

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO Y DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



MÁSTER EN DERECHO INTERNACIONAL

Trabajo Fin de Máster

**Ley aplicable a los regímenes económicos
matrimoniales y a los efectos patrimoniales
de las uniones registradas: Armonización
europea**

Realizado por **EVA MARÍA JIMÉNEZ PALMA**

Dirigido por el Prof. Dr. **JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS**

Convocatoria junio 2017

TRIBUNAL EVALUADOR: Profesores Dres. Pedro A. de Miguel Asensio (presidente), Julio García López y profesora Dra. Carmen Otero García-Castrillón.

CALIFICACIÓN OBTENIDA: *Sobresaliente (9)*

Resumen

En una sociedad cada vez más globalizada y en la que aumentaba el número de parejas internacionales -casadas y no casadas-, resultaba imprescindible en la Unión Europea una armonización conflictual de las normas relativas a los regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas. Proceso de armonización que ha visto sus frutos con la promulgación del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y del Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. En el presente trabajo se realizarán unas primeras aproximaciones a las normas de Derecho aplicable de ambos instrumentos normativos, así como se analizarán las principales diferencias que presentan las mismas con las normas españolas de fuente interna.

Palabras Clave

Derecho Internacional Privado - cooperación reforzada - Derecho aplicable - regímenes económicos matrimoniales - uniones registradas.

Abstract

In a more and more globalised society and with an increasingly number of international couples - married or non-married ones-, it turns out essential for the European law maker to harmonize the legal framework of matrimonial property regimes and the consequences on property for registered partnerships. This process has been rewarded with the enactment of the Council 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, and Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships. This essay will explore this regulation and it will focus on both studying the applicable law instruments and on raising the main differences between these two Regulations and the domestic Spanish regulation.

Key Words

Private International Law - Enhanced cooperation - Applicable Law - Matrimonial Property Regimes - Registered partnerships.

SUMARIO

ABREVIATURAS.....	6
I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.....	7
II. ASPECTOS DESTACABLES DEL ARDUO PROCESO NORMATIVO	8
1. ANTECEDENTES.....	8
A) <i>Auge de relaciones transfronterizas.....</i>	8
B) <i>Base jurídica</i>	10
C) <i>Actos de la Unión Europea.....</i>	12
2. NECESARIA ARMONIZACIÓN.....	14
3. INEXISTENCIA DE CONSENSO GENERALIZADO. ESPECIAL REFERENCIA A LA COOPERACIÓN REFORZADA.....	19
4. ENTRAMADONORMATIVO. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD	20
III.ÁMBITOS DE LOS REGLAMENTOS	22
1. ÁMBITOS DE REGULACIÓN	22
2. ÁMBITOS DE APLICACIÓN.....	23
IV. ANÁLISIS DE LAS NORMAS DEDERECHO APLICABLE CONTENIDAS EN LOS NUEVOS REGLAMENTOS DE LA UNIÓN	27
1. PRINCIPIOS DE UNIDAD Y UNIVERSALIDAD DE LEY.....	27
2. IMPORTANCIA DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD	28
3. ACUERDO DE ELECCIÓN DE LEY APLICABLE.....	30
A) <i>Residencia habitual</i>	31
B) <i>Nacionalidad.....</i>	33
C) <i>Ley conforme a la cual se ha creado la unión registrada (peculiaridad del Reglamento (UE) 2016/1104).....</i>	34
D) <i>Validez formal y material del acuerdo de elección de ley aplicable.....</i>	35
E) <i>Validez formal de las capitulaciones matrimoniales.....</i>	36
F) <i>Exclusión del reenvío.....</i>	38
4. LEY APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN.....	39
5. CONFLICTO MÓVIL.....	41
6. PROTECCIÓN DE TERCEROS	44
7. LEYES DE POLICÍA Y ORDEN PÚBLICO	46
8. CONFLICTOS TERRITORIALES E INTERPERSONALES DE LEYES	48
V. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS QUE PRESENTAN LOS NUEVOS REGLAMENTOS CON EL RÉGIMEN INTERNO ESPAÑOL.....	50
1. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES.....	50
2. EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS UNIONES REGISTRADAS	55
CONSIDERACIONES FINALES.....	56
BIBLIOGRAFÍA.....	58

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cc.	Código civil
CJI	Competencia Judicial Internacional
CE	Comunidad Europea
DIPr	Derecho Internacional Privado
ELSJ	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia
EM	Estado Miembro
OJ	Ordenamiento Jurídico
LA	Ley Aplicable
JAI	Justicia y Asuntos de Interior
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
REM	Régimen Económico Matrimonial
RyE	Régimen y Ejecución
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La acuciante necesidad de afrontar en el territorio de la Unión la armonización de las normas relativas a los regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas ha sido consecuencia de la proliferación de matrimonios y parejas registradas con repercusiones transfronterizas - desencadenadas, a su vez, por el fenómeno de la globalización y la libre circulación de personas en la Unión Europea-.

Teniendo en cuenta que, en defecto de normativa institucional, los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros aplicaban a estas parejas normas - inoperantes y dispares- de producción interna, resultaba imprescindible para dar respuesta a estas necesidades del creciente tráfico jurídico externo, la promulgación de normas europeas armonizadas o unificadas, que desplazaran a aquéllas.

Enterado de esta situación, así como de la evidente dificultad de unificar las normas sustantivas -debido a que esta materia está marcada por una profunda “carga emocional” y, sobre todo, a que no tiene competencia legislativa para ello-, el legislador europeo comenzó todo un proceso de armonización conflictual, que concluyó en el año 2016 con la promulgación de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104. No obstante, fue imposible que todos los Estados Miembros participaran en los mismos, por lo que hubo de acudir al procedimiento de la cooperación reforzada, del que sólo formaron parte 17 Estados de la Unión.

En este trabajo me he centrado en las normas de Derecho aplicable en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas con repercusiones transfronterizas -incluidas en el Capítulo III de ambos Reglamentos, rubricados “Ley aplicable” (artículos 20 a 35)-, analizando su contenido y comparando las principales diferencias entre éste y el inserto en el sistema jurídico español de producción interna, para terminar realizando una valoración del avance que las mismas han supuesto.

Con este trabajo he querido contribuir con unas primeras aproximaciones a la interpretación de las normas de Derecho aplicable de estos Reglamentos, auténticas

novedades en el panorama legislativo europeo, con el objetivo de que pueda servir de guía a los operadores jurídicos que tengan que aplicarlos, recogiendo la mayor parte de los trabajos publicados hasta ahora sobre el tema, tanto de internacional-privatistas como de civilistas.

II. ASPECTOS DESTACABLES DEL ARDUO PROCESO NORMATIVO

1. ANTECEDENTES

A) Auge de relaciones transfronterizas

1. El fenómeno de la globalización, en general –y la progresiva integración política y económica acaecida en las últimas décadas en Europa, en particular- junto con la incidencia que la crisis económica de la última década ha tenido en algunas economías, como la española, han alentado a los ciudadanos a circular y establecerse en Estados distintos a los de su nacionalidad o a aquéllos en los que originariamente nacieron. Esta creciente movilidad de individuos dentro del territorio de la Unión Europea ha originado una multitud de matrimonios y uniones registradas compuestas por personas con distintas nacionalidades o distintas residencias habituales, o con bienes ubicados en distintos Estados Miembros¹.

Así, como consecuencia de estos intercambios migratorios, la sociedad cuenta con un carácter progresivamente más multicultural. Que los Estados Miembros hayan tolerado la recepción de culturas e influencias provenientes de terceros Estados ha enriquecido la sociedad europea –actualmente menos reacia a la idea de la adaptación- y ha posibilitado una evolución de la mentalidad, cada vez menos tradicional. No obstante, esta evolución también cuenta con consecuencias negativas, como son los problemas jurídicos a los que se enfrentan en la práctica estas parejas transfronterizas, así como los potenciales choques entre las culturas, que dificultan en

¹ J.C. Fernández Rozas, “Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *La Ley: Unión Europea*, IV (40), 2016, pp. 1-29.

ocasiones la convivencia. Tales desencuentros culturales han sido denominados por algunos autores como “Conflictos de civilizaciones”².

2. Aunque el acervo cultural, social y religioso desempeña aún un papel importante³, la concepción ideológica de la familia ha ido evolucionando, dando lugar a nuevos modelos. Esta evolución de las relaciones conyugales ha ido acompañada del continuo debilitamiento de los patrones tradicionales y religiosos que han regido desde antaño la institución del matrimonio –posibilitando así modelos más contemporáneos como las familias monoparentales, o el matrimonio entre personas del mismo sexo-⁴.

3. La institución del matrimonio se encuentra legalmente reconocida en todos los Estados Miembros. No obstante, no en todos ellos presenta el mismo contenido⁵.

Por su parte, la figura de las uniones registradas entre personas del mismo sexo está reconocida en trece Estados Miembros (Austria, Bélgica, Chequia, Dinamarca, Alemania, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, los Países Bajos, Alemania y Suecia). Además, Bélgica, Francia, Luxemburgo y los Países Bajos también permiten el registro de uniones registradas entre personas de distinto sexo.

4. Los regímenes matrimoniales no habían sido objeto de armonización a través de instrumentos legislativos europeos. En particular, ni el Reglamento (CE) n. ° 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, ni el Reglamento (CE) n. ° 1347/2000 –sustituido por el primero-, los

² Los primeros autores que utilizaron este término fueron P. Mercier, *Conflicts de civilisations et Droit International Privé*, Génova, 1972; y S. P. Huntington, *Choque de civilizaciones*, Barcelona, 1996.

³ Vid. E. Gómez Campelo, *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Madrid, Reus, 2008; P. Maestre Casas, “Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de Derecho internacional privado”, *Mundialización y familia*, A. L. Calvo Caravaca (dir.), Colex, Madrid, 2001, pp.195-212; M. G. Rodríguez De Almeida, “La unificación del Derecho de familia europeo: ¿Quimera o realidad?”, *Revista Deusto*, Vol. 62, Núm. 2, 2014, p.2.

El tenor literal del Considerando 17 del Reglamento (UE) 2016/1103 dice lo siguiente *El presente Reglamento no define el concepto de «matrimonio», que es definido por el Derecho nacional de los Estados miembros.*

⁴ Vid. C. Clerc, “El Derecho Internacional Privado y los procesos globalizadores”, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 2013,II, pp. 15-30; E. Gómez Campelo, *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, op. cit., pp. 11-27.

⁵ El matrimonio entre personas del mismo sexo está permitido desde 2001, en Países Bajos; desde 2003, en Bélgica; desde 2005, en España; desde 2009, en Suecia; y, desde 2010, en Portugal.

regulaban. Por lo que había que acudir a las normas conflictuales y materiales de origen interno para dar respuesta a los supuestos de familia transfronterizos.

Esta disparidad normativa -tanto sustantiva como conflictual- tenía como inherentes unas dificultades prácticas y jurídicas a las que se han venido enfrentando los matrimonios y uniones registradas transfronterizas. Para dar solución a estas dificultades y obstáculos, y ofrecer seguridad jurídica a las partes involucradas, las instituciones de la Unión Europea han tenido por conveniente, desde tiempo atrás, promover la compatibilización y armonización de normas en sus Estados Miembros.

B) Base jurídica

5. En un primer momento, el Legislador europeo no prestaba atención a las normas de DIPr relativas al régimen económico de las parejas -casadas y no casadas-. No incluía en los Tratados constitutivos mención alguna a estas cuestiones.

No fue hasta finales de los años sesenta cuando comenzó la tarea armonizadora, a través del “Convenio de Bruselas”⁶. Pero este convenio presentaba numerosas limitaciones relativas a sus ámbitos de regulación (competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución) y a la materia en él incluida (derecho civil patrimonial), por lo que la entonces Comunidad Europea inició un proceso de armonización de las normas conflictuales. Este proceso se prolongó hasta 1980, momento en el que se firmó el “Convenio de Roma”⁷. Se utilizó la forma de convenio internacional porque la materia en él regulada no era de competencia de la UE - aunque siempre había formado parte del acervo comunitario-.

6. El Tratado Maastricht de 1992 era la reforma más relevante de los Tratados Constitutivos. Sentaba las bases para la creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante ELSJ), a través del establecimiento de las formas intergubernamentales de Cooperación judicial en materia civil y mercantil -el llamado

⁶ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁷ Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que entró en vigor el 1 de abril de 1991.

Tercer pilar-. Así, uno de los objetivos de la Unión era “desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior” (JAI)⁸.

La adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil resultaba imprescindible para establecer un ELSJ-actualmente regulado en el artículo 67, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)-. Este Espacio concernía en gran medida al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil; principio de gran importancia para la protección de los ciudadanos y, entre otros, facilitándoles la libre circulación⁹.

7. Con el Tratado de Ámsterdam de 1997 se afianzaba una nueva fase, pues este Tratado iba más allá de la integración económica. En él aparecía por primera vez el término “espacio de libertad, seguridad y justicia”, aunque el objetivo en sí de este concepto se remontaba al Tratado de Maastricht¹⁰.

A través de los artículos 61 TCE (actual art. 67 TFUE) –que recogía el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil- y 65 TCE (actual art. 81 TFUE) –que regulaba la compatibilidad entre los EM de sus normas conflictuales y de jurisdicción-, la UE adquiriría competencia para

⁸ Este objetivo se encontraba inserto en el Artículo B del Título I, rubricado “Disposiciones comunes”. Como consecuencia de las discrepancias manifestadas entre los EM, hubo de incluirse en el propio texto del Tratado las disposiciones relativas a esta Cooperación –Título VI, artículos “K”-. Vid. A. Borrás Rodríguez, “Un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: la cooperación en el ámbito civil”, *Arbor*, CLXXII, 678 (Junio 2002), pp. 291-309; D.J. Liñán Noguera, “El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016, pp.90-92; A. Mangas Martín, “El proceso histórico de la integración europea”, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 39.

⁹Vid. J.C. Fernández Rozas, “Artículo 67, e) del Tratado de la Unión Europea y artículo III-257 de la Constitución Europea”, *Exégesis conjunta de los Tratados vigentes y Constitucional europeos* (C.Mª Brú Perón, dir.), Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2005, pp. 893- 928; J.C. Fernández Rozas, “El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2004, 4, D-195, pp. 1867-1881; A. Mangas Martín, “El espacio penal y judicial europeo en el marco general del Tratado de la UE y la perspectiva de su reforma en 1996”, *Política común de justicia e interior en Europa. Cuadernos de Derecho Judicial*, XXIII, Madrid, CGPJ, 1995, pp. 65 ss.

¹⁰ Literalmente, el Tratado de Ámsterdam establece como uno de sus objetivos: “mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas (...)”

Comentando la nueva fase que suponía este Tratado: R. Alonso García, “El espacio de libertad, seguridad y justicia y el sistema de pilares de la Unión Europea”, 27/28 de Noviembre de 2008; A. Borrás Rodríguez, “La comunitarización del Derecho Internacional Privado: Pasado, presente y futuro”, *Cursos de Derecho Internacional y relaciones internacionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Victoria-Gastéiz, 2001, Núm.1, pp.285-318.

impulsar la compatibilidad de dichas normas¹¹. Estos preceptos suponían la modificación más relevante en materia de DIPr, reemplazando los convenios comunitarios, decisiones, recomendaciones y dictámenes por Reglamentos y Directivas de la Comunidad Europea. Así, se daba paso a una etapa de “comunitarización” del DIPr., y en el caso que nos ocupa, del Derecho de familia¹². Este “proceso de comunitarización” era parcial¹³, pues el Tratado de Ámsterdam se encontraba a medio camino entre lo intergubernamental y lo comunitario¹⁴.

Esta nueva tendencia normativa era recibida de forma crítica en numerosas ocasiones, pues se reprochaba la ausencia de transparencia en el proceso de elaboración y la descoordinación existente entre los distintos instrumentos europeos¹⁵.

Para concluir con las novedades más destacables de este Tratado no puede dejar de mencionarse la posibilidad que abre este instrumento normativo de elaborar normas europeas a través de la cooperación reforzada (figura que será analizada *infra*)¹⁶.

C) Actos de la Unión Europea

8. Mencionando de forma esquemática la prelación cronológica de actos de la Unión Europea tendentes a la consecución de normas en materia de regímenes económicos matrimoniales, destaca en primer lugar el “Plan de Acción de del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un

¹¹ P. A. De Miguel Asensio, “La evolución del Derecho Internacional Privado comunitario en el Tratado de Ámsterdam”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, 1998, núm.1, pp. 373-376.

¹² J.C. Fernández Rozas, “Un hito más...”, *op. cit.* p. 4.

¹³ Vid. M. Gardeñés Santiago, “El desarrollo del Derecho Internacional Privado tras el Tratado de Ámsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm.11, Enero/Abril 2002, pp.231-249.

¹⁴ Esta posición intermedia se debía a que el Tratado de Maastricht –sustituido por el analizado en este párrafo– partía de un modelo estrictamente intergubernamental. Vid. J.C. Fernández Rozas, “Génesis y constitucionalización de la Política migratoria en la Unión Europea”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 223-251.

¹⁵ Para profundizar conocimientos sobre las debilidades del Tratado de Ámsterdam: A. Mangas Martín, *El Tratado de Ámsterdam: aspectos generales del pilar comunitario*, Gaceta jurídica de la C.E., D.29, 1998, pp.7-70.

¹⁶ Comentando la figura de la cooperación reforzada: F.J. Donaire Villa, “El Tratado de Ámsterdam y la constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18. Núm. 54, Septiembre-Diciembre 1998, pp.119-167.

espacio de libertad, seguridad y justicia”¹⁷. Este texto situaba la armonización normativa en materia de regímenes económicos matrimoniales como una de las prioridades básicas de la Unión Europea. Así, exhortaba a las instituciones europeas a que analizaran la posibilidad de armonizar las normas de competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en materia de regímenes económicos matrimoniales en un plazo de cinco años.

Dos años más tarde, se adoptaba el “Programa de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia civil y mercantil” de 30 de noviembre de 2000¹⁸ establecía como uno de sus cuatro ámbitos de actuación “los regímenes matrimoniales y las consecuencias patrimoniales de la separación de parejas no casadas”.

Posteriormente, como consecuencia de “El Programa de la Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea” de 2004”¹⁹, la Comisión presentaba el Libro Verde de 2006²⁰, que resaltaba la necesidad de adoptar la pertinente legislación antes de 2011.

Por su parte, con el Plan de acción por el que se aplicaba el Programa de Estocolmo de 2009²¹, la Comisión determinó que debían presentarse dos Propuestas de Reglamento – la primera relativa a los regímenes económicos matrimoniales de los matrimonios, y la segunda sobre los efectos patrimoniales de la separación de las parejas registradas, es decir, únicamente de aquellas uniones que necesiten ser inscritas– que incluyeran normas de jurisdicción, de ley aplicable, y de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. Dichas Propuestas fueron

¹⁷ DO C 19 de 23.1.1999, p.1.

¹⁸ DO C 12 de 15.1.2001, p.1.

¹⁹ DO C 53 de 3.3.2005, p.1.

²⁰ “Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo”, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52006DC0400>.

Una de las respuestas a las preguntas del Libro Verde fue la del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (<http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-16rlv.html>).

Vid. C. Vaquero López, “Los regímenes matrimoniales en un espacio de libertad, seguridad y justicia. Apuntes sobre la codificación comunitaria de las normas sobre competencia judicial internacional, conflicto de leyes y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales”, *AEDIPr.* t.VI, 2006, pp. 195-208.

²¹ DO C 115 de 4.5.2010, p.1.

publicadas en paralelo el 16 de marzo de 2011²², constituyendo el comienzo del fin de la inseguridad de los derechos patrimoniales de las parejas internacionales²³.

2. NECESARIA ARMONIZACIÓN

9. Para analizar la necesidad de la Unión Europea de compatibilizar las normas relativas al Derecho de familia, se debe partir de la idea de que cada Estado –y en este particular, cada EM- sostiene una singular concepción del matrimonio. Mientras unos EM sólo conciben la tradicional idea del matrimonio basada en la heterosexualidad y en la procreación; otros EM sí que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo. Lo mismo ocurre con la institución de la unión registrada, pues ésta se sustenta en unos requisitos distintos dependiendo del EM de que se trate²⁴. Por otra parte e independientemente de que la concepción de matrimonio y de unión registrada sea o no compartida por los EM-, la noción de REM y de régimen económico de la unión registrada también incluye un contenido dispar entre los Estados de la Unión.

Estas razones motivan que las normas de fuente interna de los EM en materia de familia sean divergentes, pues en función de cómo conciba un Estado las figuras anteriormente mencionadas, variará el modo en que éstas se encuentran reguladas en su Ordenamiento Jurídico (en adelante OJ). Esto provoca una suerte de disparidad

²² COM (2011) 127 final (“Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas”) y COM (2011) 126 final (“Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales”).

Comentando las Propuestas de Reglamento de 2011, *vid.* J.M. Fontanellas Morell, “La Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en las respectivas Propuestas de reglamentación comunitaria”, *Anuario de Derecho Civil*, Núm. LXV-I, Enero 2012, pp. 275-291.

²³ M. G. Rodríguez De Almeida, “La unificación del ...”, *op. cit.* pp. 1-11 y 26-37.

²⁴ El Considerando 17 del Reglamento (UE) 2016/1104 dice literalmente *El concepto de «unión registrada» debe definirse únicamente a efectos del presente Reglamento. El contenido real de este concepto debe seguir regulándose en el Derecho nacional de los Estados miembros. Ninguna de las disposiciones del presente Reglamento deberá obligar a los Estados miembros cuyo ordenamiento jurídico no contemple la institución de la unión registrada a establecer dicha institución en su Derecho nacional.*

Destaca el estudio comparado realizado por E. Rodríguez Pineau, “Los efectos patrimoniales de las uniones registradas: Algunas consideraciones sobre la propuesta de Reglamento del Consejo”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, Núm. 11, 2011, pp. 937-955.

normativa²⁵ -realidad que constituye una de las principales motivaciones de los Reglamentos objeto de este trabajo, y que será analizada *infra*-.

10. La ausencia de armonización europea en el ámbito del Derecho de familia suponía la aplicación de normas de origen interno a los supuestos transfronterizos. Teniendo en cuenta el tratamiento tan dispar que ofrecían los EM, se generaba una serie de obstáculos a los que se debían enfrentar las parejas internacionales²⁶. Entre estos obstáculos se pueden mencionar la incertidumbre, la elevada inseguridad jurídica y patrimonial, los elevados gastos, la limitación de los desplazamientos y de la celebración de negocios, así como el debilitamiento del crecimiento económico y del bienestar de estas personas²⁷. Además, obstaculizaba la creación de una verdadera identidad comunitaria, y el logro de un espacio legal integrado.

11. Más allá de las divergencias que presentaban las normas materiales de los distintos sistemas nacionales -para cuya armonización las instituciones comunitarias no tenían competencia-, la diversidad de normas de conflicto y sus consecuencias, exigía un régimen uniforme de normas de conflicto que remediara los problemas jurídicos y prácticos a los que se debían enfrentar las parejas internacionales al administrar su patrimonio. Por lo tanto, la armonización conflictual del Derecho de familia era totalmente necesaria²⁸.

Compatibilizando las normas en materia de regímenes económicos matrimoniales y regímenes económicos de las uniones registradas se garantiza la protección

²⁵ Idea reiterada por J.C. Fernández Rozas, “Un hito más..., *op. cit.*, esp. pp. 7-9. Este autor utiliza el término “particularismo” para referirse a las divergentes soluciones que presentan los Estados europeos en lo relativo a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y entre los miembros de las uniones registradas; “siendo las singularidades más relevantes las relativas a la composición del patrimonio, a la administración de los bienes matrimoniales, y a la asignación en caso de disolución”.

²⁶ Sobre la eliminación de obstáculos a los derechos de los ciudadanos europeos, resulta interesante el “Informe sobre la ciudadanía de la Unión de 2010” [COM (2010) 603].

²⁷ *Vid.* P. Carrión García De Parada, “Nuevos reglamentos europeos sobre regímenes matrimoniales y sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2016, Núm. 69 (<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-69/6973-nuevos-reglamentos-europeos-sobre-regimenes-matrimoniales-y-sobre-efectos-patrimoniales-de-las-uniones-registradas-en-los-que-inciden-elementos-transfronterizos>)

²⁸ M. G. Rodríguez De Almeida, “La unificación del Derecho de familia europeo..., *op. cit.*, p. 35. Este autor considera más adecuado el término “armonización” que “unificación”, pues *establecer las mismas normas para todos los estados miembros en esta materia no es viable, sin embargo, sí debe perseguirse la búsqueda de esos principios que inspiren o guíen los distintos ordenamientos, tratando por tanto de buscar sus puntos comunes.*

comunitaria de la vida familiar de los ciudadanos europeos que deben desplazarse a otro EM por asuntos personales y/o profesionales. Entre las ventajas que ofrece la existencia de un marco jurídico claro destacan la previsibilidad y la seguridad jurídica –de modo que los cónyuges y los miembros de las uniones registradas conozcan qué tribunal será competente para conocer de sus relaciones patrimoniales, y cuál será el Derecho aplicable a las mismas-. Además, se evita que las parejas internacionales se vean sujetas a regímenes patrimoniales distintos en función de cuál sea el tribunal competente o la Ley aplicable. Otro beneficio que aporta la armonización comunitaria y que no puede dejar de mencionarse es el relativo a la libre circulación de resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil, pues el proceso de armonización gira en torno al principio de reconocimiento mutuo de resoluciones. Igualmente, se garantiza el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, pues se facilita a las parejas internacionales el acceso a la justicia.

12 Pese a la acuciante necesidad de armonizar las normas relativas a los efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión registrada, resultaba manifiestamente complicada la armonización material de dichas normas, pues se trata de una materia marcada por una profunda “carga emocional” y con acentuadas raíces tradicionales.

La UE debe mantener una postura tolerante y así, respetar los valores y la identidad nacional de los EM -siempre que los mismos no vulneren derechos fundamentales ni afecten al orden público-. Por ello, la Unión no puede imponer a los EM valores morales ni reglas sustantivas relativas al Derecho de familia.

Como establece el propio texto de las Propuestas de Reglamento, estos instrumentos normativos no tratan de armonizar las normas sustantivas internas, sino que se limitan a lo estrictamente necesario para la consecución de sus objetivos –respetando así el principio de proporcionalidad-. Debe tenerse en cuenta que los EM siguen teniendo la competencia legislativa en materia matrimonial no transfronteriza.

La gran diversidad de REM dificulta avanzar y encontrar un “núcleo común europeo”²⁹, pues los regímenes patrimoniales regulados en los Estados de la Unión

²⁹ Término utilizado por M. G. Rodríguez De Almeida, “La unificación del..., *op. cit.*, p. 33.

presentan tal nivel de disparidad que resulta especialmente complicado establecer unos principios o criterios comunes a todos ellos.

Indefectiblemente, resulta inviable unificar sustantivamente estas normas³⁰. No se han podido unificar los conceptos más básicos como el de matrimonio, unión registrada o REM, cuando menos obtener la unificación material del contenido de todo un electo de regímenes patrimoniales existentes en los países de la Unión. No obstante, sí se ha conseguido trazar unos “Principios de Derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges”. Resulta importante destacar que estos principios sólo se refieren a los REM, sin hacer referencia por tanto a los regímenes económicos de las uniones registradas. Entre los principios más relevantes destacan la igualdad de los cónyuges y su plena capacidad jurídica, la obligación de ambos cónyuges de contribuir a las necesidades de la familia, la especial protección de la vivienda y del ajuar familiar, la libertad de los cónyuges de convenir capitulaciones matrimoniales, y el establecimiento del régimen de participación en defecto de elección de REM³¹.

13. A pesar de la imposibilidad de unificar las normas materiales en materia de efectos patrimoniales de las parejas internacionales³², el proceso de europeización del Derecho de familia al fin ve sus frutos con la armonización de las normas de DIPr en materia familiar. La armonización de estas normas era una de las prioridades de la UE³³, y armonizar las normas conflictuales en materia de efectos patrimoniales tanto del matrimonio como de las uniones registradas se hace necesario también frente a la

³⁰ L.F. Carrillo Pozo, “Eficacia en España de las resoluciones extranjeras en materia de efectos económicos del matrimonio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2012, Vol. 4, Nº 1, pp. 86-121.

³¹ Trazados por la Comisión Europea de Derecho de Familia (CEFL), disponibles en <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PRS-Spanish.pdf>

³² Situación de *impasse* provocada por la soberanía estatal de los EM, y de su competencia normativa en materia matrimonial.

³³ En virtud del apartado dos, letra c) del artículo 81 del TFUE, la UE puede adoptar medidas para garantizar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros. Con fundamento en la confianza comunitaria, los Estados miembros de la Unión Europea le cedieron expresamente a ésta a través de dicho precepto competencia legislativa para dictar normas de DIPr. Comentando el Tratado de Lisboa y los principios fundamentales de la Unión Europea, J.J. Álvarez Rubio, “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº15, 2008, disponible en el siguiente enlace: (<http://www.reei.org/index.php/revista/num15/articulos/tratado-lisboa-plena-comunitarizacion-espacio-libertad-seguridad-justicia>).

realidad social actual, pues es importante atender igualmente a los nuevos modelos de familia³⁴. Esto se ha logrado a través de la elaboración del *Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales*; y del *Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas*.

El Legislador europeo se ha decantado por “el reglamento” por ser un instrumento normativo de aplicación inmediata que no permite a los EM un margen de apreciación -a la hora de transponer la norma europea al ordenamiento jurídico interno- que pueda desvirtuar la consecución de los objetivos de seguridad jurídica y de previsibilidad. Para el logro de estos objetivos es esencial adoptar normas comunes e idénticas para todos los Estados de la Unión.

Al armonizar las normas de competencia judicial internacional en materia de efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión registrada, se consigue simplificar los procedimientos judiciales (las partes podrán incluso acumular ciertos procesos judiciales, como analizaremos *infra*). La simplificación de procedimientos también es una de las consecuencias de la armonización de las normas de Derecho aplicable, pues la existencia de unas normas uniformes sobre Ley aplicable evita soluciones contradictorias y, por tanto, posibles resoluciones inconciliables. Por su parte, la armonización de normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil facilita la libre circulación de resoluciones.

³⁴ Resulta interesante reflejar el tenor literal del Libro Verde de 2006 en este aspecto: *Con el fin de abordar todos los aspectos patrimoniales del Derecho de familia, el Libro Verde incluye las cuestiones que afectan tanto al ámbito de los regímenes matrimoniales como al de los efectos patrimoniales de las otras formas de unión existentes. En efecto, en todos los Estados miembros son cada vez más numerosas las parejas que se forman al margen de todo vínculo matrimonial. Para tener en cuenta esta nueva realidad social, el citado Programa de reconocimiento mutuo se refiere a la necesidad de tratar asimismo la cuestión de las consecuencias patrimoniales de la separación de las parejas no casadas. El espacio de justicia debe en efecto responder a las necesidades concretas de los ciudadanos.*

3. INEXISTENCIA DE CONSENSO GENERALIZADO. ESPECIAL REFERENCIA A LA COOPERACIÓN REFORZADA

14. La adopción de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 no fue pacífica, pues algunos EM –como Hungría o Polonia, que se negaban a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo³⁵- bloqueaban el proceso de armonización de las normas conflictuales en materia de efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión registrada. Fruto de los obstáculos generados por algunos Estados de la Unión devenía imposible conseguir la unanimidad de todos los EM, por lo que hubo que acudir –al igual que en la adopción del *Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial-* al procedimiento de cooperación reforzada para la adopción de dichos Reglamentos³⁶.

Entre diciembre de 2015 y febrero de 2016, sólo 17 EM -Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, República Checa y Suecia- (en adelante “EM participantes”) transmitieron su voluntad en establecer entre sí una cooperación reforzada. Partiendo de la idea de que los Reglamentos sólo obligan a los EM participantes, los órganos jurisdiccionales de los EM que no formaron parte en la adopción de estos instrumentos normativos seguirán aplicando sus normas de fuente interna para determinar la CJI, la LA, y las normas de RyE.

³⁵ Cada EM sostiene una singular concepción del Derecho de familia. Las normas internas en materia matrimonial se adoptan con base en los valores morales característicos de cada Estado, por lo que en la mayoría de las ocasiones estas normas son eminentemente divergentes a las de los demás países de la UE. Ello es así ya que cada Estado ha experimentado una evolución social, cultural, económica y/o religiosa propia.

³⁶ Procedimiento regulado en los artículos 20 y 326–334TFUE. Procede partir de la idea de que aunque el Tratado de Lisboa de 2007 someta las medidas relativas a la cooperación judicial en materia civil al procedimiento legislativo ordinario, el Derecho de familia continua sometiéndose al procedimiento legislativo especial. Así, los Reglamentos que no obtengan unanimidad, pueden adoptarse a través del mecanismo de cooperación reforzada. Atendiendo al caso que nos ocupa, las propuestas de Reglamento fueron debatidas en el Grupo de trabajo “Derecho Civil” hasta finales de 2014. En esa fecha el Consejo concedió un período de reflexión a los EM que continuaban con una postura reacia, pero un año después concluyó que no se lograría la unanimidad. Por ello, el 9 de junio de 2016, el Consejo adoptó la Decisión (UE) 2016/954, por la que se autorizaba la cooperación reforzada.

Aunque no haya sido posible la unanimidad de todos los EM, la cooperación reforzada constituye un mecanismo muy beneficioso, en el sentido de que a través del mismo se consigue alcanzar una mayor integración entre aquellos países que sí que han querido dar un paso adelante³⁷.

4. ENTRAMADO NORMATIVO. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

15. Las normas que regulan los REM y los efectos patrimoniales de las uniones registradas se aplican en cascada, es decir, respetando un sistema de jerarquía normativa. En primer lugar, se aplican de forma preferente las normas institucionales (reglamentos de la UE). En defecto de éstas o como consecuencia de su inaplicación, entran en juego las normas convencionales en las que España sea parte (cuando se solapen los ámbitos de aplicación de dos o más convenios internacionales, se estará a lo dispuesto en los siguientes criterios: primero normas de compatibilidad insertas en los propios textos y, en su defecto, criterios de especialidad, temporalidad y convenio más favorable). Residualmente, se aplican las normas internas, prevaleciendo entre éstas las de carácter especial.

16. En cuanto a las normas institucionales, su aplicación preferente responde al fenómeno de integración europea (económica, social, y consecuentemente jurídica).

Con fundamento en la confianza comunitaria, los Estados miembros de la Unión Europea le cedieron expresamente a ésta (a través del artículo 67 UE y posterior, 81 del TFUE, tras el Tratado de Lisboa) competencia legislativa para dictar normas de DIPr. Como consecuencia de esta atribución de competencia legislativa a la Unión, la normativa estatal ha ido quedando desplazada por las normas institucionales³⁸.

En muchas ocasiones, los Estados no cuentan con los instrumentos necesarios para hacer frente a determinadas cuestiones o para conseguir determinados fines. Es ahí donde interviene el papel fundamental de la Unión Europea, que gracias a su

³⁷ Lo que se conoce como “Europa a la carta” o “Europa a varias velocidades”.

³⁸ J.C. Fernández Rozas y P.A. De Miguel Asensio, *Derecho internacional privado. Textos y materiales*, Civitas, Navarra, 2014, pp. 17, 18 y 48.

competencia legislativa (cedida por sus Estados miembros) promueve la consecución dichos fines³⁹.

La armonización comunitaria del DIPr genera una normativa homogénea, común, que elimina la heterogeneidad característica de los diversos ordenamientos jurídicos internos de los EM⁴⁰.

17. Atendiendo al principio de subsidiariedad que rige en el sistema de fuentes del DIPr, en defecto de normas institucionales hay que acudir a las normas convencionales en materia de REM y de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Existen dos convenios de la Conferencia de la Haya en esta materia: el *Convenio de 17 de julio de 1905 sobre los conflictos de leyes relativos a los efectos del matrimonio en los derechos y deberes de los cónyuges en sus relaciones personales y sobre los bienes de los cónyuges*⁴¹ y el *Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales*. No obstante, ninguno de ellos responde a las exigencias de la materia, pues sólo han sido ratificados por tres Estados.

La coexistencia de normas institucionales y normas convencionales de DIPr supone una inevitable coordinación entre ambas. La prevalencia de las primeras se puede traducir en dos cuestiones, que son jerárquicamente superiores (por lo que en principio se aplican en primer lugar) y que son ellas las que establecen cuándo se aplicarán las normas convencionales a través de sus normas de compatibilidad (debido a la competencia exclusiva de la Unión Europea para la celebración de tratados internacionales). Por lo tanto, aquellos convenios celebrados por Estados miembros en un momento anterior a la atribución de dicha competencia serán aplicados cuando la UE lo permita a través de sus normas.⁴² La relación entre las

³⁹ En virtud de los considerandos décimo-quinto y décimo-sexto del Reglamento (UE) 2016/1103, y del considerando décimo-quinto del Reglamento (UE) 2016/1104, para garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad de las parejas casadas y de las parejas no casadas –respectivamente– es conveniente reunir las normas de DIPr relativas a sus efectos patrimoniales en un único instrumento normativo.

⁴⁰ P.A. De Miguel Asensio, “Integración europea y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, nº2, 1997, pp.413-445. Disponible en <http://eprints.ucm.es/6877/1/INTEGRYDIPR1997pdemiguel.pdf>

⁴¹ Sustituido por el Convenio de 1 de marzo de 1954 sobre el Procedimiento Civil.

⁴² El apartado tercero del artículo 62 del Reglamento (UE) 2016/1103 establece literalmente lo siguiente: *El presente Reglamento no debe ser óbice a que los Estados miembros que son parte del Convenio de 6 de febrero de 1931 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia relativo a*

normas institucionales y las convencionales se establecen, por tanto, a través de cláusulas de relación insertas en las primeras⁴³. En defecto de estas normas, hay que distinguir dos supuestos. Cuando los Estados miembros de la norma institucional sean los Estados del convenio, prevalecerán las normas institucionales (competencia exclusiva de la UE para elaborar textos). Si, por el contrario, el convenio internacional ha sido celebrado también por terceros Estados, se respetará la aplicación del convenio internacional en virtud de las reglas del Derecho internacional público de Derecho de los tratados⁴⁴.

18. Por último, se aplicarían residualmente las normas de fuente interna. En un momento anterior a la aplicación de los Reglamentos objeto de análisis en este trabajo, habrá que aplicar en defecto de convenio internacional (como ocurre en el caso de España, que no es parte de los convenios de La Haya mencionados) los ordenamientos jurídicos internos de los EM; pero la situación ha cambiado, pues actualmente ya sí se cuenta con normas institucionales en la materia. Así, las normas de fuente interna de los EM han quedado desplazadas por los nuevos Reglamentos, que serán aplicables a partir de enero de 2019, salvo excepciones.

III. ÁMBITOS DE LOS REGLAMENTOS

1. ÁMBITOS DE REGULACIÓN

19. Los ámbitos de regulación de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, tal y como dispone el propio título de ambos instrumentos normativos, abarcan los

determinadas disposiciones de Derecho internacional privado en materia de matrimonio, adopción y custodia, revisado en 2006; del Convenio de 19 de noviembre de 1934 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, que incluye disposiciones de Derecho internacional privado en materia de sucesiones, testamentos y administración de herencias, revisado en junio de 2012, y del Convenio de 11 de octubre de 1977 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia relativo al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil, sigan aplicando estos convenios en la medida en que ofrecen procedimientos simplificados y más rápidos para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de régimen económico matrimonial.

⁴³ Artículos 331 y 351 TFUE. *Vid.* J.C. Fernández Rozas, “Un hito más...”, *op. cit.*, p. 62.

⁴⁴ P.A. De Miguel Asensio, “Convenios internacionales y unificación del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, J.L. Iglesias Bunigues (dir.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 57-77.

cuatro sectores del DIPr, es decir, la competencia judicial internacional (en adelante CJI), la ley aplicable (en adelante LA), el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas, así como normas de cooperación judicial internacional en supuestos civiles de alcance transfronterizo.

2. ÁMBITOS DE APLICACIÓN

20. Resulta imprescindible determinar cuáles son los ámbitos de aplicación de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104. Dependiendo de que se cumplan aquéllos, se podrán, o no, aplicar estos instrumentos jurídicos.

21. En primer lugar, atendiendo al ámbito de aplicación material, éste debe ser analizado de forma separada según cada Reglamento.

i) El ámbito de aplicación material del Reglamento (UE) 2016/1103 se encuentra regulado en su artículo 1. El Reglamento se aplicará a todos los aspectos de Derecho civil de los regímenes económicos matrimoniales con repercusiones transfronterizas, tanto los relacionados con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial durante la vigencia del matrimonio, como los relativos a la liquidación de dicho patrimonio como consecuencia de la crisis matrimonial, es decir, una vez disuelto el matrimonio, o separados los cónyuges. Las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas no son reguladas por el Reglamento. Este Reglamento sólo se aplica a los efectos patrimoniales, excluyendo así de su materia los efectos personales del matrimonio. En el apartado segundo del mencionado precepto se menciona una lista exhaustiva de materias excluidas del ámbito de aplicación de este texto normativo: a) la capacidad jurídica de los cónyuges⁴⁵; b) la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio⁴⁶; c) las obligaciones de alimentos⁴⁷; d) la sucesión por causa de muerte

⁴⁵ Esta exclusión no abarca las facultades ni los derechos específicos de los cónyuges con respecto a su patrimonio, pues como señala el considerando vigésimo, estas facultades y derechos sí que deben formar parte del ámbito de aplicación material del Reglamento.

⁴⁶ Ello es debido a que estas cuestiones preliminares siguen siendo reguladas por las normas de fuente interna de los EM, incluidas las de DIPr.

⁴⁷ Las obligaciones de alimentos se encuentran excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2016/1103 porque se encuentran ya insertas en el *Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de*

de uno de los cónyuges⁴⁸; e) la seguridad social; f) el derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges, en caso de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante este⁴⁹; g) la naturaleza de los derechos reales sobre un bien⁵⁰, y h) cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, incluidos los requisitos legales para llevarla a cabo, y los efectos de la inscripción o de la omisión de la inscripción de tales derechos en un registro⁵¹.

Este Reglamento no define el concepto “matrimonio”, pues son los EM participantes quienes lo definen en sus normas de fuente interna. Sin embargo, sí que define el concepto “régimenes económicos matrimoniales” en el apartado primero, letra a), del artículo 3⁵². No obstante, tal definición sólo se entenderá a efectos del presente Reglamento. Abarca no sólo las normas imperativas sino también las normas opcionales que los cónyuges pueden acordar, así como demás normas por defecto de Derecho aplicable⁵³. Además, no sólo incluye las capitulaciones matrimoniales específicamente previstas por los ordenamientos jurídicos nacionales, sino toda

diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DO L 7 de 10.1.2009, p. 1).

⁴⁸ La sucesión por causa de muerte se encuentra ya regulada en el *Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO L 201 de 27.7.2012, p. 107).*

⁴⁹ Esta exclusión debe ser interpretada restrictivamente. Así, este Reglamento sí que regula la clasificación de los activos de pensiones, los importes que ya se han abonado a uno de los cónyuges constante el matrimonio y la potencial pensión de compensación concedida a uno de los cónyuges

⁵⁰ Tal y como dispone el Considerando 24 de ambos instrumentos normativos, la creación o la transmisión resultante del REM de un derecho sobre bienes muebles o inmuebles no debe afectar al número limitado (*numerus clausus*) de derechos reales reconocidos en el ordenamiento jurídico de algunos EM, pues no se debe exigir a un EM que reconozca un derecho real relativo a bienes ubicados en ese Estado si su Derecho desconoce el derecho real de que se trate.

⁵¹ Así, deben ser las normas de origen interno del EM en el que se lleve el registro el que determine cuáles son las condiciones legales necesarias para el registro, de qué forma se realizará la inscripción, cuáles son las autoridades competentes para verificar que se cumplen los requisitos exigidos, así como cuáles son los efectos de la inscripción –declarativo, constitutivo...-.

⁵² Literalmente, el régimen económico matrimonial es el “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución”.

⁵³ Ideas obtenidas de los Considerandos décimo-séptimo y décimo-octavo del Reglamento (UE) 2016/1103.

relación patrimonial -vinculada con el matrimonio o con la disolución del mismo- existente entre los cónyuges, y entre éstos y terceros.

ii) Por su parte, el ámbito de aplicación material del Reglamento (UE) 2016/1104 se encuentra fijado en su artículo 1. Este Reglamento se aplicará a todos los aspectos de Derecho civil de los efectos patrimoniales de las uniones registradas con repercusiones transfronterizas, tanto los relativos a la administración cotidiana del patrimonio de los miembros de la unión como su liquidación. Las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas no son reguladas por el Reglamento. Este Reglamento sólo se aplica a los efectos patrimoniales, excluyendo así de su materia los efectos personales de la unión registrada⁵⁴. En el apartado segundo del citado precepto se menciona una serie de materias excluidas del ámbito de aplicación de este texto normativo –que coinciden en su totalidad con las materias excluidas en el Reglamento (UE) 2016/1103, por lo que remito al análisis realizado en el apartado anterior-. Lo mismo ocurre con el concepto “efectos patrimoniales de la unión registrada”, que –al igual que el concepto “régimenes económicos matrimoniales- aunque sí se encuentran definidos en el artículo 3 de ambos Reglamentos, tales definiciones sólo proceden a efectos de dichos instrumentos normativos⁵⁵. La diferencia entre ambos Reglamentos radica en que mientras en el Reglamento (UE) 2016/1103 no se define el concepto “matrimonio”, el Reglamento (UE) 2016/1104 sí que define el concepto “unión registrada”⁵⁶. No obstante, tal definición sólo se tiene en cuenta a efectos de dicho Reglamento, pues el contenido real de este concepto sigue regulándose por las normas de fuente interna de los EM. Esto se debe a que esta norma institucional no puede imponer la institución de unión registrada a los EM cuyos ordenamientos no la contemplan.

22. Con respecto al ámbito de aplicación territorial, ambos Reglamentos han sido celebrados mediante el procedimiento de cooperación reforzada, por lo que sólo los

⁵⁴ I. Espiñeira Soto, “Resumen del Reglamento Europeo sobre Uniones de Hecho Registradas”, *Notarios y Registradores*, julio 2016.

⁵⁵ Concretamente, los efectos patrimoniales de las uniones registradas hacen referencia al “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales de los miembros de la unión registrada entre sí y con terceros, como resultado de la relación jurídica creada por el registro de la unión o su disolución”.

⁵⁶ Literalmente, el Reglamento establece que “unión registrada” hace referencia al “régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación”.

tribunales de los EM participantes podrán aplicar las normas de CJI, LA, reconocimiento y ejecución de resoluciones insertas en dichas normas europeas⁵⁷. Ello se debe a que el Legislador europeo no puede imponer normas -de DIPr en el caso que nos ocupa- a tribunales de Estados que no sean participantes, pues de lo contrario vulneraría la soberanía estatal de dichos EM-.

23. En cuanto al ámbito de aplicación personal o espacial⁵⁸, ambos Reglamentos cuentan -al igual que el *Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*- con un ámbito de aplicación universal. No exigen estos instrumentos normativos ninguna conexión personal o espacial específica -ni domicilio ni residencia habitual en EM, etc.- para que puedan ser aplicados los mismos. Por lo tanto, se aplicarán a todos los supuestos en materia de efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones registradas que contengan elementos transfronterizos.

24. Por último, con respecto al ámbito de aplicación temporal, los Reglamentos entraron en vigor el 28 de julio de 2016, a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Serán aplicables, en virtud del artículo 70 de ambos textos normativos, a partir del 29 de enero de 2019. No obstante, los artículos 63 y 64 serán aplicables a partir de 29 de abril de 2018; y los artículos 65, 66 y 67 desde el 29 de julio de 2016. Debe tenerse en cuenta que los Estados que hayan participado en la cooperación reforzada en virtud de una Decisión (UE) aprobada conforme al artículo 331, apartado primero, párrafo segundo del TFUE, aplicarán los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 a partir de la fecha indicada en dicha Decisión.

Resulta relevante analizar en este punto el contenido de las disposiciones transitorias de los Reglamentos. El artículo 69 establece que ambos Reglamentos sólo serán aplicables a las acciones judiciales interpuestas a partir de 29 de enero de 2019. Igualmente, se aplicará a los documentos públicos -formalizados o registrados- y a las

⁵⁷ En virtud del apartado segundo del artículo 70 de ambos Reglamentos, éstos sólo serán aplicables en los EM que hayan participado en la cooperación reforzada.

⁵⁸ E. Rodríguez Pineau, “Efectos del matrimonio...”, *op. cit.*, p.5.

transacciones judiciales –aprobadas o celebradas- a partir de la misma fecha. No obstante, se dan unas excepciones a esta regla general, de modo que los EM participantes podrán aplicar el capítulo IV de los Reglamentos objeto de análisis para reconocer o ejecutar resoluciones que hayan sido dictadas en un momento posterior al 29 de enero de 2019 en virtud de procesos cuya acción judicial se haya ejercitado antes de dicha fecha, siempre que se les haya aplicado normas de competencia judicial internacional que sean conformes al capítulo II de los Reglamentos. Por su parte, la disposición transitoria contenida en el apartado tercero del artículo 69 establece que sólo podrá aplicarse el capítulo III –relativo al Derecho aplicable- del Reglamento (UE) 2016/1103 y del Reglamento (UE) 2016/1104 a los matrimonios y uniones que se registren después del 29 de enero de 2019, o bien que sus miembros hayan elegido la ley aplicable al REM o a los efectos patrimoniales de la unión, respectivamente, a partir de esa fecha.

IV. ANÁLISIS DE LAS NORMAS DE DERECHO APLICABLE CONTENIDAS EN LOS NUEVOS REGLAMENTOS DE LA UNIÓN

25. En el presente apartado se analizarán las cuestiones más relevantes relativas a las normas de Ley Aplicable (en adelante LA) recogidas en los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104⁵⁹.

1. PRINCIPIOS DE UNIDAD Y UNIVERSALIDAD DE LEY

26. *Aplicación universal*: Los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 tienen un ámbito de aplicación universal, por lo que el ordenamiento jurídico que resulte aplicable de conformidad con sus normas se aplicará tanto si es el de un EM como si es el de un tercer Estado.

27. *Unidad de ley*: Los Reglamentos optan por un régimen único. Así, la Ley que regule el REM o los efectos patrimoniales de la unión registrada, en virtud de los

⁵⁹ Insertas en los artículos 20 a 35 (Capítulo III, rubricado “Ley aplicable”).

artículos 22 o 26⁶⁰, se aplicará a todos los bienes de los cónyuges o de los miembros de la unión registrada incluidos en dicho régimen, respectivamente, con independencia de su naturaleza (bienes muebles o inmuebles) y de su ubicación.

Resulta relevante destacar que el Legislador europeo ha pretendido evitar el *dépeçage* o fraccionamiento de LA, pues aunque ello suponga en muchas ocasiones no someter los bienes inmuebles a la *lex rei sitae*, sostiene que la aplicación de diversas Leyes a bienes diferentes dentro de un mismo REM entrañaría una serie de dificultades, en particular en lo que respecta a la liquidación del patrimonio⁶¹.

28. *Ámbito de aplicación de la ley aplicable*: El artículo 27 de ambos Reglamentos incorpora una lista abierta de las materias que serán reguladas por la LA que, en virtud de dichos instrumentos jurídicos, se aplica a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges o entre los miembros de una unión registrada. Así, la LA al REM o a los efectos patrimoniales de las uniones registradas regulará, entre otras cosas: la clasificación de los bienes en diferentes categorías; la transferencia de bienes de una categoría a otra; la responsabilidad de uno de los cónyuges – o uno de los miembros de la unión registrada- por las obligaciones y deudas del otro; los efectos patrimoniales del régimen económico matrimonial –o de la unión registrada- sobre la relación jurídica entre uno de ellos y un tercero; o la validez material de las capitulaciones.

2. IMPORTANCIA DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

29. Los cónyuges y los miembros de las uniones registradas tienen la posibilidad de elegir la ley aplicable a sus respectivas relaciones patrimoniales. Esta posibilidad ha sido recogida en los nuevos Reglamentos e incluye tanto la autonomía conflictual como la autonomía material. En el presente apartado, dichas normas serán comparadas con las normas de fuente interna españolas sustituidas por aquellos.

⁶⁰ Se aplicará la misma Ley a todos los bienes que formen parte del REM, con independencia de que dicha Ley haya sido la elegida por las partes o que resulte de aplicación en defecto de elección.

⁶¹ Vid. el Comentario al artículo 21 de la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales* (COM (2016) 106 final)

30. El sistema por el que las partes determinan la ley aplicable a su régimen patrimonial –a través de la voluntad explícita o de la implícita- encuentra su origen en la “doctrina del pacto tácito”⁶². Actualmente, la postura favorable a la autonomía de la voluntad en esta materia ha sido sostenida por la Ley federal austriaca de 1978 (art. 19), la Ley de Turquía de 1982 (art. 14), la Ley de Alemania de 1986 (arts. 14 y 15), la Ley de Suiza de 1987 (art. 50), la Ley belga de 2004 (art. 49)...

En España, la autonomía de la voluntad de que gozan los cónyuges para determinar la ley aplicable a sus REM se encuentra regulada en los apartados 2 y 3 del artículo 9 del Código civil, cuyas semejanzas y diferencias con los nuevos Reglamentos de la Unión serán analizados en el presente apartado.

La acción limitada de la autonomía de la voluntad está recogida, entre otros, en el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales. Los preceptos 3 y 6 de dicho instrumento normativo limitan la autonomía de la voluntad, de modo que las partes sólo pueden elegir entre la ley nacional o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, o la ley del lugar en el que se encuentren los bienes inmuebles. En virtud de este convenio, las partes pueden ejercitar dicha libertad de elección tanto en un momento anterior como posterior de la celebración del matrimonio.

31. Entre los argumentos a favor de que las partes elijan la ley aplicable a los efectos patrimoniales de su unión destacan la promoción de los principios constitucionales de igualdad y libre desarrollo de la personalidad, en el sentido de que cada matrimonio y unión registrada elige la ley más conveniente a su modelo matrimonial⁶³; del fenómeno de la multiculturalidad; así como de los principios de previsibilidad y seguridad jurídica –que benefician tanto a los cónyuges y miembros de uniones registradas como a terceros-.

32. En contra de dicho criterio se alega la incertidumbre y molestias provocadas a los cónyuges y miembros de uniones registradas, así como a los terceros que

⁶² Formulada por Ch. Dumoulin en 1525 en el célebre dictamen “*Concilium LIIP*”. Vid. M. Aguilar Benítez de Lugo, “Los efectos del...”, *op. cit.*, p. 144.

⁶³ Pueden optar bien por la integración en el país en el que se hayan establecido –a través de la conexión de residencia habitual- o bien por mantener los vínculos culturales con el país de procedencia –a través de la conexión de ley personal-.

contratan con ellos y a los operadores jurídicos que intervienen, en su caso, en la determinación del Derecho aplicable; la constante indagación sobre la voluntad no expresada o directamente inexistente entre las partes; el progresivo intervencionismo estatal a través del establecimiento de normas imperativas...

3. ACUERDO DE ELECCIÓN DE LEY APLICABLE

33. En las consultas realizadas durante el proceso de elaboración de los Reglamentos, se llegó a un amplio consenso a favor del reconocimiento de una determinada autonomía de las partes para elegir el Derecho aplicable a sus relaciones patrimoniales, con el objetivo de facilitarles la administración de su patrimonio⁶⁴. No obstante, esta libertad de elección debía plasmarse de forma clara para evitar que el Derecho aplicable no mantuviese una real conexión con el supuesto de hecho.

34. Como dispone el artículo 22 de ambos Reglamentos, los cónyuges o futuros cónyuges y los miembros o futuros miembros de una unión registrada podrán elegir de común acuerdo la ley aplicable a los efectos patrimoniales de su unión, en virtud de unos criterios de conexión aplicables alternativamente. No obstante, se establecen dos requisitos: i) que dicha Ley atribuya efectos patrimoniales a la institución del matrimonio o de la unión registrada; ii) que se trate bien de la Ley del Estado en el que al menos uno de ellos tenga su residencia habitual al celebrar el acuerdo, o bien de la Ley de la nacionalidad de uno de ellos en el momento de la elección.

35. El mencionado precepto ofrece igualmente la posibilidad de elegir la LA a los efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión registrada en un momento posterior a la celebración del matrimonio o al registro de la unión. Así, los cónyuges y miembros de la unión registrada podrán cambiar posteriormente –de forma voluntaria- la LA que eligieron en un principio. No obstante, esta posibilidad está

⁶⁴ *Vid.* Considerando 45.

limitada en el sentido de que sólo podrán elegir una de las leyes que hubieran podido elegir en aquel momento⁶⁵.

36. La determinación de la LA a los efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión registrada se entenderá hecha en favor de las normas sustantivas de ese determinado ordenamiento jurídico elegido, por lo que no podrá apreciarse el reenvío, pues lo contrario sería ir en contra de la voluntad de las partes. La elección de derecho aplicable supone establecer de forma adicional qué régimen económico en concreto gobernará las relaciones patrimoniales de aquéllos. Así, la autonomía conflictual implica al mismo tiempo una elección material, ya que dicho sistema jurídico propone un determinado régimen legal en defecto de elección. A modo de ejemplo, si dos futuros cónyuges eligen la ley española como ley personal de uno de ellos para que rijan sus relaciones patrimoniales, están decantándose implícitamente por el régimen de comunidad de bienes, pues éste se aplica en el Estado español en defecto de elección específica de otro régimen matrimonial⁶⁶.

A) Residencia habitual

37. Como se ha mencionado (*supra*) los cónyuges y miembros de uniones registradas (presentes y futuros) pueden elegir como ley aplicable a sus relaciones patrimoniales la ley del país en el que se encuentra la residencia habitual de, al menos, uno de ellos. Debe tenerse en cuenta que las opciones residencia habitual y ley personal son alternativas, por lo que las partes pueden elegir libremente entre una de ellas. Igualmente, no puede perderse de vista que la letra a) el apartado 1 del artículo 22 de ambos Reglamentos se refiere a la residencia habitual que se ostentaba en el momento de la celebración del acuerdo. Por lo tanto, reviste gran importancia el hecho de que las partes ostenten una residencia habitual diferente en el momento en el

⁶⁵ Para evitar que el cambio de LA tenga efectos perjudiciales para los cónyuges y miembros de la unión registrada, dicho cambio no tendrá efectos retroactivos, es decir, sólo surtirá efectos en el futuro (salvo disposición en contrario, en cuyo caso no se podrá afectar negativamente a los derechos de terceros).

⁶⁶ Esto se debe a que todo matrimonio supone indefectiblemente la existencia de un REM que lo regule, como *conditio sine qua non*. Si las partes no eligen el REM de común acuerdo, se les aplica el régimen aplicable como regla general en el Estado que proceda.

que surja el litigio. Esta circunstancia será analizada en el apartado relativo al conflicto móvil (mutabilidad *versus* inmutabilidad).

38. Entre las ventajas que presenta esta conexión destacan el frecuente deseo de las partes de regirse por la ley del país en el que viven y en el que se encuentran sus bienes materiales –por ser el ordenamiento jurídico al que consideran más próximo a su situación real; el interés de los terceros que se relacionan con aquéllos de someter dichas relaciones a una ley que les es conocida; la problemática causada al aplicar la ley personal en los casos en los que los cónyuges y los miembros de las uniones registradas poseen distinta nacionalidad; la conexión basada en la residencia habitual se muestra como una conexión objetiva, neutral, realista, que se establece de común acuerdo y que facilita la libre circulación de personas.

39. Se aprecia una progresiva tendencia a someter los regímenes patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas a la ley de la residencia habitual. En este sentido, el Reglamento “Roma III” admite la aplicación de la ley del Estado en el que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento en el que celebran el acuerdo⁶⁷, como consecuencia de su elección por las partes. Resulta ventajoso aplicar la misma ley a instituciones así vinculadas, habida cuenta de que el incumplimiento de obligaciones patrimoniales entre los cónyuges o miembros de la unión registrada causa con frecuencia el divorcio, la separación, o la disolución del vínculo.

Por su parte, el Convenio de la Haya de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales dispone en su artículo 4 que si los esposos no ha designado la ley aplicable a su régimen matrimonial antes del matrimonio, éste se someterá a la ley del Estado en el que hayan establecido su primera residencia habitual tras el matrimonio.

Dicha conexión opera como regla general en países como Suiza, los países escandinavos e iberoamericanos; y con carácter subsidiario en Francia, Polonia, Portugal, Austria, Hungría, Turquía, Grecia, Alemania, Rumania, Japón...⁶⁸. En

⁶⁷ Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

⁶⁸ Resulta de gran interés el portal del Consejo de los Notariados de la Unión Europea (CNUE), disponible en www.coupleseurope.eu, pues incluye numerosa información, en 21 idiomas, sobre el Derecho matrimonial vigente en los EM.

España, esta solución ya había sido defendida por la jurisprudencia (STS de 6 de octubre de 1986) y por la doctrina⁶⁹, con el objetivo de colmar el vacío jurídico causado por la implícita derogación de los apartados 2 y 3 del artículo 9 del Código civil.

40. En cuanto a los inconvenientes de esta conexión se pueden mencionar a modo de ejemplo la incertidumbre existente en numerosas ocasiones acerca de cuál sea la residencia de los cónyuges o de los miembros de la unión registrada; así como los relativos al cambio de residencia habitual -situación conocida como “conflicto móvil”- en el sentido de que la ley elegida anteriormente por las partes -ley del Estado en el que se encontraba la antigua residencia habitual- ya no presenta conexiones objetivas con el nuevo escenario elegido por la pareja.

B) Nacionalidad⁷⁰

41. En virtud de la letra b) del apartado 1 de ambos Reglamentos de la UE, la ley de nacionalidad de ambos o de uno de los cónyuges o miembros de la unión registrada puede ser elegida por éstos de común acuerdo para regular sus relaciones patrimoniales, así como las relaciones patrimoniales existentes entre ellos y terceros. Con este criterio, las partes tratan de mantener los vínculos con el sistema de su nacionalidad, a pesar de residir fuera de dicho territorio, bien porque pretenden volver, bien porque aún posean bienes en su país... Por otra parte, la nacionalidad asegura en mayor medida la continuidad en la LA, puesto que es un criterio menos variable y reconocido que el de residencia habitual.

42. Resulta interesante la apreciación que realiza el Legislador europeo en el Considerando 50 del Reglamento (UE) 2016/1103 (Considerando 49 en el Reglamento (UE) 2016/1104), en el que establece que cuando se trate de supuestos en los que una de las partes, o ambas, tengan más de una nacionalidad, dicha multitud de

⁶⁹ Destaca J. D. González Campos.

⁷⁰ Nacionalidad y ley personal conducen en principio a idénticos resultados, salvo que se trate de supuestos en los que se remita a Estados plurilegislativos, en cuyo caso la nacionalidad carece de relevancia como punto de conexión.

nacionalidades constituye una cuestión previa que no entra en el ámbito de aplicación de dichos textos y que, por lo tanto, deberá ser resuelta conforme a las normas nacionales, o convenios internacionales cuando proceda. Aún así, deberán respetarse los principios generales de la UE en tal procedimiento previo.

43. Los países que se muestran a favor de la ley nacional son los de Europa continental, Oriente Medio, Extremo Oriente (como Japón) y la mayoría de los países africanos⁷¹. En el caso español, el Legislador ha optado por este criterio de conexión para determinar las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

C) Ley conforme a la cual se ha creado la unión registrada (peculiaridad del Reglamento (UE) 2016/1104).

44. Por su parte, el Reglamento (UE) 2016/1104 incorpora un tercer criterio de conexión -letra c) la Ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada-.

45. Los miembros (presentes o futuros) de una unión registrada preferirán este criterio de conexión cuando hayan creado su unión conforme a la ley del país con el que mantienen determinados vínculos objetivos.

Por el contrario, y teniendo en cuenta que este tipo de uniones recibe un trato muy divergente dependiendo del Estado del que se trate, es muy probable que las partes se hayan visto en la necesidad en ciertas ocasiones de crear su unión conforme a la ley de un país con el que no están conectados, por el mero hecho de que éste sí permite la su creación. En estos casos, los miembros verían regidas sus relaciones patrimoniales por las normas materiales de un Estado ajeno a su centro de vida real.

Por este motivo, considero que los miembros de uniones registradas se decantarán en principio por este tercer criterio de conexión cuando se dé el primer supuesto, y no tanto cuando se dé el segundo.

⁷¹ A diferencia de los Estados anglosajones, los escandinavos y la mayoría de los hispanoamericanos. *Vid.* en este sentido E. Gómez Campelo, “Respuestas nacionales divergentes ante problemas nacionales similares”, *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Reus, Madrid, 2008, pp. 43-77.

D) Validez formal y material del acuerdo de elección de ley aplicable

46. Como hemos tenido ocasión de ver, la libertad de elección de Derecho aplicable a los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas se encuentra limitada en ambos Reglamentos de la Unión, tanto en lo relativo al número de leyes elegibles como en lo relacionado a los requisitos formales y materiales que debe cumplir tal elección. Así, las normas relativas a la validez formal y material del acuerdo de elección de ley deben articularse de forma que se facilite la elección informada de los cónyuges y miembros de uniones registradas, y se respete su consentimiento con el objetivo de garantizar la seguridad jurídica y el mejor acceso a la justicia (Considerandos 46 y 47 de los Reglamentos (UE) 2016/1104 y 2016/1103, respectivamente).

47. En cuanto a los requisitos formales mínimos de la elección de Derecho aplicable, el artículo 23 de ambos Reglamentos establece que para que el acuerdo de elección sea válido formalmente, éste debe constar por escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges o, en su caso, ambos miembros de la unión registrada⁷². Toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo de elección se considerará como escrito. Además, el mencionado precepto abarca tres supuestos en los que se requieren requisitos adicionales: i) si la ley del EM en el que las partes mantienen su residencia habitual al celebrar el acuerdo establece requisitos formales adicionales, éstos deben ser igualmente aplicados; ii) si las partes residen de forma habitual en dos EM distintos al celebrar el acuerdo, y los ordenamientos jurídicos de ambos Estados contemplan requisitos formales adicionales para la elección de ley, es suficiente con el cumplimiento de uno de los dos ordenamientos; iii) si al celebrar el acuerdo, sólo uno de los cónyuges o miembros de la unión registrada tiene su residencia habitual en un EM, y dicho Estado establece requisitos formales adicionales para la elección de ley, éstos deben ser aplicados.

⁷² Mediante el establecimiento de estos requisitos de carácter formal se pretende garantizar que las partes sean conscientes de las consecuencias de su elección.

48. Con respecto a los requisitos de carácter material, el apartado 1 del artículo 24 de los Reglamentos establece que para analizar si un acuerdo sobre la elección de ley existe y es válido, debe acudirse a la ley que sería aplicable, en su caso, en virtud del artículo 22. Existe una excepción a esta regla general, y es que cuando un cónyuge o miembro de una unión registrada pretenda demostrar que no ha dado su consentimiento y que, por tanto, el acuerdo de elección de ley no es válido, podrá invocar la ley del Estado en el que se encuentra su residencia habitual al interponer la demanda. No obstante, esto sólo procederá cuando no sea razonable determinarlo conforme a la ley que regiría el hipotético acuerdo, es decir, a la cual se refiere el mencionado apartado 1.

49. Cuando del procedimiento de verificación de validez del acuerdo de elección de Derecho aplicable se llegue a la conclusión de que el acuerdo no es válido, se entenderá por no ejercitada la autonomía de la voluntad. Por lo tanto, se regirán los efectos patrimoniales entre las partes por la ley que resulte de aplicación en defecto de elección de ley. Las consecuencias del incorrecto ejercicio de elección son debatidas, pues, por un lado, puede provocar la situación explicitada precedentemente pero, por otro lado, cabe preguntarse si procede salvar de cierta forma el incorrecto ejercicio de la autonomía de la voluntad dentro del marco legal, estableciendo su validez parcial siempre que no se perjudiquen los derechos de terceros ni se afecte al orden público⁷³.

E) Validez formal de las capitulaciones matrimoniales

50. Como ya se ha comentado, las partes no sólo tienen la posibilidad de elegir la ley aplicable al REM y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas, sino que

⁷³ Idea reiterada por E. Rodríguez Pineau, “Efectos del matrimonio...”, *op. cit.*, pp. 68-71, que considera que, “interpretando el art. 6.2 Cc., (...) sería posible incorporar la elección como cláusula contractual en la medida en que la *lex causae* (art. 9.2) así lo permitiera. (...) si entendemos que el régimen de los contratos recoge los principios del ejercicio de la autonomía conflictual, podemos recurrir a las soluciones propuestas en aquel sector, de manera que se podrían mantener las cláusulas pactadas que fueran compatibles con el régimen legal como modo de cubrir aspectos no expresamente previstos, respetando la voluntad de las partes”. Esta autora defiende que “el mantenimiento del régimen legal por defecto parece la solución más respetuosa del sistema” basado en la “libertad y primacía de la actuación de las partes, pero dentro del marco propuesto por la norma de conflicto”.

también tienen la opción de otorgar capitulaciones, es decir, elegir un determinado régimen patrimonial que regule tales cuestiones (autonomía material). No obstante, tal disponibilidad no está exenta de limitaciones, pues las capitulaciones deben reunir una serie de requisitos formales para que sean válidas. Estas normas sobre validez formal tienen como finalidad facilitar que los derechos patrimoniales adquiridos por las capitulaciones otorgadas en un Estado de la Unión sean aceptados en los demás EM⁷⁴.

Ambos Reglamentos establecen en el artículo 25 que las capitulaciones - matrimoniales o de la unión registrada, según el caso- deben constar por escrito⁷⁵, fechadas y firmadas por ambas partes.

Además de estos requisitos formales mínimos, los apartados 2 y 3 de dicho precepto citan cuatro situaciones en las que deberán cumplirse igualmente los requisitos formales adicionales que se encuentren establecidos: i) en la ley del EM en el que se encuentre la residencia habitual de los cónyuges o miembros de una unión registrada en el momento de celebrar las capitulaciones; ii) en la ley del EM en el que uno de ellos tenga su residencia habitual al celebrar el acuerdo –cuando ambos residen en distintos Estados; iii) en la ley del EM en el que uno de ellos tenga su residencia habitual al celebrar el acuerdo –cuando el otro cónyuge o miembro de la unión registrada resida de forma habitual en un tercer Estado; iv) en la ley aplicable a los REM o efectos patrimoniales de la unión registrada.

51. Los presentes Reglamentos también determinan qué ley ha de regular la validez material de dichas capitulaciones. En el caso de que las partes no hayan elegido la ley aplicable, será la ley del Estado en virtud de la cual se haya registrado la unión la que regule sus efectos patrimoniales⁷⁶; y en el caso de los matrimonios, se establecen unas normas de conflicto de leyes armonizadas para determinar la ley aplicable a la

⁷⁴ Dichos requisitos formales mínimos resultan imprescindibles para la consecución de tal fin, pues las capitulaciones son un tipo de disposición del patrimonio cuya regulación, contenido y efectos varían dependiendo del Estado en el que se otorguen.

⁷⁵ Considerándose como escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.

⁷⁶ Considerandos 47 (*in fine*) y 48 del Reglamento (UE) 2016/1104.

totalidad del patrimonio sobre la base de una escala de puntos de conexión⁷⁷, cuyo análisis se desarrollará más adelante.

F) Exclusión del reenvío

52. La determinación de la ley aplicable a los REM y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas puede verse obstruida por el reenvío de primer y segundo grado. En efecto, cuando la norma de conflicto nos remite a un Derecho –en principio aplicable- cuyas normas materiales quedan sin aplicación para conducirnos a otro ordenamiento jurídico –como consecuencia de la presencia de puntos de conexión divergentes en las normas de conflicto de los distintos Estados- , nos encontramos con unas consecuencias jurídicas completamente imprevisibles.

53. Como consecuencia de la multitud de críticas puestas de relieve en los últimos años, se está limitando la aplicación de la teoría del reenvío, remitiendo así las normas conflictuales a las normas materiales internas con respuestas sustantivas y aplicables de forma directa. Esta tendencia a la exclusión del reenvío se aprecia en numerosos instrumentos normativos convencionales, como el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (art. 15), o implícitamente en el Convenio de la Haya de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

El Legislador europeo, influido directamente por los textos convencionales, y consciente de los problemas jurídicos y de hecho que provoca el reenvío⁷⁸, ha incorporado en numerosos Reglamentos la exclusión o limitación del reenvío, como el Reglamento “Roma I”⁷⁹ (art. 20), el Reglamento “Roma II”⁸⁰ (artículo 24) o el

⁷⁷ Considerandos 48 (*in fine*) y 49 del Reglamento (UE) 2016/1103.

⁷⁸ Por ejemplo, las dificultades que suscita la aplicación (por reenvío) de ordenamientos jurídicos que no presentan ningún vínculo con el supuesto, o cuyo contenido no beneficia a los intereses de las partes; así como la incertidumbre generada para las partes con respecto al Derecho que será finalmente aplicable a sus relaciones patrimoniales. *Vid.* E. Gómez Campelo, “Principales dificultades (II). La descoordinación de las reglas de Derecho internacional privado de los Estados miembros”, *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Madrid, 2008, pp. 129-131.

⁷⁹ Reglamento (CE) n.º. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

⁸⁰ Reglamento (CE) n.º. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

Reglamento “Roma III”⁸¹ (art. 11). Por su parte, el Reglamento (UE) 650/2012⁸², en su artículo 34, sí que permite el reenvío, pero sólo a la ley de un EM o a la ley de un tercer Estado que aplique su propia ley. Este Reglamento, pese a permitir el reenvío, lo excluye con respecto a algunos preceptos.

Con respecto a los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, el Legislador europeo ha seguido la línea consistente en excluir la posibilidad del reenvío, insertando tal exclusión en el artículo 32 de ambos textos. Este precepto establece que *la aplicación de la ley de un Estado determinada por el presente Reglamento se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado distintas de las normas de Derecho internacional privado*. Así, se aplicarán directamente las normas materiales de dicho Estado, sin acudir por tanto a las normas del conflicto del mismo.

54. No debe perderse de vista que cuando las partes han elegido la ley aplicable a sus efectos patrimoniales no se plantean dudas acerca de la exclusión del reenvío, pues la autonomía de la voluntad “prima” sobre el reenvío, de forma que se aplicarán de forma directa las normas materiales del ordenamiento elegido por las partes. Esto es así porque de lo contrario, el reenvío desvirtuaría de voluntad real de las partes de someter sus relaciones patrimoniales a un determinado ordenamiento jurídico. No obstante, este tema no es ajeno a debates doctrinales⁸³.

4. LEY APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN

55. Las conexiones previstas para regular los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en defecto de elección se basan en el criterio

⁸¹ Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

⁸² Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

⁸³ A favor, E. Rodríguez Pineau, “Los efectos del matrimonio...”, *op. cit.*, pp., 46-47; en contra de esta postura, A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Efectos del matrimonio”, *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, 2000, p. 77. La doctrina anglosajona, por ejemplo, defiende la exclusión del reenvío en favor de la ley más adecuada.

de proximidad, sometiendo cada relación privada al sistema jurídico con el que presente unos vínculos más estrechos. En efecto, cuando las partes no han ejercitado su derecho a la autonomía de la voluntad, se crea la necesidad de establecer en cada caso concreto cuál es el país más conectado con el supuesto de hecho.

Igualmente se funda en el principio de seguridad jurídica, pues en aquellos casos en los que las parejas no deciden cuál será la ley que rija sus relaciones patrimoniales, resulta imprescindible al menos que aquéllas conozcan cuál es el sistema rector a falta de elección, para poder así administrar convenientemente su patrimonio, así como conocer de antemano cuáles son los derechos y obligaciones que les blinda dicho ordenamiento jurídico -contando así con un alto grado de previsibilidad-.

56. Las normas de conflicto previstas para determinar la ley aplicable a los efectos patrimoniales de las parejas varían según si se trata del Reglamento (UE) 2016/1103 o del Reglamento (UE) 2016/1104. Mientras el primero -relativo a los regímenes económicos matrimoniales- establece una serie de puntos de conexión aplicables en cascada, es decir, respetando el principio de subsidiariedad entre los mismos⁸⁴; el segundo establece que, en defecto de elección de LA en virtud del artículo 22, se aplicará a los efectos patrimoniales de las uniones registradas la ley del Estado conforme a la cual se haya creado dicha unión⁸⁵.

En virtud del apartado 1 del artículo 26 del Reglamento (UE) 2016/1103, en defecto de elección del LA, se aplicará al régimen económico matrimonial:

i) la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, o, en su defecto,

⁸⁴ En primer lugar se aplicaría la ley del Estado en el que ambas partes mantienen su residencia habitual tras la celebración del matrimonio; en segundo lugar, la ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio; y, en tercer lugar, la ley que presente la conexión más estrecha con los cónyuges al celebrar el matrimonio (teniendo en cuenta para ello todas las circunstancias).

⁸⁵ Esta regulación refleja el trato claramente distinto que ofrece el Legislador europeo con respecto a la ley aplicable en defecto de elección, pues dicha ley varía de forma abismal según se trate de un matrimonio o de una unión registrada. Esto puede ser objeto de debate, pues teniendo en cuenta que casi la totalidad de los preceptos de ambos Reglamentos son prácticamente iguales, resulta cuando menos sorprendente el diferente tratamiento que ofrece el apartado 1 del artículo 26 de ambas normas.

ii) la ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio⁸⁶, o, en su defecto,

iii) la ley con la que los cónyuges tengan la conexión más estrecha al contraer matrimonio.

57. Por otro lado, ambos Reglamentos recogen como excepción que cualquiera de las partes puede solicitar a la autoridad judicial competente que aplique una ley distinta a las abarcadas en el primer apartado, siempre que demuestre dos hechos: a) que ambos tuvieron su última residencia habitual común en ese otro Estado durante un período de tiempo considerablemente más largo que en el Estado cuya ley resultaría aplicable en virtud de las conexiones previstas en el primer apartado del precepto; y b) que ambos se basaron en dicha ley para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales. Además, establecen los Reglamentos que tal excepción no perjudicará a los derechos de terceros derivados de la ley aplicable en virtud del apartado 1.

Esta ley excepcional se aplicará desde la celebración del matrimonio o creación de la unión registrada (si ambas partes están de acuerdo), o a partir del establecimiento de la última residencia habitual común en dicho Estado (cuando no medie acuerdo entre ambos). En cambio, no será de aplicación cuando los cónyuges o miembros de la unión registrada hayan celebrado capitulaciones en un momento anterior al establecimiento de su última residencia habitual común en dicho Estado.

5. CONFLICTO MÓVIL

58. Cuando un punto de conexión mutable se ve alterado por el transcurso del tiempo (cambio de residencia habitual, de nacionalidad...), resulta evidente y a su vez necesario que los ordenamientos jurídicos tengan en cuenta tal suceso y determinen el momento a partir del cual se destaque la ley realmente más conectada con el supuesto de hecho surgido. No obstante, es frecuente observar cómo los legisladores omiten la

⁸⁶ Debe tenerse en cuenta que en los supuestos en los que los cónyuges tengan más de una nacionalidad común al contraer matrimonio, este criterio de conexión no será aplicable, por lo que habría que acudir al tercero

precisión temporal de dicha conexión mutable, desembocando usualmente en un potencial “conflicto móvil”⁸⁷.

59. En el caso de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, éstos no sólo ofrecen a las partes la posibilidad de elegir el Derecho aplicable a sus efectos patrimoniales antes de la celebración del matrimonio o de la creación de la unión registrada, sino que disponen que las partes lo pueden hacer en tres momentos distintos: antes de la celebración del matrimonio o la creación de la unión registrada, en el momento de la celebración del matrimonio o creación de la unión registrada o en un momento posterior (artículo 22); de modo que permiten, entre otros, que en aquellos casos en los que las partes eligieron la ley aplicable a sus regímenes económicos, puedan cambiarla posteriormente.

60. No obstante, deben tenerse en cuenta algunas limitaciones fijadas por los Reglamentos: i) si las partes deciden cambiar la ley aplicable a sus regímenes económicos, sólo podrán elegir entre aquellas leyes que hubieran podido elegir al celebrar el matrimonio o crear la unión registrada; ii) el cambio de ley aplicable sólo procederá cuando sea voluntario, es decir, cuando ambas partes presten su consentimiento. Esto supone la exclusión del cambio automático de la ley aplicable. El requerimiento de manifestación expresa de la voluntad de las partes pretende garantizar el principio de seguridad jurídica; iii) el cambio de ley aplicable no puede suponer un perjuicio ni para las partes ni para los derechos de terceros. Para ello, los Reglamentos disponen que el cambio de ley aplicable sólo surtirá efectos en el futuro, salvo que las partes decidan lo contrario, es decir, que los efectos sean retroactivos (en cuyo caso no afectarán negativamente los derechos de terceros).

61. Se viene produciendo en los últimos años un tránsito desde la inmutabilidad⁸⁸ a la mutabilidad relativa o condicionada⁸⁹, en interés de los terceros y del principio de

⁸⁷ Debe entenderse por “conflicto móvil” las dificultades derivadas de un cambio de nacionalidad, de residencia habitual..., es decir, de los puntos de conexión mutables. Idea extraída de E. Gómez Campelo, *Los regímenes...*, *op. cit.*, p. 49.

⁸⁸ Caracterizada por la “congelación” o “petrificación” del Derecho aplicable al régimen económico. Este sistema de inmutabilidad es seguido en Hungría, por ejemplo.

⁸⁹ Que permite que la nueva situación personal o física buscada por las partes conduzca a la aplicación del ordenamiento jurídico más conectado y próximo a la vida real de los cónyuges o

seguridad jurídica. Sumándose a esta tendencia generalizada, los Reglamentos objeto de análisis en este trabajo han optado por la mutabilidad condicionada, pues subordinan el cambio de ley aplicable a un número limitado de leyes elegibles, al acuerdo entre las partes y a la no producción de efectos perjudiciales a terceros.

62. Pese al reducido ámbito territorial -ya mencionado-del Convenio de la Haya de 1978, considero conveniente mencionar lo que dispone el mismo acerca de esta materia. Basándose en el criterio de mutabilidad de ley aplicable, esta norma convencional permite la modificación del Derecho aplicable a los regímenes matrimoniales en dos ocasiones: a) cuando medie voluntad común de los cónyuges (art. 6), en cuyo caso la nueva ley elegida debe mantener algún nexo relevante como la nacionalidad...; y b) cuando las partes no hayan elegido la ley aplicable a sus efectos patrimoniales, puede producirse un cambio de oficio de dicha ley rectora (apartado 2 del art. 7). En este supuesto se produce una mutabilidad automática⁹⁰, es decir, sin mediar voluntad conyugal, como consecuencia de la desaparición de la conexión inicial que motivaba la ley aplicable en el momento de celebrar el matrimonio, sustituyéndola por la ley del Estado en el que las partes tengan su actual residencia habitual. Esta modificación automática de la ley aplicable se produce en virtud de este convenio cuando los cónyuges tengan la nacionalidad común de dicho Estado, hayan residido allí durante al menos 10 años tras el matrimonio, y su régimen matrimonial haya sido sometido a su ley nacional común por inexistencia de residencia habitual común.

miembros de la unión registrada. Amoldando así la regulación de sus relaciones patrimoniales al contexto en el que recientemente se han afianzado. Este criterio es reconocido en países como España, Alemania, Turquía, Suiza.

⁹⁰ La modificación automática se acerca a la teoría de la proximidad. La vinculación más estrecha parece ser suficiente en virtud de este instrumento normativo para modificar la conexión (sin que medie autorización por parte de las partes). Provocar el cambio de ley aplicable en virtud del principio de proximidad constituye uno de los motivos por los que sólo tres Estados han ratificado dicho convenio, pues tal flexibilidad reduce la seguridad jurídica. *Vid.* en este sentido E. Gómez Campelo, *Los regímenes...*, *op. cit.*, p. 126.

6. PROTECCIÓN DE TERCEROS

63. Debe partirse de la idea de que la autonomía de la voluntad de las partes no es absoluta, sino que se encuentra limitada por la protección del tráfico –a través de la ordenación de la denominada “vertiente *ad extra*” del matrimonio o de la unión registrada⁹¹-. En efecto, los terceros pueden tener algún vínculo obligacional con uno o ambos cónyuges o miembros de una unión registrada. Es por ello, que los ordenamientos jurídicos deben tener en cuenta los intereses legítimos de los terceros y protegerlos en la medida de lo posible, pues los derechos de éstos pueden verse afectados por el régimen rector de los efectos patrimoniales de las parejas con las que mantienen relaciones jurídicas⁹².

64. En virtud del artículo 27 de ambos Reglamentos, letra f), la ley aplicable al REM y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en conformidad con sus disposiciones, regulará los efectos patrimoniales que produzcan tales regímenes sobre las relaciones jurídicas existentes entre una de las partes y un tercero. No obstante, el artículo 28 especifica que la ley aplicable a tales regímenes económicos de las parejas no podrá ser invocada por las partes frente a terceros, salvo que éstos la conozcan o debieran conocerla (actuando con la debida diligencia).

Se presume que el tercero tiene conocimiento de dicha ley cuando ésta sea la ley del Estado cuyas disposiciones son aplicables a la transacción existente entre el tercero y uno de los cónyuges o miembros de la unión; la ley del Estado en el que se encuentra tanto su residencia habitual como la del cónyuge o miembro contratante; o cuando se trate de la ley del Estado en el que se encuentran los bienes inmuebles.

Igualmente, se presume que el tercero conoce la ley que rige los aspectos patrimoniales del matrimonio o de la unión registrada cuando las parejas hayan cumplido los requisitos para la divulgación y el registro de dichos efectos

⁹¹ E. Rodríguez Pineau, “Los efectos patrimoniales de las uniones registradas. Algunas consideraciones sobre la propuesta de Reglamento del Consejo”, *Anuario español de derecho internacional privado*, ISSN 1578-3138, N.º 11, 2011, pp. 937-955.

⁹² Por ejemplo, cuando un negocio válidamente realizado entre uno de los miembros de la pareja y el tercero es impugnado por el otro miembro al considerar que vulnera alguna de las normas que rigen el REM o los efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Por su parte, E. Rodríguez Pineau distingue entre negocios de bagatela y negocios de entidad.

patrimoniales requeridos en una de las leyes mencionadas en el caso anterior (ley que rige la transacción, de la residencia habitual de ambos o del lugar en el que se encuentran los inmuebles objeto de litigio).

Como establece el apartado 3 del mencionado precepto, cuando las parejas no puedan invocar la ley que rige sus regímenes económicos frente a un tercero, los efectos patrimoniales que se produzcan sobre éste se regirán bien por la ley que resulte aplicable a las transacciones entre ambos, o bien por la ley del Estado en el que se encuentren situados o registrados los bienes o derechos.

Como se ha mencionado más arriba, una de las cuestiones en las que se tiene en cuenta la protección de los derechos de terceros es el cambio de ley aplicable.

65. Resulta conveniente hacer referencia a la publicidad del régimen económico de las parejas –por ser el mecanismo por excelencia de protección del tráfico-. No existe aún un sistema de publicidad uniforme en la sociedad internacional a través del cual se protejan adecuadamente los derechos de terceros, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo con el Convenio de Basilea de 1972 sobre registros de disposiciones testamentarias. En efecto, los requisitos y contenido relativos a la publicidad de las capitulaciones son tratados de forma distinta según se trate de un ordenamiento jurídico y otro, provocando esto de forma frecuente una notable imprevisibilidad e inseguridad jurídica⁹³. Para evitar los efectos negativos producidos por la disparidad normativa, numerosos autores defienden que resulta conveniente compatibilizar dichas normas de publicidad y crear así un sistema unificado entre los EM⁹⁴.

⁹³ El conocimiento por terceros del contenido de los regímenes económicos de las parejas con las que se relacionan exige la adecuada publicidad de los mismos. En efecto, la publicidad de las capitulaciones constituye la condición de su oponibilidad frente a terceros. *Vid.* M. Aguilar Benítez de Lugo, “Los efectos...”, *op. cit.*, pp.159-160. Este autor considera que se puede distinguir entre dos sistemas de publicidad de capitulaciones: el de los países que han creado un registro especial al respecto (Alemania, Holanda, Portugal...), y el de aquellos que utilizan registros ya existentes (Francia, Italia, España). Este autor añade que el Derecho interno español no cuenta con una norma específica sobre la publicidad de las capitulaciones; y que la doctrina defiende tanto la *lex causae* –ley aplicable al contenido de las capitulaciones- (González Campos, Amores Conradi, Calvo Caravaca, Carrascosa González, Rodríguez Pineau...), como la ley del foro -ley del Estado del Registro- (Gimeno y Gómez Lafuente) o la *lex rei sitae* –ley del lugar en el que se encuentre los bienes- (Moya Escudero).

⁹⁴ Destaca M. P. Diago Diago, “La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, 1962, Nº 2067-2068, 2008, pp. 2763-2787. En palabras de esta autora: *Uno de los temas que se plantean con*

66. En el sistema español, la protección a terceros no aparece contemplada de forma expresa en ninguna norma, a diferencia de la normativa de otros Estados como Alemania, Italia, Suiza..., sino que sólo se encuentra recogida de forma genérica en el artículo 1327 del Código civil –que exige que todo pacto o capitulación debe ser elevado a escritura pública, permitiendo así una publicidad *erga omnes* de las capitulaciones y, por tanto, el conocimiento por parte de terceros del régimen que rige las relaciones patrimoniales de las parejas⁹⁵.

7. LEYES DE POLICÍA Y ORDEN PÚBLICO

67. En primer lugar, con respecto a las leyes de policía o “normas de aplicación inmediata” de la ley del foro, éstas se encuentran recogidas en el art. 30 de ambos Reglamentos. En virtud del tenor literal del apartado 2 de dicho precepto, debe entenderse por leyes de policía aquellas disposiciones cuya observancia considera esencial un EM para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica.

Estas normas son de naturaleza imperativa, aplicación excepcional e interpretación estricta. Con respecto a esto último, los instrumentos normativos establecen expresamente que las normas de policía deben interpretarse estrictamente, pues de lo contrario, se obstaculizaría el objetivo general de los mismos.

68. Con respecto a las normas de orden público, debe partirse de la idea de que en las relaciones familiares -sobre todo, en las matrimoniales- es frecuente la intervención del orden público⁹⁶ como mecanismo de garantía de los principios fundamentales del Estado del foro⁹⁷.

renovada actualidad en el ámbito de las relaciones económicas entre los cónyuges, es el relativo a la protección de los terceros que contratan con ellos. La ausencia de cauces de publicidad eficientes, el hecho de que con frecuencia el sistema registral español presenta errores y la deficiente regulación internacional privatista que afecta desde tiempos remotos a la perspectiva notarial- registral, son algunos de los factores que contribuyen a generar una inseguridad jurídica intolerable en este ámbito.

⁹⁵ En España, las capitulaciones se inscriben en el Registro Civil (artículos 1.333 Cc. y 77 LRC), en el Registro de la Propiedad (artículos 1.333 Cc. y 75 RH) y en el Registro Mercantil (artículos 21.9º C. de com. y 76.7º RRM).

⁹⁶ Definido como el conjunto de principios y valores esenciales preponderantes en un ordenamiento que se colocan como muro ante una ley extranjera que los contradiga.

En efecto, se contraponen por un lado el interés de los ordenamientos internos por defender sus criterios de política legislativa y, por otro, el respeto al derecho extranjero; provocando una suerte de tensión permanente consistente en la búsqueda del equilibrio entre el orden público y la norma de conflicto aplicable. La esencia de una sociedad democrática radica en el respeto de los valores de otros, pero ello no obsta para rechazar las prácticas que vulneran los principios y derechos fundamentales reconocidos en el Estado de foro (como el repudio, la aplicación de la ley nacional del marido...) ⁹⁸.

El art. 31 de ambos textos normativos establece que los órganos jurisdiccionales y demás autoridades competentes pueden excepcionalmente no tener en cuenta algunas disposiciones de la ley extranjera cuando su aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público del EM del foro. Esta excepción no se puede utilizar para descartar la ley extranjera cuando ello sea contrario a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (en adelante “la Carta”), especialmente su art. 21, relativo a la no discriminación. El contenido y alcance de la excepción de orden público se recogen en el Considerando 54 del Reglamento 2016/1103 (en el caso del Reglamento sobre uniones registradas: considerando 53).

69. Entre los EM no es usual la alegación de orden público, pues los ordenamientos de dichos Estados comparten la semejante filosofía jurídica y axiológica ⁹⁹. No obstante, sí que es frecuente el surgimiento de discrepancias

En opinión de L. F. Carrillo Pozo, se puede “asumir con carácter general que la excepción de orden público ofrece una doble faz, forzando el rechazo de las leyes extranjeras particularmente repulsivas – aunque el supuesto litigioso no esté fuertemente vinculado con el foro– y corrigiendo el automatismo de la norma de conflicto – cuando no esté materialmente orientada” (L. F. Carrillo Pozo, “Eficacia en España de las resoluciones... *op. cit.*, p. 98).

⁹⁷ M. Aguilar Benítez de Lugo, “Ius nubendi y orden público matrimonial”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia (BIMJ)*, núm. 1862, pp. 5-27.

⁹⁸ E. Rodríguez Pineau, “Efectos del matrimonio...”, *op. cit.*, p.106; E. Gómez Campelo, *Los regímenes matrimoniales...*, *op. cit.*, esp. p. 14.

En España, la sentencia del TC de 14 de febrero de 2002 consideraba que “no existe ninguna justificación constitucionalmente aceptable para la preferencia por la normativa relacionada con el varón”, y declaraba por tanto *inconstitucional y derogado por la Constitución el contenido del anterior art. 9.2, en el inciso “por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración”*. Sobre esta reforma, E. Zabalo Escudero, “Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural: especial referencia al islam”, *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, (A. Rodríguez Benot, dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial*, VIII-2002, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp.221-258.

⁹⁹ E. Gómez Campelo, *Los regímenes matrimoniales...* *op. cit.*, p.132.

importantes en cuanto a los efectos patrimoniales de matrimonios homosexuales, transexuales, uniones de hecho..., pues se trata de materias cuyas normas de naturaleza material no han sido armonizadas en la esfera europea, y que presentan aún profundas disparidades a nivel sustantivo.

8. CONFLICTOS TERRITORIALES E INTERPERSONALES DE LEYES

70. En primer lugar, en lo atinente a los conflictos territoriales de leyes, cuando una norma de conflicto de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 remita a la ley de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de REM y de efectos patrimoniales de las uniones registradas, serán las correspondientes normas conflictuales de fuente interna de dicho Estado las que determinen qué normas sustantivas internas se van a aplicar (art. 33)¹⁰⁰.

El apartado segundo de dicho precepto dispone que en aquellos casos en los que el ordenamiento interno en cuestión no disponga de normas conflictuales estatales, se aplicará: i) la ley de la unidad territorial en la que los cónyuges o miembros de la unión registrada tengan su residencia habitual (cuando el Reglamento haga referencia a la ley de la residencia habitual de las partes); ii) la ley de la unidad territorial con la que los cónyuges tengan una conexión más estrecha (cuando el Reglamento haga referencia a la ley de la nacionalidad de las partes); o iii) la ley de la unidad territorial en la que se encuentre ubicado el elemento pertinente (cuando el Reglamento haga referencia a un criterio de conexión diferente de los mencionados en los dos primeros supuestos).

Este sistema de remisión subsidiaria por el que se optó en el texto definitivo de los Reglamentos no fue el que se planteó en un principio, es decir, en las Propuestas de

¹⁰⁰ En el sistema español, las normas de conflicto –de producción interna- aplicables son las insertas en los artículos 9.2, 9.3 y 16.1 Cc.

Reglamento de 16 de marzo de 2011¹⁰¹, en las que el Legislador planteaba un sistema de remisión mixto¹⁰².

71. Por su parte, los conflictos interpersonales de leyes se encuentran recogidos en el art. 34, el que se establece que cuando un Estado comprenda más de un régimen jurídico o conjunto de normas aplicable a diferentes categorías de personas, las referencias que hagan los Reglamentos a la ley de dicho Estado se entenderán hechas al régimen jurídico determinado por las normas vigentes en tal Estado. Cuando éste no cuente con dichas normas, se aplicarán al supuesto las más conectadas con los cónyuges o miembros de la unión registrada.

72. Por último, el Legislador europeo establece expresamente que los Estados que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de REM y efectos patrimoniales de las uniones registradas, no tienen que aplicar las normas del Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales cuando se produzcan reenvíos plurilegislativos (art. 35)¹⁰³.

A través de este precepto, el Reglamento ha tratado de dar respuesta a los casos de Derecho interregional que se puedan producir en Estados plurilegislativos (como España, donde confluyen el Derecho civil común y los Derechos civiles especiales o forales, y donde es muy frecuente la existencia de matrimonios y parejas no casadas entre españoles de distinta vecindad civil).

¹⁰¹ Bruselas, 16.3.2011 COM (2011) 126 final 2011/0059 (CNS) C7-0093/11

¹⁰² Comentando la evolución de este precepto, I. Espiñeira Soto, “Resumen del Reglamento Europeo sobre Regímenes Económicos Matrimoniales”, *Notarios y Registradores*, julio 2016, p.13 (<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/derecho-europeo/normativa-d-e/resumen-del-reglamento-europeo-sobre-regimenes-economicos-matrimoniales/>).

¹⁰³ Si las normas de conflicto insertas en los Reglamentos remitieran a la ley española, se aplicarían los apartados 1 y 3 del artículo 16 Cc. –que remiten a los apartados 2 y 3 del artículo 9 del mismo texto-. En virtud de los mismos, los efectos patrimoniales del matrimonio se regirían subsidiariamente: i) por la ley de la vecindad civil común de los cónyuges al contraerlo; ii) por la ley de la vecindad civil o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos antes de contraer matrimonio; iii) por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración; iv) por la ley del lugar de celebración del matrimonio.

Con respecto a los efectos patrimoniales de las parejas de hecho, la mayoría de las legislaciones autonómicas se han decantado por criterios de conexión diversos (las leyes navarra, catalana y balear: la vecindad civil; la ley vasca y el decreto aragonés: la vecindad administrativa; la ley andaluza: la residencia habitual; la ley extremeña: el empadronamiento más la residencia habitual...). Información extraída de E. Gómez Campelo, *Los regímenes matrimoniales... op. cit.*, pp. 51-52.

V. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS QUE PRESENTAN LOS NUEVOS REGLAMENTOS CON EL RÉGIMEN INTERNO ESPAÑOL

1. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

73. Para analizar las diferencias y semejanzas entre las normas conflictuales insertas en el Reglamento (UE) 2016/1103 relativo a los regímenes económicos matrimoniales, y las contenidas en el Código civil, en primer lugar debe mencionarse que mientras el Reglamento se aplica únicamente a los efectos patrimoniales del matrimonio (analizado *supra*), el régimen interno español ofrece un tratamiento unitario a la dimensión personal y a la patrimonial¹⁰⁴. Ello se debe a la profunda interrelación existente entre ambas dimensiones, pues existen numerosas relaciones ajenas al régimen de bienes que cuentan con contenido patrimonial. Se opta en el sistema español por este tratamiento unitario por razones de seguridad jurídica y de simplificación, entre otras. También influye la progresiva desregulación de las relaciones patrimoniales, pues al formar parte de la intimidad familiar, el Estado reduce su intervención en la materia, limitándolas eso sí a la regulación de las relaciones patrimoniales¹⁰⁵.

74. Por otro lado, mientras que las normas de conflicto insertas en el Reglamento (UE) se aplican tanto a la vertiente interna como a vertiente externa de los regímenes económicos -pues regulan tanto las relaciones patrimoniales entre los cónyuges o miembros de una unión registrada, como las existentes entre uno de ellos, o ambos, y terceros-, el artículo 9.2 Cc. sólo se refiere a la dimensión interna -efectos internos del matrimonio (REM, relaciones personales entre los cónyuges, disolución y liquidación del REM...).

¹⁰⁴ Cuando el artículo 9.2 del Código civil hace referencia a “los efectos del matrimonio”, se refiere tanto a los efectos personales como a los de carácter patrimonial.

¹⁰⁵ M. Benítez de Lugo, “Los efectos del...”, *op. cit.*, p.141.

75. Una semejanza entre los instrumentos normativos europeos y las normas conflictuales de fuente interna españolas es la relativa al principio de unidad de ley aplicable. Ambos textos pretenden evitar el fraccionamiento de ley o *dépeçage*¹⁰⁶.

En este sentido, la ley aplicable en virtud del Cc. se aplica a todos los efectos del matrimonio: tanto a las relaciones patrimoniales como a las personales, e incluso los derechos sucesorios del cónyuge viudo -en virtud del artículo 9.8 Cc, especialmente tras la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014-¹⁰⁷.

Esta única ley regulará tanto el REM -incluyendo su disolución y liquidación- como el régimen matrimonial primario -cargas del matrimonio, responsabilidad frente a terceros, etc.-¹⁰⁸.

76. Un elemento divergente entre las normas de elección de ley del Reglamento (UE) 2016/1103 y del Cc. es el relativo al momento en el que las partes pueden elegir la ley aplicable a su REM. En virtud del Considerando 45 del Reglamento, los cónyuges, presentes o futuros, pueden elegir la ley aplicable a su REM en todo momento -antes del matrimonio, en el momento de la celebración del matrimonio o durante el mismo-. Sin embargo, el artículo 9.2 Cc. sólo permite a las partes ejercer tal autonomía en un momento anterior a la celebración del matrimonio.

Esto supone que, en virtud del régimen interno español, los cónyuges no pueden ni elegir la ley aplicable a su REM después del matrimonio, ni cambiar posteriormente la ya elegida antes del matrimonio, por lo que en el supuesto en que uno de los cónyuges cambie de nacionalidad o residencia habitual, el punto de conexión elegido anteriormente ya no respondería adecuadamente a las nuevas exigencias derivadas de la nueva situación fáctica.

Por tanto, con respecto a la mutabilidad voluntaria -conflictual-¹⁰⁹, el Reglamento de la Unión ha supuesto un gran avance, permitiendo la mutabilidad de ley aplicable.

¹⁰⁶ Así, la Ley que regule el REM se aplicará a todos los bienes de los cónyuges incluidos en dicho régimen, con independencia de su naturaleza (bienes muebles o inmuebles) y de su ubicación.

Algunos autores, como E. Rodríguez Pineau, se posicionan en contra de la unidad de ley aplicable. Vid. los argumentos esgrimidos por esta autora en “Efectos del matrimonio...”, *op. cit.*, pp. 61-67.

¹⁰⁷ STS de 28 de abril de 2014, C-2126/2014, que ratifica la aplicabilidad literal de esta ley, atendiendo al artículo 3.1 Cc.

¹⁰⁸ A. Francisco de Borja Iriarte, “Competencia de los tribunales españoles y ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, pp. 877-878.

Teniendo en cuenta que este instrumento normativo se aplica de forma preferente - como consecuencia de la jerarquía normativa que rige en las normas de DIPr.-, se ofrece a las partes una mayor autonomía de la voluntad de la ofrecida en virtud de las normas conflictuales españolas de origen interno.

En cuanto a las demás conexiones mutables recogidas en el art. 9.2 Cc., éstas también están concretadas temporalmente en el momento inicial del matrimonio (ley personal común “al tiempo de contraer matrimonio”, ley de la residencia habitual común “inmediatamente posterior a la celebración”, ley del lugar de “celebración del matrimonio”). Ello obstaculiza la integración de los cónyuges en su nuevo medio social¹¹⁰.

En este sentido, el Reglamento de la Unión también ha avanzado, pues aunque los criterios de conexión de ley aplicable también se encuentren concretados temporalmente en el inicio de la vida conyugal (apartado 1 del art. 26), el apartado 3 de dicho precepto permite aplicar las leyes de otros Estados cuando se demuestre que están más vinculadas al medio social de la pareja que aquéllas (mutabilidad *ope legis*).

77. La prelación de puntos de conexión de la elección de ley aplicable a los REM también varía en ambas normas. Mientras el Reglamento (UE) 2016/1103 ofrece como primer punto de conexión la elección de ley aplicable (operando la nacionalidad común como segundo punto de conexión en defecto de elección de ley aplicable); el artículo 9.2 Cc. establece como primer punto de conexión la nacionalidad común de los cónyuges, operando la autonomía de la voluntad en dicho precepto como conexión subsidiaria de primer grado -procediendo sólo cuando los cónyuges no ostenten la misma nacionalidad al celebrar el matrimonio-.

¹⁰⁹ Mientras que el estatismo del art. 9.2 Cc. no permite a las partes el ejercicio de la mutabilidad voluntaria conflictual, el dinamismo del art. 9.3 sí permite la mutabilidad voluntaria material, dando a las partes la opción de otorgar capitulaciones en cualquier momento, e incluso cambiar su contenido en un momento posterior a la celebración del matrimonio. Por ejemplo, una pareja casada que tras la celebración del matrimonio otorga capitulaciones y elige la comunidad de gananciales para regir su patrimonio, y al cabo de unos años decide modificarlas y someter sus relaciones patrimoniales a la separación de bienes.

¹¹⁰ M. Benítez de Lugo, “Los efectos del...”, *op. cit.*, p.153.

Resulta criticable la prelación del Cc. mencionada, pues es inadmisibile que la elección de ley aplicable sólo funcione en defecto de nacionalidad común. Además, provoca un trato discriminatorio no justificado, pues se trata de forma distinta a los cónyuges que tienen la misma nacionalidad de aquellos que presentan distinta ley personal (mientras los primeros no pueden elegir la ley aplicable a su REM, los segundo sí cuentan con tal posibilidad); y no favorece el desarrollo de la personalidad ni la libre circulación de personas, ya que impide a los cónyuges regir sus relaciones patrimoniales por la ley del Estado en el que se encuentran residiendo¹¹¹.

En este sentido, resulta más beneficiosa para las partes la situación que ocupa la elección de ley en el Reglamento (UE), pues esta norma ofrece una autonomía de la voluntad más amplia que la recogida en el régimen interno español.

78. En cuanto a las leyes elegibles por las partes en virtud de la autonomía de la voluntad, tanto el Reglamento como el Cc. dan a elegir entre la ley de la residencia habitual y la ley nacional, individual o común, de los cónyuges.

La diferencia radica en el momento en el que las partes pueden realizar tal elección, como se ha mencionado anteriormente.

79. Con respecto a la ley aplicable en defecto de elección, en tanto que el Reglamento (UE) 2016/1103 dispone la aplicación de la ley de la primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio como primer punto de conexión en defecto de elección de ley aplicable (letra a) del apartado 1 del art. 26), el Código civil alude a la ley de la “residencia habitual común inmediatamente posterior” a la celebración del matrimonio. Por otro lado, en cuanto a las principales diferencias entre ambos textos normativos, éstas radican en los siguientes puntos: el Reglamento recoge la aplicación de la ley de la nacionalidad común como criterio subsidiario al de la residencia habitual comentado precedentemente, mientras que el Cc. le da preferencia a la nacionalidad común incluso sobre la elección de ley (como se ha mencionado *supra*); y el Cc. establece como último punto de conexión la ley del lugar

¹¹¹ M. Benítez de Lugo, “Los efectos del...”, *op. cit.*, p.145. En opinión de este autor, la subsidiariedad en el recurso a la autonomía de la voluntad ha sido criticada, entre otros, por A. Borrás Rodríguez y M.A. Amores Conradi.

de celebración del matrimonio, mientras que el Reglamento opta por la ley que presente una mayor conexión con los cónyuges cuando éstos contrajeron matrimonio.

80. Tanto el Reglamento como el Cc. permiten que los cónyuges, presentes o futuros, ejerciten la autonomía material y otorguen, así, capitulaciones matrimoniales.

En cuanto a la validez formal de las mismas, el Cc. no prevé expresamente ninguna formalidad, por lo que se debe acudir a las previsiones de su art. 11, que remite a las formalidades insertas en la *lex rei sitae*, la *lex loci celebrationis*, la ley aplicable a su contenido o a la ley personal de uno o ambos cónyuges. El Reglamento establece expresamente que consten por escrito, fechadas y firmadas, además de cumplir, en su caso, una serie de requisitos adicionales (analizados *supra*).

Ambos textos someten la validez material de las capitulaciones a la ley que rija los efectos del matrimonio. No obstante, la norma española también permite que dicha validez se someta a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes. Y, en el caso del Reglamento, éste permite que, en su caso, uno de los cónyuges invoque la ley del país en el que reside habitualmente para alegar que no ha dado su consentimiento para otorgar capitulaciones.

81. Otra diferencia entre las normas conflictuales del Reglamento y las del Cc. es la relativa al reenvío en la ordenación de los REM. Mientras el Reglamento excluye de forma expresa el reenvío (art. 32), el art. 12.2 Cc. permite el reenvío de retorno (con carácter discrecional). La jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma que el reenvío debe funcionar cuando se admita como “mecanismo jurídico para reajustar la localización espacial y legislativa de una situación privada internacional”, aplicando así la Ley más vinculada con el concreto supuesto de hecho¹¹².

¹¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. Literalmente, algunos extractos de esta Sentencia dicen lo siguiente: “la reciente doctrina jurisprudencial (la desarrollada a partir de la Sentencia de 15 de noviembre de 1996), ha flexibilizado la aplicación meramente literal del reenvío, tal y como se contempla en el artículo 12.2 del Código Civil (= donde el reenvío de retorno solo se acepta en favor del ordenamiento jurídico español), afirmando la necesidad *ab initio* de ponderar su efectiva aplicación a la concurrencia de otros criterios. Resulta conveniente que el reenvío lleve a un resultado acorde con los principios generales del Derecho español de forma que, en su caso, entrañe una mayor justicia en relación a los intereses en juego (=STS de 21 de mayo de 1999). Constituye un instrumento al servicio de la armonización de sistemas jurídicos de los Estados (= la ya citada STS de

82. Por último, haciendo mención al control de orden público, éste se encuentra inserto en ambos textos. En efecto, el art. 31 del Reglamento dispone que la ley extranjera sólo podrá ser rehusada (...) cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público (...) del foro, y el apartado 3 del artículo 12 Cc. dispone que en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulta contraria al orden público.

2. EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS UNIONES REGISTRADAS

83. En cuanto a las uniones registradas, hasta enero de 2019 no será aplicable el Reglamento (UE) 2016/1104, relativo a sus efectos patrimoniales, por lo que hasta esa fecha deberá seguir aplicándose el régimen de fuente interna español.

Debe partirse de la idea de que el ordenamiento jurídico español no contiene una norma estatal propia que regule las parejas registradas, sino que se les da un tratamiento meramente sectorial.

El Tribunal Constitucional ha declarado la falta de identidad entre las uniones de hecho y el matrimonio (STC 194/2014 de 1 de diciembre de 2014), por lo que en principio no son aplicables las normas conflictuales españolas que rigen los REM a los efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Aplicándoles entonces otros regímenes, las cuestiones relativas a la validez y efectos de los pactos entre los miembros de las uniones registradas se calificarían como contractuales, por lo que se regularían por el Reglamento “Roma I”. Si bien es cierto que dicho Reglamento excluye de su ámbito de aplicación las obligaciones derivadas de los REM, como no existe identidad de razón entre el matrimonio y la unión registrada según el TC, pues no afecta dicha exclusión material a éstas últimas.

Con respecto a la repartición de bienes como consecuencia de la disolución del vínculo, se aplicaría la *lex rei sitae* (artículo 10.1 Cc.), por su analogía con el Derecho de la copropiedad.

15 de noviembre de 1996). El reenvío debe ser empleado para mejorar las soluciones de fondo a las situaciones privadas internacionales. De ahí que su aplicación no pueda ser automática”.

A pesar de estas soluciones, algunos autores y tribunales han defendido la necesidad de un tratamiento unitario tanto a los matrimonios como a las uniones registradas. Ya existen algunas resoluciones judiciales en las que se han aplicado por analogía los artículos 9.2 y 9.3 a las uniones registradas (SAP Girona de 2 de octubre de 2002).

La doctrina ha propuesto que se aplique la ley del país donde primero se haya registrado la unión. Este criterio es seguido en Finlandia, Bélgica o Alemania. A través de su aplicación se evitan numerosos problemas de libre circulación de personas¹¹³.

84. Teniendo en cuenta la inexistencia de normas conflictuales de fuente interna específicas para los efectos patrimoniales de las uniones registradas, ha supuesto un gran progreso la promulgación del esperadísimo Reglamento (UE) 2016/1104, que armoniza por fin tales normas en el territorio de todos los EM participantes, ofreciendo previsibilidad y seguridad jurídica, principios fundamentales de todo sistema jurídico.

CONSIDERACIONES FINALES

85. El proceso de “comunitarización” del DIPr en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de uniones registradas al fin ve sus frutos con la promulgación de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, cuyas normas armonizadas ofrecen a las parejas internacionales un mayor grado de previsibilidad y seguridad jurídica con respecto a sus relaciones patrimoniales. El logro de un régimen uniforme en esta materia debe ser valorado positivamente, pues éste resultaba imprescindible para remediar los problemas jurídicos y prácticos a los que se debían enfrentar las parejas internacionales al administrar su patrimonio.

¹¹³ A. López-Tarruella Martínez, “Matrimonio y uniones de hecho”, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Editorial Club Universitario, San Vicente (Alicante), 2016, pp.400-401; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Las uniones registradas: ¿fin del matrimonio de conveniencia?”, *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones*, Santiago de Compostela, De Conflictus Legum, 2009, pp. 219–245.

La aplicación preferente de estas normas institucionales, que desplazan a las normas de producción interna de los EM participantes -como consecuencia del principio de subsidiariedad inserto en el DIPr-, evita, entre otros, los problemas prácticos derivados de la dispersión normativa, así como los problemas de *law shopping*.

No obstante, la adopción de estas normas armonizadas no fue unánime. Los obstáculos generados por algunos EM, que frenaban el espíritu armonizador de la Unión, forzaron el establecimiento de la cooperación reforzada para la adopción de ambos instrumentos normativos, manifestando una vez más que el “modelo unitario de integración” se ve frustrado en gran medida cuando se trata de la armonización de materias que contienen una elevada “carga emocional”.

Uno de los mayores logros de estos instrumentos normativos lo constituye la amplia autonomía de la voluntad que éstos ofrecen a las parejas casadas y a las parejas registradas. Las partes pueden determinar -así como cambiar- la ley aplicable a sus regímenes económicos en todo momento. Además, la libertad de elección de ley aplicable se antepone a cualquier punto de conexión. Esto supone un gran avance en lo que atañe al sistema español, pues en virtud de las normas conflictuales del Código civil sólo opera la autonomía de la voluntad en defecto de ley personal común.

La armonización de las normas relativas a los efectos patrimoniales de las uniones registradas constituye un auténtico éxito, pues el Legislador europeo hace frente así a los nuevos modelos de familia, cuyos derechos patrimoniales no se encuentran aún convenientemente protegidos en algunos EM (Como España), donde se les aplica normas meramente sectoriales.

Deben reconocerse, sin embargo, los aspectos negativos referentes a los problemas de coordinación entre los Reglamentos de la Unión. Cuando se produzca una acumulación de procedimientos y el juez aplique la misma ley tanto a la sucesión o crisis matrimonial como a los efectos patrimoniales derivados de la misma, se plantearán potenciales problemas de aplicación entre dichos instrumentos normativos.

En definitiva, los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 obtienen por mi parte una valoración positiva, pues a pesar de contar con ciertas deficiencias, las nuevas

regulaciones de fuente institucional garantizan, entre otros, los principios fundamentales de previsibilidad y seguridad jurídica y la autonomía de la voluntad de las partes, así como protegen los derechos patrimoniales de los miembros de las parejas internacionales, y de los terceros que contraten con ellos.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: “Ius nubendi y orden público matrimonial”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia (BIMJ)*, núm. 1862, pp. 5-27.
- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: “Los efectos del matrimonio”, *Lecciones de Derecho civil internacional*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, pp. 135-163.
- ALONSO GARCÍA, R.: “El espacio de libertad, seguridad y justicia y el sistema de pilares de la Unión Europea”, 27/28 de Noviembre de 2008.
- ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº15, 2008.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “La comunitarización del Derecho Internacional Privado: Pasado, presente y futuro”, *Cursos de Derecho Internacional y relaciones internacionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Victoria-Gastéiz, 2001, Núm.1, pp.285-318.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “Un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: la cooperación en el ámbito civil”, *Arbor*, CLXXII, 678 (Junio 2002), pp. 291-309.
- CALVO CARAVACA, A. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Efectos del matrimonio”, *Derecho internacional privado*, 16ª ed., vol. II, Granada, 2016, pp. 187-225.
- CALVO CARAVACA, A. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Matrimonio y parejas de hecho”, *Derecho internacional privado*, 16ª ed., vol. II, Granada, 2016, pp. 187-225.
- CARRILLO POZO, L.F.: “Eficacia en España de las resoluciones extranjeras en materia de efectos económicos del matrimonio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2012, Vol. 4, Nº 1, pp. 86-121.
- CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P.: “Nuevos reglamentos europeos sobre regímenes matrimoniales y sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2016, Núm. 69.

- CLERC, C.: “El Derecho Internacional Privado y los procesos globalizadores”, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 2013, II, pp. 15-30.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: “Convenios internacionales y unificación del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, J.L. Iglesias Bunigues (dir.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 57-77.
- DE MIGUEL ASENSIO P. A.: “Integración europea y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, nº2, 1997, pp.413-445.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: “La evolución del Derecho Internacional Privado comunitario en el Tratado de Ámsterdam”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, 1998, núm.1, pp. 373-376.
- DIAGO DIAGO, M. P.: “La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, 1962, Nº 2067-2068, 2008, pp. 2763-2787.
- DONAIRE VILLA, F.J.: “El Tratado de Ámsterdam y la constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18. Núm. 54, Septiembre-Diciembre 1998, pp.119-167.
- ESPIÑEIRA SOTO, I.: “Resumen del Reglamento Europeo sobre Uniones de Hecho Registradas”, *Notarios y Registradores*, julio 2016.
- ESPIÑEIRA SOTO, I.: “Resumen del Reglamento Europeo sobre Regímenes Económicos Matrimoniales”, *Notarios y Registradores*, julio 2016.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Artículo 67, e) del Tratado de la Unión Europea y artículo III-257 de la Constitución Europea”, *Exégesis conjunta de los Tratados vigentes y Constitucional europeos* (C.Mª Brú Perón, dir.), Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2005, pp. 893- 928.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2004, 4, D-195, pp. 1867-1881.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Génesis y constitucionalización de la Política migratoria en la Unión Europea”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 223-251.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *La Ley: Unión Europea*, IV (40), 2016, pp. 1-29.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Derecho internacional privado. Textos y materiales*, Civitas, Navarra, 2014, pp. 17, 18 y 48.

- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: “Matrimonio y uniones de hecho”, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 431-478.
- FONTANELLAS MORELL, J.M.: “La Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en las respectivas Propuestas de reglamentación comunitaria”, *Anuario de Derecho Civil*, Núm. LXV-I, Enero 2012, pp. 275-291.
- FRANCISCO DE BORJA IRIARTE, A.: “Competencia de los tribunales españoles y ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, pp.876-889.
- GARDENÉES SANTIAGO, M.: “El desarrollo del Derecho Internacional Privado tras el Tratado de Ámsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm.11, Enero/Abril 2002, pp.231-249.
- GÓMEZ CAMPELO, E.: *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Madrid, Reus, 2008.
- HUNTINGTON, S. P.: *Choque de civilizaciones*, Barcelona, 1996.
- LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: “El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016, pp.90-92
- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A.: “Matrimonio y uniones de hecho”, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Editorial Club Universitario, San Vicente (Alicante), 2016, pp.400-401.
- MAESTRE CASAS, P.: “Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de Derecho internacional privado”, *Mundialización y familia*, A. L. Calvo Caravaca (dir.), Colex, Madrid, 2001, pp.195-212.
- MANGAS MARTÍN, A.: “El espacio penal y judicial europeo en el marco general del Tratado de la UE y la perspectiva de su reforma en 1996”, *Política común de justicia e interior en Europa. Cuadernos de Derecho Judicial*, XXIII, Madrid, CGPJ, 1995, pp. 65 ss.
- MANGAS MARTIN, A.: “El proceso histórico de la integración europea”, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 39.
- MANGAS MARTIN, A.: *El Tratado de Ámsterdam: aspectos generales del pilar comunitario*, Gaceta jurídica de la C.E., D.29, 1998, pp.7-70.
- MERCIER, P.: *Conflits de civilisations et Droit International Privé*, Génova, 1972.

- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “Las uniones registradas: ¿fin del matrimonio de conveniencia?”, *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones*, Santiago de Compostela, De Conflictus Legum, 2009, pp. 219–245.
- RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M. G.: “La unificación del Derecho de familia europeo: ¿Quimera o realidad?”, *Revista Deusto*, Vol. 62, Núm. 2, 2014, p.2.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Efectos del matrimonio mientras existe”, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, pp. 25-165.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Los efectos patrimoniales de las uniones registradas: Algunas consideraciones sobre la propuesta de Reglamento del Consejo”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, Núm. 11, 2011, pp. 937-955.
- VAQUERO LOPEZ, C.: “Los regímenes matrimoniales en un espacio de libertad, seguridad y justicia. Apuntes sobre la codificación comunitaria de las normas sobre competencia judicial internacional, conflicto de leyes y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales”, *AEDIPr*. t.VI, 2006, pp. 195-208.
- 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*, Homenaje a Núria Bouza, 2/2017 pp. 274-313.
- ZABALO ESCUDERO, E.: “Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural: especial referencia al islam”, *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, (A. Rodríguez Benot, dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial*, VIII-2002, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp.221-258.