunque los interesados no lo prueben, si es conocido por el notario o por el registrador.

e) Finalmente, se establecen medios que facilitan la información del contenido del derecho extranjero a través de la Autoridad Central Española (art. 8.5 LCJIC), invistiendo a notarios y registradores de legitimación para solicitar esa información (art. 35 LCJIC).

²⁵⁴ La RDGRN de 5 de mayo de 2018 señala que en los casos en que *“la legitimación registral no se extiende a cuál sea el régimen matrimonial aplicable, lo que obliga a una acreditación «a posteriori» del Derecho extranjero y, en particular, de la capacidad de los cónyuges de nacionalidad extranjera para realizar los actos dispositivos sobre los bienes o derechos inscritos en tal forma”*. Por eso, incluso exige la acreditación del sistema de disposición previsto en el régimen convencional, si no resulta de la inscripción y el registrador no lo conoce (RDGRN de 6 de noviembre de 2019). La RDGRN de 7 de septiembre de 2018, declara que *“dicha expresión de régimen podía obviarse si después la enajenación o el gravamen se hacía contando con el consentimiento de ambos (enajenación voluntaria), o demandando a los dos (enajenación forzosa)”*.

²⁵⁵ El Centro Directivo ha tenido una doctrina vacilante en cuanto a la necesidad de que se acreditase la inscripción de las capitulaciones en el Registro Civil. Inicialmente solo la exigía cuando el acto traslativo era consecuencia de la disolución y liquidación del régimen matrimonial. En los últimos tiempos se inclina por establecer con carácter general, sin distinción de casos, que la inscripción en el Registro civil del negocio

tratándose de actos dispositivos, del concreto régimen económico matrimonial. La determinación notarial de la ley aplicable al régimen económico matrimonial es vinculante para el registro (salvo impugnación judicial y, acaso, cuando concurra un error manifiesto). Ello implica que no puede cuestionarse por la calificación registral, que tampoco puede exigir la expresión documental de su motivación²⁵⁶, sin perjuicio de que resulte deseable y aconsejable, por cuanto contribuye a reforzar el valor de dicha determinación incidental²⁵⁷.

capitular constituye una condición previa para el reflejo tabular del acto del acto otorgado por un cónyuge al Registro de la propiedad (la más reciente, entre otras, es la RDGSJFP de 3 de enero de 2022). La razón que esgrime el Centro Directivo no es otra que la de evitar el conflicto de publicidades (*pues ello podría desembocar en la indeseable consecuencia de que se produjera una colisión entre la inoponibilidad derivada de la falta de inscripción en el Registro Civil y la oponibilidad nacida de la inscripción en el Registro de la Propiedad (artículo 32 de la Ley Hipotecaria), al publicar cada Registro una realidad distinta*). Esta exigencia de previa inscripción en el Registro Civil (o capitular especial) también se extiende a las capitulaciones otorgadas en el extranjero, cuando la ley aplicable así lo establece. En esta línea pueden citarse las RRDGRN de 6 de noviembre de 2019 (cónyuges franceses) y de 30 de junio de 2021 (cónyuges belgas). Vid. MARTORELL, V., “*Capitulaciones matrimoniales transfronterizas: ¿su inscripción en el registro civil?*” <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/las-capitulaciones-matrimoniales-transfronterizas-precisan-inscribirse-en-el-registro-civil/#c32>. La postura de la DGSJFP ha sido críticamente recibida en ciertos ámbitos (OÑATE CUADROS, J., en “¿Sueñan los extranjeros con el Derecho foral?”, *Millennium DiPr*, señala su patente inutilidad). En realidad, el Centro Directivo no aporta ningún argumento para justificar esta decisión, fundamentalmente por dos motivos. Probablemente esa solución podría ser entendible si la ley aplicable la calificase de exigencia formal constitutiva. En otro caso, esta doctrina resulta muy cuestionable, pues si su fundamento radica en evitar el conflicto de publicidades, habría de admitirse con carácter previo la eficacia extraterritorial de la publicidad registral, esto es, que despliega efectos más allá del territorio del Estado que organiza el registro correspondiente. Por otra parte, debe repararse en que la cuestión de la inscribibilidad no depende tanto de lo que establezca la *lex causae*, sino la *lex registri*. Así, por ejemplo, podía suceder, que un matrimonio sujeto a ley española, si estaba contraído en el extranjero, por cónyuges extranjeros, no podía acceder a nuestro registro. En ese caso, la Resolución DGRN de 9 de enero de 2008 concluyó que no era necesaria la inscripción.

Por lo que respecta a la inscripción en el Registro civil español, ésta solo era posible si se celebraba en España o si alguno de los cónyuges era español (también, a posteriori, en el caso de cónyuges que adquirirían con posterioridad al matrimonio, la nacionalidad española). Es decir, nuestro derecho seguía la tesis de que para poder inscribir las capitulaciones esta preciso que estuviese *inmatriculado* previamente el matrimonio. Actualmente, esta solución se ha puesto en cuestión. Un sector doctrinal (vid. por todos DIAGO DIAGO, M.P., op. cit. p. 2784, DIAZ FRAILE, J.M., “La prueba del estado civil en el registro de la propiedad y la publicidad del estado civil del régimen económico del matrimonio en los registros Civiles y de la Propiedad”, en *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho común, especial y foral*, t I, p.640) apostaba esta por una interpretación flexible del art. 15 LRC 1957, que facilitase la inscripción de capitulaciones de matrimonios extranjeros otorgadas en el extranjero, al establecer que “*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*”. En sentido contrario, CARRILLO POZO, L.F., en “Eficacia en España de las resoluciones extranjeras en materia de efectos económicos del matrimonio”, *CDT* (marzo 2012), vol. 4, nº 1, p. 104, 105. El actual art. 9.2 LRC 2011, tiene una redacción parecida a la del antiguo art 15, antes transcrito, al disponer que “*Igualmente, se inscribirán los hechos y actos que hayan tenido lugar fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones sean exigidas por el Derecho español*”. Hay que reconocer que actualmente este precepto, combinado con el carácter obligatorio que actualmente tiene la inscripción de las capitulaciones matrimoniales, pueda inclinar la balanza a que se consideren inscribibles las capitulaciones de matrimonios de extranjeros celebrados en el extranjero.

²⁵⁶ RDGRN de 7 de septiembre de 2018. “*una vez realizada por el notario autorizante dicha labor de precisión del carácter legal del régimen económico-matrimonial (derivado de la aplicación de las normas que disciplinan los posibles conflictos de Derecho interregional —o, como en este caso, de Derecho internacional privado—, desvaneciendo así toda posible duda sobre origen legal o convencional de dicho régimen), no puede el*

3.6.2. La determinación directa mediante acta notarial

109. Como premisa previa debe considerarse que actualmente la LRC, la ley de 2011 da un giro y trastoca el criterio tradicional que solo preveía la indicación (al margen de la inscripción de matrimonio) del régimen económico convencional: no solo permite el acceso tabular del régimen legal, sino que lo favorece y aún lo impone, con carácter general. Este cambio se articula fundamentalmente sobre la base de dos premisas: i) por una parte se establece como principio general la constancia tabular obligatoria del régimen económico matrimonial, sea el legal o el convencional y ii) por otra, se introducen complementariamente dos mecanismos para la determinación del régimen legal, uno previo, el expediente matrimonial²⁵⁸ y otro a posteriori, para los matrimonios ya inscritos, el acta notarial de notoriedad.

registrador exigir más especificaciones sobre las razones en que se funda su aplicación". Esta conclusión la justifica el Centro Directivo en base a que el RN solo exige que se atienda a la declaración del otorgante. Por eso añade que *"el Notario no tiene obligación de especificar cuáles son las razones o averiguaciones por las que el régimen económico-matrimonial de carácter legal es aplicable, sino que basta con que haga expresión de esta circunstancia"*. Lo que resulta necesario es que se lleve a cabo esa labor de indagación que permita al notario, con los medios a su alcance, determinar con rigor la ley aplicable, y no tanto la plasmación documental de ese proceso intelectual.

²⁵⁷ Al menos sería conveniente consignar la fecha del matrimonio, que determina la legislación conflictual aplicable, y la conexión utilizada.

²⁵⁸ El expediente matrimonial, que constituye un requisito previo para la celebración del matrimonio, tiene por objeto *"acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier otro obstáculo, de acuerdo con lo previsto en el Código Civil."* Entre las menciones que debe contener el expediente se encuentra la *"determinación del régimen económico matrimonial que resulte aplicable"*. Si no se presentan capitulaciones —o, en su caso, un pacto de elección de ley— el encargado de la tramitación del expediente deberá desarrollar una labor de indagación de los elementos en que se fundamente la conexión relevante, de conformidad con la documentación y datos suministrados por los futuros cónyuges (*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... Cuando no se presenten escrituras de capitulaciones se inscribirá como régimen económico matrimonial legal el que fuera supletorio de conformidad con la legislación aplicable* -art 60 LRC). Esta determinación *ex ante* del régimen económico puede plantear algún problema en la práctica, especialmente a la vista del régimen conflictual que introduce del Reglamento UE 2016/1103: a) En primer lugar, habría de cuestionarse si la manifestación que al efecto formulan los interesados ante el funcionario encargado de la tramitación del expediente puede implicar o no el ejercicio de una *professio iuris*. En ocasiones no será del todo fácil distinguir entre lo que es una declaración de ciencia y una declaración de voluntad. También debería de quedar claro si la determinación de la ley aplicable constituye una calificación del funcionario que tramita el expediente (tras identificar el elemento de la conexión, a la vista de las alegaciones o pruebas que presenten las partes) o si es consecuencia de un verdadero pacto de opción contenido en el mismo. Asimismo, es fundamental, por las diferentes consecuencias que se pueden derivar, que conste inequívocamente si la ley aplicable ha sido elegida o determinada con arreglo a los criterios subsidiarios. En este último caso, hay que reconocer la dificultad del funcionario para establecer como ley aplicable la de la primera residencia habitual común, basada en un hecho futuro. b) En segundo lugar, habría que precisar si el acuerdo de opción ley de los prometidos formulado en un expediente matrimonial se ajusta a las condiciones de validez formal establecidas en el RREM, que adicionalmente prescribe la adecuación a las exigencias formales previstas por la ley del lugar de la residencia para las capitulaciones. ¿Valdría esta forma pública (acta notarial o expediente del encargado del registro civil, teniendo ambos la condición de documento público) para entender cumplido este requisito si la ley aplicable a la forma exige escritura pública notarial? En puridad si en el curso del expediente los cónyuges optasen por un régimen diferente del legal, ese soporte documental no parece que fuese adecuado

110. Centrándonos en este último dispositivo, cabe señalar que se trata de una alternativa notarial que tiene por objeto exclusivo la determinación de la ley aplicable y del régimen económico, a través del acta de notoriedad²⁵⁹ mediante la cual se organiza un procedimiento o expediente extrajudicial de determinación directa y específica del régimen económico matrimonial legal²⁶⁰. Aunque el estudio de esta acta excede de la finalidad de este trabajo, parece oportuno reseñar brevemente sus principales características²⁶¹: i) el

para contener una estipulación capitular, si la ley aplicable fuese la española (vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. "Elementos de Derecho civil IV, Derecho de familia", 1989, p. 323, 324 y PRETEL SERRANO, J.J., "La publicidad del régimen económico matrimonial legal en el Registro Civil: el Acta de Notoriedad para su "constancia", Web *notariosyregistradores*). La respuesta debería de ser la misma para el caso del pacto *de lege utenda*. Sin embargo, la doctrina en general se muestra más flexible en este punto (WAUTELET, P.), especialmente para el supuesto de que constase en acta notarial (como es el caso del expediente matrimonial (MARIÑO PARDO). En la praxis notarial este problema no suele plantearse pues es habitual, como si se tratase de una regla implícita, que se formalice el pacto de opción en una escritura pública independiente (normalmente la escritura capitular, si los cónyuges hacen uso de su autonomía material). A la vista de la letra del precepto indicado todavía surge otra cuestión: ¿Basta con que se identifique la ley aplicable o es necesario que en el expediente se concrete el régimen económico matrimonial? Tratándose de una determinación directa, y con trascendencia registral transversal, como es la propia del Registro civil, parece lógico que se haya de concretar el régimen económico matrimonial. A la misma solución lleva la dicción literal del art. 58 LRC 2011 (*El funcionario que haya intervenido finalizará el acta o dictará resolución haciendo constar... la determinación del régimen económico matrimonial que resulte aplicable*) y el art. 60 antes transcrito. Ahora bien, esa concreción del régimen, si es capitular, solo podrá hacerse por referencia al contenido de una escritura capitular, ya que el expediente matrimonial en ningún caso constituye un soporte documental adecuado para contener pactos capitulares. Finalmente, a pesar de que los preceptos indicados prescriben al instructor del expediente que precise el régimen económico, lo importante es precisar los efectos que se derivan de la de la no determinación en el expediente del régimen matrimonial y de la ley aplicable. Parece que no constituye un impedimento para la celebración del matrimonio y su posterior inscripción. Como apunta PRETEL SERRANO, por encima de la publicidad de este dato (que es importante, pero accesorio) está la necesidad de dar publicidad a un matrimonio que ha sido celebrado y que es válido. De hecho, esa exigencia no es predicable de todos los matrimonios, como son los que se celebran en peligro de muerte (en que no hay expediente previo) a los celebrados en país extranjero con arreglo a la *lex loci* o los celebrados en forma religiosa (cuando gozan de competencia para la instrucción del expediente) por no ser idóneos los ministros religiosos para efectuar este tipo de calificaciones jurídicas de trascendencia exclusivamente civil. PRETEL SERRANO J, incluye también en este apartado a los matrimonios entre extranjeros (en los supuestos en que sean inscribibles en el Registro Civil español) cuando se celebra con arreglo a su ley personal, en base al artículo 256.4 del RRC, cuyo criterio, según entiende el autor citado, puede seguir manteniéndose al amparo de los artículos 28, 95 y 97 de la vigente LRC.

²⁵⁹ Puede verse un modelo de este tipo de actas en el blog de justito el notario (Miguel Prieto) <https://www.justitonotario.es/faq/acta-acreditacion-regimen-economico-matrimonial/>

²⁶⁰ Este objetivo, aunque con poca precisión técnica, lo reconocen las RDGRN de 10 de mayo de 2017 y de 19 de octubre de 2018, a cuyo tenor "*el artículo 53 de la Ley del Notariado (en la redacción que le ha dado la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio) —en los casos en que resulte aplicable— tiene como objetivo facilitar la certeza de la ley aplicable a los aspectos patrimoniales de la relación conyugal, mediante la aplicación de la norma de conflicto que corresponda*". Vid. sobre este expediente y los supuestos excepcionados, PETREL SERRANO J.J. en op. cit.

²⁶¹ Ciertamente, con carácter previo, cabría plantearse el alcance transfronterizo del acta. Pese a la dicción literal del precepto (art. 53 LN), parece razonable entender que es un procedimiento para determinar el régimen económico, cualquiera que sea la nacionalidad de los cónyuges y cualquiera que sea el elemento de extranjería que presente el matrimonio. Cabe esa determinación respecto de todo tipo de matrimonio, sin que importe la ley que rija su régimen económico y con independencia de que sea o no inscribible en nuestro Registro civil. Ciertamente, la redacción de la norma parece visualizar un matrimonio entre españoles, y por eso insiste particularmente en que se acredite la vecindad civil, pero no hay ninguna razón que justifique una interpretación tan restrictiva. En todo caso, es merecedora de crítica la redacción de la norma, que solo se

solicitante del acta puede ser cualquier persona que acredite un interés legítimo, ya sea uno de los cónyuges o sus herederos²⁶². Cabe, pues, que la inste un solo cónyuge. No obstante esta legitimación individual de cada cónyuge, lo que resulta imprescindible es la participación, o que se permita la participación, de ambos cónyuges (cualquiera que sea su situación matrimonial), en la medida en que la declaración notarial les concierne y afecta a ambos²⁶³. Esto justifica que el notario haya de emplazar necesariamente al cónyuge no instante o a sus herederos. En definitiva, se trata de cohonestar la legitimación para obtener la determinación del régimen por una autoridad pública, que corresponde a cada cónyuge, con la debida tutela de los derechos del otro. En este expediente podrá participar, pues, cualquier interesado, incluso terceros, que podrán corroborar lo solicitado o formalizar su oposición²⁶⁴. ii) La tramitación de estas actas tiene por objeto, sobre la base de los hechos probados —sustrato fáctico de los puntos de conexión normativa— la declaración notarial de cuál es el régimen económico que corresponde a un concreto matrimonio²⁶⁵. iii) Esta determinación, además de su propio valor probatorio, constituye un título de legitimación válido y pleno en el tráfico jurídico extrajudicial y un título de inscripción registral²⁶⁶. iv) Finalmente, el notario puede exigir, en los casos que estime

ocupa de mencionar aquel punto de conexión, sin duda relevante en el matrimonio de españoles (sujetos a ley española), con total preterición de los otros. Esta consideración se agudiza si se tiene en cuenta que, al tiempo de la aprobación de la LJV, de la que surge el art. 53 LN, ya estaba en marcha el proceso de elaboración del Reglamento UE 2016/1103. Asimismo, también está en cuestión el carácter con que actúa el notario. Si se considera, como parece factible (vid. apartado VII, A), que el notario ejerce una función jurisdiccional (art. 3 RREM), estaría sujeto a las normas de competencia internacional.

²⁶² La literalidad de la norma se refiere a quien la insta tanto en singular (requiriente) como en plural (solicitantes). Mas, por encima de esta circunstancia, la interpretación teleológica de la misma nos inclina a considerar que el solicitante del acta puede ser cualquier persona que acredite un interés legítimo, ya sea uno de los cónyuges o sus herederos. Desde un punto de vista sistemático, se llega a la misma conclusión. El derecho a la constatación del régimen económico en el Registro civil se reconoce individualmente a ambos cónyuges (en paralelo, el derecho a la inscripción —que comprende el estado civil y demás circunstancias personales que la Ley prevea— se configura por el art. 11 LRC 2011 como un derecho personal). De igual modo el art. 24 de la vigente LRC establece que están obligados a promover la inscripción aquéllos a quienes se refiera el hecho inscribible o sus herederos. Además, incluso desde una óptica procedimental, estas actas, como subtipo de las actas de notoriedad, se sujetan a sus reglas generales, que amparan singularmente la legitimación de cualquier interesado en la constatación del hecho notorio.

²⁶³ Cfr. RDGRN de 13 de julio de 2016.

²⁶⁴ Arg. ex art. 56.2.5 (en sede de actas de declaración de herederos): *Cualquier interesado podrá oponerse a la pretensión, presentar alegaciones o aportar documentos u otros elementos de juicio dentro del plazo de un mes a contar desde el día de la publicación o, en su caso, de la última exposición del anuncio*". En este supuesto, a diferencia de lo que ocurre con otras actas de notoriedad, la legislación no prevé su cierre si media oposición.

²⁶⁵ Estas actas, como resalta la RDGRN de 19 de octubre de 2018, *tienen como objetivo facilitar la certeza de la ley aplicable a los aspectos patrimoniales de la relación conyugal, mediante la aplicación de la norma de conflicto que corresponda*.

²⁶⁶ Art. 60 LRC. De hecho, el artículo 53 de la L.N. impone al notario la remisión, en el mismo día y por medios telemáticos, copia electrónica del acta al Registro Civil correspondiente

necesario, que el solicitante acredite el contenido de la ley extranjera aplicable, para la exacta determinación del régimen económico que proceda declarar²⁶⁷.

111. La polivalencia de esta determinación se justifica por el mayor soporte probatorio, documental, testifical o de otro tipo, que ampara la declaración notarial²⁶⁸. La determinación del estatuto económico amparado por la declaración notarial, que es susceptible de producirse, aunque medie la oposición de algún interesado²⁶⁹, goza de una cierta firmeza extrajudicial y debe entenderse que produce efectos similares a los de la cosa juzgada. Aunque no entre exactamente dentro del supuesto de hecho del art 19.3 LJV (por no ser una competencia compartida con los Letrados de la administración de justicia), su eficacia es análoga a la que se prevé en esa norma. Coherentemente, debe entenderse que no es posible la tramitación de otra acta sobre los mismos hechos y que, tal y como dispone el art. 209 RN, *La declaración que ponga fin al acta de notoriedad será firme y eficaz, por sí sola, e inscribible donde corresponda, sin ningún trámite o aprobación posterior*. En efecto, tiene la virtualidad de constituir un título inscribible en el Registro Civil. A partir de la inscripción, la determinación del régimen económico se beneficia de las presunciones registrales. Pero su valor probatorio y eficacia como título de legitimación no dependen de su inscripción, sino que es anterior e independiente de su acceso tabular (que, sin embargo, le dotará de la oponibilidad propia de los asientos registrales).

112. Como resulta de lo expuesto, la determinación de la ley aplicable puede resultar una tarea compleja. Las reglas del Reglamento no siempre facilitan la determinación preventiva del derecho aplicable, ni, consiguientemente del régimen económico lo que dificulta su calificación con ocasión de la celebración, por parte de uno o ambos cónyuges, de un acto de trascendencia económica, generando un factor relevante de inseguridad. Algunas alternativas, en puridad, descansan en puntos de conexión fácticos que son de difícil determinación extrajudicial, como el de los vínculos más estrechos, y a veces la propia residencia. En otras ocasiones, las circunstancias iniciales pueden dejar de

²⁶⁷ Aunque el art 33.3 LCJIC autoriza a que las autoridades españolas, en caso de que no se pruebe el derecho extranjero, apliquen en ese supuesto el derecho interno, con la finalidad de que no se produzca una denegación de justicia, que atentaría contra el principio de la tutela judicial efectiva, esta solución queda fuera del alcance de las actuaciones extraprocesales. En este ámbito la falta de acreditación del derecho extranjero solo puede acarrear, en los casos que fuese necesaria e inaplazable, la no autorización o intervención notarial del acto, o la suspensión de la inscripción, sin que quepa *“someter la validez del acto a lo dispuesto en el ordenamiento español, tal y como sucede en un proceso judicial”* (RDGRN de 23 de julio de 2015).

²⁶⁸ El elenco de documentos y pruebas a que se refiere el art 53 LN constituye un *mínimum* probatorio, que no limita la facultad del notario de practicar, *para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente. Y deberá hacer requerimientos y notificaciones personales o por edictos cuando el requirente lo pida o él lo juzgue necesario* (art. 209 segundo RN).

²⁶⁹ Parece relevante destacar que, en este supuesto, a diferencia de lo que ocurre con otras actas de notoriedad, la legislación no prevé su cierre si media oposición. Por eso, siguiendo lo establecido en el art. 209 RN, es procedente que el notario deje constancia en el acta de las reclamaciones presentadas por cualquier interesado, y la reserva de los derechos correspondientes al mismo ante los Tribunales de Justicia”

ser determinantes, cuando concurren indicios (ej. art. 26.3) de una voluntad presunta de cambio, siendo posible que mediante una resolución judicial se resuelva, una vez que se extingue el matrimonio, o al final de éste, en función de circunstancias que no son fácilmente constatables con anterioridad cuál es la ley que sobrevenidamente resulta aplicable, y sus efectos en el tiempo. A veces da la sensación de que factores como la proximidad o la equidad —cuya justificación teórica no se pone en duda— prevalecen sobre la seguridad. Todo este cúmulo de circunstancias exigen un especial esfuerzo y diligencia por parte de todos los operadores jurídicos, especialmente de los que se mueven en el plano de la justicia preventiva. Y al mismo tiempo viene a poner en valor el papel de la autonomía privada, no solo como vía para la mejor composición de los intereses familiares, sino para dar certidumbre al tráfico jurídico.

4. LA EFICACIA EN EL TIEMPO DE LA LEY APLICABLE

4.1. *El principio de inmutabilidad*

113. El Reglamento consagra el principio de permanencia de la ley designada. Este principio es absoluto cuando media elección de ley, lo que determina que seguirá vigente aun en caso de conflicto móvil²⁷⁰, rechazándose los cambios automáticos. No hay cambio sin acuerdo expreso. La elección congela la ley elegida, en el tiempo y en el espacio²⁷¹, sin ninguna excepción. Cuando la ley se designa mediante los criterios subsidiarios, rige el mismo principio, con la única salvedad del juego de la cláusula de escape prevista en el art. 26.3. La solución que sigue el Reglamento, a diferencia de la que se establecía en el Convenio de la Haya, supone un reforzamiento del principio de la unidad de ley, pues acota los supuestos de fraccionamiento de la ley aplicable. La justificación del principio de inmutabilidad, como resulta del propio Considerando 46, se encuentra en el objetivo de la previsibilidad y la seguridad jurídica, que en este punto prima sobre la proximidad²⁷².

²⁷⁰ Los cambios de residencia o de nacionalidad resultan intrascendentes desde la perspectiva de la ley aplicable. Incluso aunque como consecuencia de los cambios de conexión relevantes para la *designatio iuris* (nacionalidad y residencia), esa ley aplicable ya no pudiese ser elegida al tiempo del cambio. Ej. cónyuges de nacionalidad francesa que eligen como aplicable la ley italiana, por ser donde residen al tiempo de celebrar el pacto. Si posteriormente cambian la residencia a España, el matrimonio seguirá rigiéndose por la ley italiana, a pesar de que esa ley resultaría inelegible (de conformidad con el art. 22), a partir de ese momento. No juega aquí la excepción del artículo 26.3 (respecto de la ley más vinculada) que se constriñe al supuesto de que la ley aplicable se haya determinado en defecto de pacto.

²⁷¹ La congelación de la ley elegida dura en tanto permanezca invariable la voluntad común de los cónyuges. En el ámbito del art. 9.2 Cc, en cambio, se petrifica la elección, pues solo admite los pactos *ex ante* de ley aplicable, sin perjuicio de que por vía capitular se pueda alterar el régimen económico del matrimonio, como apuntan CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZALEZ, J. “Derecho internacional privado”, vol. II, 12ª ed., p.145. También existe una importante corriente doctrinal que defiende, con razón, que la autonomía capitular que se reconoce a los cónyuges en cualquier tiempo debe comprender la autonomía conflictual.

²⁷² El propio Reglamento, explicita estas razones en el Considerando 46: “*Para garantizar la seguridad jurídica de las transacciones y prevenir cualquier modificación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial sin notificación a los cónyuges no debe cambiarse la ley aplicable al régimen económico matrimonial sin la manifestación expresa de la voluntad de las partes*”. Pesa también en esta decisión un argumento de

Asimismo, en un esquema donde opera la autonomía privada, es congruente pensar que persiste la voluntad de los cónyuges en mantener el marco jurídico que regula la economía de su matrimonio, específicamente cuando resulta de un acto de elección, a pesar de los cambios de circunstancias, salvo que expresamente se acuerde otra cosa. Por razones de coherencia, los requisitos de validez formal y material para el acuerdo de cambio de ley aplicable deben ser los mismos, haya mediado o no una previa *professio iuris*. De esta forma, el descarte que hace el Reglamento de la mutabilidad automática en caso de conflicto móvil (con una sola excepción, la del 26.3²⁷³) se alinea con el principio de autonomía de la voluntad. La inmutabilidad proyecta sus efectos *inter partes* y frente a terceros²⁷⁴. Todo ello permite afirmar que el fundamento básico de la inmutabilidad radica en la seguridad jurídica: el estatuto patrimonial de los cónyuges es preciso que quede determinado ab initio, pues causa estado, y no puede variarse sin su consentimiento, ni los cambios pueden afectar a terceros, sino desde que los conocen o hayan podido conocerlos. De forma concisa, puede señalarse que el principio de inmutabilidad que se consagra en el Reglamento se caracteriza por tres notas: a) el cambio de ley aplicable solo compete a una decisión expresa de los cónyuges que puede acordarse en cualquier momento. b) el cambio del punto de conexión no es suficiente para producir el efecto de alterar la ley aplicable, c) y la inmutabilidad sin acuerdo automática rige con independencia de cómo se haya fijado la ley aplicable, incluso cuando esta se hubiese determinado en ausencia de contrato de elección. El Reglamento solo abre una pequeña puerta a la excepción, cuando opera la cláusula de escape prevista en el art. 26.3. El principio de inmutabilidad opera con todo su vigor en el ámbito de la ley aplicable. Por el contrario, mayor flexibilidad rige en el cambio

coherencia: los requisitos de validez formal y material para el cambio de ley aplicable deben ser los mismos, con independencia de que se haya ejercido o no la *optio iuris*. Desde otra óptica, en cambio, se ha criticado que un sistema rígido de inmutabilidad puede entrañar una cierta desvinculación o distanciamiento de la ley aplicable con las circunstancias y vicisitudes matrimoniales. También se apunta que no favorece la armonía conflictual *forum-ius*, en la medida que la competencia judicial suele coincidir con la última residencia habitual, ni la armonía material entre materias conexas, cuyo punto de conexión o es móvil o se fija en función de un lapso temporal más actual.

²⁷³ No obstante cabría hacer una precisión: en ocasiones el conflicto móvil conyugal puede tener repercusiones en relación con los terceros. Pensemos en un cónyuge cuyo régimen se sujeta a la ley francesa. Si dicho cónyuge y el tercero con quien contrata residen en el país galo, la ley aplicable probablemente sea oponible a este último, pues se presume que la conoce (art. 28.2. ii). Sin embargo, si ese mismo cónyuge muda su residencia a otro país y contrata posteriormente con un residente en Francia (aunque la ley aplicable permanece invariable) el conflicto móvil que experimente el cónyuge contratante puede provocar el efecto que dicha ley ya no sea oponible al tercero, pues al menos respecto de él deja de jugar la presunción a que acabamos de hacer referencia (pues ya no habría coincidencia entre la ley aplicable y las residencias de los contratantes).

²⁷⁴ Lo que parece especialmente oportuno ante la falta de un sistema uniforme y eficaz de publicidad, que podría hacer menos necesaria la operatividad de este principio (señala DIAGO DIAGO, M.P., "*Régimen...* art. 22", p. 207, que "un buen sistema de publicidad debería generar la seguridad necesaria en especial respecto de terceros, acerca de cuál fuera la ley aplicable"). Sin embargo, la regla de la inmutabilidad va más allá de la publicidad: se protege a los cónyuges frente a un cambio inesperado (desactivando la voluntad presunta de que ante el conflicto móvil los cónyuges quieren el cambio), y a los terceros respecto de los derechos previamente adquiridos con anterioridad a la mutación, con independencia de la publicidad del cambio (y sin perjuicio de que esa protección se extienda en el tiempo -y aquí si que juega la publicidad- hasta que el cambio sea cognoscible por los terceros).

del fuero electivo, por el juego de los consentimientos presuntos. En aras de favorecer el tándem *ius-fori*, se interpreta la comparecencia del demandado (salvo que sea para manifestar su oposición) como adhesión a la propuesta, evidenciada por la demanda, de sujetar el foro a la competencia de la ley aplicable²⁷⁵.

Finalmente, tal y como se ha expresado con anterioridad, la inmutabilidad solo compromete la invariabilidad de la ley elegida, mas no alcanza a las consecuencias de las puntuales modificaciones que pueda experimentar aquélla. Es decir, se trata de una inmutabilidad conflictual, que no preserva frente a los cambios de regulación material que se produzcan en el derecho designado a lo largo del tiempo. La designación conflictual entraña una remisión dinámica a la *lex causae*, cuyos efectos materiales se determinan por lo que resulte de su derecho transitorio, que solo pueden evitarse, o modularse, a través de la autonomía material que aquélla permita²⁷⁶.

4.2. El cambio voluntario de ley aplicable

114. El Reglamento acoge el principio de la inmutabilidad de la ley aplicable, principio que, indirectamente, también se proyecta sobre el régimen económico matrimonial, al que siempre se abonó el derecho español. Se abandona la idea de la mutación automática en caso de conflicto móvil que había consagrado el Convenio de la Haya de 1978²⁷⁷, pero se contrapesa con la amplia entrada que se reconoce a la autonomía de la voluntad: la inmutabilidad automática se compensa con la mutabilidad voluntaria. Así se explica que el Reglamento acometa la regulación del cambio de ley, mediante el ensamblaje de diferentes reglas materiales o de orientación material que giran el torno al ejercicio de la autonomía contractual: i) la autonomía conflictual se configura como el único instrumento que puede operar el cambio de la ley originariamente aplicable (dejando a salvo la excepción prevista en el art.26.3, si no hubiese mediado previa elección)²⁷⁸ ii) se dota de prevalencia a la autonomía privada para fijar el alcance y los efectos temporales del cambio, iii) se reconoce la posibilidad de cambio cualquiera que haya sido la forma de designación inicial de la ley aplicable (por elección o mediante criterios objetivos), ya medien o no capitulaciones, y iv) el cambio de ley es posible, con independencia de cuál sea el contenido de las leyes aplicables que se suceden en el tiempo y de la fecha en que se

²⁷⁵ Salvo que ésta sea la referida en el art. 26.1 c) (Art. 8 Rgto).

²⁷⁶ RODRIGUEZ PINEAU, E., op. cit. p. 84.

²⁷⁷ Artículo 7.2 del Convenio de la Haya de 14 de marzo de 1978. Este sistema había suscitado una corriente crítica en buena parte de la doctrina y, especialmente, en los operadores jurídicos de los países signatarios del Convenio, por los riesgos y peligros que entrañaba, tanto entre los cónyuges (que en muchas ocasiones no eran conscientes del cambio), como frente a los terceros, en la medida en que el cambio de estatuto conyugal no era objeto de publicidad. BRIDGE, C., "Le nouveau droit communautaire des régimes matrimoniaux" (*Loi applicable et limitation des risques d'insécurité juridique*), <https://www.labase-lextenso.fr/petites-affiches/LPA129w1>.

²⁷⁸ Cdo. 46 "no debe cambiarse la ley aplicable al régimen económico matrimonial sin la manifestación expresa de la voluntad de las partes".

hubiese celebrado el matrimonio²⁷⁹. Desde otra perspectiva, *ad extra*, se establece un claro límite a la autonomía privada conyugal, cual es el de la indemnidad de los derechos de los terceros ante el cambio.

115. La autonomía privada puede originar cambios en distintos niveles. Consecuentemente, los cambios regulatorios en materia de régimen económico matrimonial pueden producirse de diversa forma y con diferente alcance. Cabe que afecten al régimen económico (secundario), a su contenido material, pero sin alteración de la ley aplicable. Son los cambios materiales que se producen dentro del mismo ordenamiento. O pueden entrañar un cambio conflictual, mediante la adscripción del régimen económico a un nuevo derecho. A veces, simultáneamente, se puede combinar la mutabilidad conflictual y el material. Con carácter general puede establecerse que el Reglamento reserva para sí la competencia para regular el cambio de la ley aplicable, relegando la mutación del régimen a la *lex causae* (art. 27.g). Una modificación de orden meramente material del régimen queda fuera del ámbito del art. 22 RREM.

4.3. Efectos conflictuales y materiales

116. El Reglamento dota de una especial fuerza y eficacia modificativa a la autonomía conflictual, lo que significa, y garantiza, que los cónyuges puedan, por tanto, modificar la ley aplicable, cualesquiera que sean las limitaciones que el derecho aplicable establezca respecto de los cambios materiales y conflictuales. Este escenario difiere de cuando el cambio de régimen económico opera dentro del mismo Ordenamiento, es decir, de cuando se trata de un cambio de las disposiciones materiales que rigen las relaciones patrimoniales, supuesto que escapa al mandato del art. 22 RREM. En este caso, si la ley aplicable vigente al tiempo del pacto meramente capitular no permite el cambio de régimen matrimonial, el Reglamento no puede superponerse a la *lex causae*, ni puede amparar una autonomía material que no reconoce aquella ley, que es a quien compete la regulación del fondo de la materia económico matrimonial²⁸⁰. Entonces, la modificación material del régimen²⁸¹ solo puede operarse mediante el ejercicio previo o simultáneo de la autonomía conflictual, a través del cambio de ley aplicable (sobre la opción de la ley de la residencia o la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges vigente al tiempo del pacto), variación a la que da cobertura y amparo el Reglamento, cualesquiera que sean las disposiciones de la ley de origen o de destino. El cambio de ley siempre será posible, en las condiciones fijadas por el Reglamento, aunque la limiten o prohíban los derechos que se

²⁷⁹ Con arreglo al art. 69.3 RREM, todo matrimonio con independencia de la fecha de su celebración puede otorgar un pacto de *lege utenda* conforme al art. 22. Lo cual implica el reconocimiento del derecho al cambio a todo matrimonio.

²⁸⁰ En el mismo sentido RODRÍGUEZ PINEAU, E., op. cit. p. 86.

²⁸¹ Habida cuenta que la mutabilidad voluntaria del régimen, comúnmente no se considera materia de orden público.

sucedan en el tiempo²⁸². No obstante, hay que tener en cuenta que el cambio de ley, en las condiciones establecidas por el Reglamento, solo será operativo (y reconocido) en el marco de las jurisdicciones de los Estados participantes²⁸³.

117. No obstante esta distinción, entre el juego de la autonomía de la voluntad conflictual y material y las diferentes reglas por las que se rige su ejercicio, no cabe desconocer la estrecha vinculación existente entre el cambio de ley y el cambio de régimen económico matrimonial. Ciertamente, los efectos de ambos cambios guardan una importante ligazón, pues el cambio de ley habitualmente no constituye un objetivo autónomo, sino que se revela como el mecanismo instrumental para hacer viables los cambios materiales en el régimen económico de las partes²⁸⁴. Sin embargo, puede adelantarse que el cambio de ley aplicable no conlleva, en sentido estricto y de forma necesaria, un cambio de régimen económico, específicamente de lo que hemos denominado régimen económico secundario, aunque acarree alguna modificación en el estatuto patrimonial de los cónyuges²⁸⁵. Evidentemente, tampoco el cambio de régimen implica la modificación de la ley aplicable.

118. De esta relación, entre el cambio de ley y el cambio de régimen, surgen varias cuestiones, aunque la de más calado hace referencia a la determinación de los *efectos materiales que puede originar el cambio de ley*. Para analizar esta cuestión, en que se entrecruzan los planos de la autonomía material y la conflictual, habría que distinguir diferentes situaciones.

119. Normalmente el pacto que decide la entrada de una nueva ley rectora de la economía matrimonial irá acompañado de otros que operen un cambio en la regulación material del régimen patrimonial de la pareja. Pero no es preciso que sea así. La mutabilidad conflictual y la material juegan en planos paralelos pero distintos, por lo que es factible, cambiar la ley aplicable manteniendo el régimen convencional (o incluso el subsidiario) precedente (si se adecúan a la nueva ley rectora, pues en otro caso precisarían de la correspondiente adaptación). Ni de la dicción del Reglamento, ni de su finalidad, puede deducirse lo contrario. La mutación exclusiva o meramente conflictual puede producirse cuando los cónyuges, precisamente en aras a potenciar la validez de su organización convencional, optan por la sujeción a otro derecho (por que fuese inelegible

²⁸² En el mismo sentido OPREA, E, op. cit. p.68

²⁸³ A la vista de esta esta limitación espacial, cuya importancia debe ser destacada por el operador jurídico, y dadas las limitaciones para someterse a un foro concreto podría ser conveniente sugerir, como propone, WAUTELET, P., la inclusión en el pacto una cláusula de arbitraje.

²⁸⁴ Como señala WAUTELET, P., ob. Cit. comentario al art. 22 RREM, p. 651, es difícil imaginar un cambio de la ley aplicable haciendo abstracción de toda modificación o alteración del régimen al que se han sometido los esposos.

²⁸⁵ En ese supuesto de mantenimiento del régimen anterior, la nueva ley se aplicaría, en lo que se refiere al régimen primario y a sus disposiciones imperativas, lo que, inevitablemente, produciría algún problema de adaptación del antiguo régimen a la ley nueva.

al tiempo del matrimonio o al de la celebración del contrato de elección previo, según los casos, o porque se haya modificado de modo relevante desde entonces la primitiva ley), que asegure de forma más predecible su regulación capitular en todos sus extremos (o en los más significativos). Pero también pueden concurrir razones de otro orden que justifiquen tal decisión: que se efectúe el cambio con el simple objeto de hacer coincidir la nueva ley aplicable con la que rige la crisis matrimonial, con el foro previsible o con el foro al que desean someterse las partes. Cabe igualmente que la opción por un nuevo derecho aplicable se justifique por la mayor eficacia o ejecutividad que se conceda a los pactos preventivos de la crisis, o por las diferentes medidas de protección que establezca su régimen primario a instituciones básicas, como la potestad doméstica, las cargas o la vivienda familiares. Luego, es razonable concluir que el cambio voluntario de ley no implica, por sí solo, de modo inexorable el cambio de régimen económico (secundario) del matrimonio, aunque, evidentemente, la mutación conflictual acarree la sustitución del régimen primario y otras modificaciones puntuales que exija la adecuación a su regulación imperativa. Como decíamos, en estos casos (poco probables, pero posibles) habrá que adaptar el régimen preexistente a los postulados de la nueva ley, pero sin que se opere la sustitución de éste.

120. Establecido el diferente significado del cambio material y del conflictual y que es perfectamente posible que los cónyuges decidan preservar el régimen anterior cuando modifican la ley aplicable, cabe plantearse si, y en qué circunstancias, el cambio de ley aplicable puede influir en la regulación material del régimen. Principalmente, surge la cuestión de fijar los eventuales efectos materiales que pueden derivarse *per se*, de forma automática, de la mutación voluntaria de la ley aplicable. Es decir, se trata de determinar los efectos propios y autónomos del pacto de cambio del derecho aplicable, cuando no vaya acompañado de pacto capitular. Sus efectos conflictuales son claros: entra en aplicación el nuevo derecho. Más difícil resulta la precisión de sus eventuales efectos materiales (diferentes de los que son inherentes al ajuste a las disposiciones imperativas de la nueva ley). Para una más clara exposición de esta cuestión (situándonos en la hipótesis de un pacto cuyo contenido se limita al cambio de ley), cabría distinguir dos escenarios, según que el régimen económico matrimonial previo tuviese carácter subsidiario o convencional. Lo más razonable sería entender que el cambio voluntario de ley²⁸⁶, a secas, no opera (*ipso iure*) la mutación del régimen matrimonial convencional preexistente (en sentido propio, es decir del régimen secundario) por el legal previsto en la nueva ley, sin perjuicio de las cuestiones de adaptación que se susciten (especialmente su ajuste al régimen imperativo del nuevo derecho)²⁸⁷. Esta solución podría ser descartada en dos

²⁸⁶ Es decir, el cambio capitular exige siempre un pacto expreso o que sea consecuencia indefectible de lo acordado por los cónyuges. Por eso, por el valor que se reconoce a la convención capitular, también se excluye que mediando ésta pueda tener lugar una mutación automática de la ley aplicable.

²⁸⁷ Una ciudadana francesa y un ciudadano alemán contraen matrimonio en Madrid en marzo de 2009, donde tienen y mantienen su residencia habitual común. Otorgan capitulaciones y pactan el régimen de separación

hipótesis i) que de la interpretación del contrato resulte claramente otra cosa (art. 25) o ii) que el régimen anterior resulte totalmente incompatible con el nuevo derecho.

121. Más dudoso resulta determinar la solución que cabría dar en el caso de que el régimen previo fuese el legal de la anterior *lex causae*. La cuestión tampoco estriba en dilucidar si es posible el cambio de ley manteniendo el régimen anterior, hipótesis cuya admisibilidad hemos defendido anteriormente, sino en determinar los eventuales efectos materiales de un pacto que de forma lacónica solo fije el cambio de ley aplicable y si entre esos efectos cabe incluir el cambio de régimen legal. En este supuesto, podría apuntarse que la mutación solo opera sobre la ley aplicable, manteniéndose, con las adaptaciones que fuesen precisas, el régimen económico subsidiario de la ley que se abandona, salvo que haya indicios indubitados de que se quiso también modificar el régimen matrimonial²⁸⁸, más todo dependerá de la interpretación de la voluntad contractual. Esta solución podría contar con el apoyo que suministra el propio Reglamento al consagrar el principio de que todo cambio del derecho aplicable requiere consentimiento expreso o “*manifestación expresa*” de los cónyuges (Cdo.46), lo que implica, quizás con mayor razón, que también ha de ser expreso el cambio de régimen —aunque sea el legal anterior— máxime si se tiene en cuenta el mayor rigor formal que se establece respecto de los acuerdos capitulares sobre cambio de régimen. Sin embargo, otros datos podrían favorecer una respuesta diferente: por una parte, la presunción de que el régimen aplicable —a falta de convención capitular en contrario— es siempre el subsidiario de la ley aplicable, y por otra, la analogía con la solución que se aplica, para el supuesto de cambio en caso conflicto móvil, en el art. 26.3 RREM, que partiendo de un supuesto de régimen legal (pues, por definición no media pacto capitular), dispone que *la ley de ese otro Estado [solo] se aplicará desde la celebración del matrimonio* (si no media oposición al efecto retroactivo)²⁸⁹, lo que significa que el cambio de ley conlleva la aplicación del régimen subsidiario de la ley que entra. Si, en caso de cambio de ley involuntario, se produce el

de bienes, pero no ejercen la *professio iuris*. En 2023, cambian de residencia y pactan, exclusivamente, sujetar su régimen matrimonial a la ley alemana. Salvo que de dicho pacto pueda deducirse, de forma indubitada, que han querido cambiar su régimen económico, todo apunta a que debe considerarse que éste seguirá siendo el de separación de bienes español, si bien a partir de entonces quedará sujeto a las normas imperativas que establezca la ley alemana. No implicaría, por tanto, que a partir del momento del cambio de ley se les aplicase el régimen legal alemán de participación en las ganancias (comunidad de participación en el valor de las adquisiciones).

²⁸⁸ Imaginemos que, en el caso anterior, los cónyuges no hubiesen capitulado inicialmente y su régimen fuese el legal de gananciales previsto en nuestro Cc. El simple cambio de ley aplicable, ¿conllevaría su sustitución automática por el de participación en las ganancias previsto en el derecho alemán? ¿Podría presumirse que en estos supuestos la simple modificación de orden conflictual implicaría en el orden material, la modificación de su régimen económico? La cuestión es saber la regla que hay que aplicar por defecto en caso de que no existan indicios de que se quiso conservar el régimen anterior ni de su sustitución.

²⁸⁹ Así RADEMACHER, op. cit. nº 23, que sostiene que el cambio de la ley aplicable puede dar lugar a un cambio del régimen legal aplicable *por defecto*. OPREA, A., op. cit., sostiene, en la misma línea, que, si el acuerdo de las partes se refiere únicamente a la modificación de la ley aplicable, sin incluir ninguna mención sobre un régimen económico matrimonial específico, los cónyuges estarán sujetos al régimen jurídico por defecto previsto por la nueva ley elegida.

cambio del régimen legal, podría concluirse que, en determinados supuestos (en que concurren pactos que exclusivamente fijan la mutación de la ley, siendo mudos respecto del sustrato material), también el cambio voluntario de ley desencadena no solo efectos conflictuales, sino también efectos materiales (aún sin que medie pacto capitular)²⁹⁰. Bajo esta problemática subyace una cuestión interpretativa de la voluntad conyugal que rara vez se planteará, pues es difícil imaginar que unos cónyuges informados, máxime si media intervención notarial, no se ocupen de dejar claro, de forma explícita, todas las consecuencias del cambio. No obstante, cabe reconocer que en ocasiones el cambio de ley puede operar el reemplazo del antiguo régimen legal por el subsidiario que prevea el nuevo derecho.

122. El cambio de ley viene determinado por el acuerdo que reemplaza la ley aplicable anterior por el derecho del estado de la residencia habitual o el de la nacionalidad al tiempo del pacto que resulte elegido. Una hipótesis diferente, probablemente infrecuente, pero cuyo encaje es posible en el ámbito del art. 22 RREM, se produciría si los cónyuges se limitan a anular, a dejar sin efecto, el previo pacto de elección. Ello abriría la posibilidad a que se aplicasen las conexiones subjetivas previstas en el artículo 26 RRM. Pero ¿cuáles, las vigentes al tiempo del pacto derogatorio, o las coetáneas al tiempo del pacto que se deroga? En este escenario, sería más que dudoso que pudieran revivir las conexiones vigentes al tiempo de la celebración del pacto de elección previo y no las vigentes al tiempo del pacto revocatorio o derogatorio, en caso de que aquéllas resultasen inelegibles cuando se otorga este último, pues, en otro caso tendríamos que aceptar que la autonomía de la voluntad produciría (por vía negativa) un efecto electivo que traspasa los límites previstos en el art. 22 RREM²⁹¹. Por otra parte, parece que esta decisión envuelve per se un carácter retroactivo, que habría de ser compatible con la protección de los terceros que instaura el Reglamento.

123. Las condiciones para el cambio de régimen se sujetan siempre a lo que disponga la ley rectora aplicable en el momento en que se actúa la mutación material (art. 27 g). Esta ley es la que determina tanto la posibilidad del cambio como sus condiciones y constituye un supuesto ajeno al que contempla el art. 22 RREM. En caso de doble cambio, material y conflictual, las cosas pueden ordenarse de diferente manera. Se puede modificar

²⁹⁰Las relaciones entre la autonomía conflictual y la material, así como sus respectivos efectos, cuenta con zonas grises abiertas a la discusión. Como ejemplo de esta cuestión cabría traer a colación el animado debate doctrinal que suscitó en nuestro país el art. 9.2 Cc (que solo admitía el pacto prematrimonial de elección de ley aplicable) y el art. 9.3 Cc que reconocía un amplio campo a la autonomía material, al amparo del cual un significado sector doctrinal sostuvo que bajo esta norma subyacía un reconocimiento a la autonomía conflictual en materia económico matrimonial.

²⁹¹ Pensemos en un matrimonio entre un italiano y una francesa, cuya primera residencia común se sitúa en España, que optan al tiempo de casarse por la ley francesa. Actualmente ambos viven en Brasil. El efecto del pacto derogatorio no debería conducir a la aplicación de la ley española (conexión subsidiaria entonces vigente), pues esa ley no sería elegible en el momento en que se conviene el cambio, por lo que por lógica tampoco puede ser el efecto que desencadene un pacto derogatorio de la elección anterior.

el régimen dentro de la ley de origen y cambiar posteriormente la ley aplicable o se puede cambiar la ley aplicable y simultánea o posteriormente modificar el régimen matrimonial²⁹². Los efectos que se pueden derivar de la combinación del ejercicio de la autonomía material (cambio de régimen) y de la autonomía conflictual (cambio de ley) son amplios. Puede acarrear la disolución del régimen anterior y abrir su liquidación o incluso evitarla (en caso de que se dote al pacto de la máxima retroactividad). Como señalábamos, la hipótesis más frecuente de doble mutación, material y conflictual es la que se produce simultáneamente, normalmente en el mismo documento. Desde una perspectiva formal el acuerdo capitular habrá de cumplimentar cumulativamente todas las formalidades previstas en el Reglamento para las convenciones matrimoniales, en la ley de la residencia habitual de uno de los cónyuges (si se localiza en un Estado miembro) y las de la nueva *lex causae*. Por otra parte, situados en el ámbito del nuevo derecho corresponderá determinar conforme a éste si el cambio material es posible y las condiciones para que el mismo sea efectivo, así como establecer el marco regulatorio al que ha de ajustarse la autonomía material y el régimen subsidiario en defecto de elección capitular.

Sin embargo, cabría hacer una precisión, congruente con la premisa de que el pacto de cambio de ley, por sí mismo, en ocasiones (es decir, cuando media un pacto de ley de exclusivo contenido conflictual y el régimen económico previo era el legal previsto en la ley que se abandona²⁹³) puede producir efectos materiales directos, además de los conflictuales que le son propios. En estos casos, podría sostenerse, aun reconociendo que la cuestión es discutible y que entraña cierta dosis de sutileza, que las consecuencias materiales que se deriven automáticamente del cambio del derecho aplicable (ya sea el cambio de régimen subsidiario anterior, por el legal de la nueva ley, o las alteraciones imperativas que de ésta resulten sobre las relaciones patrimoniales anteriores de los cónyuges, si se mantiene el régimen anterior) se producirían *ipso iure*, aun sin respetar los requisitos que para el cambio de régimen se prevén en el derecho elegido²⁹⁴. Otra interpretación supondría dejar vacío de efectos al cambio de ley, lo que contravendría el espíritu del art. 22 RREM. En realidad, parece congruente entender que todo cambio conflictual que tenga por efecto la entrada en vigor del régimen subsidiario de la nueva ley basta con que se ajuste a los requisitos establecidos por el Reglamento.

²⁹² La elección entre estas alternativas dependerá del contenido de las leyes que se suceden en el tiempo en orden a la mutación del régimen económico. Pensemos en unos cónyuges, residentes en España, sujetos a la ley argentina y a su régimen legal de gananciales. Si desean modificar su régimen económico para pactar el régimen de separación de bienes, habida cuenta de lo dispuesto en el Art. 1.219 del Código civil argentino (*Ningún contrato de matrimonio podrá hacerse, so pena de nulidad, después de la celebración del matrimonio; ni el que se hubiere hecho antes, podrá ser revocado, alterado o modificado*) tendrán que cambiar primero la ley aplicable y optar por la española, y al mismo tiempo, o posteriormente, pactar mediante un instrumento capitular dicho régimen de separación. Este doble cambio tendrá plena eficacia en el ámbito jurisdiccional del REEM, aunque no sea reconocido en territorio argentino.

²⁹³ Vid. la última hipótesis contemplada en el apartado anterior.

²⁹⁴ WAUTELET P, op. cit. p.653.

4.4. Alcance temporal del cambio de ley. Su retroactividad

124. El cambio de ley aplicable, por sí solo, goza de eficacia externa e interna, si bien respecto a terceros su intensidad es variable, pues retrospectivamente puede verse limitada (específicamente si incide en la alteración de la composición de los patrimonios conyugales, el régimen de afección de los activos que los integran, o la responsabilidad de los cónyuges), en los efectos que pudieran resultar desfavorables a dichos terceros. En cambio, los efectos futuros del cambio se producen *erga omnes*. Su eficacia prospectiva es total (dejando a salvo el filtro de la oponibilidad de la nueva ley rectora). Solo desde el punto de vista retrospectivo, la eficacia del cambio es diversa en los ámbitos interno y externo. Son los cónyuges, a través del pacto de elección, a quienes se les atribuye plena legitimación para la concreción del alcance temporal del cambio de ley y, por ello, para modular su eficacia retroactiva, sin perjuicio del régimen tuitivo establecido en favor de los terceros. No obstante, cabría destacar un matiz propio, pues a diferencia de lo que se establece para la mutación automática por cambio de residencia (a la que el art. 26.3 atribuye efecto retroactivo a menos que un cónyuge no esté de acuerdo), en este caso de modificación voluntaria, a falta de disposición convencional en contrario, el RREM se decanta por que el cambio despliegue sus efectos en el futuro, que tenga meramente eficacia *ex nunc*, lo que determina la irretroactividad de la nueva ley: “el cambio de ley aplicable al régimen económico matrimonial efectuado durante el matrimonio solo surtirá efectos en el futuro” (art. 22.2)²⁹⁵. De aquí se deriva que, en principio, el cambio de ley aboca a la coexistencia de dos leyes, de dos regímenes legales separados temporalmente por la fecha del pacto de *lege utenda*.

125. Los cónyuges pueden modular el alcance retroactivo del cambio de ley, lo que pone en sus manos un amplio abanico de posibilidades que van desde descartar toda suerte de eficacia retrospectiva hasta establecer la retroactividad máxima, que alcanzaría el momento de la celebración del matrimonio. Pero esta fuerza configuradora de los efectos del cambio en el tiempo que el RREM reconoce a la autonomía de la voluntad puede que no sean coincidentes con la solución que establezca la ley elegida. Cuando se combina el pacto de *lege utenda* con el pacto capitular el alcance temporal del cambio, su retroactividad, se proyecta o puede proyectarse en un doble plano, el de la nueva ley y la del nuevo régimen capitular, produciéndose una cierta superposición de efectos. En puridad, la eficacia en el tiempo del cambio de ley se determina ex Reglamento, mientras que la modulación de la retroactividad capitular corresponde a la *lex causae*, en este caso a la nueva ley elegida. Sin embargo, la claridad de esta distinción puede difuminarse en aquellos supuestos en que el cambio de ley opera directamente un cambio de régimen (como ocurre cuando la mutación de la ley aplicable produce el efecto directo de modificar

²⁹⁵ RADEMACHER (op. cit. nº 22) considera que el precepto en cuestión encierra, más que una norma dispositiva, una regla interpretativa.

el régimen legal previsto en la ley antigua por el régimen subsidiario de la ley nueva). Por ello, aun reconociendo que hay matices que pudieran ser discutibles, quizás cabría precisar que todos los efectos inherentes al cambio de ley (impliquen o no cambio de régimen legal) se producen conforme a las previsiones del Reglamento, cualquiera que sea la solución nacional. En cambio, la eficacia retroactiva del cambio capitular se sujeta a los dictados de la nueva *lex causae*.

126. Puede afirmarse, pues, que los efectos en el tiempo inherentes al cambio de ley serán los que establezcan los cónyuges al amparo de la norma material que contiene el Reglamento, aunque la ley elegida ofrezca una respuesta diferente: la graduación de la retroactividad del ius aplicable es una atribución que el Reglamento pone en manos de la autonomía de la voluntad, que por esa razón prevalece sobre las propias soluciones transitorias de la *lex causae*²⁹⁶. Todo lo relativo a la determinación y eficacia en el tiempo de la nueva ley aplicable constituye un ámbito de regulación material que se reserva para sí el Reglamento y que destaca porque da preferencia —incluso sobre su solución subsidiaria— a lo acordado por los cónyuges. La anterior conclusión, sin embargo, es compatible con el reconocimiento del ámbito regulatorio de la *lex causae* en materia capitular. Podría ocurrir que el nuevo ius limitase o prohibiese la eficacia retroactiva de los capítulos (que no de la nueva ley) y, por ende, del nuevo régimen económico convencional. Asimismo, en caso de doble cambio, conflictual y material, las medidas protectoras del tercero previstas en la *lex causae* para las mutaciones capitulares podrían superponerse y adicionarse a las previstas en el Reglamento. Todas estas consideraciones ponen de manifiesto que la determinación del alcance temporal del cambio de la ley aplicable, que el Reglamento deja en manos de los cónyuges, y el régimen de protección de terceros que éste establece no descartan la aplicabilidad (superpuesta) de las reglas previstas en el derecho aplicable para la mutación convencional del régimen económico.

4.4.1. Eficacia intra conyugal del cambio

127. Si el cambio de ley es meramente prospectivo aboca a la creación de un nuevo marco de relaciones patrimoniales para el futuro. Entonces, ese nuevo régimen jurídico convive con el anterior, a menos que éste se liquide. Por tanto, habrá (o podrá haber) ámbitos patrimoniales distintos, sujetos a estatutos dispares y con vigencia temporal diferenciada, circunstancia que puede provocar dificultades de calificación (en función del régimen jurídico aplicable) cuando los actos jurídicos de trascendencia patrimonial no se puedan localizar con precisión en el tiempo, lo que aconseja que el pacto de cambio de ley se acompañe al menos de un inventario de activos y pasivos conyugales (especialmente de aquellos cuya adquisición o producción carezca de fecha cierta). Nada impide la

²⁹⁶ En el mismo sentido WAUTELET, P., op. cit. p. 660 y 661, apunta que a partir de la supremacía del derecho europeo debe aceptarse la posibilidad de conferir al cambio de ley un efecto retroactivo que se imponga sobre los límites previstos por el derecho nacional elegido (ej. derecho de los Países Bajos).

coexistencia de regímenes (sistema de *vagones*) salvo que la nueva ley imponga la liquidación del anterior. Debe precisarse que, en realidad, no se produce la coexistencia de dos regímenes económicos, pues el régimen matrimonial, como en general el estado civil, solo puede ser uno. Lo que ocurre es que conviven dos masas patrimoniales sujetas a dos estatutos jurídicos diferentes²⁹⁷. En este caso, es decir, si no media la liquidación al tiempo del cambio, la situación económica de los cónyuges quedará sujeta a una doble liquidación, cada una de las cuales se habrá de llevar a efecto con arreglo a la respectiva ley a que estuviesen sujetos el antiguo y el nuevo régimen.

128. Cuando el pacto conyugal ampara conjuntamente el cambio de ley y el de régimen económico con carácter retroactivo a menudo provocará, al menos *ad intra*, varios efectos²⁹⁸: a) hace innecesaria la liquidación del régimen anterior²⁹⁹, que sencillamente desaparece como si no hubiese existido nunca, quedando el nuevo (único) régimen, incluso su liquidación, sujeto al nuevo derecho elegido y b) altera la naturaleza de los activos y pasivos consorciales, que quedarán calificados *ex tunc* según las reglas del nuevo régimen (en caso de que se reconociese al pacto naturaleza atributiva y no meramente configurativa). Por eso, es especialmente conveniente, por razones prácticas, que esta decisión conyugal, que puede tener la virtualidad de dar un vuelco a su historia patrimonial, borrándola y sustituyéndola retrospectivamente por otra³⁰⁰, sea

²⁹⁷ Esta situación de convivencia de dos masas patrimoniales también puede tener lugar cuando se cambia de régimen económico, manteniendo el mismo derecho aplicable. En la práctica nacional no es infrecuente que se cambie de régimen matrimonial sin liquidar el previo, que se deja para un momento ulterior (ocurre fundamentalmente cuando se cambia del régimen de separación al de gananciales, en que conviven los patrimonios privativos anteriores con la nueva sociedad ganancial recién creada). Más a menudo se procede a la sustitución del régimen gananciales por el de separación, sin que se produzcan operaciones liquidatorias del régimen anterior, ya sea por falta de interés o por falta de consenso entre los cónyuges. Entonces, convivirán las distintas masas patrimoniales de los cónyuges sujetas a diferentes estatutos. Eso no implica que coexistan dos regímenes matrimoniales distintos, pues solo puede haber un régimen vigente por cada matrimonio, sin perjuicio de que pervivan en el tiempo algunas consecuencias patrimoniales del régimen anterior. En el último supuesto, aunque no se liquiden los bienes gananciales, cuando se pacta la separación, aquellos siguen siendo comunes (en régimen de comunidad post ganancial), pero habrán cesado, respecto de ellos, todas las facultades especiales de gestión, disposición, o accesión que, sobre aquellos bienes, concedía el régimen anterior

²⁹⁸ Debe destacarse la importancia del acuerdo sobre la retroactividad, que ha de ser adoptado por los cónyuges de forma inequívoca y con conocimiento de las consecuencias que de ello pueden derivarse. Precisamente una de las críticas que se lanzan contra el sistema que ampara la retroactividad (frente a sus defensores, que valoran que de esta forma se evita el fraccionamiento de la ley aplicable) es el de los potenciales riesgos que puede desencadenar su puesta en escena. Véase la SAP de 23 de abril de abril de 2020 (que conocemos a través del comentario que de la misma realiza RODRÍGUEZ RODRIGO, J., CDT marzo 2021, vol. 13, nº 1).

²⁹⁹ RADEMACHER, L., op. cit. nº 24, p. 16, apunta que además de los efectos prospectivos, el cambio de ley también puede modificar el marco jurídico por el tiempo ya transcurrido y que, de este modo, puede evitarse una liquidación del régimen. Sin embargo, tal y como se ha razonado en el texto, este efecto de hacer innecesaria la liquidación se produce, en puridad, en caso de cambio retroactivo del régimen económico matrimonial, y no necesariamente en todo supuesto de cambio retroactivo de la Ley aplicable.

³⁰⁰ Propiamente, parece que no se puede decir que el cambio de ley retrospectivo (ni siquiera en el supuesto más extremo, en que al mismo tiempo se pacte una modificación capitular con la retroactividad máxima)

especialmente informada y que conste de forma indubitada que los consortes buscan este resultado ³⁰¹, siendo, además, deseable, que se produzca a través del vehículo formal más idóneo para su plena eficacia extra e intra procesal. El acuerdo sobre la retroactividad debe ser expreso, concreto, siendo mínimo el margen que en este punto cabría reconocer a la voluntad tácita. Y habría de celebrarse tras una profunda reflexión sobre el alcance de todas sus consecuencias, económicas y jurídicas, pues, se trata de una materia compleja, de la que pueden surgir multitud de cuestiones (algunas, en ocasiones, difíciles de prever al

borre el pasado jurídico económico de un matrimonio que solo se reconstruye desde las nuevas bases jurídicas que entraña el cambio de ley y el cambio de régimen. No todo, y siempre, se anula, aunque de nuevo nos encontramos con un problema de interpretación de la voluntad contractual. Pensemos en un matrimonio sujeto a un régimen de separación que por efecto del cambio pasa a estar regido por un régimen de comunidad. Con anterioridad al cambio uno de los cónyuges, con cargo a fondos entonces privativos hace una importante donación a un pariente suyo. Si el efecto del cambio fuese total, podría ponerse en cuestión, lo que no es para nada razonable, la validez de dicha donación, que ahora estaría sujeta a la codisposición, esto es al acuerdo de ambos cónyuges. Mas, aun considerando que el acto de donación es firme frente a terceros (por ajustarse a las reglas patrimoniales entonces vigentes), ¿Podría entenderse que el cónyuge donante ha de reembolsar a la comunidad conyugal (por efecto de la ficción retroactiva) el importe de las cantidades donadas (que habrían devenido comunes)? No sería lógico que el pacto de retroactividad implique o posibilite la revisión de la validez de los actos realizados al amparo de la ley anterior bajo la perspectiva de la nueva ley, aunque podría abrir algún interrogante, como destacan JIMENEZ BLANCO, P., op. cit p. 80 y KOHLER, C., op. cit p. 209, la circunstancia de que no haya pasado al texto definitivamente aprobado la redacción que figuraba en la Primera Propuesta del Reglamento en la que se preveía que “*Si los cónyuges optan por atribuir efectos retroactivos al cambio de ley aplicable, la retroactividad no afectará a la validez de los actos anteriores celebrados al amparo de la ley aplicable hasta entonces, ni a los derechos de los terceros derivados de la ley anteriormente aplicable*”. También pudiera plantear alguna duda la eficacia convalidatoria (respecto de actos anulables bajo el régimen anterior) del cambio totalmente retroactivo.

³⁰¹ Entre estas razones destacan la evitación de impugnaciones por error en el consentimiento y que la nueva atribución de propiedad (en síntesis, los bienes comunes pasan a ser privativos del cónyuge adquirente, o de la copropiedad de ambos) si se muta de un régimen de comunidad a uno de separación, o al contrario, si el cambio es en sentido inverso (los bienes privativos, o buena parte de ellos, pasan a ser comunes) resulte indubitada, especialmente tratándose de bienes registrales, a la luz de las exigencias de la respectiva *lex registri*. En realidad, un pacto conyugal de este tipo plantea muchas cuestiones de importante calado que quedan en el aire y cuya respuesta no es segura: ¿El trasvase patrimonial entre cónyuges (bienes comunes que pasan a ser privativos, o viceversa) como consecuencia del pacto modificativo —al margen de su trascendencia fiscal o registral, materia ajena al Reglamento—, ¿queda sujeto a la nueva ley (a sus eventuales requisitos), o se produce automáticamente ex Reglamento? ¿Qué papel juega el orden público del nuevo derecho, o su sistema traslativo? ¿podría ser revocable, conforme a los actos de liberalidad, si subyace esa causa en el cambio? Es dudoso que un pactum *de lege utenda* de este tipo desencadene, por sí solo, sin más, los efectos de una transmisión en bloque, pues difícilmente podría calificarse el supuesto como de sucesión universal, por lo que no habría que descartar la necesidad de que se cumplan las exigencias que derivan de la ley que rige la circulación *uti singuli* de los distintos elementos, activos y pasivos, que integran las masas patrimoniales afectadas. Probablemente, un pacto de elección de ley que responda a esta tipología, absoluta o altamente retrospectiva, necesitará en la práctica totalidad de los casos de una serie de actuaciones de ejecución acomodadas a la ley aplicable (como lo es propiamente, cuando concurre, la liquidación, que constituye un acto con eficacia traslativa plena en la mayoría de los países) que doten de plena efectividad, *erga omnes*, a los cambios de titularidad y a los desplazamientos patrimoniales que habrían de desplegarse. Parece razonable entender, en congruencia con lo que se sostiene en el texto, que la solución a muchas de estas cuestiones, que admiten un sinfín de matices, debe pasar por reconocer un ámbito de competencia a la nueva ley, en la medida en que los pactos concurrentes entrañen estipulaciones o modificaciones capitulares, por ser ésta la ley que debe regir el fondo de las capitulaciones y el régimen económico matrimonial. Pero sin olvidar el eventual impacto de otras leyes que puedan tener un impacto colateral, como *lex rei sitae*. Por otra parte, también sería oportuno examinar las eventuales consecuencias fiscales y registrales que se puedan derivar de los cambios de atribución de titularidad.

tiempo del pacto) lo que exige una especial atención por parte del operador jurídico que intervenga la operación ³⁰².

4.4.2. Efectos frente a terceros³⁰³

129. El cambio de ley aplicable, por sí solo, también puede afectar a terceros, si bien el Reglamento limita su alcance respecto de éstos. En principio, *ad extra*, su efecto es meramente prospectivo. En tutela de los terceros el Reglamento establece dos tipos de previsiones, que organizan un sistema de doble protección: i) el cambio no solo es irretroactivo en cuanto les perjudique, ii) sino que no les afecta, en lo que les sea desfavorable, en tanto no se den las condiciones previstas en el artículo 28 RREM: el nuevo

³⁰² Desde otra perspectiva, la causal, también deberían analizarse cuidadosamente los diferentes efectos, presentes y futuros de un pacto de esta naturaleza, en función de las circunstancias concurrentes, lo que obliga a distinguir e individualizar los diferentes supuestos que pueden surgir en esta casuística tan rica y diversa. Por citar algunos, debe repararse en que no es lo mismo que un matrimonio octogenario sujeto a un régimen de separación pacte retroactivamente un cambio de ley y de régimen, dando paso a uno de comunidad, a que dicho acuerdo alumbre a los pocos años de matrimonio entre personas jóvenes y con un largo futuro en común. También merece un tratamiento diverso el pacto por el que se abandona un régimen de comunidad, para dar paso a un régimen de separación, especialmente si trae como resultado dejar a uno de los cónyuges (el que no ha originado riqueza) desprovisto de sustancia patrimonial. En ocasiones, puede ocurrir que el pacto revele un cierto *animus donandi* (lato sensu, como en la concepción "savignyana") en función del empobrecimiento que genere al cónyuge desfavorecido. Pero también es posible que, otras veces, suponga un empobrecimiento actual de un cónyuge, pero con perspectivas de enriquecimiento venidero o, simplemente, que medie una relevante dosis de aleatoriedad en el resultado futuro, supuestos en los que la idea de liberalidad se difumina. Cada caso merece una respuesta diferente, sin que probablemente quepa englobarlos bajo el impreciso concepto de *causa matrimonii* (que, ordinariamente más que verdadera causa, constituye un simple matiz que pigmenta la causa de la atribución patrimonial, determinando meramente alguna especialidad en su régimen jurídico). Sea como fuere, lo que parece evidente es que no cabe desconocer es el impacto que puede desplegar la causa subyacente, que puede determinar consecuencias jurídicas diferentes y en diferentes órdenes (capacidad, formalidad, rescindibilidad, inoficiosidad, etc), con la dificultad añadida de que probablemente, en muchas hipótesis, haya que esperar a la disolución del régimen para poder calificar con precisión el componente causal que colorea a cada acuerdo y perfilar o concretar todos sus efectos.

³⁰³ Como vimos, el RREM incluye dentro de su campo de aplicación material las relaciones de los cónyuges con los terceros. Las relaciones externas forman parte del régimen económico del matrimonio, y por ello caen dentro del ámbito objetivo del Reglamento (art.3.1) y se sujetan a ley aplicable al mismo. Explícitamente el art. 27 f) incluye en el ámbito de la *lex causae* los efectos del régimen económico matrimonial en relación con los terceros consagrando el principio de la unidad del derecho rector de la economía matrimonial. Este punto de partida, unidad del derecho aplicable, no implica insensibilidad hacia la situación de los terceros, cuya situación podría ser más delicada a la vista de las posibilidades electivas y modificativas que se reconocen a la autonomía de la voluntad conyugal, sino que se introduce un específico régimen tuitivo orientado a amparar sus intereses. El Reglamento no busca la armonización material de la tutela de los intereses de los terceros, ni tampoco, como lo hiciera el Convenio de la Haya, prevé que los estados participantes puedan establecer medidas particulares que modulen en su favor la eficacia de la ley aplicable. Se centra fundamentalmente en las dos situaciones en que la posición de los terceros resulta más vulnerable, cuando hay cambios del derecho rector de la economía matrimonial y cuando el derecho aplicable resulta imprevisible, por su lejanía con la transacción, y difícilmente reconocible. La solución del RREM a esta problemática la aborda desde una perspectiva conflictual, si bien con la clara inclinación material, que se organiza desde una doble perspectiva: i) instaurando un marco de condiciones de oponibilidad de la ley rectora del estatuto conyugal y ii) estableciendo la inmunidad de los derechos de los terceros como límite a la retroactividad de los cambios de la *lex causae*.

derecho solo les afecta desde que les resulte oponible. Para organizar este régimen tuitivo el Reglamento vuelve a introducir una regla material, de mínimos, con el fin de establecer una cierta armonización. Pero no despeja todas las dudas, en especial, cual es el alcance del sistema de protección a los terceros.

130. Doctrinalmente se han apuntado varias posiciones sobre la naturaleza y el alcance del sistema de protección de los terceros frente al cambio retroactivo. Se ha sostenido que se trata de una protección de orden conflictual que mantiene la vigencia de la antigua ley aplicable respecto de los terceros, en especial en aquellos aspectos en que la aplicación de la ley nueva les resulte perjudicial. De este modo el alcance de la ley rectora se fragmentaría, toda vez que, en función de la dimensión interna o externa de las relaciones patrimoniales, podrían entrar en aplicación dos leyes diferentes, lo que significaría un supuesto de excepción al principio de unidad del derecho aplicable. Alternativamente, también se ha tratado de explicar la tutela que ofrece el Reglamento desde una perspectiva material, como un mecanismo dirigido a proteger la posición jurídica que tenían los derechos del terceros antes del cambio, más que a preservar en su favor el derecho anteriormente aplicable.³⁰⁴ Lo cierto es que el Reglamento mediante un instrumento conflictual (aunque de orientación material) trata de preservar un efecto material, la posición jurídica que tenía el tercero, manteniéndole indemne ante el cambio de ley. El amparo de que se dota a la posición jurídica del tercero produce el efecto de hacerle inoponible la nueva ley, pero solo en la medida en que su aplicación pueda perjudicar sus derechos, en cuyo caso se reemplaza la disposición desfavorable por la preexistente, lo que significa el reconocimiento de una cierta ultra actividad de la ley antigua.

131. La protección que ofrece el Reglamento hay que entender que constituye un umbral mínimo, autónomo, susceptible de ser complementado por el mayor o diferente esquema tuitivo que pueda establecer la nueva ley para la mutación del régimen, cuando el cambio de ley se acompaña de una modificación capitular³⁰⁵. El Reglamento indica que el cambio retroactivo no *“afectará negativamente a los derechos de terceros”*. Sin embargo, no especifica que deba entenderse por tales *“derechos”*, ni por tales *“terceros”*. Es difícil precisar el término *“derechos”*, que debería constituir un concepto autónomo para que el marco protector no sufriera alteraciones en función de la jurisdicción competente. Con todo, la doctrina, mayormente, es partidaria de una interpretación extensa del perímetro de los derechos tutelados³⁰⁶. Parece que debe abarcar toda suerte de posición patrimonial que resulte legal o contractualmente exigible y toda suerte de derechos de contenido

³⁰⁴ Vid. sobre esta cuestión WAUTELET, P., op. cit p. 664 y ss y RADEMACHER, L., op. cit nº 29.

³⁰⁵ Corresponde a la ley conforme a la que se produce el cambio de régimen determinar las condiciones de su efectividad respecto de los terceros. RODRIGUEZ PINNEAU E, op. cit p. 159.

³⁰⁶ WAUTELET, P., op. cit. p. 668.

económico³⁰⁷, dejando fuera del campo de protección a las simples expectativas de derechos (específicamente las de carácter sucesorio)³⁰⁸. Tampoco indica quienes serán esos terceros³⁰⁹: parece razonable incluir dentro del ámbito de la tutela reglamentaria a todos los que hubiesen adquirido derechos a título oneroso (terceros adquirentes y acreedores); aunque es más discutible dar una respuesta general respecto de los actos gratuitos, parece que también habrían de mantenerse las consecuencias favorables para los terceros derivadas de los actos válidamente ejecutados conforme al derecho anterior (*tempus regit actum*)³¹⁰. Piénsese en el beneficiado por una donación firme. Sin embargo, no cabe desconocer que a falta de una interpretación autónoma existe una remisión implícita al derecho interno del Estado concernido.

³⁰⁷ RADEMACHER. L., op. cit p. 17 apunta que se incluyen los derechos de crédito, los derechos de propiedad, así como los derechos derivados de los procedimientos de ejecución”. Cfr. Art.3 RRI. En el mismo sentido WAUTELET, P., señala que la seguridad jurídica exige que los derechos tienen que estar plenamente desarrollados para ser susceptibles de protección.

³⁰⁸ WAUTELET, P, op. cit. p. 667, 668, apunta que la dicción de la regla sugiere que la protección se constriñe a los derechos efectivos.

³⁰⁹ En efecto, el concepto de tercero parece claro que comprende a aquéllos que hubiesen tenido una relación contractual onerosa, y en general a los adquirentes y acreedores. Sin embargo, resulta más discutible si se incluyen a los terceros de otro tipo, como los donatarios o beneficiarios de un acto de liberalidad y los herederos, especialmente los forzosos. Pueden plantearse en la práctica supuestos como el siguiente: El cónyuge A reconoce la privatividad de un bien en favor de su consorte B, al amparo del artículo 1324 Cc (incluido entre las disposiciones del régimen primario), en el periodo temporal en que su régimen económico se rige por la ley española. Este precepto señala que dicha confesión “por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges”. Si se pacta un cambio retroactivo de la ley aplicable, las medidas de tutela que prevé el Reglamento para los terceros ¿serían aplicables a los herederos forzosos del confesante? Complementando esta norma —si bien de forma libérrima— el art. 90 del Reglamento Hipotecario establece que para la inscripción de los actos dispositivos sobre el bien inscrito como privativo “por confesión” se requerirá —una vez fallecido el cónyuge confesante— el consentimiento de los herederos forzosos o que la privatividad del mismo resultase de la escritura de partición. ¿quid iuris? Entendemos, a la vista del ámbito de aplicación del Reglamento y de su finalidad, que el régimen de tutela que organiza no alcanza a los eventuales derechos sucesorios de ningún tercero, aunque tengan la condición de herederos forzosos. Los derechos hereditarios no surgen propiamente hasta que se abre la sucesión. La situación de los adquirentes a título gratuito parece que es diferente. Si un cónyuge dona un bien privativo, dicha donación no debiera verse afectada por el hecho de que, con el cambio de derecho rector, la aplicación retroactiva de la ley nueva considere a ese bien como común, sujeto a la disposición conjunta de ambos cónyuges. Lo mismo podría decirse respecto al ámbito de responsabilidad que genera una fianza otorgada a título gratuito por un cónyuge. Ahora bien, aun aceptando que la tutela que ofrece el Reglamento no se extiende a los herederos forzosos (que por definición, no habrían adquirido ningún derecho susceptible de ser lesionado por el alcance retroactivo del acuerdo conyugal), no cabe duda de que los efectos del pacto (a la luz de su sustrato causal), particularmente las consecuencias patrimoniales que origine en las diferentes masas conyugales afectadas, podrían resultar afectados, al tiempo del fallecimiento de uno de los consortes, en función de la Lex sucesoria, que es a quien corresponde fijar los derechos legitimarios y la manera de computar los bienes y de calificar la tipología de los actos susceptibles de ser reintegrables a la masa hereditaria.

³¹⁰ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., en “Los reglamentos...”, p. 497, señala que ante la falta de definición reglamentaria de qué habrá de entenderse como tercero, sobre la base del art. 69.2 y 3 RS, con relación al certificado sucesorio europeo, único referente sobre este punto concreto, *debe* reputarse tercero a cualquier persona que efectúe pagos o entregue bienes; o reciba pagos o reciba bienes, o más allá realice obligaciones jurídicas de futuro.

132. Desde otro punto de vista, cabría realizar alguna puntualización sobre el alcance de dicha protección. Por una parte, ha de considerarse que la protección se extiende en el tiempo a todos los derechos adquiridos no solo antes del cambio, sino hasta que la nueva ley aplicable sea oponible (en los términos que se derivan del art. 28 RREM) a los terceros. Por tanto, la tutela comprende los derechos adquiridos en un doble periodo, los adquiridos antes del cambio, así como los adquiridos en el interregno que transcurre desde la fecha de efectividad del pacto de cambio de ley hasta el momento en que se cumplan los requisitos de oponibilidad de la nueva ley. Asimismo, debe precisarse que la tutela que asegura el Reglamento al tercero es exclusivamente frente a los cónyuges, y no frente a otros terceros protegidos por las leyes del tráfico correspondientes al mercado en que tiene lugar la transacción económica con cualquiera de los cónyuges. Los conflictos entre terceros quedan al margen³¹¹. Una última cuestión, de especial relevancia queda en el aire. Es la relativa al alcance de la protección en función de la buena fe de los terceros afectados; es decir, se trata de saber si el conocimiento del cambio por parte del tercero tiene alguna influencia en este régimen tuitivo. Los terceros que invocan protección, ¿han de ser de buena fe? La pluralidad de situaciones que pueden ser objeto de tutela aconseja hacer una distinción: en realidad, la regla contenida en el art. 22.3 protege al tercero al que el cambio le produce una lesión (esto, es, los derechos adquiridos con anterioridad al cambio), con independencia de su buena fe³¹². A la buena fe se le reserva otro papel: produce el efecto de que dicha protección se prolongue en el tiempo, a través de la inoponibilidad de la nueva ley, hasta que dicho tercero conozca (regla de conocimiento) o debiera conocer (regla de publicidad) que el cambio se ha producido. En conclusión, el art. 22.3 protege la anterioridad del derecho adquirido, mientras que el art. 28, protege a la buena fe; eso sí, una buena fe cualificada por la diligencia³¹³.

5. LA AUTONOMÍA MATERIAL: LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

5.1 *Concepto autónomo*

³¹¹ El Reglamento no alcanza (queda fuera de su finalidad) a regular la preferencia o el mejor derecho entre los diferentes terceros relacionados con los cónyuges.

³¹² En contra parecer manifestarse DIAGO DIAGO, M.P., en "Régimen económico...", art 23, cit. p. 215. Pensemos en la siguiente situación: los cónyuges pactan en enero de 2023 un cambio de ley retroactivo. En mayo de 2023 cumplen los requisitos para que dicha ley sea oponible al tercero X. Los derechos de X adquiridos con anterioridad a enero de 2023 quedarían siempre a salvo de los efectos perjudiciales que se pudieran derivar de la nueva ley aplicable (art. 22.3). Los derechos adquiridos a partir de dicha fecha, pero antes del mes de mayo, solo resultarían protegidos frente a los efectos desfavorables de la nueva ley aplicable, si fuese de buena fe (esto es, si no conociese ni debiera conocer la vigencia de la nueva ley aplicable, art.28 RREM). En cambio, los derechos que adquiere a partir de mayo de 2023 se regirán por la nueva ley aplicable cuyo contenido le será oponible en todo caso.

³¹³ Aunque debe retenerse que no se trata de una tutela indiscriminada a favor de la buena fe, sino que se modula para amparar exclusivamente a un tercero muy específico, al pluscuamperfecto: es decir, a aquel que no conoce ni pudo conocer.

133. Los capítulos constituyen la otra pieza angular, complementaria del contrato de elección, mediante la que se ejercita la autonomía privada. Es el instrumento que facilita la entrada más importante de regulación convencional en la conformación de las relaciones matrimoniales de trascendencia patrimonial. El Reglamento es consciente de que su “*admisibilidad y aceptación varía entre los Estados*” (Cdo. 48), y para superar esta diversidad opta por crear un concepto autónomo, que se define, como el *acuerdo en virtud del cual los cónyuges o futuros cónyuges organizan su régimen económico matrimonial*. En una primera aproximación, cabría resaltar que se trata de un negocio jurídico familiar, de estructura contractual, que se distingue y singulariza por su objeto, organizar el régimen económico del matrimonio. De este modo, el Reglamento precisa que han de concurrir dos elementos, uno estructural y otro objetivo. Estructuralmente se trata de un contrato, acto o negocio bilateral; objetivamente la naturaleza capitular del acuerdo se acota en base al concepto de régimen económico del matrimonio. *La delimitación objetiva del contenido capitular* discurre paralela a la del ámbito del Reglamento (art. 1.2) y al de la ley aplicable (art. 27), pues sus perímetros, el del Reglamento, el del derecho aplicable y de las capitulaciones, son esencialmente coincidentes (con los matices a que luego se hará mención). Es decir, en línea de principio podría establecerse que el ámbito conflictual del Reglamento delimita las coordenadas de las cuestiones económico-matrimoniales cuya regulación material se sujeta al ius designado ex Reglamento y, de forma indirecta, delimita el ámbito del negocio capitular sujeto a dicho derecho.

5.2. Caracteres distintivos

134. El concepto de convención matrimonial que suministra el Reglamento es amplio, pues como instrumento convencional comprende con holgura toda la materia económico matrimonial (aunque sólo ésta), tal y como aparece delimitada por el propio Reglamento, debiéndose descartar de su ámbito todas aquellas materias fronterizas o cercanas que el Reglamento excluye de su campo de aplicación (art. 3.2). Ahora bien, ¿basta con que un acuerdo conyugal recaiga sobre esa materia económico matrimonial para que pueda considerarse como capitular? ¿Son estos los únicos rasgos que configuran el tipo capitular europeo? La cuestión es determinar si existen otros elementos tipológicos, ya sean subjetivos, funcionales o de otro orden, que contribuyan a precisar el concepto autónomo de convención matrimonial. Este aspecto configurativo no carece de importancia, dadas las consecuencias formales y de fondo que se derivan de la calificación de una relación negocial como convención matrimonial.

135. Sobre el carácter negocial y el ámbito objetivo indicado, parece que el RREM, atribuye a las capitulaciones matrimoniales otro matiz distintivo, otro rasgo tipológico que hace referencia a un elemento de orden funcional, que no es otro que su carácter

normativo u organizativo de la economía matrimonial³¹⁴. Tal y como hemos destacado a lo largo de estas páginas, el régimen económico matrimonial tiene una vocación fundamentalmente prescriptiva o normativa, y así lo reconoce el propio artículo 3.1.a) cuando define el régimen económico matrimonial como un “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales”³¹⁵. A este carácter predominantemente organizativo también alude el art. 3.1 b) cuando señala como función esencial del negocio capitular la de *organizar el régimen económico matrimonial*. La cuestión que se plantea ahora es la de ponderar el peso de este elemento normativo o/y organizativo, si constituye un elemento que integra el tipo europeo de convención matrimonial o, si por el contrario, se trata de un elemento meramente natural o habitual o, simplemente, de carácter coyuntural. En definitiva, se trata de saber si el concepto europeo de estipulación capitular se restringe, dentro del ámbito económico conyugal, a una concreta clase de pactos, los de naturaleza organizativa o prescriptiva o si tiene un alcance mayor. La confesión de que un bien es privativo de un cónyuge, o la venta o donación entre cónyuges, la constitución de una sociedad entre consortes, participen o no terceros, evidentemente tienen un impacto en las relaciones económicas de los cónyuges, pero ¿son propiamente estipulaciones capitulares? ¿quedan sujetas al régimen jurídico propio de las convenciones matrimoniales?³¹⁶. Resulta difícil encontrar una respuesta abstracta a estos interrogantes, aunque parece que existe otro factor que puede resultar determinante, como es el de su eventual incidencia en la organización y composición del régimen económico del matrimonio o en su liquidación. En ocasiones es el propio Reglamento el que excluye el carácter capitular de algunos pactos, aunque se inserten en un instrumento capitular. Así ocurre con el *pactum de lege utenda* o con el pacto de sumisión a un foro a los que se les reserva un régimen jurídico diferenciado. Fuera de estos casos, con carácter general, en vez de lanzar una respuesta genérica o apriorística, parece más realista y práctico realizar un

³¹⁴ WAUTELET, P., op. cit p. 292, 293. Señala este autor que el Reglamento pone el acento, como rasgo distintivo de la convención matrimonial, sobre el objeto propio del acuerdo, que no es otro que el de proyectar sobre el futuro un dispositivo de distribución de bienes y de poderes, de reparto de cargas ajustado a la situación particular de cada pareja.

³¹⁵ Insiste en esta idea del carácter normativo del régimen económico matrimonial el Considerando 18, cuando establece que, *A efectos del presente Reglamento, el término «régimen económico matrimonial» debe interpretarse de forma autónoma y ha de abarcar no solo las normas imperativas para los cónyuges, sino también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable.*

³¹⁶ En el primer caso, la confesión entre cónyuges, afecta al ámbito de la clasificación de los bienes (art. 27 a)), e indirectamente a la transferencia de bienes de “una categoría a otra” (art. 27 b)). En cambio, la donación o venta de un bien privativo hecha por un cónyuge al otro o a un tercero, en principio, no incide en la materia matrimonial, según el diseño europeo (salvo que se plantee un conflicto que haya de ser dirimido conforme a las reglas del régimen económico matrimonial). Pensemos en dos cónyuges empresarios individuales sujetos a un régimen de separación que en el marco de su actividad profesional llevan a cabo una transacción comercial entre ellos. Probablemente la misma sea totalmente ajena al ámbito de sus relaciones conyugales y de la economía común, y por tanto se sitúe fuera del campo de los objetivos que el Reglamento asigna a la convención matrimonial.

análisis pormenorizado de la situación, según las circunstancias concurrentes. Por eso, parece aconsejable hacer una diferenciación distinguiendo escalonadamente varios niveles. Así, primeramente, puede considerarse con carácter general que toda estipulación directa o mediatamente prescriptiva, o que incida en la organización patrimonial o esquema estructural del régimen, o en su liquidación y reparto, habrá de ser considerada como propiamente capitular. Estas estipulaciones constituyen el centro medular de los capítulos. Son las que propiamente tienen la virtualidad de derogar las reglas divergentes establecidas por la ley aplicable. Pero no son las únicas. No se puede descartar *a priori* de la calificación de *convención matrimonial* a estipulaciones de otro orden, pues no existen datos normativos claros que avalen esta postura³¹⁷. Probablemente, para continuar con esta búsqueda de parámetros delimitadores del contenido capitular, haya que reparar en la elasticidad con que el Reglamento, desde una visión en conjunto de sus disposiciones, construye este concepto, así como la finalidad y objetivos a los que se orienta su regulación. Quizás, parafraseando al Considerando 18³¹⁸, pudiera considerarse que dentro del concepto autónomo de capitulaciones se distingue un núcleo capitular, de *regulación exclusiva y específicamente previsto para el matrimonio*, que coincidiría básicamente con el estrato nuclear al que acabamos de hacer referencia, y otro, de contornos más variables, que comprende *“toda relación patrimonial entre cónyuges o entre éstos y los terceros”*. Claro que este inciso no resulta muy técnico ni preciso, sino que es profundamente genérico y ambiguo. Pero sí apunta a que existe otro nivel capitular distinto del anterior. En él habrían de incluirse todas aquellas relaciones negociales (distintas de las anteriores, las que constituían el cogollo capitular) de trascendencia económica entre cónyuges siempre que incidan o afecten a la organización patrimonial de la pareja y que se cohonesten y estén en línea con los objetivos del Reglamento (como ocurre con buena parte de las estipulaciones preventivas de naturaleza patrimonial)³¹⁹. Quedaría así fuera de este concepto un tercer estrato negocial que, pese a tener por objeto una *“relación económica entre cónyuges o entre éstos y los terceros”* y estar comprendida en el ámbito de la ley aplicable, no tiene influencia ni alcanza a alterar la organización de la economía común de los cónyuges (según se delimita en su respectivo régimen económico); por eso, estas relaciones patrimoniales conyugales no tendrían el carácter de convención matrimonial, lo

³¹⁷ No obstante, el propio Considerando 48 parece aludir a las capitulaciones, no tanto como un género, sino como una especie (*tipo*) de disposición sobre el patrimonio conyugal.

³¹⁸ Cdo. 18 in fine: *Incluye no solo las capitulaciones matrimoniales específica y exclusivamente previstas para el matrimonio por determinados ordenamientos jurídicos nacionales, sino también toda relación patrimonial, entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución.*

³¹⁹ En este apartado cabría incluir los acuerdos preventivos (en lo que se refieran a materias incluidas en el ámbito del Reglamento), pues, aunque no tenga esa consideración a nivel interno, si la tendrán a nivel reglamentario. Es decir, buena parte de esas variedades tipológicas que se comprenden en el derecho español dentro del concepto amplio de negocios jurídicos de derecho de familia, como los pactos preventivos o los pactos de separación amistosa, además de los genuinamente capitulares, se integran en el concepto europeo de convención matrimonial (salvo si, *ratione materiae*, desbordan su ámbito de aplicación material).

que determinaría su irrelevancia capitular³²⁰. Finalmente podría distinguirse una última cota negocial, de contenido diverso, que escapa no solo al concepto de convención matrimonial europeo, sino que rebasa las fronteras del campo de aplicación del Reglamento, que englobaría todo lo relativo a materias excluidas del mismo (ya de corte personal, ya patrimonial), aunque se inserten en el *instrumentum* capitular. En todo caso, a pesar de sus contornos difusos, no se trata de una cuestión baladí, toda vez que la calificación conforme al Reglamento de una estipulación como convención matrimonial determina su sujeción a un específico régimen jurídico, conformado por las reglas y principios que emanan del Reglamento y la regulación resultante de las leyes sobre las condiciones de validez formal y material a que se remiten los arts. el art. 24 y 27 g) RREM (todo ello sin perjuicio de la incidencia que al nivel interno, pueda tener una (segunda) calificación conforme al derecho material aplicable). Las normas del Reglamento, con carácter general, solo tendrían aplicación respecto del contenido negocial que con arreglo al mismo pueda reputarse de capitular.

5.3. *Ámbito temporal*

136. En la definición de la convención matrimonial que ofrece el Reglamento, bajo la indicación que se hace a los *cónyuges o futuros cónyuges*, como otorgantes del negocio capitular, subyace una referencia temporal que es conveniente precisar. En una apreciación literal parece que la norma, con esa alusión subjetiva, trata de determinar el momento en que se puede otorgar el pacto capitular, antes o constante el matrimonio. Se observa, a primera vista, un cierto paralelismo con el pacto de elección de ley, que también puede otorgarse en cualquier momento, antes y constante el matrimonio. Sin embargo, este paralelismo pudiera no ser absoluto. En efecto, desde la perspectiva de una lectura contextual del Reglamento ha de hacerse especial hincapié en el artículo 27 e) que incluye, como materia específica del régimen económico matrimonial, su liquidación. La liquidación

³²⁰ Ej. Una compraventa entre cónyuges, o una permuta entre estos de distintos bienes privativos, parece que quedarían sujetos al derecho general de los contratos. Una transacción entre un cónyuge y un tercero evidentemente presenta aspectos que quedan sujetos al Reglamento, en la medida en que la titularidad, el poder de gestión o el alcance de la responsabilidad de las distintas masas patrimoniales viene determinado por las reglas del régimen económico matrimonial, mas no constituye en sí mismo una convención matrimonial, pues ni siquiera cumple el requisito básico de constituir un “acuerdo entre cónyuges” al que alude el art. 3.1.b. Lo mismo podría decirse del contrato de arrendamiento en virtud del cual un cónyuge arrienda un inmueble privativo al otro consorte, a pesar de que en este caso se cumple el elemento subjetivo de ser un contrato entre cónyuges. Las donaciones entre cónyuges merecen una reflexión particular, por su variada tipología. Puede tratarse de donaciones simples, sujetas al régimen general, lo que a nivel internacional supondría su encaje dentro del RRoma I. Hay otros supuestos más discutibles como las donaciones *propter nuptias* que por su especial causa y finalidad matrimonial normalmente se sujetan a un régimen específico ligado a las vicisitudes del matrimonio, lo que pudiera justificar su inclusión en el ámbito material del REEM. También cabría aludir a las donaciones entre cónyuges que presentan alguna significación sucesoria (donación en concepto de mejora, pacto de mejora con entrega de bienes etc.) que son figuras que, en mayor o menor medida, pivotan en torno a la sucesión (como pactos sucesorios) y que podrían reclamar su sujeción al RS.

se configura como un concepto que no solo es independiente de la disolución del régimen, sino también de la disolución del propio matrimonio, lo que explica que con cierta frecuencia se produzca después de que se declare esta última, de donde se deduce que el ámbito de la ley aplicable se extienda también a la liquidación post matrimonial, es decir, a la que, en palabras del Reglamento, tiene lugar *después de su disolución [del matrimonio] hasta la liquidación del patrimonio*³²¹. Esta específica referencia permite sostener que la materia económico matrimonial, y su ley rectora, sobreviven al matrimonio mismo, hasta que se extingan sus efectos patrimoniales con la liquidación y reparto de las masas conyugales, lo que, en definitiva, supone dar carta de naturaleza económico conyugal a las operaciones liquidatorias, o a aquéllas medidas que establecen un régimen específico de gestión diferente del común patrimonial para la comunidad postconyugal, que son acordadas tras la disolución del matrimonio en aquellos países en que, como el nuestro³²², el *tempus* de la liquidación y la disolución no tiene por qué ser coincidente. Entonces, resulta posible deducir, sin que exista ninguna norma reglamentaria que lo prohíba, que desde la perspectiva del Reglamento los pactos que tengan por objeto la liquidación, hasta el reparto de los bienes conyugales, son posibles en cualquier tiempo, incluso tras el matrimonio, sin que necesariamente se altere su naturaleza capitular y la sujeción a las reglas previstas por el Reglamento para las convenciones matrimoniales³²³. En todo caso, puede matizarse, que lo que no ofrece ningún género de duda es que son posibles los pactos materiales celebrados durante el proceso de divorcio; los celebrados después del matrimonio, específicamente los liquidatorios, tengan o no la consideración de convención matrimonial, deben entenderse incluidos en el campo de aplicación de la ley rectora. Si no se conceptuasen como estipulaciones capitulares, quedarían fuera de su específico régimen jurídico y no resultarían aplicables las eventuales condiciones de forma que estableciese la ley de la residencia habitual de los cónyuges, que de este modo no

³²¹ Considerando 52: *La ley que se determine aplicable al régimen económico matrimonial debe regirlo desde la clasificación de los bienes de uno o ambos cónyuges en diferentes categorías durante el matrimonio y después de su disolución hasta la liquidación del patrimonio*. En sentido contrario parece manifestarse AÑOVEROS TERRADAS, B., op. cit. p. 828, 830.

³²² Art. 90 Cc: 1. *El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: ...e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio*. Este criterio, no discutido en nuestra doctrina, es seguido por la STS 30/12/1917 que establece que *“La sentencia recurrida desconoce la diferencia entre disolución y liquidación. La liquidación puede posponerse a un momento posterior, realizándose de forma paccionada o, como ocurre en el presente caso litigioso, por el procedimiento judicial de los arts. 806 ss. LEC. La liquidación no es contenido necesario del convenio regulador (art. 90.1.e. Cc. , solo «cuando proceda») ni, tampoco, de la sentencia que, a falta de acuerdo, deba fijar las «medidas definitivas» (arg. arts. 91 CC y 774.4 LEC; lo confirma ahora con claridad la redacción del art. 95.I CC tras la Ley 15/2015, de 2 de julio, conforme al cual, la sentencia firme produce la disolución del régimen económico y «aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto»*.

³²³ Como señala, en el mismo sentido, WAUTELET, P., op. cit p. 288, por razones de coherencia, cabe estimar que los acuerdos entre excónyuges que tienen por finalidad organizar la liquidación del régimen matrimonial constituyen una convención matrimonial. Por eso, un pacto post matrimonial por el que se determinen las reglas de la liquidación debe entenderse que quedan sujetos a este Reglamento y a la ley designada conforme al mismo.

resultaría reclamada. A otro nivel, claro está, se situaría la cuestión de si son posibles con arreglo a la *lex causae* (que puede establecer, y así ocurre con cierta frecuencia, otras coordenadas temporales más restrictivas), que también se proyecta esta materia.

5.4. *Modulaciones convencionales a su eficacia*

137. Partiendo del carácter negocial de las capitulaciones, no parece que haya inconveniente en admitir que puedan otorgarse sujetas a algún plazo o condición. Esta es, por ejemplo, la visión que prevalece en la doctrina española respecto de las capitulaciones internas³²⁴. Presentan la problemática especial de cómo se acredita el cumplimiento de la condición (pues, podrían requerir un soporte formal de la misma naturaleza que el que contiene el pacto capitular) y especialmente su régimen de publicidad y la oponibilidad a terceros. En todo caso, tanto estas cuestiones, como la de su propia admisibilidad, quedan al albur de lo que al efecto disponga la ley aplicable, en las que no se inmiscuye el Reglamento.

5.5. *Ámbito subjetivo*

138. La referencia a los *cónyuges o futuros cónyuges* contenida en el art. 3.1 b) también pudiera tener otro significado: el de circunscribir el concepto de convención matrimonial a la que otorgan exclusivamente aquéllos. Y así debe entenderse la regla, en el sentido de que los únicos sujetos de la capitulación matrimonial (y los únicos legitimados para organizar su régimen matrimonial) han de ser los esposos o futuros cónyuges. Mas esta premisa no es incompatible con que en el instrumento capitular se incluyan otros pactos en los que participen otras personas (es el caso contemplado en nuestro art. 1331 Cc). Estos pactos para o ultra capitulares, incluidos en el *instrumentum* en que se formaliza la convención matrimonial quedarán sujetos a la ley que sectorialmente les resulte aplicable, pero no afectan a la validez de la convención matrimonial, en cuanto tal, ni borran el carácter capitular de las estipulaciones relativas a su régimen económico matrimonial que establezcan los cónyuges, quienes conservan su autonomía capitular (al margen de las incidencias que su ejercicio pudiera reportar a esos pactos o atribuciones realizadas por los terceros otorgantes del *instrumentum*, si fuesen causalmente interdependientes). La intervención de estos terceros, cualquiera que sea el alcance de sus pactos, no restringen —pues en otro caso no resultarían admisibles— la libertad y soberanía capitular de los consortes para la modificación del su régimen económico, cuyo ejercicio solo a ellos les compete.

5.6. *La divergencia entre el concepto europeo y los nacionales: consecuencias*

³²⁴ En nuestro país en ocasiones se pacta un régimen, normalmente de comunidad (específicamente el de comunidad universal) sujeto a la condición de que haya hijos comunes.

139. Tal y como se reconoce en el preámbulo del Reglamento, el concepto de los capítulos no es uniforme en todos los Estados participantes, sino que bascula entre diferentes concepciones principalmente, la que lo constriñe a la ordenación del sustrato económico del matrimonio, la que admite la regulación de las consecuencias de su disolución y toda suerte de pactos atributivos, y la que les reconoce cierta virtualidad sucesoria, e incluso de ordenación de los derechos y deberes personales de los consortes. A su vez, desde una perspectiva causal puede distinguirse el contenido normativo y el contenido atributivo de los capítulos. Ni siquiera internamente, constituyen siempre un concepto unívoco o cerrado³²⁵.

140. Ante esta diversidad, no solo terminológica sino principalmente tipológica, el engranaje de los diferentes conceptos nacionales de capitulaciones con el europeo puede plantear alguna cuestión, especialmente por la remisión que hace el Reglamento a las legislaciones nacionales, tanto en materia de forma como de control de fondo. Surgen dos planos, el del Reglamento y el interno que, si se superponen, a menudo no resultarán totalmente coincidentes. Habrá materias que sean propias del ámbito capitular según la concepción interna y que queden fuera de la definición reglamentaria (ej. delegación de la facultad de mejorar) y, viceversa, otras cuestiones que el Reglamento conceptúa como capitulares y que, sin embargo, desborden el ámbito que el derecho interno reserva para este tipo contractual (ej. algún tipo de pacto preventivo de naturaleza patrimonial). Esta falta de coincidencia conceptual origina una problemática que requiere de alguna

³²⁵ En España, ciñéndonos al ámbito del derecho común, el término capitulaciones matrimoniales no deja de ser una expresión polisémica, que tanto hace referencia a un tipo de negocio familiar, el relacionado con la economía matrimonial, cuyo núcleo radica en la estipulación, modificación, o sustitución del régimen económico matrimonial, de clara trascendencia normativa, como a un concreto molde contractual: la escritura pública otorgada por los cónyuges en la que además de estipulaciones capitulares propiamente dichas puede contener toda suerte de pactos conectados causalmente, de forma más o menos intensa, con el matrimonio y con su disolución (pudiendo llegar a tener una clara vertiente sucesoria, que cae fuera del ámbito del derecho designado conforme al Reglamento). Desde el punto de vista negocial, el *negotium* capitular, tradicionalmente se relacionaba con las actuaciones o pactos conyugales de orden patrimonial con trascendencia esencialmente prescriptiva, ya indirectamente a través de la opción por uno de los regímenes tipificados, ya de forma inmediata mediante la introducción de una reglamentación que sustituye a la legal. Junto a este bloque normativo, se encontraban las atribuciones patrimoniales entre cónyuges. A partir de esta precisión, se sostenía que éste era el único contenido propio del *negotium* capitular y el único que necesitaba reflejarse en el *instrumentum* capitular, en escritura pública. Sin embargo, actualmente el negocio capitular muestra una delimitación más imprecisa, en evolución (como se pone de manifiesto en algunas legislaciones civiles territoriales), pues además de su contenido tradicional, anclado en la determinación del aspecto económico del matrimonio mismo, en lo que se identifica con el régimen secundario, puede llegar a abarcar otras dimensiones patrimoniales, normativas o atributivas, que trascienden a la vigencia del vínculo matrimonial; dimensiones que inicialmente eran propias de otros pactos que surgieron como atípicos, como los denominados pactos prematrimoniales o los pactos de separación amistosa, para encauzar los efectos de la crisis matrimonial. Esta ampliación de contenidos da paso a una cuestión, que no está clara ni definitivamente resuelta, relativa a si la exigencia formal del *instrumentum* capitular, la escritura pública —como forma constitutiva— se extiende a todo el posible contenido capitular, o si se reserva exclusivamente para el tradicional y más típico (criterio que predomina en la actualidad), y si está problemática puede tener consecuencias transfronterizas.

precisión, habida cuenta que el derecho nacional es llamado por el Reglamento, lo que determina una interacción entre las diversas regulaciones, nacional y europea, de la que pueden surgir conflictos en función de la diferente calificación que cada ámbito normativo pueda dispensar. A tal efecto, pueden establecerse las siguientes premisas:

a. Por una parte, toda la materia considerada internamente como capitular que traspase los límites reglamentarios quedarían sometidas a otra ley rectora, la que designe, en función de la materia, la regla conflictual aplicable, ya sea europea (ej. pensión compensatoria, materia alimenticia, o sucesoria) o nacional (ej. derechos y deberes de contenido personal del matrimonio). Esta situación se presentará con frecuencia, por lo que desde la perspectiva del derecho aplicable se produce una sectorización del contenido capitular, que reclamará un derecho distinto (tanto en el orden formal como de fondo) al designado por el Reglamento respecto de aquellos pactos o cláusulas que desborden la materia propia del régimen económico matrimonial.

b. Al mismo tiempo, si la materia es considerada como capitular desde el punto de vista europeo pero no desde el punto de vista nacional, por ser su ámbito más restringido, puede determinar consecuencias de diferente orden. Por una parte, desde la perspectiva del ámbito de la ley aplicable, habría que atender inexorablemente al derecho designado por el RREM. Correspondería al derecho al que remite el Reglamento regular las cuestiones de validez material de esa materia (cualquiera que sea la calificación interna de su contenido y el sector al que el derecho nacional la adscriba). Sin embargo, la situación se torna es más compleja cuando se trata de fijar las condiciones de validez formal. Podría pensarse, que la aplicación de las reglas formales internas establecidas para los negocios capitulares establecidas en los Estados nacionales reclamados por el Reglamento solo estaría justificada si desde la perspectiva interna tales pactos tienen naturaleza capitular, a la luz de la propia definición nacional de lo que constituye la materia capitular. Pensemos en un documento en el que se formaliza la liquidación amistosa de un régimen de comunidad y que uno de los cónyuges reside en un Estado (participante) que no atribuye a la liquidación el carácter de pacto capitular, pero que, sin embargo, establece que las capitulaciones han de otorgarse en documento público. El Reglamento, como luego se analiza, no establece una regla formal uniforme (salvo la exigencia de forma escrita, firmada y fechada) sino que remite este aspecto a distintas leyes nacionales. ¿Como habría que entender esa remisión? Parece que atendiendo al tenor literal y a la finalidad de la regla contenida en el art. 25, tendría cierta lógica entender que la remisión se focaliza en el conjunto de reglas formales propias previstas en la ley reclamada para los capítulos (si se conceptúan como tales conforme al concepto autónomo que dispensa el Reglamento, con independencia de que internamente la ley reclamada no califique a los pactos en cuestión como propiamente capitulares). Aunque la solución apuntada pudiera resultar discutible, existen dos argumentos que parecen apoyar esta respuesta. Por una parte, el Reglamento no remite genéricamente a la ley nacional, sino que establece *que los requisitos formales*

adicionales establecidos en ésta ley (residencia habitual) para las capitulaciones matrimoniales, *serán de aplicación*. Por otra parte, esta es la solución más acorde con lo que se prevé para las condiciones formales del pacto de elección. Resultaría incongruente que en estos casos se aplicasen mayores requisitos formales al pacto de elección (sujetos a los requisitos que la ley de la residencia establezca, no para el pacto de elección sino, para las convenciones matrimoniales) que a las propias convenciones que el Reglamento reputa como capitulares³²⁶. Por eso, podría sostenerse que una interpretación coherente y uniforme del Reglamento parece apuntar a que la convención matrimonial autónoma que éste regula requiere, desde el punto de vista formal, que se respeten las solemnidades que leyes reclamadas establezcan para las capitulaciones (y no las que corresponderían con arreglo a la calificación interna que según estas leyes se atribuya al pacto en cuestión). Esta solución, si bien resulta más rigurosa (y quizás excesiva), parece la más segura, al menos hasta que exista una doctrina del TJUE sobre la cuestión³²⁷.

5.7. Condiciones de validez

141. En materia capitular el Reglamento sigue un sistema que guarda cierta analogía con previsto respecto del pacto de *lege utenda*, en el que se confiere una especial dimensión al derecho material interno, a través de la técnica de la remisión. Sin embargo, surgen diferencias motivadas por la preocupación de elevar el rigor de las solemnidades capitulares y, también por la mayor complejidad del contenido contractual capitular, frente al del pacto de elección, en que las cuestiones de fondo se limitan mayormente a la problemática del consentimiento, de su existencia y de su validez y no tanto de su contenido. Por ello, se desdobra la regulación de las condiciones de validez de las capitulaciones en dos artículos, el artículo 25 previsto para las cuestiones formales, y el artículo 27 g), ubicado dentro de la regulación del “ámbito de aplicación de la ley aplicable”, para las cuestiones de fondo y contenido, elevando el protagonismo de *la lex causae*.

5.7.1. Validez formal

142. La primera nota que caracteriza la regulación del Reglamento es el nuevo enfoque, totalmente autónomo, que introduce en relación a las formas capitulares. Abandona el principio del *favor validitatis*, seguido en muchos estados, que favorecía la entrada alternativa de varias leyes, y se decanta por establecer un régimen (en el que se combinan requisitos formales autónomos y los adicionales previstos en las leyes nacionales reclamadas) que guarda cierto paralelismo con el estatuto formal previsto para el contrato de elección, aunque acentúa la rigidez en el ámbito capitular. Todos los requisitos

³²⁶ En el mismo sentido parece que se manifiesta KOHLER, C., op. cit. p. 218.

³²⁷ De la calificación nacional de convención capitular también dependen, sin embargo, otras cuestiones, de evidente trascendencia, como son las fiscales o registrales.

necesarios para la validez formal del pacto de elección constituyen a su vez exigencia formal de las capitulaciones. Pero además se añaden las solemnidades que establezca la ley rectora. De este modo resulta que en el ámbito capitular, sobre las condiciones establecidas directamente por el Reglamento, han de observarse los requisitos formales adicionales que cumulativamente establezcan las dos leyes a las que se da entrada: por una parte —al igual que ocurre en el pacto de *lege utenda*— la ley de la residencia habitual (común o de cualquiera de los cónyuges³²⁸), siempre que corresponda a un Estado miembro, y por otra, y en este punto es donde se presenta la divergencia, la ley rectora del régimen matrimonial, ya sea la de un estado participante o la de un tercer Estado. En cambio, la *validez material* solo se somete a esta última ley (art.27g), razón por la que el Reglamento, de manera directa, solo se ocupa, con relación a las capitulaciones, de sus condiciones de forma.

143. La solución que adopta el Reglamento contrasta con la que postulaba la Convención de la Haya de 1978, que admitía la validez formal de las capitulaciones si se ajustaban a la ley reguladora del fondo o a la *lex loci*³²⁹. También resulta más flexible el régimen previsto en el derecho español de producción interna. Aunque el artículo 12.2 Cc (a falta de norma específica) establecía que en todo caso habrían respetarse las condiciones de validez formal previstas en la ley aplicable al contenido del acto o contrato (descartando la aplicación del abanico de leyes enumeradas en su párrafo primero), lo cierto es que el estatuto formal se beneficiaba de la elasticidad derivada del elenco de leyes, previstas en el art. 9.3 Cc, que podían regular el fondo del negocio capitular. En definitiva, se sancionaba el principio de que la ley elegida para regular el fondo es, entre aquellas leyes que admiten su validez, la que requiera menos formalidades, lo que significaba que se reputasen válidos los capítulos siempre que se acogiesen a los requisitos formales que establezca alguna de las leyes que reconocen su validez de fondo³³⁰. El

³²⁸ En caso de que un solo cónyuge resida en un Estado Miembro, se aplicará la ley de éste.

³²⁹ Art. 12: *El contrato matrimonial es válido en cuanto a la forma si ésta responde sea a la ley interna aplicable al régimen matrimonial, sea a la ley interna en vigor en el lugar en que se ha celebrado el contrato. En todo caso, el contrato matrimonial constará en un escrito fechado y firmado por ambos cónyuges.*

³³⁰ Res. DGRN de 25 de septiembre de 2006. *“Pues bien, el singular planteamiento de la cuestión respecto de las capitulaciones matrimoniales hecha por el artículo 9 número 3 del Código civil, enfocado no a determinar una ley aplicable, sino a señalar las distintas leyes que pueden ser empleadas como o parámetros de validez de las capitulaciones, supone que, a los efectos del artículo 11 número 2, pueden ser varias las leyes que reconozcan dicha validez de fondo, cuyo régimen sobre imposición o no de determinadas formalidades puede divergir. En tal caso, se hace preciso determinar selectivamente cuál de las leyes concurrentes reclamadas por cualquiera de los puntos de conexión alternativos del citado precepto rige el fondo de las capitulaciones a efectos de determinar la exigibilidad o no de formalidades impuestas con carácter ad solemnitatem. La doctrina más autorizada apunta como guía de solución el criterio favor validitatis que impregna el artículo 11 del Código civil en materia de forma de los actos y contratos, lo que inclinaría a acoger como principio de elucidación del tema el de entender que la ley rectora del fondo de las capitulaciones ha de ser la menos exigente en cuanto a las formalidades extrínsecas de las capitulaciones...”* Ahora bien, una vez determinada la *lex causae*, se han de cumplir todas las exigencias formales que requiera.

principio *favor negotii* que inspiraba las normas de DIPr español interno (actualmente desplazado por el REEM, respecto de los matrimonios celebrados o que hayan elegido la ley aplicable con posterioridad al 29 de enero de 2019) se proyectaba, de esta forma, sobre el plano material y formal.

144. El diseño formal que establece el Reglamento se organiza por capas. A través de una norma material, contenida en el art. 25, se establece la base formal mínima que se concreta en la exigencia de que los capítulos consten por escrito, en soporte papel o electrónico, que ha de estar datado y firmado. Superado el sustrato formal autónomo que impone el Reglamento, hay que atender a las formalidades adicionales que establezca la ley de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges (siempre que sea la de un Estado Participante) y, cumulativamente, a las que prevea la *lex causae*, haya sido elegida o determinada objetivamente (ya sea la de un Estado Participante o la de un tercer Estado).

145. Este concurso de normas de aplicación acumulativa, las europeas que establecen la base formal mínima y las nacionales (aunque el concurso de derechos internos solo se produce si los cónyuges o alguno de ellos reside en un Estado miembro, pues en otro caso solo resulta llamada la *lex causae*) multiplica las exigencias formales y dificulta enormemente la labor de los operadores jurídicos, planteando un importante problema de coordinación, habida cuenta de que la pluralidad de fuentes formales aumenta el riesgo de anulación por vicios de forma, pues no cabe duda que la infracción de las reglas que directamente establece el Reglamento o las que prescriben los derechos internos a que éste se remite aboca inexorablemente a la ineficacia de la convención matrimonial. El operador jurídico está llamado, además de respetar sus propias normas de actuación (*lex auctor*)³³¹, a asegurarse de que cumple el sistema formal múltiple que establece el Reglamento; esta problemática se le va a presentar principalmente con ocasión de la elaboración del documento capitular, e incluso, también pudiera darse con ocasión de la autorización o intervención de un acto otorgado por un cónyuge sujeto a un estatuto capitular (en función del país de origen del documento), pues ha de asegurarse de la regularidad de la convención matrimonial invocada³³². Sobre lo expuesto, dos tipos de problemas añadidos se presentan en esta labor preventiva del operador jurídico. Por una parte, el Reglamento no define ni precisa dato alguno para distinguir entre las condiciones de validez formal y material, y de esta forma abre el camino a la incertidumbre,

³³¹ Pese a la intrascendencia internacional de la *lex auctor* y de la *lex loci*, no cabe desdeñar que la *lex auctor* puede presentar cierta relevancia desde un punto de vista funcional (a los efectos de examinar su posible equivalencia) y competencial (el documento público realizado por funcionario u operador incompetente *ratione materiae* puede acarrear la nulidad del acto (o que se le desprovea de su condición de documento público).

³³² Contrastando que se han cumplido todas las condiciones de forma y fondo que establecen los derechos llamados, específicamente si ha sido autorizado por un operador jurídico de un Estado distinto de aquel cuyo derecho se aplica, o si el país de origen es un tercer Estado. No hay que olvidar que la presunción de legalidad se diluye respecto de los actos que autoriza un notario, sujetos, total o parcialmente, a una ley extranjera.

umentando el riesgo de nulidad por motivos formales. La cuestión de la determinación de la naturaleza formal o material de un requisito impuesto por la ley de la residencia habitual³³³ puede resultar relevante, pues solo resultaría exigible si tiene carácter formal. De ahí que de esta calificación pueda depender la eficacia del pacto capitular (ej. pensemos en que el derecho de la residencia habitual establezca los requisitos de prestación separada del consentimiento, homologación judicial, información económica, periodo de reflexión, medidas de publicidad³³⁴ etc.). Solo si se les considera como requisitos de orden formal han de ser cumplidos, a diferencia de los establecidos en la *lex causae*, que han de observarse todos, cualquiera que sea su naturaleza³³⁵. A falta de un concepto autónomo, y en tanto la jurisprudencia europea no ofrezca las bases para su delimitación hay que entender remitida esta cuestión a los derechos internos. Por otra parte, también ha de enjuiciarse la equivalencia funcional de los documentos públicos capitulares que se le presenten³³⁶. Asimismo, debe tenerse en cuenta que algunos de los pactos susceptibles de contenerse en capitulaciones gozan de una cierta autonomía regulatoria que a veces entraña un reforzamiento en el orden formal, respecto del régimen general capitular³³⁷.

³³³ Esta distinción entre la naturaleza formal o material de los requisitos tiene menor importancia respecto de los que establece la *lex causae*, pues deben de cumplimentarse todos.

³³⁴ La inscripción en el registro civil solo debe considerarse como una condición de validez formal si reviste carácter constitutivo.

³³⁵ Desde esta perspectiva quizás encuentre cierta justificación que la ley de la residencia habitual solo sea llamada cuando se trate de un Estado Participante, lo que permite asegurar, ante el silencio del Reglamento, un mayor grado de homogeneidad que facilite alcanzar una cierta dosis de uniformidad y autonomía en la interpretación de lo que constituye el perímetro de las condiciones de validez formal, facilitando su identificación. Vid. el análisis que hace WAUTELET, P., op. cit. p. 740-754, de diferentes requisitos en orden a su eventual calificación como formal o material.

³³⁶ Habitualmente en la mayoría de los países participantes se exige el documento público. Sin embargo, si esta exigencia es impuesta por dos legislaciones que resulten aplicables podría plantearse algún problema de equivalencia funcional si los requisitos del documento público establecido por los derechos concurrentes no son análogos (en este sentido, WAUTELET, P., op. cit. p. 762.). Especialmente tendrá relevancia la calificación del elemento de la equivalencia funcional, cuando la ley aplicable exija documento público notarial (dadas las diferencias existentes entre los distintos sistemas notariales). Vid. RDGRN de 25 de septiembre de 2007. Sin embargo, esta doctrina parece que debe precisarse actualmente, pues solo resultaría aplicable respecto de las capitulaciones formalizadas en el extranjero si estuviese sujetas al régimen formal del país de destino. Hay que tener en cuenta que el Reglamento uniformiza las condiciones de validez formal que prevalecen y se imponen sobre la ley del Estado de destino. Así, por ejemplo, debieran de ser admisibles en España las capitulaciones hechas en el extranjero adecuadas a los moldes formales autónomos y adicionales que puedan resultar de las leyes aplicables (residencia habitual o *lex causae*) aunque no consten en documento público, o éste no sea funcionalmente equivalente, en congruencia con el art. 23 RREM.

³³⁷ Así, si uno de los consortes tuviese su residencia habitual en Cataluña, en caso de que las capitulaciones contuviesen pactos preventivos, para asegurar la validez de estos, habrían de observarse las especiales reglas formales previstas en el art.231.20 1 y 2 del CCCF.

5.7.2 Validez material

5.7.2.a. Consentimiento

146. Las condiciones de fondo o requisitos de validez material se someten a los dictados de la *lex causae* (art. 27 g). También en este punto se elimina toda posibilidad alternativa, o cláusula de *favor validatis*, ya que la ley aplicable al fondo es, indefectiblemente, la *lex causae*. En lo que hace referencia al consentimiento capitular ni el texto articulado ni siquiera los considerandos aluden al requisito del consentimiento informado. No obstante, parece razonable tratar de favorecer la interpretación de que también en materia de consentimiento hay unas bases mínimas, con mayor razón si cabe, dado el mayor rigor y el más amplio alcance regulatorio de los capítulos que los que se establecen para el pacto de *lege utenda*. El consentimiento capitular ha de ser libre, inequívoco e informado, siendo trasladable a este ámbito las consideraciones que se expusieron en torno al pacto de elección³³⁸. En esta línea, es decir, a partir del paralelismo entre el pacto de elección de ley y el pacto capitular se ha planteado la posibilidad de que la regulación establecida en el art. 24 alcance también a la materia del consentimiento en los pactos capitulares³³⁹. De esta pretendida equiparación se desencadenaría una consecuencia importante: ampliar el rol de la ley de la residencia habitual (del cónyuge impugnante vigente al tiempo de presentación de la demanda) al control del consentimiento capitular. No obstante, existen argumentos para considerar que no cabe aplicar la regla contenida en el art. 24.2 RREM a las convenciones matrimoniales³⁴⁰, entre los que podemos apuntar los siguientes. Por su carácter excepcional y la especial incertidumbre que acarrea no se justifica que se aplique a supuestos distintos de los expresamente contemplados. Además, en este caso, el Reglamento, a diferencia de lo que prevé para el pacto de *lege utenda*, de modo expreso remite la regulación del

³³⁸ En esta materia tradicionalmente en los derechos internos es clave el principio del consentimiento informado y libre que ha de descansar sobre una base informativa paritaria, lo que obliga al operador jurídico, en caso de desigualdad, a procurar la simetría informativa, descartando toda hipótesis de sometimiento por parte del cónyuge más débil, por razones económicas o de instrucción.

³³⁹ Así lo entiende RIPOLL SOLER, A., op. cit p. 233 y ss., sobre la base de i) la dicción literal del art. 24 (que habla de la existencia y validez de un acuerdo sobre elección de ley aplicable o sus disposiciones”) entendiéndose en que esas otras “disposiciones” distintas del pacto de *lege utenda* necesariamente van referidas a las disposiciones capitulares, ii) la incardinación sistemática del art. 24 entre la regulación de la validez formal del *pactum electionis* y la validez formal de los capítulos, y iii) que ambos tipos de negocios, el capitular y el de *optio legis*, no dejan de ser más que dos planos de la misma realidad.

³⁴⁰ Así JIMÉNEZ BLANCO, P., op. cit p. 101 y 102, señala que haciendo un análisis comparativo con el Reglamento Roma I, que constituye antecedente inmediato de este artículo 24, se observa que contiene una regulación diferenciada entre la del consentimiento y la validez material del pacto de elección de ley y el consentimiento y validez material del propio contrato. Además, añade la sutileza de que dicho precepto al referirse a la ley rectora del consentimiento y de la validez material solo contempla como aplicable la ley elegida, mientras que en materia capitular la ley rectora del consentimiento y del fondo tanto puede ser la ley elegida como la ley aplicable resultante de la aplicación de los criterios de conexión subsidiarios. Razón por la que debe entenderse que el art 24 solo incluye el *pactum electionis*.

consentimiento capitular, como condición de fondo (su formación, vicios y existencia) a la *lex causae*.

5.7.2.a Contenido (conflictual y material)

147. El alcance de las capitulaciones en su ámbito material queda subordinado a lo que establezca la ley rectora del régimen económico. Los cónyuges pueden escoger la ley aplicable, pero una vez formulada la *optio legis*, la ley elegida o, en su caso, la ley designada, es la que marca los límites que tienen los cónyuges para diseñar los efectos patrimoniales de matrimonio, incluso la propia admisibilidad de los pactos capitulares. A nivel español, el juego de la cláusula salvatoria recogida en el art. 9.3 Cc. potenciaba la creación de una esfera de autonomía de la voluntad, a un segundo nivel, muy amplia. Los pactos conyugales eran válidos, aunque no se ajustasen a la ley aplicable, si encontraban amparo en alguna de las otras leyes que admitía el citado precepto³⁴¹. Esta posibilidad no está permitida por el Reglamento. La validez de fondo es competencia exclusiva de la ley aplicable.

148. Las capitulaciones, al margen de su incidencia propiamente conflictual, a través del pacto de elección, pueden agotar las posibilidades de regulación convencional de la economía matrimonial, estableciendo el concreto régimen y los pactos adicionales que tengan por conveniente, siempre dentro de los márgenes de la ley aplicable. La libertad o autonomía para pactar su contenido puede abarcar la elección de uno de los regímenes tipificados legalmente, su modulación, introduciendo modificaciones en el elegido³⁴², o desarrollar un estatuto patrimonial completo de nueva planta. Toda la tipología contractual indicada, tendría cabida, si es conforme con la ley competente, *rectius* la ley rectora. Incluso sería posible, siquiera sea de forma limitada y como derecho estatutario, elegir el régimen regulado por la ley de un tercer país. Los cónyuges pueden determinar su régimen económico por referencia al regulado en una determinada ley, nacional o extranjera, distinta de la ley aplicable (salvo que ésta lo impida). En las capitulaciones sujetas a la ley española, podría convenirse al amparo de ésta, como ley aplicable, que el régimen fuese el de participación regulado en la ley alemana, o el de la comunidad reducida prevista en la

³⁴¹ También contrasta en este aspecto, del fondo, con la regulación española. En efecto, el art. 9.3, reconoce la validez de las capitulaciones cuando sean conformes “bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento”. Esta cláusula salvatoria facilita la validez de los capítulos matrimoniales. Permite que las partes puedan elegir, entre las opciones que ofrece el art. 9.3 Cc, a la que se considera como una norma de conflicto alternativa orientada a facilitar la consecución del objetivo material subyacente (*favor validitatis*), lo que posibilita entender que encubre una elección presunta de la ley que les conceda mayor validez; por ello, la ineficacia de los capítulos solo se produce si no encuentran amparo en ninguna de las leyes que relaciona el precepto indicado.

³⁴² Excepcionar algún bien o ganancia del patrimonio común, crear reglas especiales de gestión, modular el sistema de contribución a las cargas familiares, crear nuevos supuestos de disolución del régimen (ej, la separación de hecho), establecer derechos de *predetracción* sobre determinados bienes, etc.

ley francesa. *De facto* se amplía así, en cierta manera (a través de la entrada de su regulación material, por remisión), el abanico de leyes concurrentes, pues sobre la base de la elección de ley (y dentro de sus límites) las partes pueden prefijar de forma indirecta el alcance de su autonomía material³⁴³.

149. La combinación de la autonomía conflictual, sujeta al Reglamento, y de la autonomía material, sujeta a la *lex causae* delimita el ámbito de autorregulación conyugal. Se trata de un juego a dos bandas que puede dar lugar diferentes escenarios en que se susciten o sucedan distintas calificaciones. Es posible que la *lex causae* diseñe un contenido capitular más estrecho que el que delimita el ámbito de aplicación de la ley aplicable. En ese caso habría un problema de validez material, respecto de los pactos que infrinjan o sobrepasen los límites de esta ley, determinada conforme al Reglamento. Pero al mismo tiempo, cabe también que las capitulaciones contengan otros pactos económicos que desborden el perímetro reglamentario, donde habría que incluir la variada la tipología de pactos *ex post*, los pactos en previsión de una crisis, o incluso estipulaciones que incidan en la esfera personal de los cónyuges. En estos supuestos de contenido mixto, todo aquel sustrato convencional que supere o quede fuera de los confines del régimen matrimonial que dibuja la norma europea plantea un problema de orden conflictual, pues esta circunstancia va a determinar que, respecto de los mismos, se aplique otra *lex causae*, la que conflictualmente sea competente *ratione materiae*, que se designa al margen del Reglamento. Ésta *otra* ley es la que determinará la validez y eficacia de los pactos capitulares que desborden el perímetro comunitario del régimen económico del matrimonio (ej. pensiones compensatorias o alimenticias, acuerdos de trascendencia parental, pactos sucesorios, etc).

150. La ley aplicable regula el fondo o contenido capitular en aquellas materias incluidas en la enumeración el art. 27 (donde, indirectamente, se dibuja de forma positiva el perímetro o marco de competencia del derecho aplicable), teniendo especial incidencia en la mayoría de los países participantes, como establece el Cc español, los límites generales derivados de la igualdad, las buenas costumbres y las reglas imperativas³⁴⁴. Se

³⁴³ RODRÍGUEZ RODRIGO, J., "Relaciones económicas...", p. 148 y 149, apunta que "es posible que las partes elijan varias leyes aplicables para regular distintas partes de las capitulaciones matrimoniales", de modo que a través de la autonomía de la voluntad se puede realizar esa múltiple elección y fraccionar el régimen económico matrimonial, siempre que la elección plural, para las distintas partes del régimen económico no conduzcan a una incoherencia de la regulación. En realidad no parece que sea posible la elección de varias leyes, sin perjuicio de que sea viable (siempre que lo permita la *lex causae*, que tendría una función reguladora total) que determinadas partes del contenido capitular se regulen por remisión a leyes diferentes, cuya eficacia vendría dada por esa remisión capitular (por lo que operarían como mero derecho convencional por remisión) siempre que el contenido capitular resultase congruente y que su resultado fuese compatible con el contenido de la ley aplicable.

³⁴⁴ Las cuestiones relativas a la capacidad quedan excluidas, incluso probablemente las llamadas capacidades especiales, que quedarían sometidas a las normas conflictuales internas. AÑOVEROS TERRADAS, B., op. cit. p. 831, alude en apoyo de esta tesis, al diferente tratamiento que a esta cuestión le otorga el RS, cuyo art. 26.1 a)

trata de límites que frecuentemente son más estrictos que los que rigen en el derecho general de los contratos, lo que a veces implica que, a diferencia de lo que ocurría con el pacto de *lege utenda*, muchos estados establezcan un sistema de revisión a posteriori que incluso puede implicar un control de lesividad³⁴⁵. Igualmente corresponde a la ley aplicable establecer la admisibilidad de las capitulaciones o sujetarlas a la concurrencia de determinados presupuestos. Además, la ley aplicable determina las consecuencias de la infracción de sus reglas y rige su interpretación, todo lo relativo a la eficacia en el tiempo de los capítulos, particularmente su entrada en vigor, así como el régimen de publicidad³⁴⁶ y oponibilidad de los mismos, su retroactividad y su eficacia frente a terceros. Esta última idea requiere de alguna matización. Los conceptos ley aplicable, régimen matrimonial y pactos capitulares están íntimamente conectados, pero guardan cierta autonomía. Si no media pacto, y rige el régimen legal, la problemática de su oponibilidad a terceros se concreta a la cuestión de la oponibilidad de la ley aplicable, que cae dentro del ámbito regulatorio del Reglamento (y que cuenta con una regla especial en el art. 28 RREM, cuyo análisis excede el objeto de este estudio). Por el contrario, si media pacto capitular, la oponibilidad del régimen matrimonial encierra una doble problemática, la de la oponibilidad de la ley aplicable (sujeta a las prescripciones del Reglamento) y la propia oponibilidad de la convención matrimonial, y, por tanto, del régimen elegido, sujeta los requisitos publicitarios que establezca el derecho que conforme al Reglamento resulta aplicable³⁴⁷. Este doble plano, también debe distinguirse en lo que se refiere a la retroactividad de la ley aplicable y del régimen capitular.

5.8. El notario y el régimen capitular extranjero

151. A modo de recapitulación podemos señalar que el notario ha de enfrentarse a la problemática capitular transfronteriza principalmente en dos situaciones: cuando se le encarga la redacción de un contrato matrimonial y en el momento en que, con ocasión del otorgamiento de un acto patrimonial por parte de algún cónyuge sujeto a régimen capitular, se le presenta una convención matrimonial autorizada en el extranjero.

incluye entre las condiciones de validez material la *capacidad del disponente para realizar la disposición mortis causa*.

³⁴⁵ Circunstancia que resulta muy habitual respecto de los pactos preventivos, donde además frecuentemente se tiene en cuenta el desenvolvimiento posterior de las circunstancias del negocio, lo que motiva que se module su eficacia en base a la cláusula *rebus*.

³⁴⁶ Respecto de aquellas reglas publicitarias que constituyan condiciones de validez formal habrá que estar también a lo dispuesto en el art. 25 del Reglamento, que prevé la aplicación cumulativa de los requisitos establecidos por la ley del Estado de la residencia habitual de alguno de los cónyuges (si se trata de un Estado participante).

³⁴⁷ En el artículo 28 se regulan los efectos frente a terceros de la ley aplicable que, a pesar de tener interconexiones, operan a un nivel diferente del que corresponde a los requisitos de oponibilidad de las capitulaciones. Lo cual no impide que en ocasiones la propia publicidad del régimen matrimonial restrinja o elimine la inoponibilidad de la ley aplicable.

El segundo supuesto lo hemos abordado en sus líneas generales, con ocasión del análisis de la determinación de la ley aplicable por el notario, *ut supra* en el apartado III, E) a). Las cuestiones principales que se pueden plantear son las relativas a la acreditación del contrato capitular, lo que exige la presentación de copia autentica y apostillada y, de conformidad con la doctrina que actualmente sigue el Centro Directivo acreditar su inscripción en el Registro Civil extranjero, si la *lex causae* así lo exigiese³⁴⁸. También habría el notario de examinar la equivalencia funcional del documento, sus condiciones de forma y la adecuación a la ley rectora. No obstante, salvo en caso de desajustes formales o materiales patentes, podría presumirse que las condiciones de validez formal y material son adecuadas a la *lex causae*, si hubiese sido autorizado por notario, funcionario o autoridad funcionalmente equivalente a la del país de destino, investidos por el Estado cuya ley resulta aplicable³⁴⁹ o si la convención matrimonial está inscrita en el Registro Civil correspondiente.

Más compleja resulta la labor de asesoramiento y de redacción de un documento capitular sujeto al derecho extranjero, que el notario no está obligado a conocer ni, salvo que se trate de un país cercano, será habitual que lo conozca, en cuyo caso será necesaria su prueba y acreditación, con el coste económico y de tiempo que de ello puede derivarse. En otro caso el notario deberá denegar su ministerio³⁵⁰. Estas circunstancias, unidas al hecho frecuente de que las pólizas de seguros corporativos habitualmente no cubren la responsabilidad derivada de la autorización de documentos sujetos al derecho extranjero, a buen seguro determinará que en la mayoría de los casos se reconduzca la elaboración de las convenciones matrimoniales a los notarios del país cuyo derecho rija el régimen económico matrimonial³⁵¹, salvo, acaso, cuando se trate de capítulos cuyo único contenido sea el de optar por un régimen tipificado, o su modificación por otro, incorporar un inventario o formalizar su liquidación.

³⁴⁸ Con independencia de la crítica a la doctrina del Centro Directivo que impone esta exigencia (a la que nos hemos referido *ut supra* apdo. III, E), cabe apostillar, que dicha inscripción solo será posible si la *lex registri* (especialmente si no coincide con la *lex causae*) admite dicha inscripción.

³⁴⁹ Como apuntábamos anteriormente, la equivalencia funcional ha de realizarse respecto de lo que prescriba la ley rectora, no tanto de lo que prescriba la ley del Estado de destino si con arreglos al Reglamento sus normas formales no son reclamadas conforme al art. 23.

³⁵⁰ En algunas ocasiones se ha observado en la práctica la utilización de fórmulas que previenen de la limitación de efectos (y de responsabilidad) derivados de la autorización notarial de un acto sujeto a derecho extranjero. OÑATE CUADROS, J., *¿Sueñan los extranjeros con el Derecho Foral?* Bitácora Millenium Priv. Nº 16, pp. 47, señala que ha tenido en sus manos una escritura autorizada por un notario alemán en la que se introducía una referencia del siguiente tenor: “*Declaro que a esta escritura se le aplica el derecho extranjero, que no estoy obligado a instruir sobre el derecho extranjero y que, por lo tanto, no instruyo sobre el derecho extranjero. La compareciente declara que el texto del poder ha sido redactado por una persona que conoce el derecho extranjero correspondiente y que insiste en la redacción, tal y como está hecha*”.

³⁵¹ En una reunión reciente, celebrada en junio de este año por los notarios que forman parte de la *Association de Notaires des Métropoles Européennes* (en la que participan colegios notariales de París, Bruselas, Roma, Viena, Berlín, Moscú, Ginebra/Lausana y Madrid) de manera generalizada se puso de manifiesto que ésta era la solución más práctica y segura.

6. PROBLEMAS DE APLICACIÓN EN SUPUESTOS ESPECIALES

152. El Reglamento contiene en los artículos 29 a 32 una serie de normas³⁵² que precisan cómo ha de llevarse a cabo la aplicación de las reglas del Reglamento en determinados supuestos, mediante la concreción del alcance de la ley designada y las posibles excepciones a su aplicación, que suponen en definitiva una alteración al normal funcionamiento de la regla de conflicto. También establecen la fórmula para la determinación de la ley territorial aplicable, en caso de que el derecho designado sea el de un estado plurilegislativo. De manera muy sucinta haremos referencia a las mismas.

6.1. *Leyes de policía*

153. Las leyes de policía del foro constituyen un resorte que puede limitar la aplicación del derecho designado para regir el régimen económico matrimonial. El Reglamento, siguiendo la doctrina de la jurisprudencia del TJUE, define las normas de Policía como aquellas *disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de ser aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación*. En el considerando 53, cita como ejemplo, a las normas que protegen la vivienda familiar. La aplicación de la ley de policía del foro, que corresponde a la autoridad actuante, sea o no jurisdiccional, se concibe como excepcional y sujeta a una interpretación estricta, para que sea compatible con el objetivo general del Reglamento.

6.2. *Orden Público*

154. El Reglamento permite igualmente que se rehúse la aplicación de una *disposición* de la *lex causa* cuando es manifiestamente incompatible con el orden público del foro. Constituye, igualmente, de una medida excepcional, aunque en el ámbito del derecho de familia podrá tener un papel más destacado, dada la singularidad de los principios (normalmente de orden constitucional) que sobre esta materia conserva cada Estado. Sin embargo, se trata de restringir la operatividad de esta cláusula por partida múltiple: i) ha de ir referida al *caso concreto*, ii) determina únicamente la inaplicación precisa de aquellos puntos de la ley extranjera designada que sean irreconciliables (*manifiestamente incompatibles*) con el orden público del foro y iii) no debe utilizarse cuando su resultado resulte contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Propiamente, la cláusula de orden público solo debería activarse cuando hay infracción de derechos fundamentales, por lo que en esta materia incide fundamentalmente el principio de igualdad. No es pacífica la cuestión de los efectos de la

³⁵² Entre las que se incluyen la que hace referencia a la adaptación (al equivalente más cercano) de los derechos reales reconocidos por el derecho aplicable cuando en del Estado miembro en el que se invoque sean desconocidos, teniendo en cuenta los objetivos y los intereses que persiga el derecho real específico y los efectos asociados al mismo.

puesta en práctica de esta institución, particularmente de cómo se sustituye la regla que infringe el orden público del foro. Ante el silencio del Reglamento, caben tres posturas: dar entrada a la designada en el pacto de la elección para tal específico supuesto, aplicar la ley que señale el siguiente punto de conexión (el primer subsidiario, o el sucesivo, según el caso) o la ley del foro. Parece que, si hubiese previsión convencional específica, habría de darse preferencia a lo determinado por la autonomía privada. No obstante, en la práctica, la invocación de esta cláusula suele conducir a la aplicación ley del foro (aunque la justificación de esta solución dista de ser pacífica en la doctrina). Cualquier autoridad jurisdiccional o extrajudicial puede (y debe) enjuiciar la adecuación de la ley extranjera al orden público y habilitar la solución de reemplazo (en el caso español, la doctrina de la DGRN, ya citada, establece que las autoridades extrajudiciales están obligadas a su aplicación).

6.3. *El reenvío*

155. La respuesta del Reglamento es contraria al reenvío, pues acota el ámbito de la ley aplicable, cualquiera que fuese la forma de su determinación, a su derecho material, descartando las normas de DIPr. A diferencia de lo que ocurre en el reglamento de Sucesiones, no se prevén excepciones en su aplicación: i) el reenvío queda excluido en cualquiera de sus variantes, incluso contra la voluntad expresa de las partes (en cuyo caso, se podría llegar a poner en duda la validez del pacto, si la parte que deviene ineficaz se considera esencial) o en los casos en que no se ejerce la autonomía de la voluntad, ii) cualquiera que sea el derecho reclamado (incluso el de un tercer Estado) y iii) cualquiera que sea la ley a la que aquel derecho remita, aunque sea la de un Estado participante.

Ahora bien, a pesar de este posicionamiento tajante del Reglamento, el desdoblamiento de la autonomía conyugal mediante el ejercicio de la libertad material o capitular puede reenviar, de facto (aunque de manera limitada), a la ley de un tercer estado, al elegir como aplicable su régimen legal u optativo tipificado (siempre que la ley aplicable ampare esta autonomía conyugal).

6.4. *Estados plurilegislativos. Matrimonios internacionales sujetos a derecho español.*

156. Con todo, las normas conflictuales de la ley elegida no siempre resultan inoperantes. Así ocurre con las reglas conflictuales previstas en los Estados plurilegislativos para los conflictos interterritoriales cuando las normas europeas, en lugar de reemplazarlas, admiten su pervivencia. En esos supuestos surge un doble plano conflictual, el internacional y el interno, en los que confluyen normas de colisión de distinta procedencia que pueden determinar un sistema conflictual dual.

157. Tradicionalmente el derecho español, como estado plurilegislativo de base territorial, mantenía un sistema conflictual unitario caracterizado por la continuidad regulatoria entre las soluciones que ofrecía para los conflictos internacionales y los

interregionales. Para ambos supuestos, se establecía el mismo sistema de conexiones jerarquizadas, en el que se daba preferencia absoluta al vínculo de la ley personal común. El conflicto entre leyes territoriales españolas se solventaba, en mérito a la remisión que se opera desde el artículo 16 Cc, mediante la aplicación de las medidas previstas para los conflictos internacionales (iguales conexiones e igual cronología), con la precisión de que la ley personal, a nivel interno, viene determinada por la vecindad civil (art. 16). En síntesis, la vecindad civil común remitía inexorablemente al ius territorial correspondiente a dicha conexión al tiempo de la boda. En su defecto, se daba a la entrada a la autonomía conflictual, pudiendo los cónyuges optar (*ex ante*) por la ley correspondiente a la vecindad civil o a la residencia habitual de cualquiera de ellos. A falta de pacto de elección, se sujetaba a la ley de la primera residencia habitual común, inmediatamente posterior al matrimonio, y en defecto de los anteriores, se abría la puerta al derecho del lugar de su celebración. Finalmente, de no resultar aplicables ninguna de las conexiones anteriores el régimen económico se sujetaba al previsto en el Cc³⁵³.

158. Dentro del repertorio de soluciones acuñadas a nivel europeo para los estados multilegislativos, conforme a las que se han ido construyendo diferentes modelos, este Reglamento, siguiendo la pauta abierta por el Reglamento de Sucesiones, en lugar de imponer sus propias soluciones en el plano interregional, opta por el denominado sistema indirecto³⁵⁴, según el cual, son las reglas internas en materia de conflicto de leyes las que determinarán el *ius* regional o territorial (o, en su caso, el *ius* personal) aplicable. Se reconoce de este modo la operatividad de las normas conflictuales internas de carácter interregional allí donde las haya, ya que se parte del principio de que el legislador estatal, si bien puede adoptar los criterios europeos, no está obligado a hacerlo (art. 35). El sistema que diseña el Reglamento, sobre la base de este modelo indirecto, combina la aplicación preferente a las reglas conflictuales de producción propia con la previsión de una solución subsidiaria³⁵⁵, para el caso de inexistencia (*en defecto*) de normas propias en materia de conflicto de leyes internas, que pasa por vincular los elementos que sean puntos de conexión generales a nivel internacional con las unidades entidades territoriales concernidas, con la consiguiente adaptación de criterios (ej. nacionalidad, por el criterio de vinculación más estrecha, etc.). Por tanto, según el sistema del RREM, la localización de las leyes territoriales o personales internas, una vez determinado el Estado cuyo derecho debe ser aplicable, se decide, preferentemente, mediante aplicación de las reglas de colisión previstas en el Estado reclamado para la resolución de los conflictos territoriales internos. De este modo, la colisión de leyes en los estados plurilegislativos, como el nuestro, es

³⁵³ Con la precisión de que se aplicaría el régimen de separación de bienes previsto en este cuerpo legal *si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación*. (art. 16.3)

³⁵⁴ Quizá la opción por el sistema de remisión indirecta se justifique porque el sector de las sucesiones y el del régimen económico matrimonial son los más íntimamente ligados con la idiosincrasia de cada territorio y donde existe más diversidad regulatoria.

³⁵⁵ Por eso a este modelo también se le llama subsidiario (o indirecto de tipo subsidiario).

susceptible de plantearse a dos niveles, internacional e interno, dando lugar a la aplicación escalonada de dos sistemas conflictuales.

159. Ciertamente, el Reglamento no impone la uniformidad en esos dos planos. Al permitir la vigencia del derecho conflictual interno en el horizonte interregional posibilita la aparición de un sistema conflictual dualista en los estados multilegislativos. El doble conflicto, al que antes aludíamos, puede quedar sujeto entonces a dos sistemas asimétricos o discordantes: el sistema de solución de los conflictos que introduce el Reglamento 2016/1103, que, a falta de pacto de elección de ley aplicable, se basa en la preponderancia de la residencia habitual y nuestro derecho conflictual tradicional articulado en torno a la primacía de la ley personal (nacionalidad/vecindad civil). De este modo, la entrada en aplicación del RREM, que solo reemplaza a las normas de conflicto internas en los conflictos internacionales³⁵⁶, aboca a una situación particular en la que, dado el silencio o la inactividad del legislador español³⁵⁷, se plantean un torrente de interrogantes, a la vista de esta cohabitación de normas de distinto origen y de diferente inspiración. Sucintamente, abordamos los principales problemas que se derivan de la interrelación de las normas reglamentarias y la regulación interna española, como son los que se suscitan en torno a la propia subsistencia de las normas de conflicto interterritorial internas, el campo de aplicación de las normas subsidiarias, el alcance de la autonomía de la voluntad en el plano interregional, y la incidencia de la vecindad civil en los matrimonios internacionales. El objetivo de las líneas que siguen no es otro que el analizar desde una perspectiva problemática las cuestiones enunciadas, sin desconocer de que se trata de cuestiones sometidas a debate, por lo que probablemente buena parte de las soluciones que a vuela pluma se apuntan no estén exentas de dudas, sino que quedan abiertas a estudio más detenido.

³⁵⁶ Respecto de los matrimonios celebrados a partir del 29 de enero de 2019, o a los anteriores que, con posterioridad a dicha fecha, hubiesen celebrado un pacto de *lege utenda*.

³⁵⁷ Se constata una opinión generalizada profundamente crítica con la posición del legislador estatal español, único competente para regular los conflictos de leyes interterritoriales (según reiteradamente ha declarado el TC), por su inactividad o desinterés, al haber dejado pasar la oportunidad de buscar una solución a esta situación disruptiva, incluso cuando, con ocasión de alguna reforma de sus normas materiales, (ej. Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), se ha limitado a ajustar las normas conflictuales relativas a dicho sector, en vez de acometer una actualización completa de todas las normas de DIP de producción interna coherente con la realidad regulatoria europea, dejando abierta la duda de cuál es su posición respecto a los sectores conflictuales que no resultan expresamente reformados. Ante la entrada en vigor del RREM, correspondía al legislador español fijar su postura, optar por una alternativa regulatoria que reestableciese la identidad con las normas de colisión de producción europea, o por mantener soluciones diferenciadas. Pero en este último caso, lo razonable hubiese sido reorganizar el sistema conflictual interterritorial de modo que posibilitase una aplicación armónica y cierta entre los dos niveles conflictuales antes referidos. Desgraciadamente, optó por la pasividad (sobre este punto, ZABALO ESCUDERO, E., "Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias", *Bitácora Millennium DIPr* 2016, nº 3, p. 1 y ss.

160. El desplazamiento de las normas de colisión internacional que se produce por la entrada en vigor de los Reglamentos, en sus respectivos campos de aplicación, pone en riesgo la tradicional identidad de soluciones existente entre estos dos niveles conflictuales³⁵⁸. Ante esta circunstancia, el primer interrogante que plantea la entrada en vigor del Reglamento es si efectivamente convierte en dualista a nuestro sistema de derecho conflictual, quebrando el tradicional paralelismo de soluciones entre los planos internacional y regional. Bajo esta cuestión, que ha originado un intenso debate doctrinal³⁵⁹, se llega a poner en duda la propia vigencia de las normas de conflicto internas. La aplicación de los artículos 9.2 y 9.3 Cc (y los demás preceptos del Capítulo IV) a los conflictos internacionales tiene lugar por la remisión que efectúa el art. 16 Cc, con la particularidad de que ley personal viene determinada por la vecindad civil. La clave de esta polémica pasa por descifrar el sentido y alcance de la *remisión*, que ordena el precepto reseñado. Un importante sector doctrinal sostiene que se trata de una remisión dinámica, no tanto al contenido “congelado” de los preceptos indicados, sino a las normas de DIPr vigentes, en este caso las reglas del Reglamento que reemplazan a las del Código civil. Se argumenta que esta solución dota de coherencia al sistema, al permitir que se apliquen las mismas soluciones al conflicto regional que al internacional y que es la única vía para

³⁵⁸ Debe destacarse que la identidad de soluciones entre los dos niveles conflictuales también presenta problemas, a veces insalvables (Así, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Los derechos civiles españoles en la era de la globalización”, en el libro colectivo *La constitución y los derechos civiles españoles cuarenta años después*. Su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional (Dir. BAYOD LOPEZ, C.), disponible en http://deconflictolegum.usc.gal/export/sites/deconflictolegum/.galleries/Capitulos/Los_derechos_civiles_espanoles_en_la_era..

³⁵⁹ Sobre este debate, vid. por todos IGLESIAS BUIGUES, J.L., “Estados con diversos regímenes jurídicos-conflictos interpersonales de leyes”, en *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las parejas registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos UE nº 216/1103 y 2016/1104*, Dir. Iglesias Buigues y Palao Moreno, comentario al art. 33, p 359 y ss., que defiende la tesis de la remisión dinámica con una batería de argumentos. En sentido contrario, favorables al mantenimiento de los art. 9,2 y 9.3 a nivel interregional QUINZA REDONDO, J.P., “Régimen...” p. 386 y ss. y CAMPUZANO DIAZ B. op. cit. p. 288 y ss. También analiza con detenimiento esta problemática ALVAREZ RUBIO J.J. y BELINTXON MARTIN U. “La regulación de las crisis matrimoniales y conflictos de leyes internos: una urgente y necesaria reforma”, en el libro colectivo *Crisis Matrimoniales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea*, Dir. Guzmán Zapater y Herranz Ballesteros, ed. Tirant Lo Blanch 2018, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Derecho interregional y Constitución”, rjib, julio 2022. Ese último autor pone de manifiesto (en el artículo antes citado disponible en <https://revistajuridicaib.icaib.org/derecho-interregional-y-constitucion>) que también “desde un punto de vista valorativo, de conveniencia o inconveniencia, existen razones para rechazar esta utilización de convenios y/o reglamentos como Derecho interregional, para pensar que puedan ser Derecho interregional eficiente. En esencia, las normas contenidas en estos instrumentos tienen como premisa dos elementos que no existen en los conflictos internos: el fraccionamiento jurisdiccional y, directamente derivado de este, el fraccionamiento en la eficacia de actos o resoluciones. En otras palabras, las soluciones sobre determinación de la ley aplicable en los instrumentos internacionales o europeos (las únicas que interesan al Derecho interregional) pueden y suelen estar condicionadas por el problema de la competencia internacional de autoridades y por la cuestión del reconocimiento de resoluciones extranjeras. Dos grupos de problemas que no existen en los conflictos internos: en España hay una unidad de jurisdicción que los evita.

mantener el principio de unidad de soluciones propia del sistema español³⁶⁰. Sin embargo, lo cierto es que no cabe deducir, a falta de una decisión derogatoria expresa, que el legislador patrio haya querido reemplazar el sistema conflictual interno en materia económico matrimonial³⁶¹, cuando en el propio art. 16 Cc (donde se prevé la remisión), se contienen normas de ajuste material y conflictual específicas (para los conflictos interterritoriales) que difieren de las soluciones del Reglamento³⁶². Además, todo parece indicar que una de las razones por las que se estableció el sistema de remisión directo del art. 33 RREM, fue por la posición insistente de la delegación española para conservar su sistema conflictual interterritorial³⁶³. Entonces, sin perjuicio de su relevancia de *lege ferenda*, no parece que sean concluyentes los argumentos que justifican la remisión dinámica que, en definitiva, entrañaría un doble reenvío, del Reglamento a las normas de conflicto interregional interno y, desde éstas, a las reglas europeas. Al menos, no sería una solución incuestionada ni segura, que pudiera ser seguida en la práctica, sin contar con un apoyo normativo o jurisprudencial claro. El debate sigue abierto, pero parece más prudente sostener que el Reglamento, en función de lo dispuesto en el art. 16 Cc, mantiene la vigencia de las conexiones de los arts. 9.2 y 9.3 Cc para los conflictos interregionales. Esta postura no excluye que se abogue, en el marco de una interpretación sistemática y contextualizada, por una lectura de estos preceptos coherente con la situación internacional que se plantea y los principios que emanan del Reglamento.

161. Las dudas no hacen más que comenzar. Otra cuestión que surge es la que versa sobre interpretación del artículo 33 del REEM cuando hace referencia a que sus soluciones subsidiarias se aplicarán “*por defecto*”. Resuelto el conflicto internacional en favor de la ley un Estado plurilegislativo, como el español, a continuación, hay que identificar la ley territorial aplicable. En este segundo nivel entran en juego las normas conflictuales internas, las del Cc., y, en su defecto, las reglas subsidiarias que suministra la

³⁶⁰ En la base séptima de la Ley de Bases para la reforma del Título Preliminar de 1973, el legislador se decantaba por la opción de aplicar en el orden interregional “*criterios análogos de los establecidos en el ámbito internacional*”.

³⁶¹ La reforma del título preliminar del Cc operada por la Ley 26/2015 (anterior al Reglamento 2016/1103 pero no a su génesis), dota de nueva redacción a determinadas reglas de DIP, que prevén expresamente una remisión normalmente dinámica a los tratados internacionales o reglas europeas vigentes, criterio que no se sigue para los sectores sucesorio y económico matrimonial, que por su particular idiosincrasia son más proclives contar con regulaciones territoriales diferenciadas.

³⁶² Y el art. 12.5 Cc. sigue también el criterio de la determinación indirecta cuando las normas de conflicto española remiten a un estado plurilegislativo (*Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado*).

³⁶³ Debe tenerse en cuenta que España es el único estado plurilegislativo que participa en el procedimiento de cooperación reforzada del RREM (pues el Reino Unido se mantuvo al margen). CAMPUZANO DIAZ, B., op. cit. p 286, apunta a que si bien la Propuesta de Reglamento de 2011 se decantaba por el sistema de remisión mixto, solución que se acoge en el Reglamento 1259/2010, sobre ley aplicable a la crisis matrimonial, a lo largo del proceso de elaboración se optó por este sistema de remisión indirecto, siguiendo la estela del Reglamento de Sucesiones.

norma europea. La duda que surge ahora es determinar en qué supuestos se aplican unas u otras. El Reglamento establece, como apuntábamos, tres reglas supletorias: i) Cuando la ley de un Estado haya sido designada por la conexión residencia habitual, será también la residencia de los cónyuges en dicho Estado la que determine la ley territorial aplicable; ii) Si la nacionalidad ha sido el criterio determinante, internamente resultará aplicable la ley correspondiente al territorio del Estado designado con el que los cónyuges tengan la vinculación más estrecha y, iii) finalmente, en cualquier otro caso, se aplicará la ley de la unidad territorial en la que “esté ubicado el elemento pertinente”. El cuerpo de reglas subsidiarias ha sido diseñado en armonía con la conexión que resuelve la colisión internacional, pues trata de prolongar, con las necesarias adaptaciones, los mismos criterios para solucionar el conflicto interregional³⁶⁴. Por eso, no presentan jerarquía entre sí, sino que localizan la ley territorial en función de la conexión (principal) utilizada para determinar el estado cuya ley es aplicable. Por el contrario, el juego entre las reglas interregionales internas y las soluciones subsidiarias aparece marcado por el principio de prioridad. Estas últimas solo se aplican “en defecto” de reglas nacionales. Parece obvio que el esquema subsidiario del Reglamento entra en aplicación en el caso de inexistencia de normas conflictuales internas. Pero ¿solo en ese caso? El problema radica en desentrañar el alcance de esta expresión, “en defecto”, aplicado a nuestro país, en que sí existen normas de colisión interregional. La cuestión es la de precisar el papel de las reglas subsidiarias y, específicamente, si son también aplicables en caso de que la respuesta nacional disruptiva resulte extravagante, anómala, o desarticulada con el planteamiento que emana del Reglamento³⁶⁵.

162. Cabe recurrir a las soluciones subsidiarias cuando no existen normas conflictuales interregionales internas, pero también se aboga por su aplicación cuando éstas son insuficientes por no ofrecer solución al caso concreto. Esta segunda hipótesis puede darse con alguna frecuencia, principalmente cuando se ha elegido la ley española (a secas³⁶⁶), siendo, probablemente, más ocasional en caso de que se haya determinado la ley aplicable conforme al art. 26.1 RREM³⁶⁷. Se trata de aquellos casos de matrimonios mixtos,

³⁶⁴ En definitiva, el Reglamento proyecta sus soluciones, de forma subsidiaria a los conflictos internos, sustituyendo la conexión de la nacionalidad (inoperativa en el ámbito interno, pues va referida a todo el Estado y no a una unidad territorial del mismo), por la de la mayor vinculación.

³⁶⁵ CAMPUZANO DIAZ, B., op. cit. p. 288, a la que sigue RODRIGUEZ RODRIGO, J., incluye también como supuesto en que habrá que dar entrada a las soluciones subsidiarias del Reglamento cuando el Estado designado carezca de un sistema conflictual unitario. En contra BONOMI, A., op. cit p. 1082 y 1083.

³⁶⁶ En todo caso, la complejidad de la situación aconseja que cuando el contrato de elección remita a un estado plurilegislativo, se especifique, asimismo, en tanto sea posible, la ley interna aplicable. Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, J., op. cit. p.159.

³⁶⁷ En efecto, cuando no se ha ejercitado la *professio iuris* en la mayoría de los casos el derecho conflictual interno ofrece cobertura bastante. Si el conflicto internacional se dirime a favor de la ley española por razón de la primera residencia habitual común (art.26.1 RREM), la solución para la colisión interterritorial que emana del Cc. será suficiente (y generalmente coincidente con la que ofrece la correspondiente regla subsidiaria) pues se mantiene la conexión de la primera residencia habitual común. con la precisión de que en caso de

o entre extranjeros, en que siendo competente la ley española resultan ineficaces los criterios del art. 9.2 Cc, por carecer de (primera) residencia habitual común en suelo español y haber contraído nupcias fuera de España³⁶⁸. Como puede colegirse, se trata de casos en que ha mediado simplemente elección de la ley española (por tener uno de los cónyuges nacionalidad o residencia en territorio nacional). En estos supuestos las conexiones nacionales de la vecindad civil común (inexistente por principio, al carecer de ella los extranjeros³⁶⁹), la primera residencia habitual común en España o el lugar de celebración de matrimonio resultan inoperantes. Parece que, entonces, las normas subsidiarias facilitan la aplicación, a nivel interno, de la misma conexión que fue objeto de opción en el contrato de elección. Así, si la opción internacional descansase en la residencia en España de uno de los cónyuges se aplicaría la ley de la unidad territorial en que se localice esa residencia³⁷⁰. Más dudoso es el caso en que la opción por la ley española se basase en la nacionalidad española de uno de los cónyuges. La letra del Reglamento apoyaría que se aplicase entonces la ley del territorio que presente vínculos más estrechos con el matrimonio (Art. 33.2 b) RREM. Sin embargo, si atendemos a la finalidad de la solución subsidiaria indicada, en la medida en que existe también ley personal a efectos internos (la vecindad civil del cónyuge español) podría entenderse que prevalece la ley territorial conectada con ésta (sin que opere la adaptación prevista genéricamente en dicho regla b) del art. 33. 2)³⁷¹.

matrimonio (internacional) de españoles, habría de aplicarse con carácter preferente la conexión de la vecindad civil común. Finalmente, en caso de que sea aplicable la ley española, por ser España el país con el que los cónyuges tienen una vinculación más estrecha (art. 26.1.c) RREM, por no mediar ni nacionalidad ni primera residencia habitual común a ambos cónyuges), la única conexión que suministra para tal hipótesis el derecho conflictual español sería la del lugar de celebración del matrimonio. Si éste se hubiese celebrado, fuera de España, ante la insuficiencia de las conexiones internas para tal supuesto, habría que recurrir (en aplicación de la correspondiente solución subsidiaria) a la localización territorial del mismo elemento en que se fundó la vinculación estrecha para determinar la aplicación del derecho español.

³⁶⁸ Si ambos consortes tuviesen la nacionalidad española, habría que acudir preferentemente a la conexión de la vecindad civil común. En otro caso, la cuestión se complica, pues frente a la aplicación directa de la solución subsidiaria, que conduciría a la aplicación de la ley de la residencia en España del español residente, o si ambos residiesen en el extranjero, a la aplicación de la ley extranjera más vinculada, podría argüirse (si la celebración del matrimonio hubiese tenido lugar fuera de España; en otro caso entraría esta conexión) en favor de la aplicación de la solución dada por el art. 16.3 Cc.

³⁶⁹ Al final de este apartado se abordará esta cuestión.

³⁷⁰ Un pareja cónyuges de franceses, casados en Francia, optan por la ley española en base a la residencia española de uno de ellos. En este caso la opción por la ley española, basada en esa residencia en territorio patrio, conduciría a la aplicación del derecho correspondiente a dicha unidad territorial (en el mismo sentido JIMENEZ BLANCO, P., op. cit. p. 225).

³⁷¹ Pensemos en una pareja casada en Italia, con residencia en Nápoles, formada por un español de vecindad civil vasca y una alemana. Poseen una casa, comprada antes de su boda, en Mallorca, donde veranean desde hace muchos años y residen los padres de ambos. Optan, sin más especificaciones, por la aplicación del derecho español en base a la nacionalidad española del varón. En ese caso, las conexiones del artículo 9.2, resultan insuficientes y entran en juego las soluciones subsidiarias del art. 33.2 REEM. Como la nacionalidad está en la base de la elección, con arreglo al art. 33.2 RREM cabría aplicar la solución subsidiaria, que remite a la ley interna con la que *los cónyuges* tengan vínculos más estrechos (*ley de la unidad territorial con la que los cónyuges tengan una conexión más estrecha*), que sería la balear; no obstante, cabría optar por otra solución: Teniendo en cuenta que en España la conexión de la ley personal (vecindad civil) juega internamente, podría

163. En los supuestos vistos, se produce, en general, un aceptable nivel de congruencia en la resolución de la doble conflictividad. Pero no siempre ocurre así. Existen casos cuya respuesta es más compleja y discutida. En ocasiones, el resultado al que aboca este sistema dualista pudiera ser poco satisfactorio o alejado de las perspectivas de los cónyuges afectados. Se dice que se produce entonces un desajuste por la aplicación de las normas internas. En estas circunstancias estimulan los esfuerzos interpretativos para integrar y armonizar ambos sistemas conflictuales, el europeo y el interno, que conducen a veces a la defensa de soluciones *praeter o supra legem*, incluso con resultados dispares³⁷².

164. Buena parte de los supuestos de desajuste se ligan a la aplicación de la conexión interna que conduce al lugar de celebración del matrimonio³⁷³, último punto de conexión del art. 9.2, que no guarda relación con los criterios de conexión europeos³⁷⁴. Pensemos en los siguientes supuestos de matrimonios sujetos a ley española: i) una italiana y un francés que, tras su matrimonio celebrado en Marbella, residen en países distintos, pero tienen una fuerte vinculación con Barcelona, ciudad en la que se han conocido y trabajado de solteros, y donde han comprado con anterioridad a sus nupcias una casa con la aspiración de que sea su vivienda familiar; ii) otro caso puede ser el de un español de vecindad civil balear y una francesa, cuyo matrimonio se celebró en Marbella, residen en el extranjero y cambian la ley aplicable por la española en base a la nacionalidad del esposo. En ambos casos, a nivel territorial, el artículo 9.2 Cc, remite (a falta de conexiones preferentes, misma vecindad civil o primera residencia matrimonial común en España) a la ley del lugar de celebración del matrimonio, a pesar de que seguramente resultase una conexión más próxima la subsidiaria correspondiente establecida en el art. 33.2 RREM, que la circunstancial que va ligada al lugar en que contrajeron las nupcias.

considerarse que cuando opera la conexión de la ley personal (nacionalidad) a nivel internacional, también resultaría razonable que a nivel territorial se mantuviese operativa la misma conexión de la ley personal, sin que tenga entrada la adaptación genérica prevista en el art. 33.2 RREM, pues en este caso la solución de la ley personal no resulta inadecuada a nivel interno (en este sentido JIMENEZ BLANCO, P., op. cit. p. 225, que entiende que ha de utilizarse como criterio *directo* la ley elegida la unidad territorial correspondiente a la vecindad civil).

³⁷² Vid. las soluciones, no siempre coincidentes, que aportan CAMPUZANO DIAZ, B., op. cit. p. 291, ESPIÑEIRA SOTO I, "Reglamento Europeo 2016/1103 sobre Regímenes Económicos Matrimoniales: Pinceladas Prácticas", en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/derecho-europeo/articulos-d-e/reglamento-europeo-2016-1103-sobre-regimenes-economicos-matrim>, IGLESIAS BUIGUES J.L., op. cit., p.366 y ss.; RODRIGO RODRIGO, J., op. cit., p. 218, 219 o JIMENEZ BLANCO, P., op. cit., p. 224 y ss.

³⁷³ Esta conexión, cuya oportunidad ha sido muy discutida en la doctrina, dado que es susceptible de no reflejar sino una mera conexión anecdótica con el caso se había introducido como criterio residual en la redacción del art. 9.2 Cc, que le confirió la reforma de 1990, por cuanto puede contribuir a dar fijeza al régimen económico matrimonial.

³⁷⁴ CAMPUZANO DIAZ, B., op. cit. p. 292 y 293, sostiene que esa regla no debiera de utilizarse, aunque los cónyuges fuesen españoles. Cita el caso de un matrimonio de españoles no residentes, de distinta vecindad civil (vasco y andaluz), que contraen matrimonio en Ibiza. Entiende que aplicar en ese caso la conexión del lugar de celebración probablemente resultaría insatisfactoria para los cónyuges y que se llegaría a un resultado más previsible con la solución subsidiaria vinculada a la nacionalidad, que remite a la ley del territorio con el que presente vínculos más estrechos. En todo caso hay que tener en cuenta la posible coincidencia de la ley de los vínculos más estrechos con la ley del lugar de celebración, en caso de que no concurran otros lazos de vinculación con nuestro país distintos de este último.

165. Ciertamente, en los casos indicados, de no mediar la celebración de su matrimonio en suelo español, ante la insuficiencia del art. 9.2, Cc, entrarían en aplicación las soluciones subsidiarias. Sin embargo, como se casaron en Marbella, interfiere la conexión interna española que se cohonesto mal con el punto de conexión internacional que determina la aplicación de la ley de nuestro país. En estas circunstancias (a pesar del eventual desajuste), no resulta fácil, de *lege data*, justificar que se recurra al art. 33. 2 RREM ignorando el último punto de conexión previsto en el art. 9.2. Cc. Es cierto que existe alguna resolución judicial de la jurisprudencia menor que, resolviendo un caso meramente interno, ha preterido la aplicación de la conexión del lugar de celebración, saltando a la solución del art. 16.3. Cc. También es cierto que la entrada a la *lex loci celebrationis*, prevista como un recurso residual, de cierre, distorsiona las soluciones en los casos de doble conflictividad y que este resultado se evitaría con la tesis de la remisión dinámica, antes referida, o mediante la aplicación del modelo de remisión directo. Pero, también resulta patente que el propio Reglamento ha optado por situar a sus soluciones para el conflicto interregional en el plano de la subsidiariedad. Mientras no tenga lugar la ansiada reforma de nuestro sistema conflictual interterritorial, anteponer la solución subsidiaria del art. 33.2 RRM, al criterio residual establecido en el art. 9.2, podría constituir, no cabe duda, una solución más satisfactoria desde la perspectiva de la proximidad, pero de validez incierta, al implicar el descarte de una regla española en vigor y preferente. No parece que esa alternativa tenga amparo suficiente bajo el postulado reglamentario de que la ley aplicable ha de ser previsible y reflejar una estrecha conexión con los cónyuges (Cdos. 43 y 45 RREM). Por otra parte, tampoco cabe desconocer que esta situación, de eventual inadecuación de la ley designada a las circunstancias conyugales, sería imputable en buena medida a los propios cónyuges, que no activaron los mecanismos convencionales de que disponen y que los efectos del régimen económico matrimonial extravasan el propio ámbito conyugal, pues afecta también a los terceros, que acaso evaluaron la situación a la vista del derecho positivo aplicable. Parece improbable (y quizás poco aconsejable) que el operador jurídico, específicamente en el ámbito extrajudicial, fuera de algún supuesto excepcional, se incline por este brinco interpretativo al determinar el régimen económico de un matrimonio, en busca de un resultado más satisfactorio. Más seguro sería fomentar el ejercicio de la autonomía de la voluntad, conflictual o/y material.

166. Tampoco el sistema normativo aplicable da una respuesta clara a aquellas situaciones conyugales sujetas a la ley española, en base a la primera residencia habitual común del matrimonio en nuestro país, cuando la residencia de los consortes se localiza en distintos territorios del Estado, de forma que la conexión que se siguió para resolver el conflicto internacional no ofrece solución en este segundo nivel. Parece razonable entender que en este caso habría de respetarse la elección de los cónyuges. Si no medió ésta, la solución ha de venir dada entonces por el criterio de la vinculación más estrecha

con un territorio³⁷⁵. Sin embargo, como luego se analiza, esta solución puede venir obstaculizada por el juego de la conexión del lugar de celebración del matrimonio, en caso de que haya acaecido en suelo español, si se considerase, no sin rigidez, que a nivel interno no existe residencia habitual común.

167. En el engranaje de este complejo sistema conflictual dual hay otro elemento de desajuste que puede crear alguna disfunción. Nos referimos a la clave temporal de las conexiones. Las reglas españolas (redactadas bajo el principio de que el pacto *de lege utenda* solo podría convenirse prenupcialmente) sitúan todas las conexiones en el momento de la celebración de matrimonio (primera residencia común, nacionalidad, lugar de celebración de las nupcias), salvo la autonomía de la voluntad, cuyo ejercicio habría de ser previo. Por el contrario, la regulación conflictual europea es más flexible y completa: por una parte, no pone límites temporales al pacto de elección y por otra, congruentemente con la premisa anterior, localiza temporalmente las conexiones elegibles, residencia y nacionalidad (cuando no actúan como conexiones subsidiarias), en el momento en que se celebre el pacto. Esta circunstancia plantea dos cuestiones: el ámbito temporal del ejercicio de la autonomía de la voluntad con repercusión interterritorial y la posibilidad de relocalizar los criterios de conexión españoles en el momento del pacto.

168. La autonomía de la voluntad ejercida *ex ante* es el instrumento que asegura la aplicación del derecho deseado por los cónyuges, pues puede proyectarse armónicamente sobre el doble nivel conflictual. Situados en la antesala del matrimonio, éstos pueden elegir la ley española si alguno de los cónyuges reside en España o es español (art. 22 RREM) y al mismo tiempo pueden designar como ley territorial la de la residencia habitual correspondiente al cónyuge residente o la de la vecindad civil que ostente el cónyuge español³⁷⁶. En estos casos hay una cierta congruencia entre las reglas conflictuales europeas y las internas lo que permite, a la postre, que la elección pueda recaer directamente sobre el derecho aplicable en un territorio concreto. Es decir, no plantea problema que los cónyuges puedan elegir la ley de la residencia habitual de cualquiera de ellos o la ley de la vecindad civil de cualquiera de los consortes, si alguno es español (en cambio sería poco factible que cupiese esta libertad de elección en caso de un matrimonio

³⁷⁵ En este sentido LAGARDE, P., op. cit. p. 136, BONOMI A., op. cit. p. 1088. Lo que no parece razonable es acudir, a falta de las conexiones del art. 9.2 Cc, a la aplicación del art. 13.2 Cc (criterio que ha seguido el centro Directivo y que, al menos para alguna situación, apoya JIMENEZ BLANCO P, op. cit. p. 234), toda vez que esta norma solo puede resultar aplicable a nivel material, cuando el derecho civil especial no cuenta con regulación para casos específicos (y nunca a nivel conflictual, pues por definición las reglas de colisión caen siempre dentro de la competencia exclusiva del Estado).

³⁷⁶ Parece que sostiene una opinión contraria JIMENEZ BLANCO P., op. cit. p. 227. Cita el siguiente caso: dos alemanes eligen *antes* de casarse el derecho catalán en base a la residencia habitual de uno de los cónyuges en aquella Comunidad Autónoma. Contraído el matrimonio fijan su primera residencia habitual en Aragón. Entiende la autora citada que “dicha elección no es válida conforme al art. 9.2 Cc, que establece la ley aragonesa como ley rectora”.

internacional de españoles con la misma vecindad civil, por ser el criterio de la ley personal común el prevalente, incluso frente a la autonomía de la voluntad).

169. El escenario cambia totalmente, por lo que respecta al alcance del ejercicio de la libertad de opción a nivel interregional, una vez contraído el matrimonio. A partir de ese momento se pierde la armonía entre los dos niveles conflictuales y el panorama se vuelve incierto. La primera duda es si cabe la elección de ley territorial, dados los términos del artículo 9.2 Cc, que solo contempla el pacto electivo si se formaliza con anterioridad al matrimonio. ¿Es elegible la ley territorial española con posterioridad al matrimonio? Un matrimonio sujeto a ley extranjera, ¿puede cambiar la ley rectora de su régimen económico optando directamente por la ley territorial española de su residencia común, o donde resida uno de ellos? Si uno de los cónyuges fuese español, ¿podrían elegir la legislación española correspondiente a su vecindad civil? Con arreglo al RREM el pacto de elección de ley aplicable puede tener lugar en cualquier momento, antes o después del matrimonio. Por el contrario, en principio, la solución nacional parece que no es coincidente, en la medida en que el art. 9.2 Cc, según su tenor literal, aisladamente considerado, solo admite los pactos de elección celebrados *ex ante*. Adicionalmente, con carácter general, al margen del caso español, se esgrime que el art. 22 REEM solo permite que la elección tenga por objeto el derecho de un Estado, y que el art. 33 hace prevalecer las reglas internas del Estado reclamado. La libertad de elección que reconoce el Reglamento llega hasta la frontera del Estado designado, pero a partir de ese momento, sobre ella, prevalece la solución interna, que la reemplaza. Toda esta batería de argumentos lleva a que la postura doctrinal mayoritaria se muestre reticente a que la *facultas electionis* se proyecte sobre este segundo nivel, cuando el Estado designado no la admite³⁷⁷. Sin embargo, y sin perjuicio de que el recurso a un pacto capitular pueda clarificar la situación, la lógica del Reglamento, y sus objetivos (más allá de la letra del art. 33) parece que se orientan en otra dirección. El Reglamento parte de un principio cardinal, el de asegurar que los cónyuges puedan, en cualquier momento, cambiar la ley rectora de su régimen económico matrimonial³⁷⁸, y esta ley, en caso de estados plurilegislativos es, en última, instancia una ley territorial. En aras a hacer viable este principio, el Reglamento pone en manos de los contrayentes la posibilidad cambiar el derecho aplicable, en cualquier momento. El cambio del *ius* aplicable es una facultad que emana directamente

³⁷⁷ BONOMI A, op. cit. p. 1084 (que, sin embargo, cita a SIEGHÖRTER, R., como favorable a reconocer la posibilidad de elección directa de la ley territorial aplicable), OPREA, E., op. cit p. 95, CAMPUZANO DIAZ, B, p. 326, comentario al art 33, en *The EU Regulations on The Property Regimes on International Couples*. Editada por Ilarí Viarengo y Pietro Franzina. También la DGSJyFP (R. 20 de enero de 2022, con relación al RS) parece que se orienta en favor de la postura crítica a la elección directa de la ley interterritorial.

³⁷⁸ Considerando 45: *Para facilitar a los cónyuges la administración de su patrimonio, el presente Reglamento debe autorizarles a elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial, con independencia de la naturaleza o la ubicación de sus bienes, entre las leyes con las que tengan una estrecha conexión en razón de su residencia habitual o de su nacionalidad. Esta elección se podrá realizar en todo momento, antes del matrimonio, en el momento de la celebración del matrimonio o durante el matrimonio.*

del RREM y que habilita para designar la ley tanto de un Estado como de un ordenamiento jurídico “estatal”³⁷⁹, aun cuando la legislación del Estado elegido no admita esa posibilidad³⁸⁰, lo que razonablemente invita a considerar, en congruencia con la idea que preside el Reglamento, que la libre elección, cualquiera que sea su *tempus*, abarca todos los niveles conflictuales, hasta llegar a la ley que inmediatamente rija la economía conyugal³⁸¹. En todo caso, en nuestro país, más allá del tenor del art. 9.2 Cc, cabe sostener al amparo del art.9.3 Cc, (con arreglo a la interpretación del mismo que sostiene buena parte de la doctrina), que el pacto capitular puede alcanzar a la elección y al cambio, en cualquier momento, del régimen económico matrimonial, incluso, de la ley a la que haya de sujetarse³⁸². La prudencia exige, no obstante, lo anterior, reforzar la *electio legis* con un

³⁷⁹ El RRM se refiere siempre a la ley estatal (*ley del Estado*), para dejar fuera a las normas elaboradas al margen del aparato de un Estado, como pueden ser las propias de las confesiones religiosas. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la palabra Estado es polisémica. En el caso español, designa por una parte a las instituciones centrales, pero también a todos los poderes de Estado (art. 137 CE “*El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan*”). Por tanto, a estos efectos, es tan estatal el Código Civil, como la legislación civil emanada de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de su diferente ámbito territorial. Todo parece indicar que cuando el Reglamento habla en el artículo 22 de la elección de la ley del Estado de residencia o del Estado correspondiente a la nacionalidad de algún cónyuge, se refiere a la designación de una ley que emane, simplemente, de una fuente estatal, conforme al ordenamiento jurídico de un Estado (cualquiera que sea su campo de aplicación).

³⁸⁰ Aunque el RREM no lo dice expresamente, entendemos que prevalece aquí la misma idea que explícitamente recoge el Considerando 40 del Reglamento de Sucesiones. Del mismo modo entendemos que es válido el cambio de ley aplicable, aunque ni la ley aplicable anterior al cambio, ni la elegida con ocasión del pacto modificativo, lo admitan.

³⁸¹ Parece un contrasentido entender que los cónyuges sujetos a una concreta ley española puedan cambiar el derecho aplicable optando por uno extranjero y que en cambio no puedan llevar a cabo el cambio inverso, o cambiar de ley interterritorial.

³⁸² En efecto, el art 9.3 Cc abre la puerta a que por vía capitular se pueda elegir, en cualquier tiempo, el régimen económico matrimonial. Este precepto amplía las posibilidades de actuación de la autonomía material, al declarar también válidos los pactos capitulares que se ajusten a la ley personal o de la residencia habitual de los cónyuges al momento de su otorgamiento, lo que permite que por vía capitular pueda establecerse, por remisión, el régimen tipificado en otra ley (RDGRN de 18 de junio de 2003). Asimismo, un importante sector doctrinal entiende, razonablemente, que, por esta vía capitular, de modo más o menos directo, se reconoce un importante escenario de actuación de la autonomía conflictual. En esta línea se ha pronunciado recientemente ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Pinceladas de interés práctico sobre el Reglamento (ue) 2016/1103, sobre regímenes económicos matrimoniales. Primer taller práctico”, en <https://www.notariosregistradores.com/web/secciones/derecho-europeo/articulos-d-e/reglamento-europeo-2016-1103-sobre-regimenes-economicos-matri.>, que apoya sus razonados argumentos en la RDGRN de 18 de junio de 2003 (“...Al excepcionar el párrafo tercero del artículo 9 Cc. la validez de los pactos y capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio, no pretende establecer la inmutabilidad, en todo caso, de los demás efectos personales o económicos -primarios- del matrimonio, sino tan sólo ampliar la ley material por las que es posible alterar, por pacto, el régimen económico (no sólo por la ley fijada como común, en el párrafo anterior, sino la correspondiente a la nacionalidad o residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento). Si los esposos adquieren posteriormente una ley personal común, vigente en el momento en que sobrevenga la calificación de la ley reguladora pactando el régimen legal de esta vecindad, los efectos del matrimonio, personales y patrimoniales se unirán nuevamente. Las reglas establecidas en el artículo 9.2, dictado, como se ha recordado, con manifiesta extrapolación en un contexto de no discriminación por razón de sexo, se dirigen, en consecuencia, a fijar desde el momento temporal inicial del matrimonio una ley común, más no a declarar su inmutabilidad y en nada empece los derechos del cónyuge que determine la ley sucesoria”)

pacto capitular que trasponga o remita al régimen que regula el derecho designado. Probablemente el operador nacional se decante por esta alternativa.

170. La aplicación literal del art. 9.2 podría dificultar la determinación de la ley aplicable en aquellos supuestos en que el pacto de *lege utenda* contiene la elección de la ley de una unidad territorial concreta. Es decir, si no resultase admisible el pacto de elección referido directamente a una ley territorial³⁸³ se suscitaría el interrogante de su eficacia. Dos son las soluciones que podrían barajarse. Tenerlo por no puesto, entendiendo que es un pacto contra ley que no despliega ningún efecto o acotar su ineficacia, circunscribiéndola al ámbito en que la autonomía de la voluntad supera sus límites. Veamos el siguiente supuesto: un matrimonio integrado por dos nacionales italianos, sujetos a la ley de su nacionalidad común, contrajeron su matrimonio en Sevilla. El marido fue destinado, meses después de la boda a Barcelona, mientras que la esposa mantiene su residencia en Nápoles. Pasan varios años en esta situación, y en previsión de que en el futuro instalen su domicilio conyugal en dicha capital catalana, pactan sustituir la ley italiana por el derecho catalán. En esta hipótesis no resultaría nada fácil ofrecer una respuesta segura si se sigue la postura de que no cabe la elección de la ley territorial. Cabría entender entonces que el pacto de elección es ineficaz, lo que determinaría que sigue vigente la ley italiana, o considerar que es parcialmente eficaz (en cuanto a la designación genérica o en conjunto del derecho español) y aplicar la ley interterritorial que resulta conforme al derecho conflictual español, que remite a la *lex loci celebrationis*. En todo caso probablemente se producirían dos consecuencias adversas: por una parte, la incertidumbre (entre partes y frente a terceros) de cuál es la ley aplicable, y por otra, que cualquiera de las dos soluciones posibles, probablemente, serían contrarias a la voluntad de los cónyuges.

171. Dentro de esta problemática temporal que influye en la determinación de la ley aplicable, también irrumpe la que se deriva de la propia cronología de las conexiones, cuando se cambia la *lex causae* a favor del derecho español. El anclaje temporal de las conexiones interterritoriales en torno al matrimonio puede presentar algún desajuste en los supuestos de mutación voluntaria de la ley aplicable. Dos cónyuges extranjeros (cuya primera residencia habitual común tras el matrimonio se localizó allende nuestras fronteras) cambian constante matrimonio la ley aplicable optando simple y genéricamente por la ley española, en base a su nueva residencia común. Parece lógico entender que la ley territorial aplicable sería la correspondiente al lugar de residencia coetáneo a su elección. Sin embargo, el art. 9.2 Cc, si mantenemos su interpretación literal, conduciría, a falta de primera residencia habitual común en España, a que se aplicase la ley del lugar de celebración del matrimonio, si hubiese tenido lugar en territorio español. Solo en defecto

³⁸³ RODRIGUEZ RODRIGO, J., *Relaciones económicas...*, p. 218, parece admitir el pacto de elección de una ley territorial (si no hemos entendido mal) si la misma coincide con los criterios del art. 33.1 o 33.2 RREM.

de las conexiones que acoge dicho precepto resultaría aplicable la regla subsidiaria del art. 33.2 RREM vinculada a la residencia (actual). Pensemos también en el siguiente caso: Dos cónyuges franceses, sujetos a ley de su nacionalidad, han tenido su primera residencia habitual común en Barcelona. Actualmente vuelven a España y se instalan con carácter permanente en Madrid. Si, entonces, deciden sustituir la anterior ley aplicable y se someten al derecho español. Al elegir la ley española, ¿quedan sujetos irremediamente a la ley catalana, en atención a que en dicho territorio se estableció la primera residencia habitual común o ha de atenderse a la residencia común actual? ¿Habría de mantenerse esa solución, incluso si hubiesen optado expresamente por la ley territorial común? Como puede observarse, aún en caso de que se admitiese el ejercicio de la autonomía de la voluntad en este segundo nivel, no se descartarían algunas incógnitas, pues podrían presentarse situaciones cuya resolución dista de ser sencilla. Si ese matrimonio estuviese formado por un español, ¿podrían optar también, a escala interregional, por la ley de la residencia habitual en España de cualquiera de ellos, o por la ley de la vecindad civil actual de éste, o habrían de referirse necesariamente a las conexiones localizadas al tiempo de la celebración del matrimonio? Y, si fuesen españoles, ¿podrían optar por la ley de la vecindad civil común anterior, la que tenían al tiempo de contraer nupcias, aunque ya no la mantengan? En la sistemática del Reglamento, el juego de la autonomía de la voluntad pivota sobre unas conexiones que no pueden ser otras que las vigentes al momento de su ejercicio, pues son las que indican y revelan proximidad con las circunstancias actuales del matrimonio y las que son relevantes para resolver el conflicto a escala internacional. En este sentido cabe entender que la petrificación temporal de las conexiones que resulta del art. 9.2. Cc se explica exclusivamente porque partía de la premisa de que no cabían pactos de elección postnupciales. Carece de sentido, por razones de coherencia con el Reglamento, que se ligen a la *professio iuris*, o irrumpan por razón de su ejercicio, leyes territoriales que solo presentan una vinculación pretérita y lejana con los cónyuges. La combinación de estos elementos, el descarte de la *electio iuris* a nivel regional y la petrificación de las conexiones (al margen del juego de la *lex loci celebrationis*) pueden producir resultados sorprendentes, alejados de toda lógica y totalmente divergentes con los objetivos del Reglamento.

172. En el curso de aplicación de las reglas conflictuales interterritoriales españolas a los matrimonios transfronterizos puede irrumpir la regla contenida en el art. 16.3. que establece que *los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código Civil*, con la especificación que se establece en su párrafo segundo³⁸⁴. Esta norma, en realidad, encierra dos mandatos. Por una parte, si atendemos a su tenor literal, implicaría que los matrimonios entre españoles, aunque fuesen internacionales, siempre quedarían sujetos a

³⁸⁴En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación.

la legislación española. Esta solución choca frontalmente con las reglas del Reglamento, por lo que, sin duda, hay que entender que queda desplazada por aquéllas, toda vez que la ley aplicable a un matrimonio internacional se determina siempre (cuando, cronológicamente, entra en su campo de aplicación) conforme al Reglamento.

173. Pero una vez descartado este efecto, persiste la duda del alcance del otro mandato contenido en la norma, esto es, si la regla residual que establece, en defecto de las conexiones establecidas en el art. 9.2 Cc, podría tener algún margen de aplicación, entre los matrimonios internacionales de españoles, o incluso entre no españoles, o si solo tiene incidencia (también de carácter residual) para conflictos meramente internos entre cónyuges nacionales. La cuestión no es baladí. Plantea si para los matrimonios internacionales, en defecto de las conexiones del art. 9.2 Cc, cabría aplicar las conexiones subsidiarias del Reglamento, o si sobre éstas también prevalece el criterio del art. 16.3 Cc. Esto último significaría, en la práctica, la anteposición de este criterio (aplicación del Cc) al de la norma subsidiaria que remite a la ley de los vínculos más estrechos. Esta solución carece de lógica y tampoco encuentra apoyo en la literalidad del art. 16.3, que se limita a los matrimonios entre nacionales sujetos a ley española. El único campo de aplicación que podría reservarse al precepto mencionado no sería otro que el de servir de criterio residual de último grado, para el supuesto de que el conflicto no puede resolverse con arreglo al art.9.2 Cc, ni a las reglas subsidiarias del RREM, específicamente cuando se trata de un matrimonio entre extranjeros, (reduciendo, acaso, la aplicación preferente del 16.3 sobre el 33.2 RREM, a cuando se trate de un matrimonio entre españoles, quizás también aunque sea internacional, sujeto a ley española)³⁸⁵.

174. En el derecho español rige el principio de la inmutabilidad, sin excepciones. El conflicto móvil en ningún caso origina el cambio de ley territorial ni el cambio de régimen. Bajo esta premisa cabe analizar la operatividad de la cláusula de escape contenida en el art. 26.3 RREM. Fundamentalmente habría que dilucidar sobre la aplicabilidad y los eventuales efectos de dicha regla, en dos supuestos, según que el conflicto móvil se produzca a escala internacional o a escala nacional. En el primer caso partimos del supuesto de cónyuges que, tras una breve (pero conflictualmente relevante) primera residencia habitual común en el extranjero, se trasladan a España donde mantienen una residencia más prolongada. Dos austríacos, casados en Ibiza, fijan su primera residencia habitual en Viena. Posteriormente instalan su residencia común, por un tiempo muy superior a la anterior, en Madrid hasta que fallece uno de ellos. Parece lógico considerar que en este caso el cambio de residencia provoca la aplicación de la ley española. Pero ¿cuál de ellas, la ligada a la residencia (que es la que tiene en consideración el art. 26.3 RREM), lo que llevaría a la aplicación del Código civil, o la que resulte con arreglo al art. 9.2 (que remitiría a ley balear,

³⁸⁵ CAMPUZANO DIAZ, op. cit. p. 291. Por el contrario, JIMENEZ BLANCO, P., op. cit. p. 224 y 228, parece inclinarse, por razones prácticas, por la aplicación preferente del art. 16.3 a la conexión de los vínculos más estrechos.

lex loci celebrationis) o ninguna de ellas, por resultar inaplicable esta regla de excepción. Se plantea la disyuntiva entre considerar que cláusula de escape se limita a dar entrada al derecho español, incluyendo sus reglas de conflicto o, por el contrario, entender, a la vista de su finalidad, que conduce directa y necesariamente al derecho aplicable vinculado a la última residencia. Si atendemos a la fundamentación y a la ratio que se deriva del art. 26.3 RREM, parece congruente aplicar en el caso anterior el derecho común. Este precepto no varía la conexión que determina la ley aplicable (residencia), sino simplemente su localización en el tiempo (bajo el presupuesto de que la planificación económica se hubiese efectuado con arreglo a la ley vinculada a la última residencia y a la mayor duración de ésta). La aplicación de la ley balear no encontraría justificación en la finalidad del art. 26.3 RREM, pues la presunción con la que opera dicho precepto va ligada al exclusivamente al cambio residencial y a la organización económica con arreglo al derecho de la última residencia (presupuesto que, por otra parte, sería difícil de encajar con la *lex loci celebrationis*). La cláusula de escape, dada su específica fundamentación, ha de entenderse que no solo excepciona al art. 26.1, sino al propio art. 33 RREM. La solución no debería ser distinta en otros supuestos. Pensemos en dos españoles de vecindad civil común que se casan e instalan su primera residencia habitual común en Viena y posteriormente se instalan en Barcelona, planificando su economía con arreglo al derecho catalán. Podría alcanzarse un resultado inadecuado, y seguramente contrario a la *ratio* de la cláusula de escape, si la cuestión se resolviese mediante la aplicación de la ley española vinculada con la vecindad civil de los esposos rompiendo la identidad de conexión (residencia) en la que descansa el 26.3 RRM³⁸⁶. La irrupción del art. 9.2 Cc, en estos casos, rompería los presupuestos previstos en el precepto reglamentario (coincidencia entre la ley de la residencia y la planificación económica) lo que podría justificar su inaplicación.

175. ¿Podría aplicarse la solución del art. 26.3 RREM en caso de que el conflicto móvil fuese interno, producido en el ámbito del estado español? Dos consortes de nacionalidad inglesa fijan su primera residencia habitual en Barcelona. Al año, se trasladan a Santiago de Compostela. Tras veinte años conviviendo en la capital de Galicia se divorcian. ¿con arreglo a qué ley se liquidaría el patrimonio conyugal? Todo depende de la operatividad de la cláusula de escape, si prevalece o no sobre el criterio de inmutabilidad que emana del sistema conflictual español. La cuestión se centra en dilucidar si el precepto citado se limita al conflicto móvil trasfronterizo, o a cualquier conflicto móvil que experimente un matrimonio internacional entre territorios con diferente derecho rector de la economía conyugal (con independencia de que las leyes en colisión pertenezcan o no al

³⁸⁶ JIMENEZ BLANCO, P., op. cit. p. 230 (caso 1) se inclina por la solución de aplicar la ley conectada a la vecindad civil común, si el matrimonio internacional es entre españoles. En otro caso (matrimonio mixto o de extranjeros), da preferencia a la aplicación de los criterios del 9.2 Cc (incluso al del lugar de celebración del matrimonio, si tuvo lugar en España). Solo en caso de ausencia de soluciones internas considera aplicable la aplicación, como conexión directa, del art. 26.3 RREM.

mismo Estado). Aunque podría ser muy discutible, la ratio de la cláusula de escape podría justificar también su aplicación en estos casos.

176. Finalmente, tampoco está exenta de controversia el papel de la vecindad civil como punto de conexión interno. Su desenvolvimiento en las situaciones transfronterizas, en que la determinación de la ley territorial aplicable se encomienda a las reglas conflictuales nacionales (como ocurre en todos los Reglamentos que se acogen al modelo indirecto), abre el paso a una problemática muy particular. Se trata de un punto de conexión que no se activa para los extranjeros, por carecer de ella, de lo que se podría derivarse una aplicación conflictual asimétrica y discriminatoria para aquéllos³⁸⁷. Esta situación se visualiza con especial nitidez en el ámbito sucesorio, donde la vecindad civil constituye el único punto de conexión a nivel interterritorial³⁸⁸. En el campo sucesorio, donde se suscitó primeramente la cuestión, no se ha alcanzado una respuesta de consenso, aunque parece razonable defender, siguiendo a la doctrina mayoritaria, que lo procedente es la adaptación (o reemplazo) de la conexión de la vecindad civil, por una equivalente que pueda anudarse al ciudadano extranjero (ej. residencia habitual), para evitar efectos discriminatorios. Este resultado puede conseguirse por dos vías: mediante la aplicación de las reglas subsidiarias que ofrece el Reglamento, ante la insuficiencia de las reglas conflictuales interterritoriales (ej, art. 36.2 RS), o recurriendo al expediente de aplicar el art. 9.10 Cc, que permite sustituir la conexión de la ley personal, para los que carezcan de

³⁸⁷ Sobre la cuestión de la operatividad de la vecindad civil como criterio de conexión se han publicado en los últimos tiempos numerosos artículos, entre otros ALVAREZ RUBIO JJ, "La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo español: balance y perspectivas de futuro", *Derecho Privado y Constitución*, IRIARTE ANGEL, F.B., ¿Puede un extranjero estar sometido a un Derecho Foral?", *REDI*, 74, 2022 38 y, particularmente interesante por sus argumentos y propuestas, OÑATE CUADROS, J., op. cit. p. 36-64 (este autor defiende una solución que tendría importantes consecuencias prácticas: aplicar la vecindad civil al extranjero en aquellos puntos en que el art. 14 CC no lo haga imposible y permitir por ejemplo la opción por la del cónyuge o por la de la residencia habitual durante 2 años, además de la automática por residencia durante 10 años). En varios estudios se enfoca la problemática de la vecindad civil al hilo de la doctrina de las Resoluciones de la DGFPySJ de 24 de mayo de 2019, 10 de agosto de 2020 y de 20 de enero de 2022, entre ellos, ALVAREZ GONZÁLEZ, S., "¿Puede un extranjero acogerse al pacto de mejora gallego? El Reglamento 650/2012 y la resolución DGSJFP de 20 de enero de 2022", *RDC Vol IX*, nº1, pp 1-34., ESPÍÑEIRA SOTO, I., "Pacto sucesorio gallego otorgado por residente en Galicia", disponible en <https://www.notariosregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/pacto-sucesorio-gallego-otorgado-por-extranjero-residente-en-galicia/>, ZABALO ESCUDERO, E., "Pactos sucesorios de extranjeros residentes en España: la respuesta jurídica de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública en su resolución de 10 de agosto de 2020", *RSCA*, 2020-2021, XXVI-XXVII, pp 157-164, CASTELLANOS RUIZ, E., "La aplicación del Derecho foral sucesorio a los extranjeros: A vueltas con la vecindad civil", *CDT* (Octubre 2022), vol. 14, nº 2, pp 262-274, RODRIGUEZ BENOT, A., Una lectura europea de la aplicación del art. 50 de la Compilación balear a los extranjeros: A propósito del caso Crul y su deriva judicial (SAP de Palma de Mallorca, Sección 3, de 30 de diciembre)", *REEL*, nº 41, junio 2021, pp. 20-25, FERNANDEZ-TRESGUERRAS, A., "Los Reglamentos Europeos y el derecho interregional", *REDI*, nº 74 (1), 2022, pp 223-232 (estos dos últimos artículos se muestran cercanos a la tesis del Centro Directivo establecida en la resoluciones citadas).

³⁸⁸ Como señala ALVAREZ RUBIO, J.J., "La vecindad civil..." op. cit. p, 39, el RS representa un ejemplo paradigmático de la inaplicabilidad de la respuesta prevista en nuestro sistema conflictual interno para todos aquellos casos en que el causante, sujeto a ley española, carezca de esta nacionalidad (y por tanto de vecindad civil).

ella (como es el caso de los extranjeros respecto a la vecindad civil) por la ley de la residencia habitual. En otro caso, indefectiblemente quedarían sujetos al derecho común, de donde se seguirían dos consecuencias adversas: a nivel subjetivo se limitarían (o anularían, en el caso sucesorio) las posibilidades de los extranjeros de quedar sujetos a una ley territorial próxima (lo que supondría una evidente discriminación) y por otra podría generar una problemática de orden constitucional, en la medida en que suponga la ruptura del principio de igualdad entre los derechos civiles españoles dentro de su ámbito competencial³⁸⁹.

177. El debate sobre la repercusión de la vecindad civil como criterio conflictual³⁹⁰, en relación a los extranjeros en el ámbito sucesorio, aunque no puede darse por cerrado, ofrece la solución sostenida por la doctrina mayoritaria (y refrendada por la STSJB de 14 de mayo de 2021, que confirma la revocación de la RDGRN de 24 de mayo de 2019³⁹¹) que aboga por la sustitución de dicha conexión, respecto de los extranjeros, por la de su residencia habitual. Sin embargo, el traslado de esta solución al ámbito del régimen económico matrimonial (ex. art. 33.2 RREM, que contiene una regulación paralela a la del art. 36.2 RS) resulta más problemática por dos órdenes de razones. Por una parte, por la concurrencia de un mayor número de puntos de enlace, lo que hace más difícil justificar la entrada en aplicación de las soluciones subsidiarias previstas en el art. 33.2. En efecto, en el ámbito económico matrimonial la no operatividad del criterio de la ley personal común (cuando alguno de los cónyuges es extranjero), al estar previstos otros puntos de conexión, no produce (al menos, con la misma gravedad) los efectos discriminatorios que se observan en el campo sucesorio, ni respecto de los contrayentes ni respecto de los derechos forales. En segundo lugar, mientras en el ámbito sucesorio las conexiones son individuales, en

³⁸⁹ STC de 8 de julio de 1993. El conflicto que concita la aplicación de los derechos civiles especiales y del derecho común, si bien constituye una materia reservada por la Carta Magna al legislador estatal, se ha de resolver mediante reglas de competencia, no de preferencia ni de jerarquía (CASTELLANOS RUIZ, E., *La aplicación del derecho foral...* p. 274). Los criterios de conexión interterritorial no pueden conducir a un resultado conflictual que privilegie a un derecho territorial sobre otro. Por ello, la supletoriedad del derecho común no puede interpretarse en clave jerárquica, ya que solo significa que su entrada se produce en caso de ausencia o insuficiencia normativa material del derecho territorial aplicable.

³⁹⁰ Esta problemática también se plantea en otra dimensión, que versa sobre el carácter, material o conflictual, de las normas de delimitación unilateral que proliferan en los Derechos civiles especiales (nos referimos a aquellas disposiciones autonómicas que restringen su aplicación a las personas que tengan su vecindad civil). Si bien la DGSJyFP se inclina por su carácter material, la mayor parte de la doctrina considera que se trata de normas propiamente conflictuales, y que como tales carecen de valor o efecto práctico, al rebasar el ámbito de competencia legislativa de las CCAA, pues, se trata de una competencia reservada al Estado (STC 93/2013, de 23 de abril de 2013, entre otras y la STJB 1/21, ya citada, de 14 de mayo (vid., por todos, OÑATE CUADROS, J., *op. cit.* p 52 y 53.)

³⁹¹ Aunque es de constatar que el Centro Directivo, en la resolución indicada y en otras dos resoluciones que suscitaron una importante polémica, mayormente crítica, parece dar por bueno el recurso, vía art 36.2 RS, al reemplazo de la conexión vecindad civil por la de la residencia habitual, respecto de los extranjeros, sin perjuicio de entender que cuando la norma foral exige la vecindad civil propia para la aplicación de sus instituciones constituye una exigencia material, que impide su aplicación a quienes, como los extranjeros no la poseen).

materia matrimonial el juego de la conexión de la vecindad civil solo resulta problemático cuando se reclama como conexión común a ambos cónyuges.³⁹² En realidad, solo en este supuesto, en que actúa como criterio subsidiario se suscitan dudas, pues cuando opera como punto de conexión criterio optativo, opera al mismo nivel que la residencia habitual, lo que permite un razonable ámbito electivo a los extranjeros. Esta circunstancia explica que el planteamiento de esta cuestión, en el ámbito de aplicación del REEM, habría de centrarse en cómo opera la conexión relativa a la ley personal común prevista en el derecho de colisión interregional, que además es configurado como un criterio preferente. Solo en este supuesto tiene interés el plantearse si esta conexión es reemplazable respecto de los extranjeros ¿Podría considerarse a los efectos interregionales que concurre la misma ley personal común cuando la residencia en España del cónyuge extranjero³⁹³ coincide con la vecindad civil del otro cónyuge español? Pensemos en el siguiente supuesto: Un ciudadano francés residente en Vigo contrae matrimonio en Barcelona con una española de vecindad civil gallega residente en el extranjero. Optan genéricamente por la aplicación de la ley española. Si consideramos que no hay ley personal común, ante la falta de primera residencia común, el matrimonio se sujetaría al derecho civil de Cataluña, por haberse celebrado el matrimonio en dicha unidad territorial (no se aplicaría el art. 33.2 RREM, dado que el derecho interno ofrece respuesta). Por el contrario, si entendiésemos que la ley personal del cónyuge francés, a nivel interregional, es la determinada por su residencia (arg. ex art. 9.10 Cc) y que su consorte tiene la vecindad civil de ese territorio, podría considerarse que, a estos efectos, existe una conexión personal común, lo que determinaría que el régimen económico matrimonial quedase sujeto a una ley más próxima, el derecho civil especial de Galicia. Esta solución, que puede suscitar importantes reparos, tendría un encaje muy razonable cuando se designa la ley base al criterio de la nacionalidad³⁹⁴.

178. Tal y como hemos tratado de relatar en los párrafos anteriores, la aplicación del modelo indirecto que instaura el Reglamento resulta muy problemática, incierta y provoca resultados sorprendentes cuando los dos sistemas de colisión, el internacional y el interno, son divergentes en sus soluciones, especialmente cuando las conexiones

³⁹² CAMPUZANO DIAZ, B., op. cit. p. 294.

³⁹³ Solución a la que se llegaría de forma directa siguiendo la tesis de OÑATE CUADROS, J., op. cit. p. 58-60, que sostiene que no existen obstáculos insalvables para reconocer a los extranjeros una vecindad civil que coincidiría con la correspondiente al lugar de su residencia.

³⁹⁴ Sin embargo, en otras circunstancias esta solución pudiera ser más discutible, específicamente cuando tiene entrada el derecho español en base al primer criterio subsidiario previsto en el art. 26 RREM: matrimonio entre un español de vecindad civil balear residente en el extranjero y otro italiano, residente en Mallorca, que instalan su primera residencia habitual en Madrid. Se aplicaría la ley española, conforme al art. 26.1 RREM por tener ambos su primera residencia habitual en España. En el orden interterritorial, si equiparamos la vecindad civil del cónyuge español y la residencia habitual del cónyuge extranjero a los efectos de considerar que tienen ley personal común, podría resultar aplicable el derecho balear en detrimento del derecho común, correspondiente a la primera residencia habitual común tras el matrimonio, por ser aquel criterio preferente.

nacionales por su formulación en clave interna restringen las posibilidades conflictuales de los extranjeros, o cuando en el derecho reclamado no existe un derecho conflictual único y centralizado (sino que, tal y como ocurre en EEUU, cada unidad territorial goza de un sistema conflictual propio³⁹⁵). Apunta Campuzano Diaz que la complejidad del modelo indirecto lleva muchas veces en la práctica a ignorarlo. Este riesgo se acrecienta en el caso español, donde la armonización de las soluciones internacionales e internas alcanza a veces una dificultad extrema.

6.5. *Derecho transitorio*

179. La combinación del ejercicio de la autonomía privada con las normas transitorias del Reglamento puede acarrear la ampliación de su ámbito subjetivo de aplicación. En efecto, a la vista de las previsiones de derecho transitorio contenidas en el propio Reglamento, las normas que establece para la determinación de la ley aplicable (capítulo III), solo rigen para los matrimonios contraídos a partir del 29 de enero de 2019. No obstante, de modo explícito se establece en el art 70.3 que las normas comprendidas en dicho capítulo resultarán también aplicables, incluso respecto de matrimonios celebrados con anterioridad, a partir del momento en que se celebre, con posterioridad a la fecha indicada, el pacto de elección (de confirmación o de especificación) de la ley aplicable. Mediante esta regla transitoria se amplía el campo de aplicación del Reglamento en el tiempo, hasta el punto de hacer viable que el efecto retroactivo del cambio alcance un periodo en que el Reglamento no era vinculante (o anterior a su entrada en vigor). Incluso podría plantearse la viabilidad de una *designatio iuris* anterior, cuya eficacia se hubiese sujetado a la entrada en vigor del Reglamento.

7. LA INFLUENCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA DETERMINACIÓN DEL FUERO

180. El Reglamento establece un cuadro de reglas que estructuran el régimen de la competencia de las autoridades de los Estados participantes. La trascendencia de esta materia es capital, pues la efectividad de la determinación del derecho aplicable con arreglo al Reglamento dependerá de que la autoridad concernida corresponda a uno de los Estados Participantes. Por ello los cónyuges han de asegurarse de que sus pactos queden sujetos a la competencia de una autoridad investida por aquellos Estados. En concordancia con el papel que reconoce a la autonomía conflictual en el establecimiento del derecho aplicable, también le atribuye un cierto poder en la determinación o elección de la autoridad competente para conocer de las cuestiones que se deriven del régimen económico de los cónyuges. Pero, también en este ámbito competencial, la libertad contractual tiene límites. Para analizar el rol que corresponde a la autonomía de la

³⁹⁵ Algo que no debiera ocurrir en nuestro país en que esta materia competencia del legislador estatal. Sin embargo, no puede dejar de reconocerse el estado de confusión que a veces se deriva del hecho de que algunas legislaciones de derecho civil especial introduzcan reglas de conflicto unilaterales, que deben entenderse por no puestas por infringir el marco constitucional.

voluntad en este campo de la competencia, que trataremos de forma muy resumida, se hace preciso partir de una primera distinción entre los diferentes tipos de autoridades facultadas para actuar, pues su ámbito de actuación no es siempre el mismo. En este punto resulta determinante el carácter con que actúa la autoridad que entiende de la cuestión, para cuya calificación resulta decisivo, sobre la manera amistosa o contenciosa con que se resuelva el conflicto, el papel que desempeña la autoridad en su resolución, fundamentalmente si ejerce algún poder decisorio ³⁹⁶.

7.1. La cuestión de la competencia de las autoridades extrajudiciales

181. Cuando las cuestiones se resuelven por consenso, sin la intervención de una autoridad jurisdiccional, en principio, el juego de la autonomía de las partes es total. Opera la libre elección. Comprende todos aquellos casos, muy frecuentes, en que la constitución, el cambio, la disolución y la liquidación del régimen económico, la entrada y salida de activos y pasivos consorciales y cualquier otra cuestión relacionada con el régimen económico matrimonial se sustancian fuera del proceso, normalmente ante notario.

Con carácter general el Reglamento destaca la relevancia de la vía extrajudicial, ante notario —o autoridad equivalente— para la resolución consensuada o amistosa de todo el catálogo de cuestiones que inciden en la economía matrimonial. Tal posibilidad se extiende, y así se consagra, respecto de todas las relaciones privadas internacionales relacionadas con los patrimonios conyugales cualquiera que sea el Estado miembro que haya investido a la autoridad notarial que conozca del asunto y cualquiera que sea el derecho aplicable.³⁹⁷ El Reglamento constata y respeta genéricamente las competencias que cada Estado confiera a sus notarios, amparando el ejercicio que se haga de las mismas (Cdo.30). Se inhibe de dictar reglas sobre el ejercicio de tales funciones y remite a las normas internas de cada Estado miembro la regulación de la competencia, funcional y territorial, de estas autoridades no jurisdiccionales (Considerandos 29 y 39). Es decir, las normas de competencia que establece el Reglamento solo rigen el ejercicio de la función jurisdiccional (que corresponde a los jueces y, ocasionalmente, a los notarios y otros

³⁹⁶ Conviene precisar que no es tanto que la cuestión se sustancie o no de forma amistosa (pues este término peca de ambigüedad), sino que la autoridad tenga competencia con arreglo a las normas internas para hacer una declaración, como la de divorcio, que sea jurídicamente vinculante, y que se adopte a la luz de las condiciones que al efecto establezca el derecho nacional. El divorcio de mutuo acuerdo constituye una modalidad "amistosa", y sin embargo la decisión de la autoridad que lo declare sea judicial o notarial, tiene el carácter de resolución jurisdiccional. Por eso, el Considerando 59 del RS, con ocasión de establecer un marco uniforme para el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales resta valor a la distinción entre jurisdicción voluntaria o contenciosa (*con independencia de si tales resoluciones se han dictado en un procedimiento contencioso o no contencioso, el presente Reglamento ha de prever normas en materia de reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de las resoluciones similares a las de otros instrumentos de la Unión en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil*).

³⁹⁷ El Considerando 39 expresamente establece que "Tal posibilidad debe existir, aunque la ley aplicable al régimen económico matrimonial no sea la de dicho Estado".

funcionarios). Congruentemente, fuera del proceso, en el ámbito extrajudicial, en principio puede ser competente la autoridad del Estado miembro que libremente elijan las partes (siempre que con arreglo a la ley de dicho Estado estén investidos de competencia para ello, Cdo. 39³⁹⁸). La competencia del notario que no ejerza funciones jurisdiccionales queda fuera del Reglamento. En definitiva, el Reglamento carece de normas que regulen la competencia internacional del notario (u otras autoridades no jurisdiccionales) pero reconoce y admite la existencia de esas competencias y su ejercicio, con total respeto de la normativa interna. Así, el derecho notarial español atribuye competencia funcional al notario para todas las cuestiones relacionadas con la economía del matrimonio; cuando ejerce su ministerio fuera del ámbito de ejercicio de las funciones que internamente se consideran de jurisdicción (voluntaria), su actuación no se sujeta a reglas de competencia territorial, ni de otro tipo, sino que está presidida por el principio de libre elección de las partes.

182. La aplicación del derecho no varía en función de cuál sea la autoridad que intervenga: el notario está sujeto al derecho conflictual que emana del Reglamento, del mismo modo que las autoridades jurisdiccionales, y debe aplicar la ley que resulte determinada conforme al mismo³⁹⁹. Asimismo, en la aplicación del derecho extranjero determinado conforme al Reglamento, al igual que aquellas autoridades, habrá de examinar su correspondencia y ajuste con las leyes de policía y el orden público del país que le haya investido como tal autoridad⁴⁰⁰. Por otra parte, la fijación notarial del *ius* aplicable y, en su caso, del régimen económico matrimonial, y el control del ajuste material de éste a la *lex causae* reviste especial relieve, además de en los actos que estructuran el régimen patrimonial de los cónyuges (constitución, modificación, disolución y liquidación), en las vicisitudes o actuaciones concretas que constituyen el desenvolvimiento habitual de la economía familiar, donde las potestades de gestión, y la calificación del carácter de los activos y pasivos objeto de negociación, y su responsabilidad, han de ser adecuadas al marco legal y, en su caso, convencional que rija la economía del matrimonio. Particular

³⁹⁸ Reconoce el Reglamento que los cónyuges pueden optar por la vía extrajudicial/notarial “en el Estado de su elección” siempre que “ello sea posible en virtud de la ley de dicho Estado miembro”.

³⁹⁹ GUZMAN ZAPATER, M. / PAZ-ARES, I., “La competencia judicial internacional ...” op. cit.).

⁴⁰⁰ La RDGRN de 7 de junio de 2016 establece que “cuando sea de aplicación una ley extranjera, el notario debe, como autoridad española aplicar el control del orden público”. La RDGRN de 20 de julio de 2016, siguiendo la misma línea doctrinal establece que “La apreciación extrajudicial de la posible vulneración del orden público internacional español por los operadores jurídicos y en el caso que corresponda la búsqueda y habilitación de alternativas al respecto se extiende tanto a la aplicación de la ley extranjera, como ocurre en el presente supuesto, como al reconocimiento incidental o ejecución de resoluciones o a la aceptación de documentos públicos extranjeros teniendo en cuenta el momento temporal en que la incompatibilidad con los principios fundamentales del ordenamiento del foro deba ser valorado”.

importancia, como ya se puso de relieve, reviste aquella calificación, en nuestro país, en orden a los actos de trascendencia registral⁴⁰¹.

El control de adecuación de los actos a la legalidad comprende el ajuste a las normas del DIPr europeo y al derecho material al que aquel remite. Las cuotas de seguridad y previsibilidad que demanda el Reglamento comienzan a forjarse en la esfera de lo que comúnmente se denomina seguridad jurídica preventiva. En efecto, la aplicación del derecho determinado por las conexiones que establece el Reglamento se produce no solo cuando surge una situación de conflicto —susceptible de resolverse amistosamente o en vía contenciosa— sino en todo acto que afecte, o pueda afectar, a los derechos económicos de los cónyuges⁴⁰².

183. *¿Es el notario español autoridad jurisdiccional?* Al hilo de este enfoque trasnacional de la función notarial, el Reglamento, en paralelo a lo que se dispone en el Reglamento Bruselas III ter y en el Reglamento de Sucesiones, no descarta que el notario pueda actuar como autoridad jurisdiccional. Antes, al contrario, prevé su catalogación como tal en el artículo 3 RREM, donde se incluye dentro del concepto de autoridad jurisdiccional, además de a los jueces, a *“las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de regímenes económicos matrimoniales y que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de una autoridad judicial o bajo su control*. En definitiva, el Reglamento es neutro en este punto, no califica apriorísticamente el papel de los notarios, sino que depende del carácter con que actúen. En cambio, precisa las características de la actividad jurisdiccional, que pasa a ser un concepto autónomo europeo⁴⁰³. A tal efecto enumera las condiciones que cumulativamente ha de revestir la función de *“las demás autoridades y profesionales”*

⁴⁰¹ RDGRN de 7 de septiembre de 2018: *“una vez realizada por el notario autorizante dicha labor de precisión del carácter legal del régimen económico matrimonial (derivado de la aplicación de las normas que disciplinan los posibles conflictos de Derecho interregional —o, como en este caso, de Derecho internacional privado—, desvaneciendo así toda posible duda sobre el origen legal o convencional de dicho régimen), no puede el registrador exigir más especificaciones sobre las razones en que se funda su aplicación, pues según el artículo 159 del Reglamento Notarial, «basta la declaración del otorgante», entendiéndose este Centro Directivo, como ha quedado expuesto, que dicha manifestación se recogerá por el notario, bajo su responsabilidad, tras haber informado y asesorado en Derecho a dicho otorgante (de suerte que —bajo su responsabilidad y empleando a tal efecto la fórmula que estime oportuna— deberá desplegar la mayor diligencia al reflejar en el documento autorizado cuál es el régimen económico-matrimonial que rige entre los esposos o, al menos, de no tratarse de una ley española, cuál es la ley material extranjera aplicable según la norma de conflicto que debe conocer y observar, atendiendo a las manifestaciones de los otorgantes sobre circunstancias como su nacionalidad al tiempo de contraer matrimonio, su lugar de celebración o el de la residencia habitual y la ausencia de capítulos”*.

⁴⁰² El Reglamento Notarial español establece en su art. 159 que si *“el acto o contrato afectase o pudiese afectar en el futuro a las consecuencias patrimoniales de su matrimonio actual”* el notario habrá de dejar constancia de los datos identificativos del otro cónyuge, así como su régimen económico matrimonial.

⁴⁰³ ESPÍÑEIRA SOTO, I., *“Competencia internacional del notario en los Reglamentos (UE) 2019/1111 y 2016/1103”*. Disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/competencia-internacional-del-notario-en-los-reglamentos-ue-2019-1111-y-2016-1103/>

(distintos del poder judicial) para que pueda ser considerada como jurisdiccional, confiriendo a quien la ejerce el carácter de autoridad jurisdiccional (o tribunal) : i) que ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de todas las partes a ser oídas, y ii) que sus resoluciones, adoptadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan: a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante la autoridad judicial y b) tengan una fuerza y unos efectos similares a los de la resolución de una autoridad judicial sobre la misma materia⁴⁰⁴.

184. La mayoría de la doctrina internacionalista se muestra reacia a reconocer, en el ámbito de la economía matrimonial, esta cualidad a los notarios españoles, criterio al que, según parece, se ha adherido el Estado español⁴⁰⁵. Por el contrario, la generalidad de doctrina notarialista defiende que los notarios españoles pueden ser considerados como autoridad jurisdiccional, ocasionalmente, cuando actúan como órganos de jurisdicción voluntaria, por entender que en ese supuesto desempeñan una función decisoria en la que concurren todas las condiciones previstas en el art. 3.2 RREM,⁴⁰⁶ como ocurre en el acta notarial para la determinación del régimen económico del matrimonio introducida por la

⁴⁰⁴ CARRASCOSA GONZALEZ, J., en “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2014), Vol. 6, Nº 1, p. 12 y ss., sistematiza las condiciones que con arreglo al art. 3.2 RS (cuya redacción es idéntica al mismo artículo del RREM) son exigibles para que una autoridad de un Estado miembro sea considerada como “tribunal”: “Para definir qué se entiende por “función jurisdiccional” el mismo art. 3.2. RES proporciona los criterios necesarios al efecto. Así, una función debe ser considerada como “jurisdiccional” cuando reúne estos caracteres: 1º) El órgano en cuestión debe ser una “autoridad” o un “profesional del Derecho”; 2º) Dicho órgano debe ofrecer, en su actuación, garantías de una total imparcialidad y debe respetar el derecho de las partes a ser oídas; 3º) Las resoluciones de tales órganos deben dictarse con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan; 4º) Las resoluciones dictadas por tales órganos deben poder ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial; 5º) Tales resoluciones deben tener fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia, esto es, deben tener “fuerza de cosa juzgada” (art. 3.2 RES). Debe crear un “estado jurídico vinculante erga omnes”.

⁴⁰⁵ En efecto, esta es la postura que ha sido seguida por el Gobierno de España en la comunicación prevista en el art 3 in fine RREM. Sin embargo, a la vista de la STJUE de (Sala Primera) de 16 de julio de 2020, la comunicación estatal no tiene carácter definitivo, sino meramente presuntivo o indicativo, pues establece que *ha de precisarse que la circunstancia de que un Estado miembro no haya realizado la notificación relativa al ejercicio por parte de los notarios de funciones jurisdiccionales, prevista en el artículo 3, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento 650/2012, no resulta determinante a efectos de la calificación de esos notarios como «tribunales»* Lo esencial, en definitiva es que concurren en una actuación notarial determinada los requisitos que se señalan en el texto.(C-658/17, EU:C:2019:444, apartado 64).

⁴⁰⁶ Sobre este punto, además de las obras citadas anteriormente vid., REQUEJO ISIDRO M, *El artículo 3, apartado 2, del reglamento nº 650/2012: autoridades no judiciales*, REEI, núm. 39, junio 2020, p. 1- 26 Y RODRIGUEZ BENOT, A., “Cuestionario práctico sobre los Reglamentos de la UE 2016/1103 (matrimonios) y 2016/1104 (uniones registradas)”, *La Notaría*, 1/2019, p. 81, HEREDIA CERVANTES, I., “Aspectos internacionales de la Jurisdicción Voluntaria”, Master de actualización jurídica para notarios, UCLM, 2019, FERNANDEZ TRESGUERRES, A., en “La Jurisdicción Voluntaria, una apuesta por la eficacia”, (coord. FERNÁNDEZ DE BUJAN, y . GARCÍA MÁZ, F.J., p. 117 y ss., LLOPIS, J.C., Blog, “Circulación internacional de documentos notariales en materia matrimonial” (ii): REGLAMENTOS 1103 Y 1104, MARIÑO PARDO, F.M., “Doctrina y algunas consecuencias sobre las actuaciones de los notarios españoles en el marco del Reglamento 650/2012 a partir de la STJUE de 23 de mayo de 2019”, MICO GINER, J, A propósito de la STJUE de 16 de julio de 2020 (C-80/19). La función del notario español en la UE. Consecuencias. Ejes estratégicos”, PAZ-ARES, I., *El divorcio ante notario...*, p. 206.

nueva Ley de Registro Civil⁴⁰⁷. Lo que sin duda pone de manifiesto este debate⁴⁰⁸ es que el término de función jurisdiccional, lejos de estar totalmente definido, es un concepto en formación, en ruta, que admite matices según los objetivos de cada Reglamento⁴⁰⁹ y que todavía presenta ciertos interrogantes. Estos puntos conflictivos, algunos de los cuales se van diluyendo a medida que vamos contando con alguna precisión por parte de la jurisprudencia del TJUE, recaen fundamentalmente sobre el grado de poder decisorio que ha de atribuirse al que ejerce esta función⁴¹⁰ y sobre la naturaleza de la controversia, litigiosa o no (sin perjuicio de que mayormente se considere que no ha de limitarse a las cuestiones contenciosas, o sujetas a la jurisdicción contenciosa⁴¹¹), siendo esencial para reconocer el carácter jurisdiccional de la controversia la presencia alternativa de dos circunstancias i) que la autoridad pueda decidir aunque medie oposición⁴¹² o ii) que pueda declarar un estado o situación, aunque su sustrato sea consensual, tras llevar a cabo un examen del fondo de la cuestión a la luz del derecho nacional (STJUE de 15 de noviembre de 2022)⁴¹³, lo que permite atribuir a un criterio, el del *control sobre el fondo*, el carácter diferenciador *del concepto de «resolución judicial» de los conceptos de «documento*

⁴⁰⁷ Dicha actuación aparece también reconocida y regulada en el art. 53 de la Ley del Notariado. *Vid. ut supra* apartado III, E) b).

⁴⁰⁸ Cuyo seguimiento a de hacerse a la vista de las STJUE de 21 de junio de 2018 (Oberle), 23 de mayo de 2019 (WB) y 16 de julio 2020, y 15 de noviembre de 2022, entre otras.

⁴⁰⁹ Con carácter general se admite el carácter de tribunal de los notarios cuando autorizan y tramitan actas para la declaración de herederos abintestato. En cambio, se cuestiona su carácter cuando tramitan actas para la determinación del régimen económico matrimonial, pese a que sustancialmente su régimen jurídico no diverge.

⁴¹⁰ Es decir, el poder decisorio implica la potestad para dirimir una controversia, o también se reconoce cuando la autoridad que conoce del asunto tiene potestad para la declaración, creación, modificación o extinción de estados o situaciones jurídicas, como en alguna ocasión ha admitido el TJUE.

⁴¹¹ La STJUE 16 de julio 2020 señala que el criterio esencial para determinar la naturaleza jurisdiccional de una actuación es que *“exista una controversia ...”*. Este criterio se aplica con independencia de que el procedimiento de expedición de un certificado de título sucesorio sea de naturaleza contenciosa o de jurisdicción voluntaria. REQUEJO ISIDRO, M., op. cit. p. 11. En nuestro derecho hay materias de jurisdicción voluntaria en que los notarios comparten la competencia con las autoridades judiciales (juez y LAJ), mientras que otras se atribuyen exclusivamente a aquéllos o a éstos. Comúnmente se entiende que las normas sobre competencia internacional previstas en el LJV solo se aplican al ámbito material atribuido a la competencia de los órganos judiciales, por lo que se extiende también a las materias compartidas, con independencia de cuál sea la autoridad actuante.

⁴¹² Tal y como destaca REQUEJO ISIDRO, M., a quien sigue MICO GINER, J., si el operador jurídico (juez o no) está facultado para seguir adelante pese a que haya mediado oposición y formarse, a la luz de lo alegado, un juicio autónomo que dirime materialmente un conflicto, cabe afirmar que el operador posee la facultad de resolver, en virtud de su propia potestad, sobre los aspectos controvertidos entre los intervinientes y que podrá ser considerado como autoridad jurisdiccional, en el sentido al que apunta la STJUE de 23 de mayo de 2019.

⁴¹³ A la vista del Considerando 14 [del RBII ter], que establece que *«todo acuerdo que apruebe el órgano jurisdiccional después de haber examinado su fondo de conformidad con el Derecho y los procedimientos nacionales debe ser reconocido o ejecutado como una “resolución”, el TJUE considera que cuando una autoridad extrajudicial competente aprueba, tras un examen sobre el fondo, un acuerdo de divorcio, éste se reconoce como «resolución judicial», de conformidad con el artículo 21 del Reglamento Bruselas II bis y con el artículo 30 del Reglamento Bruselas II ter”*.

auténtico» y «acuerdo entre las partes». Los operadores jurídicos mantienen la aspiración de que esta cuestión sea aclarada cuanto antes, aunque es de reconocer el decisivo avance que supone la STJUE antes citada⁴¹⁴.

185. Lo que está (o debiera estar) fuera de toda duda es que los notarios actúan como autoridad jurisdiccional en los supuestos de competencia por conexidad derivados de divorcios o separaciones⁴¹⁵ o de asuntos sucesorios⁴¹⁶ tramitados notarialmente⁴¹⁷. En todo caso cabe retener que el notario podrá ser considerado autoridad jurisdiccional en los casos en que su actuación se ajusta a los presupuestos indicados en el art. 3 RREM, sin que sea óbice para ello la falta de comunicación, o la comunicación en contrario formulada por el Estado español, y que solo en ese caso i) quedaría sujeto a las normas de competencia internacional diseñadas por el Reglamento y ii) sus decisiones se beneficiarían del sistema de circulación privilegiado previsto para las resoluciones jurisdiccionales⁴¹⁸.

7.2. Competencia jurisdiccional internacional

186. Cuando la autoridad que resuelve el conflicto económico conyugal actúa en el ejercicio de funciones jurisdiccionales (sean propiamente órganos judiciales, o sean notarios u otros profesionales jurídicos que ejerzan tales funciones como tales o por delegación de aquéllos) la determinación de su competencia internacional se efectúa con arreglo a reglas competenciales que introduce el Reglamento. Estas reglas instauran un sistema competencial que viene caracterizado por varias notas⁴¹⁹: a) se orienta al objetivo de que todos los conflictos relativos a la economía conyugal se sustancien ante la autoridad

⁴¹⁴ Comentada por ESPÍÑEIRA SOTO I, en *Competencia internacional...*

⁴¹⁵ En este sentido JIMÉNEZ BLANCO P. op. cit. p. 316 y PAZ-ARES I, *El divorcio ...*, p. 205 y 231 y ss. También la STJUE de 1 de noviembre de 2022, asunto C-646/2020. Sin embargo, aún en supuestos de conexidad hay aspectos que presenta la jurisdicción que difícilmente se adaptan a la lógica de la función notarial y que tienen complicado encaje en la tramitación de estos expedientes por parte de los notarios, a menos que se produzca una profunda reforma normativa. Es el caso, por ejemplo, de las reglas sobre litispendencia y conexidad del Reglamento de Sucesiones (artículos 17-18), o sobre litispendencia y acciones dependientes del Reglamento Bruselas II bis, o de la posibilidad de adoptar medidas cautelares y provisionales que en ambos instrumentos se concede a los órganos jurisdiccionales ante los que se tramita la crisis matrimonial (artículo 20) o el procedimiento sucesorio (artículo 19).

⁴¹⁶ Vid MARTORELL V, *Funciones jurisdiccionales del notariado español en materia sucesoria*, Web <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/funciones-jurisdiccionales-notario-espanol-sucesiones/#enlaces>. MICO GINER J, op. cit. p. 221 a 238.

⁴¹⁷ El Gobierno español, por el contrario, ha comunicado el carácter de autoridad jurisdiccional del notario en materia de divorcios (RDGRN de 7 de junio de 2016), y en diversos asuntos sucesorios (aunque en reciente comunicación, en relación al Reglamento 2019/111, Bruselas II ter, ha indicado que el notario español carece de competencia para emitir el certificado relativo a una resolución en materia matrimonial utilizando el formulario del anexo II).

⁴¹⁸ En otro caso, como señala MICO GINER J, op. cit. p. 223, si no actúa como tal "Tribunal", no estará vinculado por tales normas de competencia, autorizará documentos públicos, que circularán como tales (y no como resoluciones judiciales) y deben producir efectos equivalentes a los del país de origen en toda la Unión.

⁴¹⁹ Debe consultarse en esta materia PEITEADO MARISCAL, P., en *Competencia internacional por conexión... en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016*. CDT Vol. 9, No 1 (2017)

jurisdiccional de un mismo Estado⁴²⁰, reduciendo los posibles casos de competencias concurrentes de varios Estados⁴²¹. b) Tiene por objeto la determinación de la competencia jurisdiccional internacional, que se concreta en la determinación del Estado cuya jurisdicción resulta competente. No se extiende al reparto competencial interno (salvo supuestos excepcionales, ej. art. 8 y 12) que se rige por las normas nacionales. El papel de las normas nacionales se circunscribe a la determinación interna de la competencia territorial y funcional. Es decir, una vez que se fija la competencia de un Estado conforme al Reglamento, la determinación del concreto órgano jurisdiccional territorial y funcionalmente competente se efectúa con arreglo a las reglas competenciales internas (salvo supuestos excepcionales) También corresponde a éstas dirimir, entre sus distintos tipos de autoridades⁴²², a quienes atribuye competencia. c) Las reglas de competencia se aplican siempre que intervenga una autoridad jurisdiccional, con ese carácter, ya sea en el ámbito de la jurisdicción contenciosa o voluntaria. d) la regulación está presidida por la idea de alinear la competencia en esta materia con la jurisdicción que conozca la cuestión principal. e) la competencia que se deriva de los foros establecidos es universal, se extiende a cualquier materia del régimen económico y a todos los bienes conyugales, cualquiera que sea su lugar de situación (salvo cuando la competencia se determina conforme al art. 10)⁴²³. f) se atenúa el objetivo de alineamiento del forum y del *ius* que inspira el Reglamento de sucesiones⁴²⁴ y g) el papel que se reserva a la autonomía de la voluntad es limitado (por el alto grado de predeterminación legal del fuero) y variable. Es variable porque su ámbito de actuación se subordina al principio de coordinación de competencias, que se estima prioritario: depende de si se trata de una cuestión de la economía matrimonial autónoma o si se inserta o está relacionada con otras materias conexas sometidas a un procedimiento judicial previo. Pero aun en los supuestos de conexidad cabe reconocer una cierta influencia, si bien mediata, de la autonomía de la voluntad. Dado que la competencia respecto del régimen económico matrimonial se determina en función de cuál sea el Estado cuyos tribunales conocen de la sucesión mortis

⁴²⁰ LAGARDE P. *op. cit.* p. 4.

⁴²¹ Aunque es de señalar que este objetivo se circunscribe a los casos afectados por jurisdicciones de los Estados participantes, pues no se elimina el riesgo potencial de conflictos positivos con jurisdicciones de terceros Estados.

⁴²² Art. 2, si bien con la obligación de comunicar a la Comisión el tipo de autoridad nacional que resultan investidas de competencia en materia económico matrimonial (art. 69 RREM).

⁴²³ Dado el ámbito de aplicación del RREM, que se extiende a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y los terceros (art. 3.1 a)), las normas de competencia no solo se aplican a controversias surgidas entre los cónyuges, sino que también comúnmente (sin que sobre este punto haya unanimidad doctrinal) se considera que se aplican a las controversias entre éstos (o uno de ellos) y los terceros, siempre que la acción ejercitada se fundamente o tenga como base las reglas que rigen el régimen económico matrimonial (ej. acción entablada por un cónyuge contra un tercero para que se declare la nulidad de un acto dispositivo del otro cónyuge a favor de un tercero). Así BONOMI, A., *op. cit.* p. 349.

⁴²⁴ Tal y como resulta de la idea que preside el art. 6 del RS. La concordancia fórum-ius dadas las complicaciones inherentes a la prueba y a la aplicación del derecho extranjero. Las reglas sobre competencia que establece el RREM a buen seguro que conducirán en un número elevado de casos a que los tribunales hayan de aplicar una ley que no conocen.

causa o del proceso matrimonial, de esta forma, indirectamente, se produce una especie de remisión a las normas de competencia internacional establecidas en los Reglamentos 650/2012 y 2201/2003⁴²⁵ (que se ocupan de esas materias absorbentes, en términos jurisdiccionales) lo que significa, en definitiva, que la autonomía privada, en el ámbito de actuación que le reconozcan estos Reglamentos, puede influir en la determinación de la competencia en el sector económico matrimonial⁴²⁶.

187. En estos últimos supuestos, el Reglamento, acertadamente, en aras a facilitar la continuidad procesal de materias íntimamente vinculadas, opta por acumular la sustanciación del conflicto económico matrimonial al de otras cuestiones que se estiman nucleares, concentrando la competencia en la autoridad jurisdiccional que entiende de éstas. Esto ocurre principalmente en temas relacionados con la disolución del régimen económico matrimonial como consecuencia del fallecimiento de un cónyuge o de la crisis conyugal, cuya *vis atractiva*, justifica la concentración por conexidad de la competencia jurisdiccional a las cuestiones económicas de la unión marital⁴²⁷. Esta concentración, en unos casos se presenta como automática (supuestos de competencia accesoria imperativa) y en otros aparece condicionada a la decisión de los cónyuges. En función del juego de estos parámetros, que se articulan en torno a la búsqueda de la continuidad procesal (en caso de proximidad de la cuestión litigiosa al tribunal ya competente) y del principio de la autonomía de la voluntad⁴²⁸ (que opera en torno a criterios de competencia cercanos a la situación matrimonial) se ordena el sistema de competencia jurisdiccional en el Reglamento.

Así, el Reglamento, desde la perspectiva competencial distingue tres supuestos, en función de cuál sea la causa de la disolución del régimen económico matrimonial: i) fallecimiento de un cónyuge, ii) crisis conyugal (separación, nulidad y divorcio) y iii) los demás casos, que se estructuran en torno a una lista jerarquizada de foros (arts. 6 a 8), y a los criterios subsidiarios o residuales (arts. 10 y 11)

7.2.1. Concentración de competencia jurisdiccional automática por fallecimiento de uno de los cónyuges

⁴²⁵ PEITEADO MARISCAL, P., op. cit p. 309, GONZALEZ BEILFUSS, C., op. cit. p. 121

⁴²⁶ No obstante, debe tenerse en cuenta que a veces los criterios seguidos para la materia principal se atemperan (así ocurre en determinados supuestos en que la concentración se condiciona al acuerdo de los cónyuges, ej. art. 5.2 RREM) y que pueden concurrir distintos tipos de autonomía de la voluntad (ya sea la conjunta, ya la individual reconocida por el RS, que por efectos de la conexidad, puede ser prevalente).

⁴²⁷ Pero hay que tener en cuenta, por razón de los repartos de competencia, a nivel internacional y a nivel estatal, que la concentración que ordena el Reglamento tiene por objeto su centralización en un Estado, pudiendo ser que internamente se atribuyan materias que internacionalmente están conexas a órdenes jurisdiccionales diferentes, es decir, que las materias sucesorias se atribuyan a juzgados diferentes de los que conozcan las causas de naturaleza económico matrimonial (BONOMI A. op. cit. p.358, PEITEADO MARISCAL, P., op. cit. p. 310).

⁴²⁸ GUZMAN ZAPATER, M. /PAZ-ARES, I., op.cit. pp. 288-289.

188. Es sabido que el fallecimiento de uno de los cónyuges provoca de forma automática e inmediata la disolución del régimen económico matrimonial. Por esta razón, comúnmente los distintos sistemas internos establecen una suerte de continuidad entre la liquidación del régimen económico y la ordenación de la sucesión del cónyuge premuerto, en la medida en que la determinación de la masa hereditaria exige, como paso previo, fijar la parte del patrimonio conyugal que, por corresponder al *de cuius*, se ha de integrar en su herencia. Este presupuesto de orden material es valorado por el legislador europeo para reconocer la conveniencia de que la cuestión económica-matrimonial se sustancie ante el órgano que conoce de la sucesión, en aras “a facilitar la buena administración de la justicia”⁴²⁹. Desarrollando esta idea el art. 4 del Reglamento establece que “cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conozca de la sucesión de uno de los cónyuges en aplicación del Reglamento (UE) n.º 650/2012, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado serán competentes para resolver sobre el régimen económico matrimonial en conexión con esa sucesión. Los términos en que se pronuncia esta regla merecen alguna precisión. Solo se aplica esta solución cuando concurren los siguientes elementos: i) la autoridad que conoce de la sucesión pertenece a un Estado participante en este Reglamento, ii) su competencia sucesoria ha sido determinada con arreglo al Reglamento 650/2012, iii) es una autoridad que actúa propiamente como autoridad jurisdiccional⁴³⁰ y iv) la controversia sucesoria esté abierta⁴³¹. Fuera de estos supuestos, el foro que se deriva de este art. 4, no contempla excepción alguna, ni siquiera, aunque medie acuerdo expreso o tácito (arts. 7 y 8). En realidad, en este supuesto de conectividad sucesoria (aplicable a todo supuesto en que un tribunal sea competente en virtud del RS, incluso en los casos contemplados en el art. 6 a) y 10 RREM⁴³²), no se reconoce ningún margen de actuación a la autonomía de la voluntad, a salvo la que indirectamente se haya ejercido (con la participación del cónyuge sobreviviente, en tanto parte interesada⁴³³, art. 5 RS) para fijar el foro sucesorio (art. 5 y 9 RS)⁴³⁴, cuyo análisis escapa del ámbito de este artículo.

7.2.2. Prórroga en caso de crisis matrimonial

⁴²⁹ Pero si el proceso relativo al régimen económico se suscita antes que el sucesorio no se producirá ningún tipo de conexidad, sino que como destaca PEITEADO MARISCAL, P., cada proceso seguirá unas reglas de competencia distintas, que pueden conducirlos a Estados distintos y provocar dificultades respecto de la eficacia de las resoluciones.

⁴³⁰ FRISTOM, R., « Commentaire... », p 53, BONOMI, A. op. cit. p.360.

⁴³¹ Lo cual excluye los supuestos en que la causa sucesoria esté finalizada o que la cuestión económico matrimonial sea previa. Sin embargo, esta no es una cuestión del todo pacífica en la doctrina (así se sostiene por algún sector doctrinal que el objeto de este precepto no es tanto acumular procesos como competencias).

⁴³² Hay autores que consideran exorbitante el juego de la conectividad en los supuestos contemplados en el art. 10. PEITEADO MARISCAL, P., op. cit p. 317, entiende que, en concreto, no se produce la prórroga de jurisdicción en el supuesto contemplado en el art 10.2 RS.

⁴³³ Puede ocurrir que no se considere al cónyuge como parte interesada en la sucesión en caso de que la ley sucesoria no le reconozca ningún derecho. Aún ese caso, autores como BONOMI, A., op. cit p. 370, PEITEADO MARISCAL, P., op. cit p. 314-316), consideran que el consentimiento del cónyuge debe ser exigido

⁴³⁴ A salvo que se dé el supuesto contemplado en el art 6 a).

189. Cuando la disolución del régimen económico matrimonial es consecuencia de una crisis matrimonial la prórroga de jurisdicción también se estima una medida oportuna. Sin embargo, la extensión de la competencia del tribunal que conoce de la crisis no opera siempre de la misma manera. No se trata de una remisión uniforme, sino que su operatividad aparece mediatizada por los foros que determinaron la competencia del tribunal ante el que se sustancia la crisis⁴³⁵: la regla general es que si se trata de un foro coincidente con los que admite este Reglamento, la extensión de jurisdicción es automática.

En otro caso, se da entrada a la autonomía de la voluntad, toda vez que debe de mediar el acuerdo de los cónyuges. Estos pueden optar por la concentración o porque la cuestión matrimonial se sustancie en el foro electivo o subsidiario que se determine conforme al Reglamento. De esta forma podemos distinguir dos situaciones:

1º) En línea de principio, la concentración es automática, si la competencia del tribunal que entiende de la crisis ha sido determinada con arreglo a criterios coincidentes a los de este Reglamento (residencia habitual común, última residencia habitual común, siempre que uno de los cónyuges permanezca en la misma, y nacionalidad común).

2º) La concentración se sujeta al juego de la autonomía de la voluntad conyugal en tres supuestos, en función de cómo se haya determinado la competencia del tribunal absorbente: i) si ha sido establecida atendiendo a la residencia o nacionalidad del demandante, ii) si el tribunal ante el que se sustancia la crisis conyugal es competente por razón de la conversión de la separación judicial en divorcio (conforme al art 5 del RB II bis) o iii) si ha de resolver en casos de competencia residual (art.7 RB II bis).

190. La solución de someter la concentración al acuerdo de los cónyuges se justifica, en el caso del *forum actoris* y de la competencia residual, en la medida que tales foros pueden resultar alejados del demandado⁴³⁶ y ser discriminatorios⁴³⁷ o para asegurar que las partes tienen la posibilidad de acercar el litigio relativo al régimen económico al Estado en el que se encuentren los bienes que constituyen el patrimonio conyugal⁴³⁸. El mismo criterio debería de haberse seguido, quizás, para el caso de la conversión de la separación en divorcio. Es decir, desactivar la prórroga automática no en todo caso, sino cuando el fuero inicial (el de la separación) hubiese sido el del actor, o en caso de competencia residual.

⁴³⁵ Se trata de foros muy amplios, presididos por el *favor divortii*. Por eso el RREM los somete a un diferente tratamiento, estableciendo la prórroga automática solo respecto de los que gozan de mayor legitimidad.

⁴³⁶ GUZMAN, M./ PAZ-ARES, I., *ídem.*; QUINZÁ REDONDO, P., "El Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial: una aproximación general", *La Ley, Derecho de familia* 17, enero-marzo 2018, p. 5.

⁴³⁷ RODRIGUEZ RODRIGO, J., en "Tratado de Derecho internacional Privado II", 2018, dirigido por Calvo Caravaca y Carrascosa, p. 176.

⁴³⁸ PEITEADO MARISCAL, P., *op. cit.* p.320-322.

191. El acuerdo favorable a la concentración habrá de cumplir los requisitos generales de los pactos de sumisión expresa previstos en el art.7, salvo que se den las circunstancias que para la admisión de la sumisión tácita establece el art. 8⁴³⁹. Asimismo, cabe resaltar que en los supuestos de concentración procesal vistos, ya sea automática o potestativa, la acumulación es solo internacional y no interna (territorialmente o *ratione materiae*), pues propiamente no atribuye la competencia al tribunal concreto que conoce del asunto principal (sucesorio o de crisis matrimonial), sino exclusivamente a favor de la autoridad jurisdiccional del mismo Estado⁴⁴⁰. La aplicación de la prórroga prevista en el art. 5, también reclama ciertas precisiones: i) requiere que la autoridad que conoce de la crisis matrimonial pertenezca a un Estado participante en este Reglamento, ii) que su competencia haya sido fijada de conformidad al RBII bis y iii) que se trate una autoridad jurisdiccional, según la definición que da a este término el RBII bis⁴⁴¹. En este caso, si la autoridad es notarial (como ocurre en el caso del divorcio ante notario en España) la solución que por acumulación se dé en la escritura a la materia de régimen económico matrimonial, goza del carácter de decisión jurisdiccional, y como tal podrá circular en los Estados miembros⁴⁴².

7.2.3. Supuesto general (fuera de los casos de prórroga de jurisdicción)

192. En caso de que no opere la concentración por conexidad, a que acabamos de hacer referencia (lo que en última instancia implicaría la aplicación de los fueros establecidos en el Reglamento de Sucesiones o en el RB II bis) o si el régimen económico se disuelve por otra causa, distinta del fallecimiento de un consorte, o de la separación, nulidad o divorcio, o si se trata de una controversia autónoma de otro tipo (no enmarcada en el proceso de disolución, como la autorización judicial por falta de consentimiento de un cónyuge, la falta de información sobre las actuaciones económicas de un consorte, calificación de un activo o de un pasivo, ineficacia del pacto capitular, etc.), o si la autoridad que conoce de la cuestión principal no pertenece a un Estado participante, entran en juego las previsiones específicas del Reglamento 2016/1103, donde se reconoce particular relevancia a la autonomía de la voluntad. Solo la ausencia de ésta daría lugar a la aplicación

⁴³⁹ En cuyo caso parece que el acuerdo debe ser conforme también con las formas y tiempos previstos por las reglas procesales del foro (PEITEADO MARISCAL, P.).

⁴⁴⁰ RODRIGUEZ RODRIGO, J., "Tratado", *op. cit.* p. 190, BONOMI, A., *op. cit.* p. 384.

⁴⁴¹ Por lo que quedan excluidos de esta regla las cuestiones patrimoniales derivadas de "divorcios privados" o sustanciados ante instancias que no tenga la consideración de autoridad jurisdiccional.

⁴⁴² PAZ-ARES, I., "El divorcio ante notario..." *cit.* pp. 119 ss. A menos que la decisión o acuerdo en que se basa el divorcio celebrado ante una autoridad jurisdiccional (no judicial) no cubra la liquidación del régimen matrimonial (o todas las cuestiones liquidatorias). BONOMI, A., *op. cit.* p. 390 sostiene que en tal caso si se plantea una controversia sobre estas materias no sería de aplicación el artículo 5 RREM, al igual que ocurriría en caso de que el juicio sobre el divorcio hubiese sido resuelto por una decisión firme, y que para la liquidación del régimen económico hubiese que interponer otra demanda ante una jurisdicción distinta, en cuyo caso ésta última quedaría sujeta a lo dispuesto en el artículo 6. Sin embargo, esta conclusión ofrece alguna duda, sobre todo si se parte de la premisa generalizada en la doctrina que estima que la concentración es meramente internacional, que se produce en un Estado y no necesariamente ante el mismo tribunal.

los criterios objetivos subsidiarios ordenados jerárquicamente que establece el art. 6 RREM.

193. La autonomía de la voluntad puede manifestarse en materia competencial bajo dos formas, tácita y expresa. En ambos casos constituye el primer criterio para determinar la competencia. El ámbito que se reconoce a la autonomía privada, si bien es más restringido, por la exclusión de cuestiones afectadas por la prórroga de jurisdicción automática, opera con un abanico de criterios de conexión más amplio que en materia conflictual. Los cónyuges pueden optar por acogerse a las siguientes jurisdicciones: i) la del Estado cuya ley sea aplicable (ya se haya determinado en ejercicio de la autonomía conflictual de los cónyuges, ya por vía subsidiaria, conforme al art. 26. 1 a) y b), (descartándose el supuesto de la ley más vinculada a que se refiere la letra c) del apartado 1 de dicho precepto). Este criterio, que favorece la correlación entre el *forum* y el *ius*, permite que los cónyuges se decanten por los tribunales vinculados por la residencia o la nacionalidad de cualesquiera de ellos, al tiempo de ejercer la *professio iuris* o, en su defecto, por los de la primera residencia matrimonial o a falta de ésta, por la de la nacionalidad común al tiempo de la boda, siempre que, en todo caso, coincidan con el ordenamiento cuya ley rija el régimen económico ii) y la del Estado de la celebración del matrimonio. De este modo, se permite a los cónyuges vadear la eventual inhibición de un Estado que no reconozca al matrimonio, conforme al art. 9 RREM. Todos estos criterios de competencia guardan conexión temporal con el momento de la celebración del matrimonio, o del pacto de elección de ley, y no con el momento de la interposición de la demanda, por lo que no queda siempre asegurada la proximidad de los cónyuges al proceso. Sin embargo, sobre esa mengua de proximidad prevalece en este caso la autonomía privada. Asimismo, también pueden elegir —y esta sería una tercera opción— someterse al tribunal que entienda de la crisis matrimonial, en los supuestos del artículo 5.2. Un pacto de sumisión en este sentido podría celebrarse en cualquier momento⁴⁴³.

194. El rigor formal del pacto conyugal, si se limita a elegir el fuero, se atenúa: basta que se formule mediante un escrito fechado y firmado por las partes (art. 7.2 Rto.). Los requisitos formales son menores que los que se establecen para la elección del derecho aplicable al régimen económico, o para la determinación del derecho aplicable a la separación o el divorcio (RR III, art. 7.2), donde se requiere que se cumplan adicionalmente las exigencias formales del Estado participante en que tengan la residencia habitual alguno de los cónyuges. Aquí también rige el principio de unidad de jurisdicción: el foro elegido tendrá competencia exclusiva para todas las cuestiones patrimoniales del matrimonio. Finalmente, también se sostiene que en este supuesto el acuerdo expreso puede ir más allá de la determinación internacional del fuero, pudiendo abarcar la competencia territorial interna.

⁴⁴³ FRIMSTON, R., *op. cit.* p. 59. En contra RODRIGUEZ RODRIGO, J., “El régimen...” p. 198.

195. La autonomía de la voluntad expresada tácitamente también puede ser suficiente para someterse a una determinada jurisdicción. Esta sumisión tácita, con virtualidad de hacer competente a un foro concreto, surge de la combinación de tres elementos: la presentación de la demanda —por parte de uno de los consortes—, la comparecencia por parte del cónyuge demandado, sin impugnar la competencia, y la pertenencia del tribunal al Estado cuya ley resulta aplicable con arreglo al art 22 o 26 1, letras a) y b) (excluyéndose, por tanto, el supuesto en que la ley aplicable resulta de la conexión de los vínculos más estrechos). Se trata de un consentimiento tácito pero informado, pues el órgano judicial que conozca del caso ha de asegurarse de que *el demandado sea informado de su derecho a impugnar la competencia y de las consecuencias de su comparecencia o incomparecencia*. Este requisito es exigible, aunque no esté previsto en las reglas procedimentales de la *lex fori*.

196. La sumisión tácita —por evidenciarse en el último momento, en el curso del procedimiento— se convierte así en el criterio competencial preferente; prevalece sobre cualquier otro, ya sea un pacto de sumisión expresa anterior, que quedaría revocado, ya sea cualquiera de los criterios subsidiarios que prevé el Reglamento. Es decir, es prioritario a la sumisión expresa (por ser posterior), pero su ámbito es más reducido (solo puede referirse a las autoridades del país cuya ley rija el régimen económico matrimonial). Sin embargo, no parece que haya obstáculo a que juegue como presupuesto para la concentración procesal, en los casos previstos en el art. 5.2, en caso de que uno de los cónyuges requiera esta acumulación⁴⁴⁴.

7.2.4. Criterios de atribución objetivos

197. Las demás reglas de competencia funcionan subsidiariamente, en caso de que i) no haya mediado pacto de sumisión expresa o tácita, ii) ni acumulación, en caso de fallecimiento o crisis matrimonial. En realidad, los criterios objetivos del artículo 6 previsiblemente no van a resultar de aplicación frecuente en la práctica, limitándose a los casos de litigios relativos al cambio de régimen, litigios derivados del divorcio (en supuestos de no absorción), o a situaciones específicas controvertidas durante la vigencia del régimen matrimonial. Todos estos criterios, que están organizados jerárquicamente (a diferencia de lo que ocurre en el RB II bis), se caracterizan por su proximidad al pleito, pues han de ser los vigentes al tiempo de la presentación de la demanda. Los criterios de conexión establecidos en el art. 6 son: a) Estado de la residencia habitual de los cónyuges, b) Estado de la última residencia habitual común, siempre que uno de los cónyuges aún resida allí, c) residencia habitual del demandado y d) nacionalidad común.

Estos foros de competencia se diferencian de los que establece el RB II bis en un doble aspecto: se ordenan por rango, en lugar de ser alternativos, y excluyen el *forum actoris*.

⁴⁴⁴ RODRÍGUEZ RODRIGO, J, "El Régimen...", p. 194. En contra, FRIMSTON, R., *op. cit* p. 70.

7.2.5. Reglas de competencia *en* supuestos especiales

198. El Reglamento contempla tres fueros específicos, para supuestos excepcionales:

— Competencia alternativa. Hace referencia a la denominada cláusula búlgara (en atención a que este país no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo)⁴⁴⁵. Tiene lugar en caso de que el tribunal competente con arreglo a los criterios establecidos en los arts. 4 a 8 se inhiba, por no reconocer el matrimonio, sobre cuyo régimen económico se debate (salvo que mediase resolución de divorcio, separación o nulidad susceptible de ser reconocida en el Estado del Foro). En ese supuesto, de nuevo se da entrada a la autonomía privada: la competencia pasaría a la jurisdicción de cualquier otro Estado miembro que elijan las partes de conformidad al art. 7, si el Tribunal que se inhiba hubiera resultado competente en virtud de los artículos 4 ó 6. En otro caso, la competencia pasará a cualquier otro Estado miembro que se designe por sumisión tácita o subsidiariamente, de conformidad con los artículos 6 y 8 o al Estado miembro de la celebración del matrimonio.

— Competencia subsidiaria. Si no existe tribunal competente, conforme a los artículos 4 a 8, o todos ellos se hubieran inhibido, sin que alternativamente resulte la competencia de otro tribunal conforme al art 9.2, el Reglamento establece una regla que puede fragmentar el principio de unidad de la competencia. Otorga la competencia a los tribunales del Estado miembro en que radique algún inmueble perteneciente a uno o ambos cónyuges, si bien esta competencia es parcial: se limitará a resolver sobre el bien de que se trate.

— *Forum necessitatis*. Como solución última, en caso de que no resulte competente ningún tribunal, con arreglo a los artículos 4 a 10 (lo que incluye los supuestos de inhibición), excepcionalmente podrá sustanciarse la controversia ante otro Estado miembro bajo dos condiciones: i) que el asunto guarde conexión suficiente con dicho Estado y ii) que el proceso no pudiera incoarse o desarrollarse razonablemente o resultare imposible en un tercer Estado con el que el asunto tuviese una relación estrecha (art.11).

⁴⁴⁵ Cabe destacar que la aplicación de esta cláusula si bien permite a un Estado inhibirse de conocer una cuestión relativa al régimen económico de un matrimonio, cuyas normas de derecho internacional privado no reconocen, no podrá, sin embargo, rechazar las resoluciones dictadas en otros estados miembros en materias que afecten a la economía del matrimonio. Es decir, no existe una cláusula paralela que permita rehusar la circulación de resoluciones que conciernan al ámbito de aplicación del Reglamento. QUIÑONES ESCAMEZ, A., *op. cit.* p.269, 273.

8. LA ESPECIALIZACIÓN NORMATIVA Y EL PAPEL ARMONIZADOR DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

Don Juan, español, y Doña Ilaria, italiana, piensan contraer matrimonio. El primero tiene hijos de una relación conyugal anterior. Tienen diferentes creencias religiosas y residencias separadas y prevén que esta situación residencial permanecerá durante algunos años. Se presentan en la notaría para organizar su estatuto familiar. Les preocupa la educación y el régimen de convivencia de la descendencia común que aspiran a tener en un futuro próximo, el estatuto de su hogar familiar, el grado de comunicación de las ganancias que obtengan, las reglas sobre la contribución de cada consorte al sostenimiento de la familia, así como las compensaciones económicas intra conyugales en caso de que uno de ellos haya de abandonar su trabajo para poder residir juntos. También desean perfilar el panorama sucesorio, especialmente la administración y el destino del patrimonio familiar para el caso de que se produzca el fallecimiento repentino de uno de ellos y las consecuencias de una hipotética crisis conyugal.

8.1. La coherencia conflictual y material del Reglamento y su problemática

199. Anteriormente se ha destacado que el objetivo principal del Reglamento, compartido por los demás que se ocupan de materias propias del derecho de familia, no es otro que, en aras a fomentar la seguridad y la previsibilidad de resultados, establecer un marco unitario regulatorio no tanto del derecho material sino en el nivel conflictual, mediante la armonización de las reglas que determinan el derecho aplicable y los criterios de competencia jurisdiccional. De este modo se busca que todos los Estados participantes apliquen las mismas reglas de conflicto y que todos ellos participen de los mismos criterios para determinar la jurisdicción competente. Todas las cuestiones relativas a la economía del matrimonio se someten a una misma ley y a una misma autoridad jurisdiccional, evitando así el *depeçage* normativo sectorial y la aparición de jurisdicciones concurrentes y de conflictos positivos de competencia (salvo casos excepcionales). Sobre la base de esta armonización se consigue otro efecto positivo, cual es el de la facilitación de la circulación de los documentos públicos y, especialmente, de las decisiones jurisdiccionales en el ámbito espacial de los Estados participantes.

200. Estas consideraciones, sin embargo, no pueden ocultar que el Reglamento se inserta en un sistema normativo complejo, donde se plantean las cuestiones comunes que generan determinadas situaciones recurrentes en del derecho internacional privado, como la incidencia del orden público, las leyes de policía o el reenvío, se entremezclan las derivadas de la influencia de las normas de terceros Estados (respecto de los bienes situados en sus territorios) y las modificaciones que el derecho previsto puede tener en el ámbito de las relaciones con los terceros (cuestiones todas ellas cuyo análisis en profundidad excede del ámbito de este trabajo). Además, a nivel de la Unión Europea se plantea el problema más específico de la coordinación, la búsqueda de sistemática y de coherencia con otras normas de derecho internacional privado de origen europeo que regulan materias próximas, que en el orden material aparecen vinculadas. En definitiva, se

suscita la singular problemática de la coherencia entre los distintos Reglamentos sobre cuestiones de derecho de familia, con el objeto de evitar la discordancia entre los conceptos utilizados, solapamientos entre los respectivos campos de aplicación⁴⁴⁶, o en la definición del perímetro de la ley aplicable, divergencias interpretativas o la disociación entre las diferentes leyes eventualmente aplicables y las jurisdicciones competentes que provocan el desalineamiento entre el derecho aplicable y el foro⁴⁴⁷. Pero sobre todo el problema de fondo de la coordinación repercute en otro horizonte, próximo pero que apunta un matiz diferencial, cual es el de la armonización institucional, que reclama igualmente un tratamiento material uniforme para cuestiones conexas e interdependientes, como son las familiares (donde las respuestas nacionales son tan dispares), en orden a posibilitar y favorecer que las soluciones que se den al conjunto de todas ellas tengan la suficiente continuidad y coherencia, lo que también constituye una exigencia inherente a los principios de seguridad y de previsibilidad. Bajo esta cuestión, en definitiva, subyace la tensión que se produce entre la respuesta conflictual especializada, sectorizada, que dispensan los Reglamentos que se ocupan de materias integradas en el estatuto familiar, y la armonía que preside la regulación material interna de estas instituciones, que corre el riesgo de quebrarse, cuando la aplicación conflictual conduce a una fragmentación del derecho material reclamado. El riesgo de ruptura del equilibrio de las distintas instituciones familiares conexas es proporcional al nivel de segmentación del derecho material y al de la falta de tratamiento procesal continuo a sus controversias.

201. El derecho conflictual español se adscribía al sistema de la unidad en la regulación de los efectos del matrimonio, pues todos ellos, personales y patrimoniales, se sujetaban a la ley que designa el art. 9.2. Cc⁴⁴⁸. Este principio de unidad, sin embargo, podía fragmentarse si los cónyuges, en uso de su autonomía privada, acordaban capitular. De esta forma, el sector de los efectos circunscritos al régimen económico matrimonial era susceptible de desgajarse de la ley reguladora de los efectos personales, para ir en busca de otro *ius* que les diese cobertura, como la ley de la nacionalidad o de la residencia

⁴⁴⁶ Estos solapamientos plantean problemas de deslinde, entre los respectivos campos de aplicación de los distintos Reglamentos. En los casos planteados ante el TJUE, éste ha utilizado como factor fundamental para dilucidar el encuadramiento de una concreta materia, sobre la que convergen diferentes ámbitos de aplicación de varios Reglamentos, el criterio del objeto de la pretensión formulada por el demandante.

⁴⁴⁷ Sobre este punto, FONTANELLAS MORREL, JM. “La coherencia entre los Reglamentos 650/2012 y 2016/1103 (2016/1104)”, p. 191 y ss., QUINZA REDONDO, P., “La (des)coordinación entre la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, p.531, KOHLER, C, “La segmentation du statut personnel comme vecteur de l’autonomie de la volonté en matière familiale et successorale”, en *L’autonomie de la volonté, dans les relations familiales internationales* (Dir.PANET A, FULCHIRON H Y WAUTELET P).

⁴⁴⁸ El elenco de leyes establece dicho precepto, según orden de preferencia, es el siguiente: 1) ley personal común, 2) ley elegida por las partes, que puede ser la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, 3) ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior al matrimonio, y 4) la ley del lugar de celebración. *Vid.* AMORES CONRADI, M.A., “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, nº 11-12, 1991, pp. 39-72

habitual de cualquiera de los cónyuges al tiempo del otorgamiento de las capitulaciones (art. 9.3 Cc).

Contrariamente, el esquema de partida del DIPr europeo es distinto. Los efectos del matrimonio, desde una perspectiva conflictual y procesal, se tratan en el derecho internacional privado de la Unión Europea de forma diferenciada⁴⁴⁹, aunque dentro de cada sector impere el enfoque unitario. Dentro del ámbito de incidencia conyugal, se distinguen al menos tres grandes bloques que cuentan con una regulación conflictual separada, que pueden conducir con sus remisiones a una ruptura de la simetría institucional: el relativo a los alimentos⁴⁵⁰, el del régimen económico matrimonial, y el referente a la extinción o relajación del vínculo matrimonial⁴⁵¹. Asimismo, también habría que aludir al campo sucesorio, cuyos efectos y la extensión de los derechos que atribuye, a menudo, guardan una estrecha relación con el grado de comunicación económica que brinda a los cónyuges el régimen económico, y que también influyen y, *latu sensu*, forman parte de la planificación económica conyugal. Fuera del ámbito de regulación de los Reglamentos europeos, total o parcialmente, podrían señalarse otros dos sectores, el de las relaciones parentales⁴⁵², y un último bloque residual, que comprendería los efectos derivados de la relación matrimonial no incluidos en los apartados anteriores, que al no contar con una específica regulación europea, quedaría sujeto al régimen conflictual propio del foro (en nuestro caso, art. 9.2 Cc). Esta sectorialización de materias, y su diferente localización, se trata de justificar en la mayor especialización de las soluciones, en función de su vinculación con cada situación, para obtener respuestas más satisfactorias. Se trata de una tendencia creciente en el Derecho internacional privado, especialmente en el europeo.

202. De este modo, a diferencia de lo que ocurre en el derecho interno, cuyas instituciones se regulan coherentemente bajo unos mismos principios, a menudo se

⁴⁴⁹ *Vid.* una panorámica general sobre estas materias en FERNANDEZ-TRESGUERRES A., *op. cit.* p. 1323 y ss.

⁴⁵⁰ Materia en la que rige el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (a que se adhirió la UE, por Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009) en virtud de lo dispuesto en el Reglamento UE núm. 4/2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

⁴⁵¹ Reglamento UE núm. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010, Roma III, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. La materia competencial está regulada en el Reglamento Bruselas II ter.

⁴⁵² Las relaciones paternofiliales, que a veces son objeto de los pactos matrimoniales (ej. custodia compartida, etc.), constituyen a nivel del DIPr una materia separada de los efectos del matrimonio, y suelen contar con regulación conflictual propia (ej. art. 9.4 Cc, Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños). En el plano de la competencia judicial, también habrá de tener en cuenta el Reglamento 2201/2003 (incluso con carácter preferente al Convenio de la Haya, sin perjuicio de que sus soluciones son coincidentes) y el art 22 de la LOPJ. El Reglamento y el Convenio citados posibilitan que, en las condiciones que establecen, se unifique el foro para conocer de las crisis matrimoniales y las cuestiones relativas a las relaciones paternofiliales (sobre este punto *vid.* CALVO CARAVACA A.L./CARRASCOSA GONZALEZ, J., "Derecho internacional privado, Vol II", 12ª ed. p. 407 y ss.

constata que a nivel internacional el fraccionamiento regulatorio de los efectos y consecuencias que se pueden derivar del matrimonio puede acarrear problemas de coordinación entre los diferentes derechos reclamados que confluyen en su regulación y entre las diferentes jurisdicciones competentes⁴⁵³. Aparecen así los problemas materiales de descompensación (infra o sobre compensación) al someter instituciones interrelacionadas y cohesionadas internamente a leyes diferentes, y los problemas de calificación, cuando una misma relación jurídica se adscribe, por las leyes aplicables, a ámbitos normativos distintos⁴⁵⁴ (aunque está última problemática se ha tratado de reducir mediante la introducción de conceptos autónomos, pese a que alguno de los conceptos más importantes, como el matrimonio o la nacionalidad, quedan al albur de lo que dispongan las legislaciones nacionales). Todas estas razones apuntan a que la coherencia entre los múltiples Reglamentos que regulan materias ligadas a la economía matrimonial debería constituir una aspiración básica.

203. Una problemática parecida aparece en sede de competencia judicial internacional. La materia familiar, y específicamente la matrimonial, también demanda una sistematización procesal coherente y armónica. La racionalidad del proceso reclama que las materias conexas e interdependientes se califiquen y sustancien con arreglo a los mismos criterios y que se resuelvan en el seno del mismo procedimiento. Incluso, aun cuando la ley aplicable fuese la misma, la intervención de distintas autoridades podría propiciar respuestas desajustadas, amén de mayores costes conflictuales.

⁴⁵³ Esta circunstancia puede amenazar el equilibrio entre las distintas instituciones familiares, cuya conexión reclama una regulación material global, conjunta y armónica, al sujetarse a leyes de diversa inspiración que responden a criterios regulatorios muy dispares.

⁴⁵⁴ Destacan esta problemática NAGY, C.I., op. cit. p. 514 y ss., QUINZA REDONDO, P., "La (des)coordinación ...", p.531 y FONTANELLAS MORELL, J.M., op. cit p. 201 y ss. (éste último concentrando su estudio en la interrelación de los Reglamentos sobre sucesiones y REM). El primer autor alude, como ejemplo, de descompensación a la ruptura de la habitual coordinación que existe entre las cuestiones sucesorias y el régimen económico matrimonial, o entre éste y los alimentos: el alcance de los efectos sucesorios entre cónyuges suele tener en cuenta el grado de comunicación de bienes que se deriva del régimen legal; este último aspecto también se relaciona con los alimentos, pues la mayor extensión de una pensión alimenticia puede guardar relación, y compensar, la falta de participación recíproca en las ganancias, propia de los regímenes de separación. Los problemas de calificación hacen referencia a los supuestos de disparidad en la calificación (o, incluso, a la falta de reconocimiento como ocurre con el concepto de régimen económico matrimonial, como tal, en el *common law*) de algunas instituciones, en el Derecho comparado. La, a veces, difusa frontera entre la esfera personal y la patrimonial del matrimonio, lo matrimonial y lo sucesorio, provoca desajustes mayores, cuando los criterios de calificación de las leyes que confluyen son dispares. Para visualizar esta problemática basta con pensar en la diferente naturaleza que se atribuye en el derecho comparado a pactos tan diferentes como la modalización o la renuncia a la pensión compensatoria, al establecimiento de penas económicas por incumplimiento de deberes conyugales, la regulación de la separación de hecho como causa de disolución de la sociedad conyugal, el establecimiento de premios económicos en función de los años que ha durado la convivencia, la fijación de pensiones no compensatorias, las previsiones sobre el uso de la vivienda familiar si los hijos son mayores, los convenios sobre la custodia compartida, o los compromisos sobre la educación de los hijos, o las derivadas de las ventajas matrimoniales, como el pacto de la *communauté universelle avec clause d'attribution intégrale*, previsto en el derecho francés.

204. Todas estas circunstancias, susceptibles de abocar a una disociación entre las leyes aplicables o/y entre autoridades competentes (o entre unas y otras) pueden dificultar la previsibilidad de resultados, lo que a la postre degrada la seguridad jurídica (con el riesgo de romper el necesario equilibrio regulatorio entre instituciones conexas), idea en torno a la que giran los objetivos que justifican los Reglamentos europeos que se ocupan de las instituciones familiares. Se produce así, en el DIPr europeo, un cierto contraste entre la especialización (sectorización) y la continuidad regulatoria y competencial, que solo puede superarse o moderarse mediante una articulación coherente de las conexiones conflictuales y los criterios competenciales, que permitan soluciones congruentes con la lógica de las instituciones concernidas. Es cierto que el método de unificación del DIPr europeo se combina con la introducción de mecanismos, de diferente alcance, que favorecen la armonización, como el ajuste y la adaptación de derechos, la sustitución o la aplicación cumulativa de normas, las prórrogas de competencia, o la introducción de conceptos autónomos, que tratan de sembrar cierta unificación conceptual, para reducir la problemática de las calificaciones dispares⁴⁵⁵. La cuestión que se nos presenta ahora es la de dilucidar en qué medida el legislador europeo, que se ha separado de la idea de ofrecer una solución unitaria al estatuto familiar, ha tenido en consideración o ha previsto resortes, mecanismos o utensilios suficientes para evitar los riesgos de la fragmentación material de estatuto familiar. Analizaremos en primer lugar la situación que se produce cuando operan los criterios y conexiones subsidiarias y posteriormente el grado de eficacia armonizadora que puede desempeñar la autonomía de la voluntad.

8.2. *Las soluciones subsidiarias*

205. En grandes líneas, sin agotar todas las posibilidades y supuestos, trataremos de constatar qué grado de coordinación preservan las provisiones subsidiarias del Reglamento en cuanto al derecho aplicable y a las autoridades competentes.

206. En materia de ley aplicable las conexiones subsidiarias introducidas por el derecho internacional privado europeo muestran un aparente alto grado de coincidencia. Giran fundamentalmente en torno a la residencia habitual y a la nacionalidad. Sin embargo, al no estar ancladas en el mismo ámbito temporal, dichas conexiones pueden conducir a diferentes derechos internos. Las soluciones subsidiarias sobre conflicto de leyes del régimen económico matrimonial atienden al momento del matrimonio (o inmediatamente después el mismo), pues dicho régimen debe quedar determinado *ab initio*, lo que constituye una exigencia de la propia institución (no puede haber matrimonio sin régimen matrimonial). Las normas sobre disolución o crisis matrimonial atienden a un momento posterior, cuando aquélla se oficializa, y remiten al momento de interposición de la

⁴⁵⁵ Debe reconocerse el esfuerzo del legislador europeo para tratar de reducir los problemas de calificación a través de la mayor precisión y pormenorización del ámbito objetivo de cada ley aplicable.

demanda (art. 8 R 1259/ 2010); las obligaciones alimentarias (art. 3 y 5 del Protocolo de la Haya) se someten a la ley de la residencia actual del cónyuge acreedor (o en algunos casos a la ley de la última residencia habitual común) y la sucesión, a la residencia habitual del testador al tiempo de su fallecimiento (art. 21.1 RS). Es posible, por tanto, que todas estas instituciones queden sometidas a una misma ley (la ley de la primera residencia común tras el matrimonio) pero solo en la hipótesis de que no se produzca un conflicto móvil. En otro caso, es decir, si se cambia la residencia de uno o de ambos cónyuges, dado que la ley rectora del matrimonio permanece invariable en el espacio (se petrifica, al permanecer ligada a la residencia al tiempo de contraer las nupcias, a salvo el supuesto del art. 26.3), se quiebra la unidad del derecho aplicable a todas estas materias, al quedar las restantes sujetas a la posterior o última residencia⁴⁵⁶. Eventualmente, el conflicto móvil también puede desencadenar la situación contraria, unificando todos los derechos aplicables, si partiendo de residencias diferentes, los cónyuges participan de una nacionalidad común, a cuyo estado se traslada posteriormente la residencia de los esposos. En definitiva, la coordinación de las conexiones subsidiarias queda, en buena medida, al albur de los conflictos móviles.

207. Por lo que se refiere a la competencia jurisdiccional internacional, la descoordinación se mitiga de forma relevante, en la medida en que el foro que conoce de la sucesión y, en menor medida el que conoce de la crisis matrimonial, absorbe la problemática procesal de la economía conyugal (arts. 4 y 5 RREM)⁴⁵⁷. No obstante, no se asegura la concentración procesal de todos los sectores familiares expresados⁴⁵⁸, ni se evita que un mismo tribunal tenga que aplicar diferentes derechos, y que alguno de ellos sea extranjero, disociándose el *fórum* y el *ius*, con los problemas prácticos que ello conlleva.

⁴⁵⁶ Destaca QUINZÁS REDONDO, P., "La (des)coordinación...", op. cit. p. 529, que esta es una de las consecuencias negativas del principio de la inmutabilidad del régimen económico.

⁴⁵⁷ En materias de trascendencia matrimonial, las normas comunitarias determinan una importante unificación del foro en casos de crisis conyugal. A la competencia judicial para el conocimiento de la separación y divorcio (que con carácter general se establece en el art. 3 del Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental) se le atribuye, en determinadas condiciones, una importante fuerza de arrastre de otras materias conexas (orillando en buena medida las posibilidades de elección en éstas), como la responsabilidad parental (arts. 1 y 12 Rto. 2201/2003 y art 10 del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996), los alimentos entre cónyuges (mediando pacto de elección, art. 4 c) Rto. 4/2009) y el régimen económico matrimonial (art.5 Rto. 2016/1103).

⁴⁵⁸ En materia de responsabilidad parental la competencia judicial, por regla general, se encomienda al Estado en que reside al menor al tiempo en que el tribunal conozca del asunto (art. 8. Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, o BII bis, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; Convenio de La Haya de 1996, art. 5). No obstante, como se dice en la nota anterior, se permite que el foro que conozca de la separación, nulidad o divorcio, si concurren determinadas condiciones, pueda recabar su competencia en esta materia (art. 12 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003; art. 10 del Convenio de La Haya de 1996).

8.3. *El papel armonizador (conflictual y competencial) de la autonomía de la voluntad*

208. Para no depender tanto del azar de la movilidad de las conexiones, y evitar sus inconvenientes, los cónyuges pueden activar las posibilidades inherentes al ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual, como resorte para la reunificación normativa y jurisdiccional. Como regla de principio, el DIPr europeo organiza los diferentes sectores que pivotan en torno al matrimonio a través de una primera conexión común, que es la autonomía de la voluntad. De esta forma se pone al alcance de los cónyuges, a través de su autonomía conflictual, la posibilidad de influir e incrementar la coherencia regulatoria (dando entrada a una sola ley o, en su defecto, a leyes que resulten compatibles) y de obtener una respuesta procesal más unificada, en definitiva, de configurar un estatuto familiar compacto y armónico.

209. Sin embargo, como vimos, la autonomía privada no es soberana, no cuenta con un campo de actuación ilimitado. El legislador europeo, restringe las facultades de elección a leyes y jurisdicciones asociadas principalmente a la residencia habitual y a la nacionalidad, que considera que son las que reflejan una más sólida vinculación con los cónyuges. Y, pese a que esas vinculaciones a menudo son transversalmente coincidentes en los diferentes Reglamentos que conciernen a los derechos económicos de los cónyuges, la clave de esa esta armonización pasaría por que estos nexos a los que se ancla la autonomía conflictual, tengan radios de acción coincidentes, en el ámbito personal y temporal. Sin embargo, esto ocurre menos de lo que sería deseable⁴⁵⁹.

210. El matrimonio se proyecta sobre diferentes ámbitos, personal y patrimonial, que presentan una especial ligazón. La esfera personal del matrimonio, a nivel del derecho aplicable, se fragmenta en dos sectores fundamentalmente: el de las relaciones parentales y el de la separación y el divorcio. Las relaciones parentales, sector caracterizado por la rigidez conflictual, no cuentan con regulación de la UE en lo que a la determinación del derecho aplicable se refiere, por lo que este aspecto quedaría sujeto al Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1966, que remite a la Ley la residencia habitual del menor⁴⁶⁰. El Reglamento Roma III, que se ocupa de la separación y del divorcio⁴⁶¹, presenta ciertas coincidencias con el del régimen económico, por cuanto ambos incluyen dentro perímetro

⁴⁵⁹ Vid QUINZA REDONDO, P., "La (des)coordinación...", p. 535 y ss.

⁴⁶⁰ El ordenamiento aplicable sería el de la residencia del menor, aunque excepcionalmente el art. 15 permite que se aplique o tome en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho. La competencia judicial, por regla general, se encomienda al Estado en que reside al menor (Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, o BII bis, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental art. 8; Convenio de La Haya de 1996, art. 5). No obstante, se permite que el foro que conozca de la separación, nulidad o divorcio, si concurren determinadas condiciones, pueda recabar su competencia en esta materia (art. 12 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003; art. 10 del Convenio de La Haya de 1996).

⁴⁶¹ No hay que olvidar que pudiera haber materias relacionadas con las crisis (los efectos personales) excluidas del ámbito de los Reglamentos y sujetas, por tanto, a las reglas conflictuales internas.

de elección conflictual la residencia habitual y la nacionalidad, y comparten el mismo momento relevante —el de la celebración del acuerdo—. La coincidencia es plena, en ambos sectores, en cuanto a la elegibilidad de la nacionalidad de uno de los cónyuges al tiempo del convenio. La conexión de la residencia, sin embargo, no es exactamente igual, toda vez que según el Reglamento Roma III solo es elegible la residencia común (o que hubiese sido común, con los presupuestos del art. 5.1.b)⁴⁶².

211. El campo propiamente patrimonial, en sustancia, queda sometido a dos normas, la que regula los alimentos y la que rige el régimen económico matrimonial (sin perjuicio de que la crisis conyugal tenga a la postre una gran incidencia patrimonial ya que activa la disolución del matrimonio y el establecimiento de compensaciones conyugales). La ley alimenticia es la competente para regular, entre otros, los alimentos debidos a los hijos del matrimonio y los alimentos entre cónyuges o excónyuges. La pensión compensatoria, como vimos, se incardina, a nivel de la regulación internacional, en el ámbito de esta ley. Los alimentos *ex causa matrimonii*, son los que se muestran más proclives al pacto (pues, normalmente, los alimentos a favor de los hijos constituyen una materia indisponible, salvo que les favorezcan). Los Reglamentos europeos que rigen ambas materias también reconocen a la autonomía privada como el criterio de conexión preferente⁴⁶³. Y en ambos casos se le atribuyen ámbitos de actuación temporal coincidentes, pues pivotan en torno a la nacionalidad o la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges vigentes al tiempo de la elección. Asimismo, el Reglamento 4/2009, sobre alimentos —mediante su remisión al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007—, también consagra una importante pasarela entre la materia alimenticia y la matrimonial, al permitir que directamente se elija la ley aplicable al régimen económico matrimonial (8.1.c), o la que rija el divorcio y la separación. En este campo queda al alcance de la autonomía de la voluntad el trazado de una regulación congruente del aspecto patrimonial y alimenticio del matrimonio y, asimismo, se posibilita que mediante acuerdo se canalice la continuidad regulatoria de la materia alimenticia con la de la crisis (art. 8.1.d). En resumen, cabe destacar que en lo atinente al estatuto familiar, en la esfera de los efectos *inter vivos*, es factible que el derecho elegido tenga una notable uniformidad: la misma ley puede regir el divorcio y la separación, así como todas sus consecuencias económicas, tanto en el sector de los alimentos como en el del régimen económico matrimonial, sobre la base de la

⁴⁶² El Reglamento Roma III, sobre ley aplicable al divorcio, solo contempla la residencia común, excluyendo del perímetro de puntos de conexión susceptibles de elección a la residencia de uno sólo de los cónyuges.

⁴⁶³ Hay que destacar, sin embargo, como señalan CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., op. cit. p. 456 y 457, que las normas de conflicto de este Convenio constituyen normas materialmente orientadas a favorecer la prestación de alimentos (excluyéndose la ley que los niegue totalmente). También debe notarse que existen puntos de conexión específicos, más restrictivos para la autonomía conflictual, en casos especiales. Si se trata de alimentos de menores o de personas vulnerables, desaparece totalmente la *professio iuris*.

ley de la residencia habitual común, o de la nacionalidad de uno de los cónyuges, al tiempo de la *optio legis*⁴⁶⁴.

212. Por el contrario, las coincidencias conflictuales del Reglamento de sucesiones con el de régimen económico son prácticamente inexistentes, lo que explica la dificultad para que todas las relaciones patrimoniales, *inter vivos y mortis causa*, de los esposos se sujeten a una misma Ley. No se prevé la hipótesis de un vínculo directo que comunique ambos sectores⁴⁶⁵. El Reglamento de sucesiones solo permite que se elija la ley de la nacionalidad del causante, si bien puede ser la que tenga al tiempo de la elección (además de la correspondiente al tiempo de su fallecimiento, art. 22.1 RS). La conexión de la residencia habitual también difiere en el *tempus* (momento del pacto versus momento del fallecimiento). Por tanto, los supuestos en que se puede organizar la continuidad regulatoria de ambos sectores bajo el mismo derecho es reducida: cuando ambos cónyuges ostentan la misma nacionalidad y someten sus relaciones patrimoniales *inter vivos y mortis causa* al derecho de dicho Estado (supuesto que quedaría a salvo de conflictos móviles). Lo mismo ocurriría en caso de residencia común⁴⁶⁶, si pactan someter su régimen a la ley de dicho estado (y no cambian de residencia). Claro que, todo este complejo “encaje de bolillos” puede tambalearse si media una cuestión previa, como la relativa a la validez del matrimonio.

213. En materia de competencia judicial, la autonomía de la voluntad cuenta con un notable abanico de posibilidades para ampliar los supuestos *ex lege* de continuidad regulatoria. Mediante el acuerdo cabe favorecer (más allá de los supuestos de prórroga automática) la concentración de las cuestiones económico-matrimoniales con las de la extinción matrimonial (art. 5.2 RREM), aunque las posibilidades de elección *ex ante* del foro para la disolución del matrimonio no entran en la paleta de jurisdicciones que ofrece el art. 3 del Reglamento Bruselas II ter. Por su parte el art. 4.1 c) i) del Reglamento 4/2009 permite que, mediante pacto, el foro de los alimentos (entre cónyuges o ex cónyuges) sea absorbido por el órgano jurisdiccional competente para conocer de sus litigios en materia matrimonial.

8.4. La armonización material: la solución sustantiva

214. El análisis comparativo que antecede pone de relieve la complejidad que entraña la coordinación conflictual de las materias ligadas a la economía matrimonial y la

⁴⁶⁴ Artículo 8.1 a), b) y c) Protocolo de la Haya de 2007, art. 5.1 a) y c) del Reglamento 1259/2010 y art. 22.1 a) y b) del reglamento 1103/2016.

⁴⁶⁵ Ni regla alguna de adaptación, como la prevista en el art. 9.8 Cc.

⁴⁶⁶ Juan de nacionalidad española y Laure de nacionalidad francesa viven en Alemania. Pueden lograr lograr la unidad regulatoria si sujetan el matrimonio al derecho alemán. Si viven en distintos países, solo podrían alcanzar la continuidad regulatoria si la residencia de uno coincide con la nacionalidad del otro y optan por esta la ley de dicho Estado (ej. Juan vive en Francia, pactan someter su matrimonio a la ley francesa y Laure ejerce la *professio iuris* sucesoria en favor de la ley de su nacionalidad).

dificultad de organizar y racionalizar por la vía conflictual la estructura patrimonial del matrimonio, lo que es exponente de la inmensa, ardua e intrincada tarea que corresponde a los operadores de la justicia preventiva. Sin embargo, existe otro utensilio que frecuentemente será más utilizado que el recurso al puzzle conflictual o que servirá para complementar, y reconducir sus consecuencias. Este no es otro, como bien puede deducirse de cuanto se ha expuesto, que la autonomía material. Su ejercicio, contando con la información adecuada, si se combina con una cuidada elección conflictual, parece el medio más oportuno para lograr una regulación de los efectos de matrimonio, fundamentalmente de los patrimoniales, y aun de los sucesorios, de la forma más coordinada, eficiente, segura y previsible para las partes afectadas, y más ajustada a sus intereses y necesidades.

Más, como fácilmente se podrá colegir, en esta ruta de composición del cuadro regulatorio material hay que salvar una pluralidad de aristas. Estamos ante un tablero de juego poliédrico, en el que intervienen multitud de reglas, axiomas, circunstancias y factores diversos, que gira sobre una base territorial acotada. En este tablero transfronterizo confluyen no solo las reglas de conflicto, que pueden remitir a diferentes derechos para regular instituciones que conforman en sentido amplio las relaciones familiares y el contenido material de los derechos reclamados (llamados a establecer la regulación subsidiaria y el control de fondo de la autonomía material), sino que incidentalmente se yuxtaponen otros derechos, como el que regula las formalidades adicionales de los pactos capitulares y los pactos de elección. O los elementos que desde el vértice del orden público o de las leyes de policía pueden restar eficacia a lo convenido, transigido o resuelto, o, los que, como el fraude o el abuso de derecho, pueden dar un vuelco a la situación jurídica creada. Y también hay que tener en cuenta que la regulación conformada (en base al derecho designado o/y la creación convencional) puede relativizarse, hasta llegar a ser inoperante, por el eventual efecto de la inoponibilidad, en las relaciones ad extra. Por último, hay que ponderar que cuando se amplía el campo de juego, como ocurre en las relaciones extraeuropeas, por la irrupción de una jurisdicción de un tercer estado (ej. por la mera tenencia de inmuebles allende las fronteras de los países participantes), las cosas pueden cambiar sustancialmente, al darse entrada a otras reglas de conflicto y otros criterios de atribución competencial, y en definitiva, a otras reglas de fondo, susceptibles de alterar los parámetros del estatuto matrimonial, dando al traste las previsiones conyugales.

8.5. *Epílogo*

Con todo, la autonomía de la voluntad, que, como el viento, se cuela por las rendijas, específicamente cuando se combinan el plano conflictual y material, es el elemento llamado a contribuir de la forma más decisiva al establecimiento de una regulación adecuada a los intereses de los cónyuges, a sus particularidades y objetivos, a dar certeza y seguridad a una relación jurídica tan prolongada en el tiempo. Sin embargo, dentro de este

esquema del desenvolvimiento de la armonización europea, a través del derecho internacional privado europeo, en busca de un espacio de justicia, libertad y seguridad, no basta el mero reconocimiento de la autonomía privada, ni la interpretación más flexible a su desenvolvimiento, sino que es necesario que se abran y ofrezcan cauces que estimulen y contribuyan a su ejercicio y desarrollo⁴⁶⁷. La autonomía privada constituye un resorte que se activa principalmente en el ámbito extrajudicial. Por ello destacábamos al principio la importancia de la función cautelar, para instruir a los cónyuges sobre la importancia y las consecuencias de su decisión, de los riesgos de un conflicto móvil, y para asesorar, en esta dimensión internacional que alcanza grandes dosis de complejidad y tecnicismo⁴⁶⁸, sobre la vía más satisfactoria, mediante la articulación de los utensilios conflictuales y materiales a su alcance, para lograr las soluciones que más se adecuen a las aspiraciones y necesidades de su situación familiar, en el marco de un sistema de seguridad jurídica que no se limite a dar respuesta a los conflictos y controversias conyugales, sino a evitarlos o, cuando menos, a prevenirlos y acotarlos.

Han pasado pocos años desde la entrada en aplicación del Reglamento y todavía es pronto para hacer balance. Ciertamente, no cabe desconocer sus sombras, pues sus soluciones, a veces fragmentadas y no siempre totalmente predecibles, responden a un esquema sofisticado y complejo, que genera altos costes de información, buena parte de sus reglas se inspiran en un modelo de resolución de controversias preponderantemente judicial, y si bien consagra como criterio prevalente a la autonomía de la voluntad, todavía le impone importantes limitaciones. Sobre estas pinceladas críticas, debe de acogerse de forma positiva, pues supone un gran avance en la regulación de las relaciones patrimoniales de las familias internacionales: unifica, armoniza, y actualiza el derecho internacional privado y propicia o, al menos, permite un nuevo enfoque, al sujetar este sector de la economía matrimonial transfronteriza a un marco normativo cierto, más seguro y conflictualmente uniforme, inspirado en los valores europeos, que facilita la libre circulación en su espacio, no solo de los ciudadanos, sino también de la organización de sus familias; enfoque en el que también se reivindica el papel de la seguridad jurídica preventiva, lo que a buen

⁴⁶⁷ Destacaba MARINO, S., "La función de la autonomía de la conflictual y la regulación de las relaciones patrimoniales de la familia", *AEDRPr*, t. XIV-XV, 2015, 2015 p. 371, cuando todavía el Reglamento estaba en fase de elaboración, que uno de los problemas que debía superar era el de que el ejercicio de la autonomía de la voluntad corría el riesgo de no ser estimulado.

⁴⁶⁸ Y que, asimismo requiere de una alta dosis de conocimiento del derecho comparado. En este punto la doctrina de la dirección señala que "La indagación sobre el contenido del ordenamiento extranjero no constituye en absoluto una obligación del registrador, o del resto de autoridades no judiciales ante las que se inste la aplicación de un ordenamiento extranjero, sino una mera facultad, que podrá ejercerse incluso aunque aquél no sea invocado por las partes" (Res DGRN de 24 de septiembre de 2015). No obstante, últimamente apunta a que resulta conveniente que tanto notarios como registradores vayan "avanzando en el conocimiento de los Derechos de los demás Estados, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no sólo a los medios previstos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, y excepcionalmente a los artículos de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, sino a los medios que proporciona el entorno E-Justicia, colaborando activamente en la resolución de conflictos de Derecho Internacional Privado" (RDGRN de 28 de julio de 2016).

seguro permitirá *descomplicarlo*, generalizar su conocimiento, facilitar su aplicación anticipada y la previsibilidad de las respuestas, de modo compatible con los derechos de los terceros y los valores europeos.

Va a ser en este punto muy decisiva la difícil y a la vez ilusionante tarea que, junto con la labor de la doctrina y de otros operadores jurídicos, están llamados a desarrollar los notarios europeos, en lo que se ha llamado un *desafío europeo de gran envergadura*⁴⁶⁹.

9. BIBLIOGRAFÍA

En la página web, en el apartado *referencias*.

Fecha de recepción: 13.02.2023

Fecha de aceptación: 7.09.2023

⁴⁶⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "El Notariado y los Reglamentos Europeos de Derecho Internacional Privado", *El notario del Siglo XXI*, nº 110, disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/7526-el-notariado-y-los-reglamentos-europeos-de-derecho-internacional-privado>, apunta que "los notarios se encuentran ante el desafío de asumir una función de impulso de la "legislación valorativa" de la UE. Proteger y promocionar los valores jurídicos europeos radicados en la libertad de la persona, en el libre desarrollo de la personalidad, así como en las libertades europeas de circulación constituyen retos importantes que los notarios pueden y deben afrontar. Con ello, los notarios contribuirán para garantizar los derechos de los ciudadanos europeos en el imparable escenario de un mundo globalizado"