

**Las normas de conflicto del Reglamento de la Unión Europea  
2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales: normas  
materialmente orientadas**

**The conflict rules of the Regulation 2016/1103 of the European Union on  
the matrimonial property regimes: the conflict rules materially oriented**

**Ana Moreno Sánchez-Moraleda**

Profesora ayudante doctora, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla

Campus Ramón y Cajal. C/ Enramadilla 18-20, 41018 Sevilla

amoreno2@us.es

<https://orcid.org/0000-0003-2371-9168>

Enero 2019

**RESUMEN:** El Reglamento de la Unión Europea (UE) nº 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales, unifica las normas de conflicto entre los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada. En el presente estudio se analizan los distintos puntos de conexión para determinar la ley aplicable: elección limitada de ley por los cónyuges, ley de residencia habitual o nacionalidad de los cónyuges como leyes más próximas, así como la ley de vínculos más estrechos o la ley de última residencia habitual de los cónyuges como clausula de excepción. Todas estas leyes aplicables a los efectos patrimoniales del matrimonio, persiguen un determinado resultado material, como consecuencia, comprobaremos que este Reglamento europeo tiene el acierto de establecer normas de conflicto materialmente orientadas frente al funcionamiento neutral de las tradicionales normas de conflicto de los Estados.

**PALABRAS CLAVE:** Reglamento 2016/1103; regímenes económicos matrimoniales; normas de conflicto; leyes próximas.

**ABSTRACT:** Regulation nº 2016/1103 of the European Union (EU) on the matrimonial property regimes unifies the conflict of law rules between the Member States participating in the enhanced cooperation. In the present study, the different points of connection are analyzed to determine the applicable law: limited choice of law by the spouses, law of habitual residence or nationality of the spouses as closer laws, as well as the law of closer links or the law of last habitual residence of the spouses as an exception clause. All these laws applicable to the patrimonial effects of marriage, pursue a certain material result, as a result, we will verify that this European Regulation has the wisdom to establish the conflict of law rules materially oriented against the neutral functioning of the traditional conflict of law rules of the States.

**KEY WORDS:** Regulation 2016/1103; the matrimonial property regimes; the conflict of law rules; the nearby laws.

## **SUMARIO:**

### 1. Introducción

1.1. Principios generales para determinar las leyes aplicables en materia de regímenes económicos matrimoniales

2. La autonomía de la voluntad conflictual en materia de regímenes económicos matrimoniales

2.1. Los límites de elección de ley por los cónyuges

2.2. Momento de elección y cambio de la ley aplicable

2.3. Los requisitos de la validez formal y material en la elección de ley

2.4. El límite de las leyes de policía y del orden público en la elección de ley

3. Las leyes aplicables en defecto de elección en materia de regímenes económicos matrimoniales: criterios objetivos pero materialmente orientados

4. La cláusula de excepción: la ley de última residencia habitual común de los cónyuges como ley más próxima

5. Las soluciones al conflicto móvil para determinar una ley más precisa

Bibliografía

Jurisprudencia citada

## 1. Introducción

El artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>1</sup> dispone que, “la Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales”, y “esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”. En cumplimiento de esta disposición<sup>2</sup>, dos últimos reglamentos que comenzaran a aplicarse el 29 de enero de 2019<sup>3</sup>: el Reglamento (UE) nº 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016<sup>4</sup>, 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 (Reglamento 2016/1103) y el Reglamento (UE) nº 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016<sup>5</sup>, 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 (Reglamento 2016/1104)<sup>6</sup>.

El Reglamento 2016/1103 no sólo va a determinar entre determinados Estados europeos, con las mismas normas de conflicto, la ley aplicable al régimen económico matrimonial, también va a trascender a otras cuestiones que afectan a los regímenes económicos matrimoniales. Así, dispone qué órgano jurisdiccional o autoridad es competente para conocer en un litigio o asunto jurídico privado internacional sobre esta materia y regula el mecanismo de reconocimiento o ejecución de decisiones sobre regímenes económicos matrimoniales dictadas por órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro.

Sin embargo, es obvio que los mayores problemas se presentan hoy al determinar el derecho aplicable. Teniendo en cuenta, en primer lugar, la diversidad, respecto a la regulación del

<sup>1</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 3 de diciembre de 2007 (DO L núm. 326, 26.10.2012).

<sup>2</sup> Con la precisión realizado en el apartado tercero del artículo 81: “las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo. El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo. La propuesta a que se refiere el párrafo segundo se comunicará a los Parlamentos nacionales. En caso de que un Parlamento nacional notifique su oposición en los seis meses posteriores a la comunicación, la decisión no será adoptada. En ausencia de oposición, el Consejo podrá adoptar la decisión”.

<sup>3</sup> Así se establece en el artículo 70 del Reglamento 2016/1103 y del Reglamento 2016/1104.

<sup>4</sup> DO L núm.183/1, 8.7.2016.

<sup>5</sup> DO L núm.183/30, 8.7.2016.

<sup>6</sup> Las cuestiones patrimoniales transfronterizas que afectan a las parejas no casadas disponen a partir de esta fecha de su propia regulación aunque limitada a los efectos patrimoniales de las uniones registradas que solo van a aplicar los órganos jurisdiccionales o las autoridades de los Estados miembros que han participado en la cooperación reforzada. Este Reglamento suscita numerosas cuestiones, algunas comunes al Reglamento de regímenes económicos matrimoniales, en que el centraremos nuestro estudio. Sin embargo, como sostiene JOSE CARLOS 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*, núm. 40, 2016, p. 14 (pp.1-42), “al igual que el matrimonio, la unión registrada produce efectos en el patrimonio de los miembros de la pareja que se rigen por el Derecho nacional pero en este caso, las divergencias entre los Derechos nacionales son más pronunciadas que las antes señaladas a propósito de los regímenes económico matrimoniales”. *Vid.* ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA Los conflictos jurisdiccionales y de leyes en los efectos patrimoniales de las uniones de hecho”, *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, LASARTE, C. / CERVILLA, Mª D. (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 859-873.

fondo de la materia, sustantiva<sup>7</sup>, de regímenes económicos matrimoniales que existen en los Estados europeos. Además, y en segundo lugar, cuando en estos regímenes económicos matrimoniales hay un factor internacional, siempre que no afecten a los deberes y derechos esenciales del matrimonio (es decir, el llamado régimen económico matrimonial primario<sup>8</sup>), son regulados conforme a distintas normas de conflicto (con distintos puntos de conexión para determinar el derecho aplicable al fondo), en los que prima la autonomía de la voluntad o no, según los órganos jurisdiccionales de los Estados que conozcan del asunto, y en las que su ámbito de aplicación también es distinto<sup>9</sup>.

Los Estados vinculados por el Reglamento 2016/1103 (este Reglamento es de cooperación reforzada<sup>10</sup>), van a aplicar las mismas normas en las cuestiones de competencia judicial

<sup>7</sup> Vid. PABLO QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 39-117, sobre los diferentes regímenes económicos matrimoniales en los Estados miembros de la Unión Europea, distinguiendo entre los sistemas de Derecho civil y del *Common law* de Inglaterra y Gales. Las legislaciones nacionales regulan de manera muy distinta los regímenes económicos matrimoniales, pero, respetando los pactos o capitulaciones entre los cónyuges, se pueden agrupar en tres grandes sistemas: regímenes legales comunitarios (gananciales o universales), regímenes legales de participación y regímenes legales de separación. ESTHER GÓMEZ CAMPELO, *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Reus, Madrid, 2008, pp. 91-94, distingue entre cuatro grandes regímenes económicos matrimoniales. En la doctrina extranjera vid.: HÉLÈNE PÉROZ, "Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux", *La semaine juridique, notariale et immobilière*, núm. 29, 2016, pp. 33-39; GUIDO ALPA / GIOVANNA CAPILLI, *Diritto privato europeo*, Padova, 2006, pp. 53- 63 sobre los regímenes patrimoniales de los cónyuges desde una perspectiva comparada. Un estudio en el ámbito europeo: FRANCESCA ROMANA FANTETTI, "Il regime patrimoniale europeo della famiglia", *Famiglia, Persona, Successioni*, núm.1, 2011, pp. 1-5, donde destaca tres puntos esenciales: la convergencia del régimen legal patrimonial de comunidad y de separación en Europa, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad para regular el régimen patrimonial conyugal y la comunidad de adquisiciones como modelo europeo matrimonial.

<sup>8</sup> El Considerando 18 del Reglamento 2016/1103 lo incorpora a su ámbito de aplicación regulado por normas imperativas: "el ámbito de aplicación del presente Reglamento debe incluir todos los aspectos de Derecho civil de los regímenes económicos matrimoniales, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial como con la liquidación del régimen, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de los cónyuges. A efectos del presente Reglamento, el término "régimen económico matrimonial" debe interpretarse de forma autónoma y ha de abarcar no solo las normas imperativas para los cónyuges, sino también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable. Incluye no solo las capitulaciones matrimoniales específica y exclusivamente previstas para el matrimonio por determinados ordenamientos jurídicos nacionales, sino también toda relación patrimonial, entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución".

<sup>9</sup> También PABLO QUINZÁ REDONDO, *ob.cit.*, pp.120-166, sobre la diversidad de normas de conflicto aplicables al régimen económico matrimonial en los Estados miembros de la Unión Europea. Teniendo en cuenta en lo que respecta al ámbito de aplicación de estas normas de conflicto, que en los sistemas del *Civil law* determinan la ley aplicable de la composición y administración del patrimonio y de la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, mientras que los sistemas del *Common law* fijan la ley aplicable solo para el momento de la disolución del vínculo matrimonial bien por separación judicial, divorcio o nulidad, bien por el fallecimiento de uno de los esposos. El Reglamento Europeo de cooperación reforzada no va a vincular a estos Estados del *Common law*, que seguirán aplicando sus propias normas de conflicto con su peculiar regulación y ámbito. Sobre las consecuencias económicas del matrimonio en el *Common law*: WALTER PINTENS, "Matrimonial property law in Europe", *The future of Family property in Europe*, BOELE WOELKI, K. / MILES, J. / SHERPE, J. M. (eds.), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011, pp. 19-46.

<sup>10</sup> El Consejo el 3 de diciembre de 2015 concluyó que no podía lograrse la unanimidad para la adopción de las propuestas de reglamentos relativos a los regímenes económicos matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas y que, por consiguiente, la Unión en su conjunto no podría alcanzar los objetivos de la cooperación en este ámbito en un plazo razonable. Entre diciembre de 2015 y febrero de 2016, Bélgica, Bulgaria, la República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia se dirigieron a la Comisión expresando su deseo de establecer una cooperación reforzada entre sí en el ámbito de los regímenes económicos de las parejas internacionales y, concretamente, de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, así como de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, y solicitaron a la Comisión que presentase una propuesta al Consejo a tal fin. Mediante carta a la Comisión de marzo de 2016, Chipre manifestó su deseo de participar en el establecimiento de la cooperación reforzada; Chipre ha reiterado este deseo durante los trabajos del Consejo. El 9 de junio de 2016, el Consejo adoptó la Decisión (UE) 2016/954 por la que se autoriza dicha cooperación reforzada. El presente Reglamento debe ser vinculante en su totalidad y directamente aplicable solo en los Estados miembros participantes en una

internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de régimen económico matrimonial. Lo que significa la unificación en conflicto de jurisdicciones y en conflicto de leyes. Presentado un litigio sobre régimen económico matrimonial, si se plantea en un Estado en que se aplique el Reglamento, van a conocer los mismos órganos jurisdiccionales o autoridades que en otro Estado del Reglamento e, igualmente, la ley aplicable se determinará por los mismos puntos de conexión, lo que facilitará el reconocimiento y ejecución de las resoluciones económico matrimoniales y, por tanto, la libre circulación de ciudadanos entre estos Estados europeos (que han mostrado su deseo de unificar las normas sobre los regímenes económicos matrimoniales)<sup>11</sup>.

Así, es cierto que cada Estado regula de manera diferente su régimen económico matrimonial, es decir, sigue existiendo diversidad en los distintos derechos materiales o sustantivos internos<sup>12</sup>, sin embargo el Reglamento 2016/1103 relativo a los regímenes económicos matrimoniales va a poner fin a la disparidad en las cuestiones de Derecho internacional privado que afectan a esta materia<sup>13</sup>, aunque sólo entre los Estados que participan en el sistema de cooperación reforzada<sup>14</sup>. De tal forma que la unificación no es total, pero el Reglamento deja una puerta abierta para que el resto de los Estados de la Unión Europea se incorporen al mismo.

Si es competente un órgano jurisdiccional de un Estado miembro participante en la cooperación reforzada, ante una cuestión relativa al régimen económico matrimonial, este órgano jurisdiccional debe aplicar una ley al fondo del asunto. Si bien no se trata de armonizar normas sustantivas de los distintos regímenes matrimoniales de los Estados miembros, en el presente Reglamento 2016/1103 se uniforma la segunda gran cuestión de Derecho internacional privado: unificando las normas de conflicto que aplican los órganos jurisdiccionales vinculados y directamente obligados a aplicar este instrumento jurídico<sup>15</sup>.

---

cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones relativas a los regímenes económicos matrimoniales con repercusiones transfronterizas.

<sup>11</sup> Esta armonización de normas entre los Estados miembros reducirá los conflictos de jurisdicciones y los conflictos de leyes como sostenía DIETER MARTINY, "Objectives and Values of (Private) International Law in Family Law", *International Family Law for the European Union*, MEEUSEN, J./ PERTEGÁS, M. / STRAETMANS, G./ SWENNEN, F. (eds.), Intersentia, Antwerp-Oxford, 2007, p.84, (pp. 69-99). Sin embargo, no hay unificación de toda la normativa relativa al Derecho de familia en el seno de la Unión Europea, como señala SILVANA DALLA BONTÀ, "Divorzio transfrontaliero e domande connesse nel Diritto dell'unione europea", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 6, 2016, pp. 1490-1492 (pp. 1488-1525).

<sup>12</sup> En la página web "parejas en Europa" ([www.couples-europe.eu](http://www.couples-europe.eu)), los ciudadanos de la Unión Europea ya pueden acceder a información sobre el derecho de los regímenes matrimoniales y de las parejas registradas de todos los países de la Unión Europea en la lengua que elijan.

<sup>13</sup> El artículo 3. 1 del Reglamento 2016/1103, define qué se entiende por régimen económico matrimonial: "el conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución".

<sup>14</sup> El sistema de cooperación reforzada de este Reglamento tiene su justificación por afectar al Derecho de familia, donde es difícil llegar a un acuerdo entre todos los Estados miembros, debido a la idiosincrasia cultural y religiosa de cada pueblo.

<sup>15</sup> La relevancia de la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial puede tener como consecuencia que se deniegue la inscripción de una escritura de compraventa de bien inmueble por no constar la ley aplicable, de un matrimonio de nacionalidad extranjera en el que marido, de nacionalidad rusa, fue el comprador con carácter privativo según la declaración de la esposa, de nacionalidad ucraniana. Así lo dispone la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de mayo de 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Valencia nº 6 por la que se acuerda no practicar la inscripción de una escritura de compraventa (BOE núm. 137, 9 de junio de 2017), en sus fundamentos de derecho, establece lo que es relevante reproducir: "1. Para la resolución del presente expediente han de tomarse en consideración dos cuestiones: 1. La primera, la obligatoriedad del notario autorizante de conocer y aplicar la norma de conflicto;... 2. En este caso, los comparecientes son un

Como consecuencia, la ley aplicable no se regula en las normas de conflicto internas de cada Estado miembro vinculado por el Reglamento<sup>16</sup>, sino por las normas de conflictos de leyes que se establecen en el mismo (y que vinculan a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada). Normas de conflicto que determinan el ordenamiento jurídico de un país, que regula el fondo del asunto relativo al régimen económico matrimonial<sup>17</sup>, cuando son varios los ordenamientos jurídicos en presencia conectados con el litigio<sup>18</sup>.

---

matrimonio formado por ruso y ucraniana que acreditan haberse casado en Ucrania y manifiestan sin que se realice prueba alguna, estar sujetos al régimen económico-matrimonial ucraniano. Sobre esta base el esposo manifiesta, con el consentimiento de la esposa, que el bien adquirido es privativo por haberse adquirido con dinero de tal carácter. 3. Como ha tenido ocasión reiterada de establecer este Centro Directivo, a las relaciones patrimoniales entre cónyuges les es de aplicación la norma de conflicto establecida en la ley estatal. Esta norma hoy en día está constituida por los párrafos segundo y tercero del artículo 9 del Código Civil, como especialidad del párrafo primero del mismo artículo. Sin embargo, ha de tenerse presente la entrada en vigor del Reglamento (UE) nº 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos-matrimoniales en el que España participa entre diecisiete Estados miembros y que será aplicable a partir del día 29 de enero de 2019”.

<sup>16</sup> Hasta la aplicación del Reglamento 2016/1103 las normas de conflicto del Derecho internacional privado español que determinan las leyes aplicables a los efectos del matrimonio se regulan en el artículo 9.2 del Código Civil (CC), cuando no hay pactos o capitulaciones matrimoniales (“Los efectos del matrimonio se regirán por la Ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta Ley, por la Ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la Ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”); y en el artículo 9.3 CC, cuando existen pactos y capitulaciones matrimoniales que regulen el régimen económico matrimonial (“Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la Ley que rijan los efectos del matrimonio, bien a la Ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento”).

<sup>17</sup> El Protocolo sobre la ley aplicable a la obligación alimenticia hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007 (firmado y ratificado por la Unión Europea por la Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009, DO L núm. 331, 16.12.2009), regula en el artículo 8. 1, c) la posibilidad de que los excónyuges elijan como ley aplicable a la pensión de alimentos, compensatoria, la misma ley que se aplique al régimen económico matrimonial (tal acuerdo deberá constar por escrito o ser registrado en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta, y deberá ser firmado por ambas partes). Para CSONGOR ISTVÁN NAGY, “El derecho aplicable a los aspectos patrimoniales del matrimonio: la ley rectora del matrimonio empieza donde el amor acaba”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X, 2010, p. 514 (pp. 511-529), es deseable que los tribunales la utilizaran para abordar correctamente el problema de la interrelación entre el régimen económico y la pensión de alimentos (de un mismo matrimonio). Y abordando las resoluciones del juez inglés en caso de disolución del matrimonio precisa (pp. 516 y 517), que no son propiamente decisiones de régimen económico matrimonial ni de pensión de alimentos. “La razón se encuentra que en el derecho inglés se sigue el principio de separación de bienes o de propiedades entre los cónyuges, de manera que el cónyuge trabajador al concluir el matrimonio tendrá una fortuna más considerable que el cónyuge que se quedó en la casa realizando los quehaceres domésticos y la educación de los hijos”. “Esta injusticia o desequilibrio entre las partes tiende a compensarse por el juez inglés concediendo una pensión de alimentos generosa y, posteriormente con carácter sustitutivo, asignando una parte de las propiedades del marido a la esposa. Estas disposiciones judiciales son normalmente más generosas que las decisiones judiciales sobre alimentos dictadas por los jueces continentales, ya que éstos tienen en consideración la pérdida que generalmente el esposo sufre por la división del patrimonio (al disolverse la comunidad de bienes del régimen económico matrimonial)”. El problema reside en que, como veremos, la ley aplicable conforme al Reglamento 2016/1103 (principio de universalidad) puede ser la ley inglesa o irlandesa, y el juez civilista podría tener que afrontar cuestiones que mezclan la división del patrimonio por la disolución del régimen económico matrimonial con la pensión de alimentos. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 27 febrero 1997, Asunto C-220/92, *Antonius van den Boogaard y Paula Laumen*, en la que el Tribunal sostuvo que en la resolución inglesa la expresión “money after divorce” mezcla la división del patrimonio (la disolución del régimen económico) y la pensión de alimentos. También hay que tener en cuenta como sostiene CSONGOR ISTVÁN NAGY, ob.cit., p. 518, que las reglas restrictivas inglesas sobre la propiedad matrimonial son equilibradas mediante generosas resoluciones judiciales en materia de herencia a favor del cónyuge superviviente. El problema radica, por tanto, que si son distintas leyes, del sistema civilista y del common law, las que se aplican, por una parte a la liquidación del régimen económico matrimonial y, por otra, a la pensión de alimentos o a la herencia del cónyuge superviviente, se puede producir una sobre compensación (por ejemplo, si un cónyuge después de haber recibido la mitad de los bienes del matrimonio según una ley civilista, ¿podría recibir alimentos y heredar conforme a la ley inglesa?) o una infra compensación (al contrario del ejemplo anterior, si no recibe nada por la liquidación del régimen económico matrimonial, según la ley inglesa, y alimentos o derecho hereditario se rija por el sistema civilista, en que las cuantías son menores).

La determinación de la ley aplicable a los regímenes matrimoniales presupone la definición de uno o más puntos de conexión: los criterios o circunstancias, tanto fácticas como jurídicas, para fijar la ley del Estado que va a regular los efectos patrimoniales del matrimonio<sup>19</sup>.

Analizaremos los puntos de conexión que establece el Reglamento 2016/1103 para determinar la ley aplicable, y, en el caso de que sean varios, su orden de prioridad, para llegar a la conclusión, que son puntos de conexión que persiguen que la ley aplicable al fondo del asunto sea la ley material más adecuada al contenido del régimen económico matrimonial, a los efectos que respecto a su economía matrimonial quieren los esposos. Estos puntos de conexión del Reglamento conforman normas de conflicto materialmente orientadas. Antes, es necesario hacer una referencia a los principios generales que informan su aplicación.

---

En conclusión, sería deseable que las leyes aplicables a cuestiones relaciones relativas a aspectos patrimoniales entre cónyuges coincidan. Ya veremos que se podrá conseguir si en la cuestión de la determinación de la ley aplicable en el Reglamento 2016/1103 el criterio principal es la autonomía conflictual, la elección de la ley por los cónyuges.

<sup>18</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de abril de 2018, Sala de lo civil, sección 1ª (Roj: STS 1228/2018 - ECLI: ES: TS: 2018:1228), estima el recurso de casación destacando la ley aplicable conforme al artículo 9. 2 CC, la ley nacional común de los cónyuges (residentes en España), ley colombiana, en el momento de celebrarse el matrimonio. Primer punto de conexión o principal que deben aplicar los órganos jurisdiccionales españoles en el asunto planteado antes de la aplicación del Reglamento 2016/1103; que cambiará a partir del mismo, y que tiene como consecuencia principal regular por un ordenamiento sustantivo u otro, el régimen económico matrimonial y todas las cuestiones incluidas en su ámbito de aplicación (en este caso un premio de lotería obtenido por un cónyuge constante el matrimonio, calificado como bien privativo por la ley colombiana, que podría ser ganancial si hubiese sido aplicable la ley española).

<sup>19</sup> Sobre la evolución de los puntos de conexión en el Derecho internacional privado europeo hasta llegar al Reglamento en materia de régimen económico matrimonial, es interesante el artículo de RAINER HAUSMANN, "Le questioni generali nel diritto internazionale privato europeo (general issues in European private international law)", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 3, 2015, pp. 499-522, así, destacar el abstract: "This article tackles general issues in European private international law, and namely issues of connecting factors, characterization and "renvoi", to portray, on the one hand, how and in which direction this area of the law has emancipated from the domestic legal systems of the EU Member States and to illustrate, on the other hand, which are the underlying principles that encouraged and made this transformation possible. As far as connecting factors are concerned, the paper shows that the recent development in European private international law — as opposed to the solution in force in many Member States — is characterized by (i) an extension of party autonomy to family and succession law;(ii) a systematic substitution of nationality with habitual residence as the primary objective connecting factor in international family and succession law, and (iii) the promotion of "lex fori" as objective and subjective connecting factor, in particular in cross-border divorce and succession law. Therefore, the primary objective of the European legislation in the field of private international law is not to identify the closest factual connecting element of a case to the law of a certain country but, rather, to accelerate and improve the legal protection of European citizens and to reduce the costs in cross-border disputes by allowing parties and courts to opt for the "lex fori" and thus to avoid, to a large extent, the application of foreign law. Moreover, the paper illustrates that while the introduction of "renvoi" into European private international law by means of Article 34 of the Regulation on cross-border successions appears to be in conflict with the principle of unity of the succession, which is a main pillar of the Regulation itself the practical importance of "renvoi" is limited, because "renvoi" is mainly restricted to cases where the deceased had his last habitual residence in a third State and left property in a Member State. As suggested in the paper, in order to avoid difficult problems of characterization when marriage ends by the death of one of the spouses, it would appear sensible to follow the example of Article 34 of the Succession Regulation in the forthcoming EU regulation on matrimonial property". *Vid.* DAGMAR COESTER-WALTJEN, "Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes", *Yearbook of Private International Law*, vol. XIX, 2018.

## 1.1. Principios generales para determinar las leyes aplicables en materia de regímenes económicos matrimoniales

El capítulo II del Reglamento 2016/1103 relativo a las normas de conflicto comienza con dos artículos que disponen los principios que van a regir en las mismas.

El principio de aplicación universal proclamado en el artículo 20, significa que la ley aplicable determinada por las normas de conflicto puede ser la de un Estado miembro vinculado por el Reglamento o no, incluso la ley de un tercer Estado. Pero también que el ordenamiento señalado por la norma de conflicto se aplica con independencia de la nacionalidad, domicilio o residencia habitual de los cónyuges, pues los vinculados y obligados son los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada.

El otro gran principio que regula el Reglamento 2016/1103 es el principio de unidad<sup>20</sup>, es decir, una única ley aplicable rige para todos los bienes, muebles o inmuebles, del régimen económico matrimonial (artículo 21: "la ley aplicable al régimen económico matrimonial en virtud de los artículos 22 o 26 se aplicará a todos los bienes incluidos en dicho régimen, con independencia de donde los bienes estén situados"). El Reglamento, atendiendo a la seguridad jurídica y para facilitar la armonización normativa, regula que la ley aplicable lo es a todo el conjunto de los bienes incluidos en el patrimonio de un matrimonio. No cabe la fragmentación de la ley que regule el régimen económico matrimonial en función de los bienes muebles o inmuebles que lo integran o del lugar donde estén situados<sup>21</sup>. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el régimen económico matrimonial primario está regulado por normas imperativas indisponibles por los cónyuges; por tanto, en este supuesto podemos encontrarnos que el régimen económico matrimonial secundario, pactado o legal (depende de las normas de conflicto que apliquemos), esté regulado por la ley de un país y determinados derechos o deberes indisponibles por las partes estén regidos por las normas imperativas del Derecho del foro (de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada)<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Al igual que el principio de la unidad de la herencia proclamado en el artículo 21 del Reglamento de sucesiones.

<sup>21</sup> CARMEN VAQUERO LÓPEZ, "Los regímenes matrimoniales en un espacio de libertad, seguridad y justicia", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo VI, 2006, p. 203, "si se admitiese esta posibilidad podría someterse la titularidad de los bienes a un ordenamiento, los poderes de gestión a otro, o la responsabilidad de las masas patrimoniales a un tercero. Pero aceptar esta fragmentación, aun en el marco del respeto a la coherencia de la relación jurídica, desvirtuaría la función (de seguridad) que cumple la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable al régimen matrimonial provocando desajustes, que exigirían una posterior adaptación de los ordenamientos implicados, y comprometiéndose la previsión de la ley aplicable". Sin embargo, para ELENA RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, pp. 94-95, admitir este fraccionamiento del régimen matrimonial permitiría atender a las posiciones minoritarias (sistemas del *Common law*) habituales a un sistema de escisión. Una solución en este sentido permitiría satisfacer dos intereses materiales: la coherencia del sistema conflictual, en la medida en que se acerca el estatuto real al patrimonial, y la armonía internacional, pues se facilita el reconocimiento de decisiones en los países donde se localizan los bienes.

<sup>22</sup> JOSEP MARÍA 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*, tomo LXV, 2012, p. 282 (pp. 275-295), como sostiene este autor, esta unidad puede romperse en caso de que las normas imperativas de un Estado miembro se consideren ineludibles con el objetivo de proteger los intereses esenciales de su organización social, política o económica. CARMEN VAQUERO LÓPEZ, ob.cit., p. 203, en el mismo sentido, dice esta autora que se ha formulado una conexión especial (de

Del Reglamento 2016/1103 se deduce otro principio, ya en sede de leyes aplicables: el principio de la autonomía de la voluntad conflictual<sup>23</sup>. Así, el Reglamento para determinar la ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales emplea distintos puntos de conexión atendiendo a distintos criterios de política legislativa, pero primando la elección de ley de los cónyuges para que rijan su régimen económico matrimonial<sup>24</sup>.

Hay que distinguir entre la autonomía de la voluntad material y la autonomía de la voluntad conflictual. La primera implica que los cónyuges, o futuros cónyuges, pueden pactar la composición, el contenido y los efectos de su régimen económico matrimonial de la manera que estimen conveniente (dentro de los límites que las norma imperativas o el orden público del foro les impongan); la segunda, que en un supuesto de matrimonio, o futuro matrimonio, con elemento extranjero o transfronterizo, estos pueden elegir la ley aplicable (también veremos que con límites) que va a regir su régimen económico matrimonial, bien por remisión a un determinado modelo o sistema legal, o bien fijando la ley de un país que hace válido un pacto o capitulación matrimonial y su contenido<sup>25</sup>.

---

protección) en relación con el ejercicio, por uno de los cónyuges, de los derechos relativos al inmueble en el que se localiza la vivienda familiar.

<sup>23</sup> ORNELLA FERACI, "L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XCVI, fasc. 2, 2013, p. 428 (pp. 424-492), expone que la elección de ley (la autonomía de la voluntad conflictual) aparece en el seno de la Unión Europea en los Reglamentos de leyes aplicables a las obligaciones contractuales (Reglamento 593/2008, Roma I) y a las obligaciones extracontractuales (Reglamento 864/2007, Roma II), para luego, y actualmente, emerger en el Derecho de familia y en el de sucesiones; en primer lugar en la obligación de alimentos (Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 al que remite el artículo 15 del Reglamento 4/2009), después en la separación judicial y el divorcio (Reglamento 1259/2010, Roma III), posteriormente en materia de sucesiones (Reglamento 650/2012) y por último en la regulación uniforme del régimen económico matrimonial (Reglamento 2016/1103) y de los efectos patrimoniales de las uniones registradas (Reglamento 2016/1104).

<sup>24</sup> El artículo 9. 2 CC, dispone como segundo punto de conexión (en defecto del punto de conexión de la nacionalidad común de los cónyuges), para determinar la ley aplicable tanto a los efectos personales (si los hay, pues en los países occidentales son más obligaciones morales carentes de sanción o pueden constituir, su vulneración, causas de disolución del vínculo matrimonial) como a los efectos patrimoniales, la elección de ley aplicable. Sin embargo, aparte de no ser el punto de conexión principal, esta autonomía de la voluntad conflictual está muy limitada, pues solo pueden optar por la ley de residencia o nacional de cualquiera de los cónyuges, la elección debe ser anterior a la celebración del matrimonio (no puede cambiarse, aunque la residencia o nacionalidad sea distinta después de contraído el matrimonio, salvo que los cónyuges acuerden posteriormente capitulaciones matrimoniales para regir su régimen económico matrimonial: artículo 9.3CC); y debe constar en documento público. Sobre las condiciones de este elección de ley (subjetivas, objetivas, de forma y el momento de la elección) *vid.* JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Colección Ciencia Jurídica y Derecho Internacional, Granada, 2000, pp. 130-154. Estos límites están basados más en razones históricas que en motivaciones jurídicas, como afirma JOSÉ MARÍA ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, p. 299. Sin embargo, el Reglamento 2016/1103 también regula límites en la elección de ley atendiendo a razones de seguridad jurídica y para garantizar que los cónyuges son conscientes de las consecuencias de su elección (como establecen los considerandos 45, 46 y 47).

<sup>25</sup> También es posible que los cónyuges elijan la ley aplicable a su régimen económico matrimonial (autonomía de la voluntad conflictual) y hagan uso de la autonomía de la voluntad material que les permite el derecho del país elegido (por ejemplo, en el caso de que la ley elegida sea la española se regula la autonomía de la voluntad material en los artículos 1325 a 1335 CC). Como sostiene PABLO QUINZÁ REDONDO, "Unificación — fragmentada — del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 41, 2017, p. 15, "en otras palabras, que elijan un determinado régimen económico matrimonial de entre los previstos en dicho ordenamiento jurídico o en otro derecho estatal, que diseñen uno específico que se ajuste a sus necesidades, etc."

## 2. La autonomía de la voluntad conflictual en materia de regímenes económicos matrimoniales

El Reglamento 2016/1103 regula en sus normas de conflicto como principal punto de conexión la autonomía de la voluntad<sup>26</sup>, es decir, permite a los cónyuges elegir la ley aplicable de modo similar al Reglamento Roma III en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial<sup>27</sup>, al Reglamento relativo a las obligaciones de alimentos, entre cónyuges o excónyuges, (que remite la cuestión de ley aplicable al Protocolo de La Haya de 2007)<sup>28</sup> y al Reglamento de sucesiones, cuando uno de los cónyuges fallece<sup>29</sup>. Los cónyuges

<sup>26</sup> Sobre la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado: SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Breves notas sobre la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado", *Soberanía del Estado y Derecho Internacional Carrillo Salcedo*, tomo I, Sevilla, 2005, pp. 137-153. Y en el Derecho de familia internacional: BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, "La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho internacional privado comunitario de la familia", *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás*, FORNER DELAYGUA, J.J. / GONZÁLEZ BEILFUSS, C. / VIÑAS FARRÉ, R., (eds.), Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 119-131; ORNELLA FERACI, ob.cit., pp. 426-427; 431; y 443, destacando que la autonomía de la voluntad en el derecho de la Unión facilita la libre circulación de las personas entre los Estados miembros, y, en particular, como razones favorables a la autonomía de las partes apunta: la certeza de la ley aplicable conforme a las legítimas expectativas de las partes, el que las partes pueden prever sus consecuencias jurídicas, evitando los costes procesales que conllevaría una ley aplicable fijada con criterios solo objetivos; la autonomía de la voluntad es un criterio flexible que favorece la multiculturalidad; También, ANABELA SUSANA SOUSA GONÇALVES, "El principio de la autonomía de la voluntad en los reglamentos europeos sobre derecho de familia y sucesiones", *La Ley Unión Europea*, núm. 40, 2016, pp. 2 y 3 (pp. 1-23): "En este sentido, la autonomía de la voluntad puede asumir el papel de complemento del principio de proximidad en las situaciones más difíciles de localizar, en las cuales es complejo determinar previamente cuál es la ley más estrechamente vinculada con la situación y, en consecuencia, individualizar un elemento de conexión fijo o concreto. En estos casos, los intereses de las partes en la elección de la ley aplicable aparecen como un factor que contribuye a la flexibilización de la norma de conflicto. Esta forma de flexibilización, mediante intervención del interés concreto de las partes en la regulación de la situación privada internacional y operada ante las circunstancias específicas en el momento de la elección, es decir, no siendo determinada de manera abstracta por un juzgador, facilita el comercio internacional y fomenta el establecimiento de las relaciones de tráfico externo. De hecho, al simplificar la determinación de la ley aplicable, al permitir la intervención de los intereses de las partes, sin descuidar la necesidad de seguridad jurídica, al permitir la aplicación de una ley neutral que no esté cerca de cualquiera de las partes, se reducen las complicaciones inherentes al establecimiento de las operaciones comerciales internacionales y, en consecuencia, aumenta la predisposición de los operadores económicos para celebrar este tipo de transacciones internacionales"; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 150-154, enumera de manera exhaustiva las ventajas positivas de la autonomía de la voluntad conflictual (aunque referidas al artículo 9.2 CC), tanto desde el punto de vista de los valores constitucionales que defiende (integración de los emigrantes en el país de acogida, libre desarrollo de la personalidad, igualdad de los cónyuges y favorecer la celebración de matrimonios mixtos), como desde el punto de vista técnico (seguridad jurídica, facilita al juez la ley aplicable, conduce a unos resultados materiales queridos por los cónyuges y permite elegir una única ley a todos los asuntos de derecho familia relacionados con el matrimonio). Además, sobre las ventajas de la elección de ley en esta materia: ANDREA BONOMI, "Il diritto applicabile alla separazione e al divorzio nella recenté proposta di Regolamento comunitario", *Lo Scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, BARIATTI, S. / RICCI, C., Cedam, Padova, 2008, pp. 97 y 98 (pp. 91-103), para este autor las ventajas de la ley aplicable son evidentes: la designación de la ley aplicable asegura la certeza del derecho en la situación cuando es difícil determinar la ley aplicable (por ejemplo en el supuesto de cónyuges de distinta nacionalidad o residencia) y, en general, cuando las leyes aplicables pueden variar en función del tribunal competente. Esa introducción de un factor de flexibilidad permite tener en cuenta los intereses de los cónyuges y los aspectos del caso concreto. La autonomía de la voluntad favorece la aplicación de una única ley al divorcio y a sus efectos, en particular a la disolución del régimen matrimonial (por la facultad de elegir la ley aplicable prevista en muchos sistemas nacionales de derecho internacional privado) y a la obligación de alimentos que corresponden a los cónyuges tras el divorcio (por la facultad de elección prevista en el Protocolo de La Haya de 2007).

<sup>27</sup> Artículo 5 del Reglamento Roma III: "Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o d) la ley del foro".

<sup>28</sup> Artículo 8 del Protocolo de La Haya de 2007. "No obstante lo dispuesto en los artículos 3 al 6, el acreedor y el deudor de alimentos podrán designar en cualquier momento una de las leyes siguientes como aplicable a una obligación alimenticia: a) la ley de un Estado del cual alguna de las partes tenga la nacionalidad en el momento de la designación; b) la ley del Estado de la residencia habitual de una de las partes en el momento de la designación; c) la ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente

pueden usar su libertad de elección para hacer que se aplique la misma ley a todas estas cuestiones, relacionadas con un mismo matrimonio, cuando es posible<sup>30</sup>. Se observa en todos ellos, que la elección de ley es limitada por el legislador europeo (solo se pueden elegir determinadas leyes) y debe cumplir una serie de requisitos de fondo y forma. Por ejemplo, en materia de crisis matrimonial y alimentos los cónyuges pueden elegir leyes próximas, como son la ley de la residencia habitual o la ley de la nacionalidad, lo que permite la elección de las mismas leyes en caso de disolución del vínculo matrimonial<sup>31</sup>.

Esos límites aplicables, regulados en la elección de ley en el Reglamento 2016/1103, tienen como fin, sin restringir la libertad de elección de los cónyuges, proteger a los mismos, como consecuencia, la norma de conflicto que determina como ley aplicable al régimen económico matrimonial la que elija el matrimonio, se dispone como una norma doblemente orientada materialmente.

Porque la autonomía de la voluntad conflictual, la elección de los cónyuges de la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, tiene su fundamento esencialmente en la libre circulación de las personas entre los Estados miembros, facilitando la movilidad de los cónyuges, sin embargo, el artículo 22 del Reglamento 2016/1103, que regula la elección de ley por los cónyuges (además de los artículos 23, 24 y 25), le impone limitaciones (tanto de ley elegida, como de validez formal y material de esa elección) buscando el equilibrio entre la libertad individual de los cónyuges y el interés público digno de protección<sup>32</sup>.

---

aplicada a tales relaciones ;d) la ley elegida por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada a tal divorcio o separación”.

<sup>29</sup> Artículo 22 del Reglamento de sucesiones: “1. Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento”.

<sup>30</sup> Así, CSONGOR ISTVÁN NAGY, ob. cit., p. 522, cuando dice que las provisiones del Protocolo de La Haya de 2007 sobre la autonomía de la voluntad de las partes son adaptadas en las reglas sobre régimen económico matrimonial.

<sup>31</sup> En el Protocolo de La Haya de 2007, en el artículo 8, en obligaciones de alimentos entre cónyuges o excónyuges se posibilita elegir una ley que regule otros aspectos de la relación matrimonial, como puede ser la ley aplicable al régimen matrimonial o al divorcio o la separación de personas y bienes, lo que facilita también la armonización de ley en caso de disolución del matrimonio y sus consecuencias económicas.

<sup>32</sup> JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 60, según este autor nos enfrentamos con “un punto de conexión intercultural, que resuelve el conflicto de Leyes sin provocar resultados traumáticos. Todo lo contrario: se basa en opciones de vida y cultura y por ello contribuye a una mejor comunicación entre los valores, las culturas, los modelos de organización social, etc. En los casos de Derecho internacional privado matrimonial, la autonomía de la voluntad coadyuva a un libre desarrollo de la vida matrimonial en sintonía con las opciones culturales y vitales de las personas”. Para ANABELA SUSANA SOUSA GONÇALVES, ob.cit., pp. 7 y 12: “La elección de ley aplicable también refleja el reconocimiento de la autonomía familiar en las relaciones privadas internacionales, lo que implica una intervención no estatal en el sentido del reconocimiento de la autorregulación de las relaciones familiares, que está garantizada en algunas leyes fundamentales, y el reconocimiento de la voluntad individual de los cónyuges, que son los principales interesados en la disolución del vínculo matrimonial y, en principio, harán la elección de la ley de acuerdo a sus intereses... Además, la elección previa de la ley facilita la determinación de la ley aplicable con ventajas para la rápida solución del litigio y aumenta la seguridad jurídica. El acuerdo sobre la ley aplicable también se puede reflejar en un consenso sobre otros asuntos y permitir un enfoque menos conflictivo en el litigio. Las leyes elegidas todavía tienen una fuerte conexión con la vida conyugal o con uno de los miembros de la pareja”... A través del análisis de los Reglamentos de la UE mencionados, observamos que hay una clara tendencia a potenciar el principio de la autonomía de la voluntad en las más recientes intervenciones de la Unión Europea en materia de Derecho de familia y sucesiones. Es el denominado fenómeno de la descontractualización de la autonomía de la voluntad, consistente en la extensión de la misma desde áreas tradicionalmente más receptivas a áreas más reticentes a su admisión, y ello es debido al desarrollo del concepto de la libertad de elección en el Derecho internacional privado. Las ventajas asociadas a la autonomía de la voluntad son decisivas. Sin embargo, la autonomía de la voluntad está limitada por la necesidad de proteger los intereses públicos y los intereses de los miembros de la familia o de los individuos en la regulación de las relaciones de familia y de sucesiones”.

La elección de ley por los cónyuges tiene una serie de límites, para proteger a los cónyuges. Comenzaremos analizándolos, atendiendo a las posibles leyes elegidas y a los requisitos de forma y de validez material, para luego fijar los límites generales de las normas imperativas y del orden público que también afectan a la autonomía de la voluntad conflictual y que evitan la aplicación de leyes que vulneren los principios y valores fundamentales que afectan a los cónyuges y a la economía conyugal.

## 2.1. Los límites de elección de ley por los cónyuges

Los órganos jurisdiccionales que conocen de un asunto relativo al régimen económico de un matrimonio, en primer lugar, por tanto, para regular el fondo del mismo han de atender a la elección de ley de las partes. Sin embargo, tal elección no es ilimitada, pues los cónyuges, o futuros cónyuges, solo podrán elegir determinadas leyes y siempre de común acuerdo. Nos encontramos, pues, en el artículo 22, con una primera limitación en el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual<sup>33</sup>.

Elección limitada de ley, que, de común acuerdo, los cónyuges o futuros cónyuges pueden cambiar en cualquier momento, pero concretada siempre al momento de celebración de tal acuerdo. Estamos ante un punto de conexión fijado en el tiempo para evitar la inseguridad jurídica y el fraude de ley aplicable, que pudiera perjudicar a los terceros afectados por el régimen económico matrimonial.

Las leyes elegidas, por las que pueden optar los cónyuges o futuros cónyuges, son leyes próximas, vinculadas a los mismos, determinadas con puntos de conexión objetivos y a la vez personales<sup>34</sup>, que, del mismo modo, van a ser previsibles por los terceros que entablen relaciones jurídicas con el matrimonio<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> BEATRIZ AÑOEROS TERRADAS, "Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y uniones registradas", *Persona y Familia en el Nuevo Modelo Español de Derecho Internacional Privado*, GUZMÁN, M. / ESPLUGUES, C. (dirs.); HERRANZ, M. / VARGAS, M. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 261 (pp. 241-272), para la autora, el fundamento u objetivo de esta primera limitación insertada en la propia norma de conflicto es doble: por un lado, el necesario equilibrio entre la libertad individual y el interés público exige impedir a las partes de la relación elegir una ley completamente alejada de ellos (*law shopping*). Por otro, proteger al miembro de la pareja más vulnerable frente a una elección abusiva. Se trata, por tanto, de una autonomía entendida como parte del principio de proximidad con una clara orientación material.

<sup>34</sup> Como defiende SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, "El principio de libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 4, 2001, p. 221, "la vinculación de este principio de libertad con la naturaleza personal de las instituciones, de derecho de familia, impone límites de proximidad a la autonomía conflictual, que evita eventuales fraudes". "La elección debe reducirse a conexiones objetivas que presenten un grado de vinculación personal y social del individuo o grupo".

<sup>35</sup> MÓNICA VINAIXA MIQUEL, "La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)", *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2017, p. 292 (pp.274-313): "La limitación de las leyes susceptibles de elección y el principio de unidad de la ley aplicable en que se basan ambos Reglamentos (uno de ellos es el Reglamento 2016/1103 y el otro el Reglamento 2016/1104 relativo a los efectos patrimoniales de las uniones registradas) constituyen límites a la autonomía de la voluntad que persiguen como finalidad la protección de los derechos de los terceros implicados en transacciones patrimoniales con el matrimonio o la unión registrada, así como también, evitar que las partes elijan una ley cuya aplicación pueda dar lugar a resultados poco razonables".

Así, los cónyuges o futuros cónyuges, pueden elegir entre una serie de leyes próximas, lo que implica que las posibilidades también sean varias<sup>36</sup>, reflejando la orientación material de la norma de conflicto.

Primera posibilidad de elección: la ley del Estado<sup>37</sup> donde los cónyuges, o futuros cónyuges, tengan su residencia habitual común en el momento de celebración del acuerdo. Para definir este punto de conexión fáctico, los órganos jurisdiccionales que conocen del asunto relativo al régimen económico, además de atender a sus propios criterios deben considerar los criterios ya fijados en el espacio judicial europeo<sup>38</sup>.

Segunda y tercera facultad de elección: la ley del Estado donde se halle la residencia habitual de uno de los cónyuges, de cualquiera de los dos, en el momento de celebración del acuerdo. Como consecuencia, pueden elegir entre dos leyes distintas, pues se entiende que si no tienen residencia común cada uno tiene residencia habitual en distintos Estados.

Cuarta y quinta probabilidad de elección: la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges concretada en el momento de la celebración del acuerdo. De nuevo las posibilidades son dos: cada cónyuge puede tener una nacionalidad distinta. ¿Y si los cónyuges tuvieran doble nacionalidad? Nada dice al respecto el Reglamento 2016/1103<sup>39</sup>, sino que remite a lo dispuesto en los derechos internos de los que los cónyuges dicen ser nacionales (considerando 50 del Reglamento 2016/1103). Ahora bien, si se permite a los cónyuges elegir la ley nacional de cualquiera de ellos, si tuvieran doble o

<sup>36</sup> Sin embargo, no incluye en la posible elección, la ley del foro, que sí permite elegir el artículo 5 del Reglamento (UE) núm. 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Reglamento Roma III). La razón podemos encontrarla en que en materia de crisis matrimonial es frecuente el inicio de un litigio y unos órganos jurisdiccionales competentes conectados con los cónyuges (en virtud de los foros del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, Reglamento Bruselas II bis), y que en materia de régimen económico matrimonial, al no ser tan frecuentes los litigios, la ley de los tribunales que conocen el asunto no estaría conectada con los cónyuges.

<sup>37</sup> Recuérdese que la ley determinada por el Reglamento 2016/1103 es de aplicación universal (artículo 20), por tanto, la ley elegida puede ser de un Estado miembro participante en la cooperación reforzada del Reglamento, de un Estado miembro de la UE que no ha participado en la cooperación reforzada o de un tercer Estado, pero siempre la ley de un Estado existente y vigente. BEATRIZ AÑOEROS TERRADAS, "Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y uniones registradas", *Persona y Familia en el Nuevo Modelo Español de Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 258-259: "Cabría preguntarse si la libertad ofrecida a las partes incluye la posibilidad de elegir un derecho no estatal como serían los Principios de Derecho Europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges elaborados por la Comisión sobre Derecho Europeo de Familia o el Acuerdo franco-alemán que establece un régimen facultativo de participación en ganancias. Teniendo en cuenta que los Reglamentos se refieren a la ley de un Estado, la posibilidad de optar por los principios o por el régimen económico matrimonial de participación previsto en el Acuerdo franco-alemán, dependerá del margen de autonomía material de las partes previsto en la ley aplicable al régimen económico matrimonial o relaciones patrimoniales, determinada por los Reglamentos".

<sup>38</sup> Sobre qué se entiende por residencia habitual como concepto autónomo en el Derecho europeo según la doctrina y la jurisprudencia haremos referencia al estudiar las leyes supletorias en defecto de elección de los cónyuges, pues el primer punto de conexión subsidiario es "la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio" (artículo 26 del Reglamento 2016/1103).

<sup>39</sup> El Reglamento sobre sucesiones en el artículo 22.1, párrafo segundo, permite distintas posibilidades, tantas como nacionalidades tenga el causante: "Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento". Por otra parte, en relación con uno de los foros de competencia judicial internacional del artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de junio de 2009, Asunto C-168/08, *Laszlo Hadadi*, falló que en caso de que los cónyuges compartieran la nacionalidad de más de un Estado miembro, podrían optar por presentar la demanda ante los órganos jurisdiccionales de cualquiera de los Estados miembros.

triple nacionalidad, las posibilidades de elección de ley serían mayores<sup>40</sup>, más acorde con este punto de conexión flexible, materialmente orientado, basado en la autonomía de la voluntad de los cónyuges, aunque limitada. Distinto será cuando el punto de conexión es rígido, como es el de la nacionalidad para determinar la ley aplicable en defecto de elección (artículo 26. 1, b) del Reglamento 2016/1103), entonces, es más plausible aplicar el considerando 50 y atender a la nacionalidad prevalente según los distintos derechos nacionales<sup>41</sup>.

## 2.2. Momento de elección y cambio de la ley aplicable

El artículo 22 del Reglamento 2016/1103, para determinar la ley aplicable elegida por los cónyuges, concreta el punto de conexión "en el momento de la celebración del acuerdo"<sup>42</sup>;

<sup>40</sup> Esta es la opinión BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, "Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y uniones registradas", *Persona y Familia en el Nuevo Modelo Español de Derecho Internacional Privado*, cit., p. 264: "Dicha conexión plantea los clásicos problemas de doble nacionalidad. En el considerando 50 del Reglamento 2016/1103 se señala que "Cuando en el presente Reglamento se menciona la nacionalidad como punto de conexión, la cuestión de cómo considerar a una persona con múltiples nacionalidades es una cuestión previa que no entra en el ámbito de aplicación del presente Reglamento y que debe dejarse al arbitrio del Derecho nacional, incluidos, cuando proceda, los convenios internacionales, con pleno respeto de los principios generales de la Unión. Esta consideración no debe tener ninguna incidencia en la validez de la elección de la ley aplicable de conformidad con el presente Reglamento". No queda claro, sin embargo, que dicho considerando pueda extrapolarse a los casos de doble nacionalidad que se planteen en situaciones en las que las partes hayan hecho uso de la autonomía conflictual que les ofrece el art. 22 Reglamento 2016/1103 y Reglamento 2016/1104. En estos supuestos el punto de conexión es, como se ha visto, la autonomía de la voluntad (limitada a ciertas leyes), y no la nacionalidad como prevé el considerando 50. De esta forma, cuando las partes elijan el derecho aplicable a su régimen económico podrán optar por cualquiera de las nacionalidades que tengan los cónyuges en el momento de realizar el convenio". En el mismo sentido de elección de cualquiera de las nacionalidades, PABLO QUINZÁ REDONDO, "La "cláusula de excepción" del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial", *Persona y Familia en el Nuevo Modelo Español de Derecho Internacional Privado*, GUZMÁN, M. / ESPLUGUES, C. (dirs.); HERRANZ, M. / VARGAS, M. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 304 (pp. 301-312).

<sup>41</sup> En los supuestos de doble nacionalidad, o más nacionalidades, el Derecho internacional privado español regula las soluciones legales para determinar la nacionalidad prevalente, distinguiendo situaciones de doble nacionalidad previstas por las leyes (son los supuestos de doble nacionalidad española con países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, como establece el artículo 24.1 CC), con regulación en Convenios o no, o situaciones no previstas. Así, dispone el artículo 9.9 CC: "respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida. Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuera la española se estará a lo que establece el apartado siguiente" (artículo 9.10 CC: "Se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieran indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual").

<sup>42</sup> Los puntos de conexión que son los criterios o circunstancias, fácticos o jurídicos, fijados por el legislador para determinar las leyes aplicables que regulan el fondo de una relación jurídica privada internacional, pueden ser también fijos o variables. Los dos puntos de conexión que permiten a los cónyuges elegir la ley aplicable (residencia habitual o nacionalidad) son variables pero concretados en el tiempo por el propio legislador (el tiempo de la celebración del acuerdo), para evitar el conflicto móvil. Pues si no hubiera concreción, ¿qué ley elegirían los cónyuges: ¿la de residencia habitual o la de la nacionalidad en el momento del acuerdo o en cualquier otro momento (por ejemplo, cuando contraigan matrimonio o cuando se divorcien, en caso de liquidación del régimen económico)? Las posibilidades de elección serían mayores, pero conllevaría inseguridad jurídica. ANDREA BONOMI, *ob. cit.*, p. 99, respecto a la elección de ley en el momento de interponer la demanda (como estaba previsto en el proyecto del Reglamento Roma III, en el texto definitivo la elección de ley se concreta en el momento del convenio: artículo 5), en caso de divorcio internacional, le parece inútilmente restrictivo; este autor era partidario que el acuerdo de elección pudiera realizarse en el momento de la celebración o durante el matrimonio, pues opinaba que la elección de ley es más probable en los divorcios consensuados. Cuando el divorcio es contencioso es difícil que los cónyuges se pongan de acuerdo para elegir la ley aplicable.

sin embargo, no precisa en qué momento de la vida de los cónyuges pueden de común acuerdo elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

Es cierto que el artículo 22 dice que los cónyuges o “futuros cónyuges” podrán designar la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, lo que puede entenderse que antes de contraer matrimonio los futuros esposos pueden realizar de común acuerdo la elección de ley. Además, así lo establece en el considerando 45 del Reglamento 2016/1103, *in fine*: “el presente Reglamento debe autorizarles a elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial... Esta elección se podrá realizar en todo momento, antes del matrimonio, en el momento de la celebración del matrimonio o durante el matrimonio”.

Por tanto, la elección limitada de los cónyuges de ley aplicable a su régimen económico matrimonial, no tiene límites en cuanto al momento de esta elección: puede ser antes del matrimonio, en el momento en que se contrae matrimonio o durante la vida del matrimonio, siempre que el acuerdo de elección sea realizado por ambos cónyuges y concretada la ley elegida, de residencia o nacionalidad, al momento de la celebración del acuerdo (además de los requisitos de validez formal y material del acuerdo que regulan los artículos 23 y 24, que veremos).

También permite el Reglamento en el artículo 22, expresamente<sup>43</sup>, cambiar durante el matrimonio la ley aplicable, de común acuerdo, acudiendo a los puntos de conexión alternativos determinados.

El considerando 46 del Reglamento 2016/1103 regula el requisito imprescindible para este cambio: que ambos cónyuges consientan (“para garantizar la seguridad jurídica de las transacciones y prevenir cualquier modificación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial sin notificación a los cónyuges, no debe cambiarse la ley aplicable al régimen económico matrimonial sin la manifestación expresa de la voluntad de las partes”).

Así, de común acuerdo los cónyuges pueden cambiar la ley aplicable (autonomía de la voluntad conflictual), pero manteniendo el régimen matrimonial sustantivo igual; o, pueden, elegir una nueva ley aplicable que permita también la modificación del régimen económico matrimonial material que rija entre los cónyuges (autonomía de la voluntad material)<sup>44</sup>.

Pues, no vulnera el orden público internacional del foro —de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que participan en la cooperación reforzada, que conozcan del asunto—, que los cónyuges elijan una ley que sí permita la modificación, aunque otras leyes no lo permitan<sup>45</sup>. Cada Estado puede regular la posibilidad o no de modificación del régimen

<sup>43</sup> Artículo 22.1 del Reglamento 2016/1103: “Los cónyuges o futuros cónyuges podrán designar o “cambiar” de común acuerdo la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, siempre que se trate de una de las siguientes leyes:...”.

<sup>44</sup> MÓNICA VINAIXA MIQUEL, ob. cit., p. 295, manifiesta que: “Lo que no precisa el legislador de la UE es si el cambio de ley aplicable por las partes conlleva un cambio del régimen económico matrimonial ni cuáles son sus consecuencias. Esta cuestión es importante puesto que no todos los derechos materiales admiten, en los mismos términos, el cambio de régimen matrimonial durante el matrimonio. Puede ser que los cónyuges deseen mantener el mismo régimen económico matrimonial pero sometido a una ley distinta, o bien, que quieran cambiar la ley aplicable y el régimen económico matrimonial.

<sup>45</sup> MÓNICA VINAIXA MIQUEL, ob. cit., p. 295: “La mutabilidad o inmutabilidad del régimen económico matrimonial son considerados principios que no justifican la operatividad del orden público. Así, por ejemplo, si la ley

económico matrimonial sustantivo determinado previamente por las partes, cónyuges o futuros cónyuges: no iría contra los valores fundamentales o principios constitucionales de los Estados miembros (salvo que esas disposiciones fueran manifiestamente incompatibles con el orden público, por ejemplo, por ser discriminatorias para uno de los cónyuges (artículo 31 del Reglamento 2016/1103)).

En cuanto a los efectos, ¿el cambio de elección de ley tiene efectos retroactivos o no?<sup>46</sup> Como se regula expresamente en el artículo 22 del Reglamento 2016/1103, párrafo segundo, el cambio decidido por los cónyuges no debe surtir efectos retroactivos, salvo disposición contraria expresa por su parte. Es decir, salvo que lo acuerdan expresamente, el cambio de ley aplicable al régimen económico matrimonial solo rige para los aspectos del mismo a partir del cambio de ley, no tiene efectos retroactivos; no regula la nueva ley elegida los efectos patrimoniales que antes regulaba otra ley elegida por los cónyuges. En este caso son dos las leyes que rigen el régimen económico matrimonial: una ley para los efectos anteriores al cambio y otra ley para los efectos después del cambio<sup>47</sup>.

No obstante, como también regula el artículo 22, apartado segundo, los cónyuges pueden acordar que la nueva ley elegida durante el matrimonio se aplique a todos los efectos patrimoniales del matrimonio, incluidos los anteriores a la ley elegida, pues pueden cambiar las circunstancias que le hicieron elegir una de las leyes que ahora no les conviene (no olvidemos que se pueden elegir varias leyes atendiendo al punto de conexión de la residencia habitual o nacionalidad, de uno o ambos cónyuges, y que estos pueden además variar de residencia o nacionalidad). Sin embargo, ese cambio de ley aplicable no se extiende, ni siquiera por acuerdo de los cónyuges, a los derechos de terceros adquiridos con anterioridad: no les afecta el cambio de ley.

Debe entenderse, del mismo modo, que si los cónyuges antes o en el momento de contraer matrimonio no eligieron la ley aplicable a su régimen económico matrimonial (se aplica la ley en defecto de elección por las partes: artículo 26), pero sí quieren elegir durante el matrimonio, esta ley elegida, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad conflictual, solo tiene efectos para el futuro, salvo pacto en contrario (y la ley elegida no afectará

---

aplicable es la ley de un Estado que no permite la mutabilidad del régimen económico matrimonial (ley argentina) o que sí que la permite, pero en supuestos tasados (ley portuguesa), en tal caso no es posible activar el orden público para asegurar la posibilidad de cambio de régimen que permite el ordenamiento jurídico español. La imposición de la mutabilidad como cuestión de orden público supone desvirtuar el equilibrio entre las relaciones matrimoniales y la seguridad en el tráfico. En tal caso, siendo imposible la autonomía material, el cambio de régimen únicamente se puede conseguir a través de la autonomía conflictual". De la misma opinión: ELENA RODRÍGUEZ PINEAU, ob. cit., pp. 87 y 88; y PABLO QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, cit., p. 199.

<sup>46</sup> PABLO QUINZÁ REDONDO, "Unificación — fragmentada — del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103", cit., p. 15, "aunque lo cierto es que los problemas emanados de tal opción legislativa, tampoco deben ser subestimados. Así pues, la eficacia *ex tunc* de la ley aplicable produce como principal consecuencia la ruptura de la unidad de la ley aplicable. Más allá de que ello quebranta uno de los principios básicos del Reglamento (art. 21), lo cierto es que los inconvenientes más relevantes pueden darse por la difícil determinación de la ley reguladora para determinados bienes, especialmente cuando se han producido sucesivos cambios de ley aplicable, así como por las potenciales dificultades que pudieran darse en el momento de la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, donde el operador jurídico deberá aplicar varias leyes —y, por ende, distintos regímenes económico matrimoniales."

<sup>47</sup> En este caso, no hay unidad de la ley aplicable a todos los bienes del régimen económico de un matrimonio, como dispone el artículo 21 del Reglamento 2016/1103.

negativamente a los derechos de terceros derivados de dicha ley aplicable en defecto de elección).

### **2.3. Los requisitos de la validez formal y material en la elección de ley**

En cuanto a las condiciones de validez formal y material que tiene que cumplir esta elección de ley aplicable por los cónyuges, o futuros cónyuges, en primer lugar, analizaremos los artículos 23 y 25 del Reglamento 2016/1103 relativos a la validez formal del acuerdo de elección y de las capitulaciones matrimoniales (de los pactos que acuerden los cónyuges para regir su régimen económico matrimonial), respectivamente.

Este artículo 23 tiene como fin asegurar el consentimiento informado de los cónyuges<sup>48</sup>, que se acredite que conocen la elección de ley y sus consecuencias, y que la voluntad de uno no prevalezca sobre la del otro. Así, al artículo 22 del Reglamento 2016/1103, que ya exigía el común acuerdo en la elección de ley por los cónyuges o futuros cónyuges, se unen una serie de requisitos formales para la validez de este acuerdo, para proteger a los esposos, confirmando la orientación material de las normas de conflicto que regulan la elección de ley en materia de régimen económico matrimonial.

En su apartado primero, el artículo 23, sin embargo, dispone de una norma material especial<sup>49</sup>, estableciendo los requisitos esenciales y mínimos para que la elección de ley sea válida: la elección por escrito, con firma de ambos cónyuges y con la fecha de la elección<sup>50</sup>. Se permite también que esa elección se realice con medios electrónicos siempre que exista un registro duradero del acuerdo y, evidentemente, donde conste la voluntad libremente prestada por ambos.

La razón para que el Reglamento 2016/1103 regule expresamente estos requisitos esenciales o mínimos, la encontramos en que el legislador europeo quiere tener la plena seguridad de que ambos cónyuges están perfectamente informados de la ley que eligen para

---

<sup>48</sup> El considerando 18 del Reglamento Roma III es perfectamente aplicable al Reglamento 2016/1103 en este punto: "La elección informada de ambos cónyuges es un principio fundamental del presente Reglamento. Es importante que cada cónyuge sepa exactamente cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la ley aplicable. La posibilidad de elegir de común acuerdo la ley aplicable no debe afectar a los derechos ni a la igualdad de oportunidades de los cónyuges. Por esa razón, es importante que los Jueces de los Estados miembros participantes sean conscientes de la importancia de que los cónyuges hagan una elección informada, con conocimiento de las consecuencias jurídicas del convenio que celebren para elegir la ley aplicable". En el mismo sentido el artículo 8. 5 del Protocolo de La Haya de 2007, cuando regula la elección de ley aplicable en materia de alimentos determina que "a menos que en el momento de la designación las partes fueran debidamente informadas y conscientes de las consecuencias de la ley designada, ésta no se aplicará cuando conlleve consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes".

<sup>49</sup> No es una norma de conflicto que mediante una técnica indirecta regula el fondo del asunto determinando la ley del Estado que sería aplicable, sino una norma material especial de Derecho internacional privado, que regula de manera directa el asunto: los requisitos formales esenciales para que el acuerdo de elección de ley al régimen económico matrimonial sea válido.

<sup>50</sup> CSONGOR ISTVÁN NAGY, ob. cit., p. 527, precisa que contrariamente a la práctica normal contractual, no puede ser concluido por el cambio de declaraciones unilaterales, por lo que las partes tiene que plasmar sus voluntades en un único acuerdo.

regular un asunto relacionado con su régimen económico matrimonial y las consecuencias de esa elección. Estos requisitos esenciales los especifica en una norma material o sustantiva para evitar la remisión a las normas de un Estado que admitiese acuerdos de elección de ley verbales o con menos requisitos.

También, se establecen en el artículo 23, en los apartados segundo, tercero y cuarto, unas normas de conflicto, disponiendo requisitos adicionales (reglas de formalidad más estricta), remitiendo a la ley del Estado miembro de residencia de ambas partes o de uno de los cónyuges (si son leyes de Estados que exijan requisitos formales diferentes o solo uno de los Estados exige requisitos formales o solo uno de los cónyuges reside en un Estado miembro que exige requisitos formales adicionales) en el momento de celebración del acuerdo. Añadiendo una condición: serán de aplicación siempre que estos requisitos formales adicionales se exijan para las capitulaciones<sup>51</sup>.

Estos requisitos adicionales que regula el Reglamento mediante normas de conflicto o de remisión, pueden exigir requisitos formales más solemnes que los contenidos en la norma material (donde se disponen los esenciales)<sup>52</sup>. Con ello, se respeta la norma del Estado al que están más próximos los cónyuges y donde pueden desarrollar su vida económica matrimonial, como es la residencia habitual de ambos o de uno de ellos. De tal manera, que, si alguna de las leyes de estos Estados de residencia de los cónyuges o de uno de ellos exigiera determinados requisitos formales adicionales, deben cumplirse. Sobre todo, para garantizar los efectos de la elección de ley realizada por los cónyuges con respecto a tercero, para que pueda conocer la ley del Estado elegida que va a regir en su relación jurídica económica internacional con el matrimonio.

Estos requisitos, los esenciales o mínimos y los adicionales, son exigidos también en la elección de ley aplicable en materia de divorcio y separación judicial, en los mismos términos y por los mismos motivos<sup>53</sup> (artículo 7 del Reglamento Roma III<sup>54</sup>). La diferencia se aprecia

<sup>51</sup> En el sistema jurídico español las capitulaciones matrimoniales deben constar en escritura pública, como se dispone en el artículo 1327 CC en relación con el artículo 1280. 3º CC. En el caso de elemento extranjero, tendríamos que aplicar el artículo 11.1º CC relativo a la ley aplicable a las formas de los actos y contratos en general ("1. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen"), lo que exige otorgar las capitulaciones matrimoniales en escritura pública cuando se realizan ante autoridades españolas o cuando se atiende a la ley personal (residencia o nacionalidad) de los cónyuges en España, por ejemplo; pero también hay que atender a lo dispuesto en el artículo 11. 2º CC ("2. Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero"), que constituye el fundamento jurídico para proyectar la exigencia de forma solemne de la ley española a las capitulaciones concertadas por españoles en el extranjero (si las capitulaciones se rigen en cuanto al fondo, o al contenido sustantivo, por la ley española).

Sin embargo, en el caso de disolución del vínculo matrimonial, si el acuerdo de elección de ley para regular la liquidación del régimen económico matrimonial se incorporase a un convenio regulador, en el artículo 90 CC no se exige una forma determinada del mismo.

<sup>52</sup> CSONGOR ISTVÁN NAGY, ob. cit., p. 527, como sostiene este autor, estos factores adicionales se aplican disyuntivamente, esto es, el contrato será formalmente válido si cumple con los requisitos de la *lex pro voluntate* o de la *lex loci actus*. Lo cual no permite que la ley del aplicador del derecho (juez u otra autoridad administrativa) impida la aplicación del Derecho extranjero o de las leyes aplicables a la forma del contrato para reducir los costes y el tiempo.

<sup>53</sup> ANABELA SUSANA SOUSA GONÇALVES, ob. cit., p.7: "En el Reglamento Roma III existe una gran preocupación del legislador en el sentido de que la opción elegida por los cónyuges sea clara en relación con las consecuencias legales que puedan derivarse de la elección de una determinada ley. Para ello, se recoge en el considerando

en que los requisitos formales, que por remisión, realizada el artículo 23 del Reglamento 2016/1103 deben estar referidos a las capitulaciones matrimoniales, para que esos requisitos formales adicionales sean de aplicación<sup>55</sup>, y en el Reglamento Roma III no es necesario ese imperativo<sup>56</sup>, pues, normalmente<sup>57</sup>, la elección de ley en materia de separación judicial o divorcio no se contiene en capitulaciones matrimoniales (instrumento para que los cónyuges dispongan de los aspectos económicos del matrimonio)<sup>58</sup>.

Es decir, en el Reglamento 2016/1103, relativo a los regímenes económicos matrimoniales, los requisitos formales que son exigidos en las capitulaciones matrimoniales se pueden requerir para la validez formal del acuerdo de elección de ley realizado de común acuerdo por los cónyuges. Por tanto, puede ocurrir que la ley elegida por los cónyuges sea la de un Estado que no regule las capitulaciones matrimoniales y, sin embargo, la ley del Estado miembro de residencia habitual de los cónyuges o de uno de ellos en el momento de la celebración del acuerdo sí las regule y, además, exija requisitos formales especiales. En este caso, esos requisitos adicionales para las capitulaciones serán de aplicación para la validez formal del acuerdo común de los cónyuges de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial.

Otra disimilitud entre el artículo 7 del Reglamento Roma III y el artículo 23 del Reglamento 2016/1103, podría ser, que en este último la remisión, para establecer la validez formal del acuerdo de elección de la ley aplicable, es, literalmente, a una norma de "Estado miembro":

---

núm. 17 que "antes de elegir la legislación aplicable, es importante que los cónyuges tengan acceso a información actualizada sobre los aspectos esenciales de la legislación nacional y de la legislación de la Unión, y de los procesos en materia de divorcio y de separación judicial". Con este objetivo los cónyuges pueden recurrir a la página de la red judicial europea en materia civil y comercial. Además, según el considerando núm. 18, cada cónyuge debe ser consciente de las consecuencias sociales y jurídicas derivadas de la elección de cierta ley y de que "(...) la elección no debe perjudicar los derechos y la igualdad de oportunidades de los cónyuges". Teniendo en cuenta estas razones, hay un gran interés del legislador de la UE para promover la elección informada y garantizar el respeto de la voluntad de las partes mediante el establecimiento de requisitos formales de validez establecidos en el art. 7 del Reglamento. Estos requisitos tienen por objeto garantizar la seguridad jurídica y permitir determinar con claridad la voluntad de las partes".

<sup>54</sup> Artículo 7. 1 del Reglamento Roma III: "1.El convenio contemplado en el artículo 5, apartados 1 y 2, se formulará por escrito y estará fechado y firmado por ambos cónyuges. Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del convenio".

<sup>55</sup> Así el artículo 23 del Reglamento 2016/1103, apartado segundo: "2.Si la ley del Estado miembro en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración de las capitulaciones establece requisitos formales adicionales para las "capitulaciones matrimoniales", dichos requisitos serán de aplicación"; apartado tercero: "3. Si los cónyuges tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros en el momento de la celebración del acuerdo y las leyes de ambos Estados disponen requisitos formales diferentes para las "capitulaciones matrimoniales", el acuerdo será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos leyes"; apartado cuarto: "4. Si, en la fecha de celebración del acuerdo, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro y la ley de ese Estado establece requisitos formales adicionales para "las capitulaciones matrimoniales", dichos requisitos serán de aplicación".

<sup>56</sup> Artículo 7. 2 del Reglamento Roma III: "2. No obstante, si la legislación del Estado miembro participante en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en la fecha de celebración del convenio establece requisitos formales adicionales para ese tipo de convenio, dichos requisitos serán de aplicación. 3. Si, en la fecha de celebración del convenio, los cónyuges tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros participantes y si las legislaciones de ambos Estados disponen requisitos formales diferentes, el convenio será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos legislaciones. 4. Si, en la fecha de celebración del convenio, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro participante y si la legislación de tal Estado establece requisitos formales adicionales para ese tipo de convenio, dichos requisitos serán de aplicación".

<sup>57</sup> Así lo expone en, ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, "La autonomía de la voluntad en el Reglamento europeo sobre la ley aplicable al divorcio y la separación judicial", *Diario La Ley*, núm. 8271, 2014, p. 9 (pp. 1-15): "la elección por escrito de la ley aplicable a la separación judicial o el divorcio se puede contener en el documento que recoja las capitulaciones matrimoniales que regulen los efectos de un matrimonio".

<sup>58</sup> Aunque pueda regir una misma ley elegida para regular la disolución del vínculo (artículo 5 del Reglamento Roma III) y la liquidación del régimen económico matrimonial (artículo 22 del Reglamento 2016/1103).

puede ser a Estado miembro participante en la cooperación reforzada o a cualquier Estado miembro de la Unión Europea. En cambio el Reglamento Roma III, en el artículo 7, si se refiere expresamente a "la legislación del Estado miembro participante"<sup>59</sup>. ¿Es tal la diferencia?

Si acudimos a las normas del Reglamento 2016/1103 que regulan la competencia judicial internacional, solo determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada. En los artículos del capítulo II del Reglamento, observamos, que literalmente solo alude a órgano jurisdiccional de "Estado miembro"<sup>60</sup>, no obstante, se está refiriendo al órgano jurisdiccional de los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada, pues son los vinculados para la aplicación del Reglamento 2016/1103. Por lo cual, podremos concluir que en el caso de los requisitos formales del acuerdo de elección de ley (y para las capitulaciones) también se está dirigiendo a Estados miembros participantes en la cooperación reforzada y no a todo Estado miembro<sup>61</sup>.

Esta limitación a las exigencias formales de Estado miembro participante en la cooperación reforzada contracta con el principio de aplicación universal del Reglamento 2016/1103<sup>62</sup>, sin embargo, parece más acorde con el ámbito de aplicación espacial del Reglamento, que los órganos jurisdiccionales de Estados miembros participantes en la cooperación reforzada, competentes, solo estén obligados a aplicar los requisitos formales exigidos por la ley de otros Estados participantes en esa cooperación.

Respecto a los requisitos de validez formal de las capitulaciones<sup>63</sup>, se regulan en el artículo 25 del Reglamento 2016/1103<sup>64</sup>, en los mismos términos que el artículo 23 del Reglamento 2016/1103 en relación con la validez formal del acuerdo de elección de ley, añadiendo los requisitos formales adicionales que imponga ley aplicable al régimen económico matrimonial:

<sup>59</sup> El Reglamento Roma III establece también la cooperación reforzada en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial: solo obliga a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada, pero estos pueden aplicar la ley de un Estado no participante o un tercer Estado pues es un Reglamento de aplicación universal (artículo 4).

<sup>60</sup> *Vid.* artículos 4 al 19 del Reglamento 2016/1103.

<sup>61</sup> Para MÓNICA VINAIXA MIQUEL, *ob. cit.*, p. 293, siguiendo a otros autores, el artículo 23 del Reglamento únicamente exige el cumplimiento de los requisitos adicionales previstos por las leyes de Estados miembros para la validez formal de la elección de la ley aplicable. No exige, en cambio, el cumplimiento de los requisitos formales previstos por las leyes de terceros Estados. Teniendo en cuenta que el Reglamento es *erga omnes* o de aplicación universal, si los cónyuges residen en un Estado no miembro cuya ley exige formalidades adicionales, éstas también deberían ser tomadas en consideración.

<sup>62</sup> Artículo 20: "La ley que se determine aplicable en virtud del presente Reglamento se aplicará, aunque no sea la de un Estado miembro".

<sup>63</sup> Por capitulaciones o pactos los cónyuges podrán estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo, como dispone el artículo 1325 CC.

<sup>64</sup> Artículo 25 del Reglamento 2016/1103: "Las capitulaciones matrimoniales se expresarán por escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges. Se considerará como escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo. 2. Si la ley del Estado miembro en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración de las capitulaciones establece requisitos formales adicionales para las capitulaciones matrimoniales, dichos requisitos serán de aplicación. Si los cónyuges tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros en el momento de la celebración de las capitulaciones y las leyes de ambos Estados disponen requisitos formales diferentes para las capitulaciones matrimoniales, el acuerdo será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos leyes. Si en la fecha de celebración de las capitulaciones, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro y la ley de ese Estado establece requisitos formales adicionales para las capitulaciones matrimoniales, dichos requisitos serán de aplicación. 3. Si la ley aplicable al régimen económico matrimonial impone requisitos formales adicionales, dichos requisitos serán de aplicación".

que puede ser la ley elegida por acuerdo de los cónyuges (artículo 22) o la ley aplicable en defecto de elección (artículo 26).

En relación a la validez material del acuerdo común de elección de ley por los cónyuges, el artículo 24 del Reglamento 2016/1103 remite a la ley que será elegida<sup>65</sup> (citando el artículo 22). Sin embargo, para la validez de fondo de los pactos o capitulaciones matrimoniales se estará, como establece el artículo 27 del Reglamento 2016/1103, a la ley aplicable al régimen económico matrimonial determinada en el Reglamento 2016/1103: sea la ley elegida de común acuerdo por los cónyuges (artículo 22) o la ley determinada en defecto de elección (artículo 26).

Antes de estudiar la ley aplicable en defecto de elección y las cuestiones que suscita, abordamos otro límite que puede afectar tanto a la ley que los cónyuges pueden elegir por común acuerdo como a la ley que resulte aplicable en defecto de elección, pero que funciona como restricción a la autonomía de la voluntad conflictual.

## **2.4. El límite de las leyes de policía y del orden público en la elección de ley**

Los cónyuges no pueden acordar la ley aplicable si la cuestión relativa al régimen económico matrimonial está protegida por leyes de policía, normas imperativas o de aplicación inmediata o necesaria, por consideraciones de interés público, como la protección de la organización política, social o económica de un Estado miembro. En este caso, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada solo pueden aplicar esas leyes de policía o normas imperativas.

Dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 2016/1103, se incluye el llamado régimen económico matrimonial primario<sup>66</sup>, es decir, aquellos aspectos patrimoniales de los cónyuges que, en parte, pueden ser indisponibles, y, por tanto, son regulados por normas imperativas.

En la determinación de la ley aplicable, si consideramos que existen normas imperativas del foro, en caso de los litigios internacionales en relación con determinados aspectos relativos al régimen económico matrimonial, vigente o disuelto el matrimonio, los cónyuges están sometidos a esas normas imperativas o de aplicación inmediata del Estado del juez o tribunal

---

<sup>65</sup> Hay que atender, además, a lo dispuesto en el apartado segundo de este artículo 24 del Reglamento 2016/1103, para que el acuerdo de elección de ley no perjudique a ninguno de los cónyuges: "No obstante, un cónyuge, para establecer que no ha dado su consentimiento, podrá invocar la ley del país donde tenga su residencia habitual en el momento de sustanciar el asunto ante el órgano jurisdiccional si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley especificada en el apartado 1" (ley del fondo del asunto que es determinada por la elección de los cónyuges).

<sup>66</sup> Considerando 18 del Reglamento 2016/1103: "A efectos del presente Reglamento, el término "régimen económico matrimonial" debe interpretarse de forma autónoma y ha de abarcar no solo las normas imperativas para los cónyuges, sino también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable".

que conoce el asunto<sup>67</sup>. En consecuencia, en el tráfico jurídico internacional, sea cual sea la ley elegida (o regulada conforme a las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103), se aplicarán las normas imperativas previstas por la ley del foro<sup>68</sup>. Este es sentido de lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento<sup>69</sup>.

Sin embargo, la aplicación de estas normas imperativas, como límite a la elección de ley de los cónyuges a su régimen económico matrimonial, debe ser excepcional, como señala el considerando 53 del Reglamento 2016/1103<sup>70</sup>. Los órganos jurisdiccionales no pueden impedir a las partes que regulen sus relaciones matrimoniales patrimoniales de la manera que estimen conveniente, eligiendo la ley que más les favorezca o más vinculada con sus pretensiones (dentro de los límites de fondo y forma previos regulados). Hay que valorar que estamos en un ámbito de libre disposición del matrimonio, donde debe primar tanto la autonomía de la voluntad material (los cónyuges establecen el régimen económico matrimonial que estimen conveniente), como la autonomía conflictual (los cónyuges eligen la ley que va a regir su régimen económico matrimonial tanto pactado como el legal supletorio). Solo cuando se tengan que proteger intereses o valores esenciales del ordenamiento jurídico de un Estado miembro, se podrán límites a la determinación de la ley aplicable, porque el órgano jurisdiccional está obligado a aplicar las normas imperativas a toda situación internacional, como a la interna, sin que la voluntad de las partes pueda prevalecer.

Distinto de este límite *a priori*, anterior a la determinación de la ley aplicable, es el límite *a posteriori* de la excepción de orden público internacional: como dispone el considerando 54 del Reglamento 2016/1103, consideraciones de interés público también deben permitir a los órganos jurisdiccionales y demás autoridades competentes que conozcan de asuntos relativos al régimen económico matrimonial en los Estados miembros no tener en cuenta, con carácter excepcional, determinadas disposiciones de la ley extranjera (elegida de común acuerdo por los cónyuges o futuros cónyuges, o determinada de manera supletoria), cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro de que se trate.

Es decir, si las partes eligen una de las leyes aplicables (o se determina de manera subsidiaria por las disposiciones del Reglamento) a su régimen económico matrimonial, si

<sup>67</sup> En el Derecho civil común español, como vimos, conforme al artículo 1320 CC, para disponer de la vivienda habitual del matrimonio se requiere el consentimiento del consorte o en su caso autorización judicial. También son normas imperativas, en caso de disolución del vínculo matrimonial, cuando conozcan los órganos jurisdiccionales españoles los artículos 90, 91 y 96 CC, en el Derecho civil común español.

<sup>68</sup> MARKUS BUSCHBAUM, "Les Propositions de la Commission européenne relatives à l'harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés", *Revue Critique de Droit international privé*, núm. 4, 2011, p. 808, para este autor ya en la Propuesta, el artículo 30 del Reglamento solo preveía la aplicación de las leyes de policía del foro, no la de terceros Estados.

<sup>69</sup> Artículo 30 del Reglamento 2016/1103: "Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro, y esas leyes de policía son disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de ser aplicables a toda situación, incluso internacional, que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al régimen económico matrimonial en virtud del presente Reglamento".

<sup>70</sup> Considerando 53 del Reglamento 2016/1103: "no obstante, esta excepción a la aplicación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial habrá de interpretarse en sentido estricto, para que pueda seguir siendo compatible con el objetivo general del presente Reglamento".

esta ley es un derecho material extranjero que vulnera de manera manifiesta y excepcional el orden público internacional del foro<sup>71</sup>, esta ley extranjera no se aplicará y se regulará el fondo del asunto por el derecho material del foro, el derecho de los órganos jurisdiccionales que conocen el asunto<sup>72</sup>.

No obstante, la excepción de orden público ha de invocarse de manera limitada<sup>73</sup>, pues, además de su aplicación cuando exista incompatibilidad manifiesta y con carácter excepcional, tiene como consecuencia que no se aplique la ley extranjera que regula el régimen económico matrimonial pactado o legal y se aplique la ley del órgano jurisdiccional del Estado miembro participante en la cooperación reforzada<sup>74</sup>. Este es el sentido del artículo 9 del Reglamento 2016/1103<sup>75</sup>, que regula la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros puedan inhibirse de conocer de los efectos patrimoniales de un matrimonio si su derecho no contempla esa institución matrimonial (por ejemplo, matrimonios entre personas del mismo sexo o poligámicos), para luego no tener que invocar la excepción del orden público porque la ley del foro no permite esos matrimonios y, por tanto, no puede regular sus efectos<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> Artículo 31 del Reglamento 2016/1103: "La aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado determinada por el presente Reglamento solo podrá ser rehusada si dicha aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público (*ordre public*) del foro".

<sup>72</sup> La aplicación de la ley del foro en el caso de no aplicación de la ley extranjera por vulneración del orden público, está expresamente regulada en el artículo 10 del Reglamento Roma III, en relación con los conflictos de leyes en divorcio y separación judicial.

<sup>73</sup> Así hay que interpretar lo establecido en el considerando 54 del Reglamento 2016/1103: "Sin embargo, los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar la ley de otro Estado o de negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución judicial, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando ello sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, "la Carta") y, en particular, a su artículo 21 sobre el principio de no discriminación".

<sup>74</sup> Como sostiene PABLO QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, cit., pp. 376-378, en los casos de disolución o liquidación del régimen económico matrimonial de matrimonios poligámicos o en los supuestos de repudio irrevocable, los órganos jurisdiccionales españoles, a pesar de tratarse de instituciones no previstas por el Derecho español, recurrirán a la aplicación del orden público atenuado al ser ésta la solución que se viene aceptando desde hace algunos años tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, reconociendo derechos sucesorios, de alimentos, pensiones compensatorias y a la disolución del régimen económico matrimonial en estos tipos de situaciones.

<sup>75</sup> El artículo 9 del Reglamento 2016/1104, también establece, que el órgano jurisdiccional competente en virtud de los foros de este Reglamento puede inhibirse de conocer si considera que en su Derecho no está reconocida la institución de la unión registrada. Si el órgano jurisdiccional decide inhibirse, lo hará sin dilación indebida.

<sup>76</sup> JOSEP MARÍA FONTANELLAS MORELL, "Una primera lectura de las propuestas de reglamento comunitario en materia de regímenes económicos matrimoniales y de los efectos patrimoniales de las uniones registradas", *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán. Las perspectivas de futuro*, PARRA RODRÍGUEZ, C., (dir.), Barcelona, 2013, pp. 277 y 278, para este autor parece lógico y coherente pensar que si el tribunal no se ha inhibido en un litigio referente a una institución desconocida en su ordenamiento jurídico cuando ha tenido la oportunidad de hacerlo, posteriormente ya no pueda invocar la excepción de orden público por el hecho de que la ley del foro no contempla el matrimonio o la unión en cuestión.

### 3. Las leyes aplicables en defecto de elección en materia de regímenes económicos matrimoniales: criterios objetivos pero materialmente orientados

Si los cónyuges no eligen la ley aplicable al régimen económico matrimonial, o no cumplen con sus requisitos, es necesario disponer de normas de conflicto comunes en los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada para determinar la ley aplicable en defecto de elección por los cónyuges.

Así, el Reglamento 2016/1103 prevé que la ley aplicable sea la determinada mediante una lista de puntos de conexión por orden de precedencia, jerárquica, que garantizaría la previsibilidad para los cónyuges y para los terceros. Estos criterios de conexión de las normas de conflicto del Reglamento están concebidos para conciliar la vida real de la pareja, especialmente si los cónyuges se han establecido en su primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio, determinando fácilmente la ley aplicable a su régimen económico matrimonial. No obstante, de modo excepcional, uno de los cónyuges podrá solicitar a un órgano jurisdiccional que la ley aplicable sea la ley del Estado en el que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual común, como veremos. Se prevé también, la ley aplicable en defecto de la ley de la primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio (o cuando no se hayan cumplido las condiciones para aplicar la ley de la última residencia común) y una cláusula, o punto de conexión, de cierre para determinar la ley aplicable.

De tal modo que, si los cónyuges no han elegido la ley aplicable o esta elección no reúne los requisitos exigidos en los artículos 24 y 25 del Reglamento 2016/1103, e incluso cuando las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad material han otorgado pactos o capitulaciones matrimoniales para regir su matrimonio pero no han determinado la ley aplicable que los va a regular<sup>77</sup>, el Reglamento 2016/1103, en el artículo 26, prevé la determinación de una ley supletoria con un orden jerárquico y atendiendo a criterios objetivos: si no concurren las circunstancias del primer punto de conexión podemos aplicar el segundo y si no el tercero (o de cierre). Valorando también la norma la posibilidad de aplicar una cláusula de excepción por parte de los órganos jurisdiccionales que conocen del asunto cuando se den determinadas circunstancias, solo en lugar del primer punto de conexión.

Por tanto, la primera ley aplicable al régimen económico matrimonial — cuando no haya elección (o no válida) o para fijar la ley que regula los pactos o capitulaciones —, será la ley

<sup>77</sup> PABLO QUINZÁ REDONDO, "Unificación — fragmentada — del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103", cit., p.16, "Dicha situación podría tener lugar no solo cuando los cónyuges no han realizado acuerdo alguno de elección de ley en sentido estricto, sino también en aquellos casos en que se ha ejercido la autonomía de la voluntad material pero no conflictual, es decir, cuando los cónyuges han escogido o diseñado, genéricamente un régimen económico matrimonial — comunitario, de participación o de separación, o bien una combinación *ad hoc* de los mismos — pero no han designado el derecho regulador en que se encuadra el mismo. A colación con esta última afirmación, ¿qué concreto régimen económico matrimonial resultará de aplicación en aquellos casos en que los cónyuges tampoco han otorgado capitulaciones matrimoniales en sentido estrictamente material? Nada dice el Reglamento sobre esta cuestión, aunque parece obvio que resultará de aplicación el régimen económico matrimonial legal previsto en el ordenamiento jurídico que resulte de aplicación de acuerdo con las conexiones objetivas del Reglamento".

del Estado de la primera residencia habitual de los cónyuges tras la celebración del matrimonio<sup>78</sup>. De nuevo la prevalencia del punto de conexión fáctico que atiende al centro de vida de las personas físicas, a su centro de intereses, en este caso el de los cónyuges, más que a la conexión cultural<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> Existen otros Reglamentos europeos que establecen este criterio como regla general no solo para determinar la competencia judicial internacional, sino también la ley aplicable. Así en materia de Derecho de familia, el Reglamento de Bruselas II bis, que regula competencia judicial internacional, establece este foro para la separación judicial, el divorcio y la nulidad, para la responsabilidad parental y para la sustracción de menores (artículos 3.1 a), 8.1, 9, 10 y 12.3); el Reglamento 1259/2010 de ley aplicable a la separación judicial y al divorcio, Roma III, lo establece como criterio preferente, (en su artículo 5, si hay elección de los cónyuges, o sin su elección en el artículo 8); el Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo de 18 de 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 regula este foro en materia de derecho de alimentos (DO L núm. 7, 10.1 .2001, y por remisión en su artículo 15 al Protocolo de La Haya de 2007, también se establece como regla general en la ley aplicable a los alimentos (artículo 3). En materia patrimonial, prevaleciendo la autonomía de la voluntad conflictual, se establece como criterio subsidiario la residencia habitual de las partes en caso de falta de elección, en el Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, "Roma I" (DO L núm.177, 4.7.2008), (artículos 4.1 a) b) d) e) f); 4.2; 5.1; 5.2; 6.1; 7.2 y 11. 2, 3 y 4), y en el Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, "Roma II" (DO L núm.199, 31.7.2007), (artículos 4.2; 5.1 a); 10.2; 11.2 y 12.2 b)). Solo en el Reglamento de sucesiones se contempla lo que se entiende, de manera autónoma, por residencia habitual, a efectos sucesorios, en los considerando 23 y 24 del Reglamento 650/2012, donde se dice que: "se ha de llevar a cabo una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años previos a su fallecimiento, en particular la duración y regularidad de la estancia. En los supuestos de traslados profesionales o económicos se ha de tener en cuenta el país con el que presenta vínculos más estrechos, según el centro de interés de su familia y vida social, valorando su nacionalidad o la localización de sus bienes". Fuera de este supuesto (salvo en materia contractual y extracontractual, en que se define este concepto cuando se ejercite actividad profesional o comercial o se trate de personas jurídicas, en los artículos 19 del Reglamento Roma I y, en los mismos términos, el artículo 23 del Reglamento Roma II), en los casos de Derecho de familia, son la doctrina y la jurisprudencia los que se han pronunciado sobre esta cuestión importante para determinar un punto de conexión principal (también presente cuando las partes eligen la ley aplicable).

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sobre el concepto autónomo de residencia habitual de las personas físicas en Derecho de familia: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE), de 15 de septiembre de 1994, Asunto C-452/93, *Magdalena Fernández*, estableció en su fundamento 22 que, la residencia habitual es el lugar en el que el interesado ha fijado, con la intención de conferirle un carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses, y, naturalmente, a efectos de determinar la residencia habitual, es preciso tener en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos de ésta. Otras sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que determinan el concepto autónomo de residencia habitual de menores son, la STJUE, de 2 de abril de 2009, Asunto C-523/07, *A*, (fundamentos. 38, 39, 42 y 44); en el mismo sentido, la STJUE, de 22 de diciembre 2012, Asunto C-497/10, *Mercredi*, fundamento 47; y la STJUE, de 8 junio 2017, Asunto C-111/17, *OL y PQ*, fundamento 69.

<sup>79</sup> También PABLO QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, cit., p. 476. Además, añade, se sigue primando este punto de conexión como en los más recientes reglamentos europeos, PABLO QUINZÁ REDONDO, "Unificación — fragmentada — del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103", cit., p.17 : "El legislador de la Unión Europea, de nuevo, otorga un papel protagonista a la residencia habitual en detrimento de la nacionalidad, como viene ocurriendo en los recientes instrumentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea, tales como el Reglamento Roma III o el Reglamento sobre sucesiones".

KATHARINA HILBIG-LUGANI, "Habitual Residence in European Family Law: The Diversity, Coherence and Transparency of a Challenging Notion", BOELE-WOELKI, K./ DETHLOFF N./ GEPHART W., (eds.), *Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014, p. 260 (pp.249-263), da una visión crítica de la conexión residencia habitual y sobre la necesidad de establecer criterios de concreción dependiendo del tipo de materias y de instrumentos legislativos, entendiendo que el tiempo de duración de la residencia debe ser mayor en caso de materias personales (por ejemplo, sucesión o divorcio), pues es necesaria mayor integración en el tejido social y cultural del país de acogimiento, y menor en materia de obligaciones contractuales cuando también se utiliza la residencia habitual como punto de conexión. Para JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 1, 2014, p. 26. (pp.5-44), "el contexto social y jurídico reviste una extrema importancia. Por tanto, en lo que afecta a este último instrumento legal, la residencia habitual debe especificarse de un modo particular, pues interesa la residencia habitual a efectos sucesorios, no a efectos contractuales o de divorcio. En tal sentido, por ejemplo, cuando se trata de concretar la residencia habitual de un cónyuge en un litigio de divorcio, los elementos a valorar son distintos de los que deben evaluarse para concretar el país donde se encuentra el centro de vida". En relación con las Reglamentos sobre las consecuencias patrimoniales del matrimonio (Reglamento 2016/1103) y de las uniones de hecho registradas (Reglamento 2016/1104) LUCAS PÉREZ MARTÍN, "Trascendencia de la residencia habitual en los reglamentos europeos sobre régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, LASARTE, C. / CERVILLA, Mª D., (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 856 y 857 (pp.837-857), propone que, "en los casos de residencia en la que los dos

Sin embargo, como la concreción temporal de esta residencia habitual es al momento de la celebración del matrimonio, puede ser aplicable una ley de residencia habitual de un Estado que no coincida con el de los órganos jurisdiccionales competentes: conforme al 26. 1, la ley aplicable es la de la residencia habitual común tras el matrimonio y los jueces o tribunales competentes pueden ser los de la residencia habitual común en el momento de interponer la demanda (conforme al artículo 6, que regula en el Reglamento 2016/1103 la competencia judicial internacional objetiva, en defecto de foros conectados a los de sucesión o crisis matrimonial, o de acuerdo expreso o tácito de competencia, que también pueden hacer competentes a los mismos jueces o tribunales). Estos órganos jurisdiccionales de Estados miembros participantes en la cooperación reforzada podrían aplicar una ley de un Estado poco vinculada a las partes o incluso una ley de un tercer Estado<sup>80</sup>, para regular el régimen económico matrimonial de una pareja que en el momento de interponer la demanda no residen habitualmente en el mismo Estado que tras la celebración del matrimonio (ley aplicable en primer lugar en defecto de elección por los cónyuges)<sup>81</sup>. No obstante, está la posibilidad, restrictiva, de aplicar la clausula de excepción<sup>82</sup>.

En defecto de residencia habitual común del matrimonio tras la celebración del matrimonio, porque residen cada uno en Estado distinto, se aplicará, ley del Estado de la nacionalidad

---

miembros de la pareja no vivan habitualmente en el mismo lugar, se ha de valorar, inicialmente, si se da la residencia habitual familiar común, y en segundo lugar en cuál de los Estados en los que viven las dos personas de la pareja establecemos esa residencia habitual. El concepto de residencia habitual en esta materia es autónomo, y para establecerlo, en caso de que la pareja no conviva junta a lo largo de todo el año, proponemos valorar global y conjuntamente los criterios de tiempo que viven juntos, hijos y domicilio habitual de estos con uno de los miembros de la pareja, motivo de la separación entre ambos, su nacionalidad, lazos personales e intereses patrimoniales". "La valoración de todas las circunstancias descritas deberá ser realizada de forma global, integral, evaluando unos y otros aspectos, poniéndolos en relación y compensándolos, valorando la relación personal, familiar y social de la pareja, para establecer finalmente con qué Jurisdicción nacional y ley estatal tienen más relación los cónyuges o miembros de la unión registrada".

Sobre la noción y relevancia del criterio de residencia habitual *vid.* ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT, "El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1, 2010, pp. 196-202 (pp.186-202); ANDREA RICCI, "Habitual Residence as a Ground of Jurisdiction in Matrimonial Disputes: From Brussels II-bis to Rome III", *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, BARIATTI, S./ MALATESTA P./ POCAR, V., Cedam, Padova, 2008, pp. 207-220; y MARCO MELLONE, "La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm.3, 2010, pp. 685-696.

<sup>80</sup> El Reglamento es de aplicación universal y puede remitir a una ley que no sea de Estado miembro (artículo 20).

<sup>81</sup> Como sostiene, ANDREA BONOMI, "The Proposal for a Regulation on Matrimonial Property. A Critique of the Proposed Rule on the Immutability of the Applicable Law", BOELE-WOELKI K. / DETHLOFF, N. / GEPHART, W. (eds.), *Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014, p.245: la ley aplicable en defecto de elección por las partes debería haber sido la ley de residencia habitual de los cónyuges en el momento de plantearse la demanda o la ley de la última residencia habitual común de los cónyuges. También como señalaron PABLO QUINZÁ REDONDO/ JACQUELINE GRAY, "La (des) coordinación entre la propuesta de Reglamento sobre régimen económico matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XIII, 2013, pp. 539-540, la fijación del punto de conexión de la ley aplicable al régimen económico matrimonial en el momento de residencia habitual inmediatamente posterior al matrimonio dificulta la conveniencia de que el Derecho de un mismo Estado regule las cuestiones conectadas, como crisis matrimonial o sucesiones, pues los puntos de conexión subsidiarios de los Reglamentos sobre sucesiones — residencia habitual al tiempo del fallecimiento (artículo 22.1) — y divorcio (o separación judicial) — residencia habitual en el momento de presentación de la demanda (artículo 8.a)) — se encuentran congeladas en virtud de otras circunstancias. Pese a que estos problemas pueden ser mitigados si se elige la ley aplicable (aunque también señalan que el Reglamento sobre régimen económico matrimonial permite elegir la ley de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, mientras que el artículo 5 del Reglamento de ley aplicable a la separación judicial y el divorcio no permite esa elección).

<sup>82</sup> Nos remitimos al siguiente epígrafe.

común de los cónyuges en el momento de celebrar el matrimonio<sup>83</sup>. No obstante, dicha ley no resultará aplicable si los cónyuges tienen nacionalidad distinta o más de una nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio, como expresamente dispone el artículo 26 en el párrafo segundo. Además, otro inconveniente, es que al estar concretado este punto de conexión al momento de celebración del matrimonio podría aplicarse una ley de un Estado poco vinculada, si cambian los cónyuges de nacionalidad posteriormente y es ésta la que ostentan al interponer la demanda o asunto sobre su régimen económico matrimonial. En este supuesto no es posible la clausula de excepción (artículo 26.3)<sup>84</sup>.

Como punto de conexión de cierre, y en defecto de los puntos de conexión anteriores (los cónyuges no han tenido residencia habitual común tras la celebración del matrimonio, ni nacionalidad común en ese momento o tienen más de una nacionalidad común), y para que siempre exista una ley aplicable, se estará a la ley del Estado con la que los cónyuges tengan la vinculación o conexión más estrecha en el momento de celebrar el matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias en ese momento<sup>85</sup>.

En este caso, el órgano jurisdiccional que conozca del asunto atenderá a todos los concretos contactos de los cónyuges y su patrimonio — subjetivos (nacionalidad, domicilio o residencia habitual de cada uno), territoriales (por ejemplo, lugar de situación de los bienes o lugar de celebración o cumplimiento de los contratos celebrados por el matrimonio), jurídicos (por ejemplo, órgano jurisdiccional competente u órganos jurisdiccionales competentes para los asuntos relacionados) —, al celebrarse el matrimonio, con la ley de un Estado. Ley con la que los cónyuges estén más vinculados o próximos, y que el órgano jurisdiccional considere más lógico aplicar para regir los efectos patrimoniales de su matrimonio y que no les ocasione costes conflictuales. Estamos, pues, ante una norma materialmente orientada.

Esta ley de vínculos más estrechos, como punto de conexión flexible, puede ser la ley del foro, la ley del Estado de los órganos jurisdiccionales que son competentes para conocer del régimen económico matrimonial (como así se establece, como clausula de cierre, en el

<sup>83</sup> Como dijimos, el ordenamiento jurídico de cada Estado determinará quiénes son sus nacionales y las soluciones de la nacionalidad prevalente en los casos de múltiple nacionalidad (considerando 50). Lo explica PABLO QUINZÁ REDONDO, "La "cláusula de excepción" del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial", *Persona y Familia en el Nuevo Modelo Español de Derecho Internacional Privado*, cit., p. 305: "precisamente para evitar "favorecer" una nacionalidad común en detrimento de otra en común, el art. 26.2 establece que esta segunda conexión no operará en caso de que los cónyuges tengan más de una nacionalidad en común".

<sup>84</sup> En caso de que los cónyuges cambien de nacionalidad posteriormente no está prevista la clausula de excepción como en el supuesto de cambio de residencia habitual. Así dice PABLO QUINZÁ REDONDO, "Inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de compraventa bajo régimen económico-matrimonial extranjero: La DGRN de 10 de mayo de 2017", *Bitácora Millennium DIPr.*, núm. 6, 2017, p. 79 (pp.73-98): "subyace aquí el temor de que el al art. 26.1.b) del Reglamento 2016/1103 conduzca a la aplicación de un derecho poco conectado con las circunstancias de los cónyuges en el momento del litigio, especialmente si éstos han cambiado o dejado de tener nacionalidad común durante la vigencia del matrimonio. Sin embargo, a diferencia del apartado anterior, no se ofrece aquí ningún tipo de correctivo al estilo del art. 26.3 del Reglamento". Indicando en nota a pie que la razón se deba en que el cambio de nacionalidad no es tan sencillo como el cambio de residencia habitual.

<sup>85</sup> Se trata de la ley más vinculada con la vida matrimonial. Es la solución acogida por el artículo 4.3 del Convenio de La Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales, por el artículo 29. 2 de la Ley de Derecho internacional privado italiana de 1995, por el artículo 14.1.3 BGB y por el artículo 52.2 del Código civil portugués. En la doctrina italiana defendió este punto de conexión: ILARIA VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1996, pp. 65-84 y pp.167-202, destaca que es un criterio flexible que permite al juez ser el protagonista, pues es el que ha de interpretar qué ley está más conectada con el matrimonio.

artículo 8 del Reglamento Roma III, relativo a la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial)<sup>86</sup>, haciendo coincidir *forum-ius* y la misma ley que en el supuesto de disolución del vínculo matrimonial (si hay que proceder a la liquidación de éste). No obstante, no puede ser la ley de la última residencia habitual de los cónyuges, porque aunque se regula como clausula de excepción (artículo 26.3), la norma no permite aplicarla: pues la ley con la que los cónyuges tenga la conexión más estrecha se concreta al momento de celebrarse el matrimonio (artículo 26.1 c)).

#### 4. La clausula de excepción: la ley de última residencia habitual común de los cónyuges como ley más próxima

En casos excepcionales<sup>87</sup>, el artículo 26.3 del Reglamento 2016/1103 prevé que, en defecto de elección de la ley aplicable, y de capitulaciones matrimoniales, la autoridad judicial de un

<sup>86</sup> Sostiene, PABLO QUINZÁ REDONDO, "Unificación — fragmentada — del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103", cit., p.18, "a modo de ejemplo, y siguiendo lo que establecía la Propuesta de Reglamento en su art. 17.1.c) podría citarse el Estado de la celebración del matrimonio, aunque lo cierto es que dicho Estado no tiene por qué reflejar, necesariamente, un vínculo estrecho con los cónyuges, como puede ocurrir en aquellos casos en que los cónyuges han elegido un Estado "neutral" para casarse. Otra circunstancia que podría tomarse en consideración sería la residencia habitual que tuvieran hasta el momento de la celebración del matrimonio, siempre y cuando tras la celebración del mismo ambos pasaran a tener distintas residencias habituales, pues de lo contrario el supuesto se enmarcaría en el art. 26.1 a)". ANABELA SUSANA SOUSA GONÇALVES, ob. cit., p. 7: "La posibilidad de elegir la ley del foro permite la coincidencia *forum-ius* y tiene la ventaja de que el Tribunal competente para decidir sobre la disolución del vínculo matrimonial lo hará de conformidad con su legislación nacional, disminuyendo así la posibilidad de que resulte aplicable una ley extranjera. Este resultado reduce el error judicial y facilita la buena administración de la justicia en la medida que el Tribunal aplicará el Derecho que mejor conoce, su derecho interno".

<sup>87</sup> ¿Responde a los mismos criterios mantenidos sobre las clausulas de excepción por el legislador comunitario en Roma I y Roma II (no aparece esta clausula en el Reglamento Roma III, quizás por referirse al matrimonio)? Vid. ANA FERNÁNDEZ PÉREZ, "Funciones de las cláusulas de excepción en el proceso de localización de la norma en conflicto", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVII, núm. 2, 2015, pp. 83-109 (especialmente notas a pie 24-26). Para JOSE CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, ob.cit., p. 16, esta clausula del Reglamento 2016/1103 no sigue los parámetros de los otros Reglamentos.

En relación con la ley aplicable a la pensión de alimentos, CSONGOR ISTVÁN NAGY, ob.cit., p. 522, defiende que, el juez tendrá el poder de aplicar el mismo derecho al régimen económico matrimonial y a los alimentos en aquellos casos donde el problema de la interrelación garantiza que éste y la reclamación sobre alimentos surgen simultáneamente con o con posterioridad a la división de los bienes matrimoniales. Hay que tener en cuenta, para coordinar la ley aplicable a la pensión de alimentos entre cónyuges y a la liquidación del régimen económico matrimonial, que la cláusula de escape para poder aplicar la ley de la última residencia habitual común (en lugar de la regla general: ley de residencia habitual del acreedor de alimentos), está prevista en el artículo 5 del Protocolo de La Haya de 2007, aunque esa ley solo se aplica si una de las partes se opone a la regla general y siempre que presente una vinculación más estrecha con el matrimonio (así dispone este artículo 5: "con respecto a las obligaciones alimenticias entre cónyuges, ex cónyuges o entre personas cuyo matrimonio haya sido anulado, el artículo 3 no se aplicará si una de las partes se opone y la ley de otro Estado, en particular la del Estado de su última residencia habitual común, presenta una vinculación más estrecha con el matrimonio. En tal caso, se aplicará la ley de este otro Estado").

Sobre las diferencias de esta clausula, con la aplicación de la ley de vínculos más estrechos, como excepción de la ley de la última residencia habitual del causante, del artículo 21. 2 del Reglamento de sucesiones, PABLO QUINZÁ REDONDO, "La "cláusula de excepción" del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial", *Persona y Familia en el Nuevo Modelo Español de Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 308-309: "En primer lugar, en el Reglamento 2016/1103, el legislador de la Unión Europea ha especificado expresamente la ley que permite excepcionar la aplicación del primer punto de conexión, la ley de la última residencia habitual común de los cónyuges, mientras que en el Reglamento sobre sucesiones, resulta posible la aplicación de la ley de cualquier otro Estado, siempre que quede demostrado que el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con este último. Por otro lado, el Reglamento 2016/1103 exige que los cónyuges se hubieran basado en la ley del Estado de su última residencia habitual para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales, en contraposición con el art. 21.1 del Reglamento sobre sucesiones, que nada expresa respecto de la hipotética voluntad del causante por actos realizados antes de su fallecimiento. Finalmente, el Reglamento 2016/1103 exige para la aplicación del art. 26.3 la solicitud de cualquiera de los

Estado miembro, pueda (a instancia de parte), cuando los cónyuges se hayan trasladado de la residencia habitual en el momento de celebrarse el matrimonio a otra residencia habitual por un largo período, aplicar la ley de esta última residencia habitual<sup>88</sup>.

El órgano jurisdiccional competente podrá aplicar la ley de la última residencia habitual común de los cónyuges, en lugar de la primera, siempre que concurren condiciones excepcionales<sup>89</sup>:

En primer lugar, el órgano jurisdiccional debe ser el competente judicialmente aplicando las normas de competencia judicial internacional: si es un Estado miembro participante en la cooperación reforzada será competente por las normas de este Reglamento 2016/1103 (artículos 4 a 19). Pero la norma dice "la autoridad judicial que tenga competencia para resolver sobre el régimen económico matrimonial", no tiene que ser de un Estado miembro participante en la cooperación reforzada, aunque solo los órganos jurisdiccionales de estos Estados están vinculados y obligados a aplicar las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103.

En segundo lugar, y expresamente lo establece el artículo 26.3, la determinación de esta ley de la última residencia habitual, solo se aplica a instancia de cualquiera de los cónyuges.

En tercer término, que los cónyuges hayan realizado o planificado sus relaciones patrimoniales en base a dicha ley de la última residencia habitual común.

La cuarta condición, que la residencia en dicho Estado tenga una durabilidad mayor (los cónyuges llevan residiendo en dicho Estado un período de tiempo "considerablemente más largo") que en el Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio.

Las dos últimas condiciones tienen que acreditarse por el cónyuge que lo solicite (dice la norma que es el "demandante" el que tiene que demostrar<sup>90</sup>), aunque pueden ser también los dos cónyuges, máxime cuando la determinación de esta ley de la última residencia habitual se aplica a instancia de cualquiera de los cónyuges.

---

cónyuges, mientras que ante el silencio del Reglamento sobre sucesiones podría entenderse que la aplicación del art. 21.2 podría iniciarse ex officio, aunque no es menos cierto que no debe descartarse que sean los propios herederos quienes insten al juez a aplicar la ley de un Estado distinto al de la última residencia habitual del causante".

<sup>88</sup> En los mismos términos, el considerando 51 del Reglamento 2016/1103: "Por lo que respecta a la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial en defecto de elección de la ley aplicable y de capitulaciones matrimoniales, la autoridad judicial de un Estado miembro, a instancia de cualquiera de los cónyuges, debe, en casos excepcionales, cuando los cónyuges se hayan trasladado al Estado de su residencia habitual por un largo período, poder llegar a la conclusión de que es la ley de ese Estado la que podrá aplicarse cuando los cónyuges la invoquen. En todo caso, no podrá perjudicar los derechos de terceros".

<sup>89</sup> Vid. FABRIZIO VISMARA "Legge applicabile in mancanza di scelta e clausula di eccezione nel regolamento (UE) n. 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 53, núm. 2, 2017, pp. 363-370 (pp.355-371).

<sup>90</sup> PABLO QUINZÁ REDONDO, "Unificación — fragmentada — del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103", cit., p. 17 in fine, "aunque en realidad parece lógico pensar que se está haciendo referencia al "solicitante" de dicha medida, pues el art. 26.3 puede aplicarse "a instancia de cualquiera de los cónyuges". PABLO QUINZÁ REDONDO, "La "cláusula de excepción" del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial", *Persona y Familia en el Nuevo Modelo Español de Derecho Internacional Privado*, cit., p. 310, "a priori, resulta complicado imaginar que el legislador de la Unión Europea haya querido imponer requisitos más gravosos al demandante que al demandando y es por ello que parece lógico pensar que cuando el texto se refiere al "demandante" se está haciendo mención, en realidad, al "solicitante" de dicha medida".

En relación con la primera de ellas, tiene que demostrar que los cónyuges basaron en la ley del Estado de la nueva residencia habitual común la organización y planificación de sus relaciones patrimoniales. Pudiendo probarse, por ejemplo, cuando al enajenar un bien o bienes del matrimonio hubiesen tenido en cuenta la ley del Estado donde tuviesen su residencia, en ese momento, y que no fuera la primera que hubieran tenido al celebrar el matrimonio. Pero debe convencer al órgano jurisdiccional que conoce del asunto relativo al régimen económico matrimonial<sup>91</sup>.

Respecto a la duración de la nueva residencia habitual de los cónyuges, debe probarse que es de larga duración y no solo que se encontraban allí de modo accidental o circunstancial: que el tiempo que hubiesen residido en la última residencia habitual fuese mayor, "considerablemente más largo" (sin fijar un número de años determinado), que el de la primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio. Podría ser un indicio, que tras la celebración del matrimonio residiesen en un Estado durante breve tiempo y luego cambiasen al nuevo lugar de residencia habitual común, que es donde se encuentra el centro real de la vida familiar y patrimonial de los cónyuges. Por ello, piden que a los asuntos en relación con su régimen económico matrimonial se les aplique la ley del Estado donde tienen su última residencia habitual.

Es una clausula de excepción y, por tanto, el que decide que se aplique esta ley de la última residencia habitual común es el órgano jurisdiccional competente que conoce del asunto atendida las circunstancias<sup>92</sup>. Puede ser que no coincida con la ley con la que los cónyuges tengan una conexión más estrecha en el momento de celebrarse el matrimonio (como dispone como punto de conexión de cierre el artículo 26.1 c)), pues podemos estar en otro momento temporal<sup>93</sup>, pero siempre se tratará de una norma materialmente orientada al resultado pretendido por los cónyuges.

No obstante, el órgano jurisdiccional competente también está sujeto a otros límites contenidos en el artículo 26.3. Así, la excepción del artículo 26.3 del Reglamento 2016/1103 no resulta aplicable con respecto a los apartados b) y c) del artículo 26.1 (dice la norma literalmente: "la ley de un Estado distinto del Estado cuya ley sea aplicable en virtud del

<sup>91</sup> Dificil de probar: PABLO QUINZÁ REDONDO, "La "cláusula de excepción" del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial", *Persona y Familia en el Nuevo Modelo Español de Derecho Internacional Privado*, cit., p. 311, "salvo que hubiera tenido lugar un acto de disposición sobre alguno de los bienes y el operador jurídico hubiera determinado expresamente en el documento público en cuestión tanto el régimen económico matrimonial como la ley aplicable, lo cierto es que en el resto de los casos, este requisito resulta de difícil determinación".

<sup>92</sup> Aunque la norma parece disponer que el órgano jurisdiccional competente puede aplicar la ley de otro Estado cualquiera (siempre que no sea el de la primera residencia habitual común), sin embargo, como clausula de excepción, el juez deberá limitarse a aplicar la ley del Estado de la última residencia habitual común de los cónyuges cuando se den determinados requisitos, así PABLO QUINZÁ REDONDO, "La "cláusula de excepción" del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial", *Persona y Familia en el Nuevo Modelo Español de Derecho Internacional Privado*, cit., p. 310, "lo cierto es que dicha afirmación merece ser interpretada restrictivamente, pues el órgano jurisdiccional sólo podrá excepcionar la aplicación de la ley de la primera residencia habitual, a tenor del apdo. a), en favor de la ley última residencia habitual y no en favor de la ley de cualquier otro Estado".

<sup>93</sup> Para PABLO QUINZÁ REDONDO, "La "cláusula de excepción" del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial", *Persona y Familia en el Nuevo Modelo Español de Derecho Internacional Privado*, cit., p. 305, la fijación del punto de conexión de la primera residencia habitual común de los cónyuges en el momento de celebrarse el matrimonio constituye el origen y razón de ser de la excepción contenida en el art. 26.3 del Reglamento 2016/1103.

apartado 1, letra a), regirá el régimen económico matrimonial"); es decir, cuando se determinan como leyes subsidiarias (a falta de elección de los cónyuges), en defecto de residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio: la ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio y, en su defecto, la ley con la que ambos cónyuges tengan la vinculación más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias. Aunque alguna de estas leyes supletorias sea la ley del foro, la ley de los órganos jurisdiccionales que conocen del régimen económico matrimonial, pero puede estar menos vinculada con los cónyuges que la ley de la última residencia habitual común<sup>94</sup>. Tampoco se podrá aplicar esta ley de última residencia habitual común de los cónyuges cuando afecte negativamente a los derechos de terceros derivados de la ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras el matrimonio.

Por último, si los cónyuges han pactado capitulaciones matrimoniales con anterioridad al establecimiento de la última residencia habitual en otro Estado, no se puede aplicar la ley a que conduzca este punto de conexión, pues debe respetarse la autonomía de la voluntad de los cónyuges. Del mismo modo que ha de respetarse la autonomía de la voluntad conflictual, porque no es posible aplicar esta ley de la última residencia habitual común cuando los cónyuges han elegido otra ley aplicable a su régimen económico matrimonial (conforme al artículo 22 del Reglamento 2016/1103), que es la que ellos pretenden que regule los efectos patrimoniales de su matrimonio.

En relación al momento temporal que surta efecto esta nueva ley aplicable, será desde la celebración del matrimonio, salvo que uno de los cónyuges no esté de acuerdo. Entonces esta cláusula de excepción solo surte efecto desde el establecimiento de la nueva residencia habitual común del matrimonio (última residencia habitual común).

## 5. Soluciones al conflicto móvil en materia de regímenes económicos matrimoniales

Llegados a este punto debemos responder a la siguiente cuestión: ¿Qué ley se aplica cuándo se cambia de residencia habitual o nacionalidad de los cónyuges? ¿Prima la seguridad

<sup>94</sup> MÓNICA VINAIXA MIQUEL, ob. cit., p. 301: "El alcance limitado de la cláusula de excepción del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103, que tan sólo opera con respecto a la ley designada por el art. 26.1 a), y con la que se intenta conseguir que el juez aplique la ley del foro y una ley vinculada a la vida de los cónyuges, puede encontrar su explicación en que las conexiones subsidiarias previstas en los apartados b) (ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de celebrar el matrimonio) y c) (ley con la que los cónyuges tengan la vinculación más estrecha en el momento de celebrar el matrimonio teniendo en cuenta todas las circunstancias) del art. 26.1 del Reglamento 2016/1103, en principio, por sí mismas, pueden dar lugar a la aplicación de una ley vinculada a la vida de los cónyuges. Sin embargo, si tenemos en cuenta que ambas están fijadas temporalmente al inicio de la vida matrimonial — momento de celebrar el matrimonio —, en muchas ocasiones éstas darán lugar a la aplicación de leyes con las que los cónyuges no tienen ninguna vinculación, como puede suceder, por ejemplo, en el caso de que los cónyuges inmediatamente después de celebrar matrimonio hubieran fijado su residencia habitual en un Estado y poco tiempo después la hubieran trasladado al territorio de otro Estado. Las conexiones de los apartados b) y c) del art. 26.1 tampoco garantizan la aplicación de la ley del foro por parte del órgano jurisdiccional competente, en particular, cuando su competencia está basada en el art. 6 del Reglamento 2016/1103".

jurídica? ¿Por qué ha optado el legislador en el Reglamento 2016/1103: por la mutabilidad de oficio o por la inmutabilidad salvo acuerdo de los cónyuges?

Sobre esta cuestión hay que responder distinguiendo entre las normas de conflicto del Reglamento que regulan la autonomía de la voluntad conflictual y las que establecen la ley aplicable en defecto de elección.

En el primer caso, ya vimos, que para evitar el conflicto móvil, los cónyuges o futuros cónyuges podrán designar o cambiar la ley aplicable, siempre que sea la ley de la residencia o nacionalidad de cualquiera de ellos, fijando esa elección en el momento de la celebración del acuerdo (artículo 22 del Reglamento 2016/1103). La elección de las partes de la ley de residencia o nacionalidad de cualquiera de ellos, leyes más próximas, queda fijada en el momento en que los cónyuges acuerdan esa elección, aunque después cambien de residencia o nacionalidad<sup>95</sup>. Sin embargo, tienen la posibilidad de realizar una nueva elección de ley de común acuerdo. Salvo acuerdo en contrario de los cónyuges, todo cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial efectuado durante el matrimonio solo surtirá efectos en el futuro.

En defecto de un acuerdo de elección, o cuando éste no cumpla los requisitos de validez formal o material dispuestos en los artículos 23 y 24 del Reglamento 2016/1103 (o en defecto de capitulaciones o de validez de las mismas), la ley aplicable al régimen económico matrimonial puede ser, como establece el artículo 26.1, la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, en su defecto, la ley del Estado de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, o, en su defecto, la ley del Estado con que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio. Todos estos puntos de conexión se fijan en un momento temporal determinado para evitar el conflicto móvil: el momento de la celebración del matrimonio. Teniendo en cuenta que son puntos de conexión, los dos primeros (residencia habitual y nacionalidad) variables de por sí (los cónyuges pueden cambiar de residencia o nacionalidad a lo largo de su vida), quedan fijados en ese momento determinado: la ley aplicable es la determinada como residencia habitual común de los cónyuges tras celebrarse el matrimonio, y en su defecto, si no tienen residencia común en ese momento o no puede determinarse, la ley de la nacionalidad común en el momento de celebrar el matrimonio. Respecto al tercer punto de conexión (la conexión más estrecha atendiendo a todas las circunstancias), o punto de cierre, es un punto de conexión flexible que también necesita de concreción para evitar el conflicto móvil: esa conexión hay que encontrarla en el momento de celebración del matrimonio, y no en otro momento.

A modo de excepción, y a instancia de cualquiera de los cónyuges, la autoridad judicial competente puede aplicar la ley del Estado donde los cónyuges tuvieran su última residencia habitual común durante un período de tiempo considerablemente más largo que en el Estado

<sup>95</sup> BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, "Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y uniones registradas", *Persona y Familia en el Nuevo Modelo Español de Derecho Internacional Privado*, cit., p. 263: "en este sentido el legislador europeo ha primado claramente la voluntad de las partes en aras a la previsibilidad y seguridad jurídica".

designado como primera residencia habitual. En este supuesto, además de cumplirse determinadas condiciones, se establece en el artículo 26. 3, que la ley de ese otro Estado se aplicará, para todo lo relativo al régimen económico matrimonial, desde la celebración del matrimonio, a menos que uno de los cónyuges no esté de acuerdo. En este último caso, la ley de ese otro Estado surtirá efecto a partir del establecimiento de la última residencia habitual común en dicho Estado (artículo 26. 3, párrafo segundo, del Reglamento 2016/1103).

¿Es necesario el acuerdo de las partes o su previo consentimiento para cambiar de ley aplicable? Resulta obvio que el supuesto de elección de la ley por los cónyuges, o capitulaciones matrimoniales, es necesario el consentimiento de ambos para el cambio de esa elección de ley, que quedará fijada en el momento de celebrar el acuerdo. En caso de que no exista elección de ley o capitulaciones, las leyes aplicables se fijan en el momento de la celebración del matrimonio, por tanto, no pueden los cónyuges variar la concreción del punto de conexión. Sin embargo, la excepción de que se aplique la ley del Estado de la última residencia habitual común del matrimonio requiere el consentimiento de ambos cónyuges para que surta efectos esta ley desde el momento de la celebración del matrimonio, en caso contrario (uno de los cónyuges no está de acuerdo<sup>96</sup>) dicha ley solo surtirá efecto a partir del establecimiento de la última residencia habitual común en dicho Estado. Se ha optado por aplicar la ley más próxima a los cónyuges previo acuerdo. Se ha preferido, en esta norma del Reglamento 2016/1103, respetar lo pretendido por las partes para conseguir un determinado resultado material, como en el resto de sus normas de conflicto.

## Bibliografía

ALPA, GUIDO / CAPILLI, GIOVANNA, *Diritto privato europeo*, Padova, 2006.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO, "Breves notas sobre la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado", *Soberanía del Estado y Derecho Internacional Carrillo Salcedo*, tomo I, Sevilla, 2005.

AÑOVEROS TERRADAS, BEATRIZ, "La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho internacional privado comunitario de la familia", *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás*, FORNER DELAYGUA, J.J. / GONZÁLEZ BEILFUSS, C. / VIÑAS FARRÉ, R., (eds.), Marcial Pons, Madrid, 2013.

AÑOVEROS TERRADAS, BEATRIZ, "Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y uniones registradas", *Persona y Familia en el Nuevo Modelo Español de Derecho Internacional*

<sup>96</sup> No se especifica en la norma si el acuerdo debe ser expreso o tácito, o si requiere alguna forma determinada.

*Privado*, GUZMÁN, M. / ESPLUGUES, C. (DIRS.); HERRANZ, M. / VARGAS, M. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

BONOMI, ANDREA, "Il diritto applicabile alla separazione e al divorzio nella recenté proposta di Regolamento comunitario", *Lo Scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, BARIATTI, S./ RICCI, C., Cedam, Padova, 2008.

BONOMI, ANDREA, "The Proposal for a Regulation on Matrimonial Property. A Critique of the Proposed Rule on the Immutability of the Applicable Law", BOELE-WOELKI, K./ DETHLOFF, N. / GEPHART, W. (eds.), *Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014.

BUSCHBAUM, MARKUS, "Les Propositions de la Commission européenne relatives a l'harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples maries et des partenariats enregistrés", *Revue Critique de Droit international privé*, núm. 4, 2011.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Colección Ciencia Jurídica y Derecho Internacional, Granada, 2000.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, "Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 1, 2014.

COESTER-WALTJEN, DAGMAR, "Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes", *Yearbook of Private International Law*, vol. XIX, 2018.

DALLA BONTÀ, SILVANA, "Divorzio transfrontaliero e domande connesse nel Diritto dell'unione europea", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 6, 2016.

ESPINAR VICENTE, JOSÉ MARÍA, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996.

FERACI, ORNELLA, "L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XCVI, fasc. 2, 2013.

FERNÁNDEZ PÉREZ, ANA, "Funciones de las cláusulas de excepción en el proceso de localización de la norma en conflicto", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVII, núm. 2, 2015.

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSE CARLOS, "Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *La Ley Unión Europea*, núm. 40, 2016.

FONTANELLAS MORELL, JOSEP MARÍA, "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*, tomo LXV, 2012.

FONTANELLAS MORELL, JOSEP MARÍA, "Una primera lectura de las propuestas de reglamento comunitario en materia de regímenes económicos matrimoniales y de los efectos patrimoniales de las uniones registradas", *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán. Las perspectivas de futuro*, PARRA RODRÍGUEZ, C., (dir.), Barcelona, 2013.

HAUSMANN, RAINER, "Le questioni generali nel diritto internazionale privato europeo (general issues in European private international law)", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 3, 2015.

HILBIG-LUGANI, KATHARINA, "Habitual Residence in European Family Law: The Diversity, Coherence and Transparency of a Challenging Notion", BOELE-WOELKI, K./ DETHLOFF N./ GEPHART W., (eds.), *Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014.

MARTINY, DIETER, "Objectives and Values of (Private) International Law in Family Law", *International Family Law for the European Union*, MEEUSEN, J./ PERTEGÁS, M. / STRAETMANS, G. / SWENNEN, F. (eds.), Intersentia, Antwerp-Oxford, 2007.

MELLONE, MARCO, "La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm.3, 2010.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, ANA, "Los conflictos jurisdiccionales y de leyes en los efectos patrimoniales de las uniones de hecho", *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, LASARTE, C./ CERVILLA, M<sup>a</sup> D.(dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, ANA, "La autonomía de la voluntad en el Reglamento europeo sobre la ley aplicable al divorcio y la separación judicial", *Diario La Ley*, núm. 8271, 2014.

NAGY, CSONGOR ISTVÁN, "El derecho aplicable a los aspectos patrimoniales del matrimonio: la ley rectora del matrimonio empieza donde el amor acaba", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X, 2010.

PÉREZ MARTÍN, LUCAS, "Trascendencia de la residencia habitual en los reglamentos europeos sobre régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, LASARTE, C. / CERVILLA, M<sup>a</sup> D., (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

PÉROZ, HÉLÈNE, "Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux", *La semaine juridique, notariale et immobilière*, núm. 29, 2016.

PINTENS, WALTER, "Matrimonial property law in Europe", *The future of Family property in Europe*, BOELE WOELKI, K./ MILES, J./ SHERPE, J. M. (eds.), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011.

QUINZÁ REDONDO, PABLO / GRAY, JACQUELINE, "La (des) coordinación entre la propuesta de Reglamento sobre régimen económico matrimonial y los Reglamento en materia de divorcio y sucesiones", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XIII, 2013.

QUINZÁ REDONDO, PABLO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

QUINZÁ REDONDO, PABLO, "Unificación — fragmentada — del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 41, 2017.

QUINZÁ REDONDO, PABLO, "La "cláusula de excepción" del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial", *Persona y Familia en el Nuevo Modelo Español de Derecho Internacional Privado*, GUZMÁN, M. / ESPLUGUES, C. (DIRS.); HERRANZ, M. / VARGAS, M. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

QUINZÁ REDONDO, PABLO, "Inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de compraventa bajo régimen económico-matrimonial extranjero: La DGRN de 10 de mayo de 2017", *Bitácora Millennium DIPr.*, núm. 6, 2017.

RICCI, ANDREA, "Habitual Residence as a Ground of Jurisdiction in Matrimonial Disputes: From Brussels II-bis to Rome III", *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, BARIATTI, S./ MALATESTA P. / POCAR, V., Cedam, Padova, 2008.

RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS, "El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1, 2010.

RODRÍGUEZ PINEAU, ELENA, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002.

ROMANA FANTETTI, FRANCESCA, "Il regime patrimoniale europeo della famiglia", *Famiglia, Persona, Successioni*, núm.1, 2011.

SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, "El principio de libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 4, 2001.

SOUSA GONÇALVES, ANABELA SUSANA, "El principio de la autonomía de la voluntad en los reglamentos europeos sobre derecho de familia y sucesiones", *La Ley Unión Europea*, núm. 40, 2016.

VAQUERO LÓPEZ, CARMEN, "Los regímenes matrimoniales en un espacio de libertad, seguridad y justicia", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo VI, 2006.

VIARENGO, ILARIA, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1996.

VINAIXA MIQUEL, MÓNICA, "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, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2017.

VISMARA, FABRIZIO, "Legge applicabile in mancanza di scelta e clausula di eccezione nel regolamento (UE) n. 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 53, núm. 2, 2017.

## Jurisprudencia citada

STJCE, de 15 de septiembre de 1994, Asunto C-452/93, *Magdalena Fernández* (ECLI: EU: C: 1994:332).

STJCE, de 27 febrero 1997, Asunto C-220/92, *Antonius van den Boogaard y Paula Laumen* (ECLI: EU: C: 1997:91).

STJUE, de 2 de abril de 2009, Asunto C-523/07, *A* (ECLI: EU: C: 2009:225).

STJUE, de 16 de junio de 2009, Asunto C-168/08, *Laszlo Hadadi* (ECLI: EU: C: 2009:474).

STJUE, de 22 de diciembre 2012, Asunto C-497/10, *Mercredi*, (ECLI: EU: C: 2010:829).

STJUE, de 8 junio 2017, Asunto C-111/17, *OL y PQ* (ECLI: EU: C: 2017:436).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de abril de 2018, Sala de lo civil, sección 1ª (Roj: STS 1228/2018 - ECLI: ES: TS: 2018:1228).

(texto submetido a 20.12.2018 e aceite para publicação a 22.01.2019)