

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE

ÁREA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



GRADO EN DERECHO

4º Curso

Trabajo Fin de Grado

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL, LEY APLICABLE Y
RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN LOS REGÍMENES
ECONÓMICOS MATRIMONIALES: ESTUDIO PRÁCTICO
DEL REGLAMENTO (UE) 2016/1103 DEL CONSEJO, DE 24 DE
JUNIO DE 2016.**

Realizado por **VERÓNICA LOZANO QUINTO**

Dirigido por el Prof. Dr. **ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ**

Convocatoria junio 2020

Resumen: El presente trabajo trata de analizar desde una perspectiva práctica la aplicación del Reglamento (UE) 2016/1103 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. Desde su ámbito de aplicación, pasando por los mecanismos para determinar la Competencia judicial internacional y ley aplicable, aludiendo también a los reglamentos que se deben aplicar por conexión, hasta el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, así como la aceptación y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales. Por último, a modo de conclusiones haremos balance de los aspectos positivos que hemos podido comprobar desde que en enero de 2019 el reglamento entró en vigor hasta la fecha, y cuales son los problemas o aspectos negativos que no se han solucionado o que han surgido a raíz de su aplicación.

Palabras clave: Reglamento (UE) 2016/1103, régimen económico matrimonial, crisis matrimoniales, sucesiones internacionales, Derecho internacional privado.

Abstract: The present work tries to analyse from a practical perspective the application of Regulation (EU) 2016/1103 which establishes a reinforced cooperation in the field of competition, the applicable law, the recognition and the execution of resolutions regarding regimes economic marriage. From its scope, passing through the mechanisms to determine the international judicial competence and applicable law, also referring to the regulations that must be applied by connection, to the recognition and execution of judicial decisions, as well as the acceptance and execution of public documents. and judicial transactions. Finally, by way of conclusions, we will take stock of the positive aspects that we have been able to verify since the regulation entered into force in January 2019 to date, and what are the problems or negative aspects that have not been solved or that have arisen root of your application.

Keywords: Regulation (EU) 2016/1103, matrimonial property regime, marital crisis, international successions, private international law.

ÍNDICE

Abreviaturas.....	6
I. Consideraciones introductorias.....	7
II. Ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016.....	10
1. Ámbito de aplicación material.....	10
2. Ámbito de aplicación personal.....	13
3. Ámbito de aplicación territorial.....	13
4. Ámbito de aplicación temporal.....	15
III. Competencia judicial internacional del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016.....	17
1. Competencia en caso de fallecimiento de un cónyuge.....	19
2. Competencia en caso de crisis matrimoniales.....	21
3. Competencia en otros casos.....	25
4. Competencia alternativa.....	32
IV. Derecho aplicable del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016.....	34
1. Principios de Unidad y Universalidad de la ley.....	34
2. Elección del derecho aplicable.....	36
2.1. <i>Posibles leyes a designar y momento temporal.....</i>	<i>37</i>
2.1.1 <i>Ley aplicable del Estado de Residencia habitual.....</i>	<i>39</i>
2.1.2 <i>Ley aplicable del Estado de nacionalidad.....</i>	<i>40</i>

2.2. <i>La validez formal y material de los acuerdos de elección de Ley y de las Capitulaciones Matrimoniales</i>	40
3. El derecho aplicable en ausencia de elección.....	46
4. Otras cuestiones.....	50
4.1. <i>Límites al derecho aplicable al régimen económico matrimonial</i>	50
4.2. <i>La exclusión de reenvío</i>	52
4.3. <i>La ley aplicable en los ordenamientos plurilegislativos</i>	52
4.4. <i>La ley aplicable a los terceros</i>	54
V. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y aceptación y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales. del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016	56
1. El reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.....	58
2. Aceptación y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales.....	52
VI. Cuestiones previas para la resolución de casos prácticos	59
1. ¿Cuándo se considera al notario como órgano jurisdiccional?.....	63
2. ¿Cuándo consideramos que una pareja es internacional?, ¿cuándo la nacionalidad es diferente o cuándo medie algún elemento transfronterizo?.....	64
3. Determinación de ley aplicable en defecto de elección expresa.....	64
4. ¿Qué entendemos por residencia habitual?.....	64

5. ¿En qué medida subsiste la aplicación de la normativa interna española?.....	65
VII. Conclusiones.....	66
VIII. Bibliografía.....	70



ABREVIATURAS

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

I. Consideraciones introductorias.

En una sociedad en la que aumentaba cada vez más la proliferación de matrimonios con repercusiones transfronterizas, desencadenadas, a su vez, por el fenómeno de la globalización y la libre circulación de personas, resultaba imprescindible para dar respuesta a estas necesidades en la Unión Europea una armonización de normas relativas a los regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas, ya que, en defecto de normativa institucional, los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros aplicaban a estas parejas normas dispares de producción interna.

Teniendo en cuenta esta situación, así como de la evidente dificultad de unificar las normas sustantivas, debido a que esta materia está marcada por una profunda “carga emocional”, el legislador europeo comenzó todo un proceso de armonización conflictual. 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.¹

El 9 de junio de 2016, el Consejo adoptó la Decisión (UE) 2016/954, por la que se autorizó dicha cooperación reforzada². Dicha Armonización vio sus frutos con la promulgación de dos reglamentos, ambos del Consejo y de fecha 24 de junio

¹ Vid. Considerado 11 del Reglamento (UE) 2016/1103 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE-L-2016-81234).

² Vid. Considerado 12 del Reglamento (UE) 2016/1103 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE-L-2016-81234).

de 2016: por un lado, el Reglamento (UE) 2016/1103 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales; y por otro lado, el Reglamento (UE) 2016/1104 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.

Sin embargo, fue imposible que todos los Estados Miembros participaran en los mismos, formando parte únicamente 18 Estados de la Unión³. No obstante, cabe la posibilidad de que aun ya estando adoptados los Reglamentos, puedan unirse otros países en cualquier momento. En este sentido, Estonia ha anunciado su interés en participar en la cooperación y adherirse a los mismos.

En el presente trabajo nos hemos centrado únicamente en la interpretación del Reglamento (UE) 2016/1103⁴ del Consejo, este Reglamento lo que pretende es resolver los problemas de *forum shopping* e incertidumbre e inseguridad jurídica al que se enfrentan los matrimonios internacionales a la hora de organizar su patrimonio, bien durante la vigencia de este, bien con ocasión de su disolución. Para ello, dicho Reglamento se refiere a los tres sectores clásicos del Derecho internacional privado, como son **competencia judicial internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y aceptación y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales.**

El objetivo de este trabajo es contribuir con unas primeras aproximaciones a la interpretación del citado Reglamento, el cual entró en vigor el pasado 29 de enero de 2019 suponiendo una autentica novedad en el panorama legislativo

³ Los 18 países de la EU que participan en la cooperación reforzada son Bélgica, Bulgaria, Chipre, la República Checa, Alemania, Grecia, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia.

⁴ *Vid.* Reglamento (UE) 2016/1103 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE-L-2016-81234)

europeo, con el objetivo de que pueda servir de guía a quien se vea en la necesidad de tener que aplicarlo, recogiendo para ello parte de los trabajos publicados hasta ahora sobre el tema tanto de internacional privado como de civil; jurisprudencia de los tribunales Nacionales y de la Unión Europea; y casos prácticos que podrían ayudar a comprender de manera más visual el contenido y la aplicación del reglamento objeto del trabajo.

Para ello comenzaremos abordando en primer lugar, las cuestiones que se han de tener en cuenta para la **determinación del ámbito de aplicación material, personal, territorial y temporal del Reglamento 2016/1103**. No quedan cubiertas cuestiones relativas a la capacidad jurídica de los cónyuges, las obligaciones de alimentos y la sucesión, por lo que no entraré a su valoración.

Continuaremos diferenciando en dos bloques temáticos relacionados como son, por un lado, la disolución del régimen económico matrimonial como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges, y, por otro lado, a raíz del divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial, para así analizar el ámbito de la **competencia judicial internacional**. Tenido en cuenta que objetivo del Reglamento es permitir que los casos de los ciudadanos sean instruidos por los tribunales del mismo país de la Unión Europea, los cónyuges pueden acordar la legislación de qué país se aplicará a su patrimonio matrimonial: la del país de **residencia habitual** de uno de ellos o de ambos; el **país de nacionalidad** de cualquiera de los cónyuges o miembros de la pareja; o el país en el cual se estableció la unión registrada. Cuando la pareja no elija, la jurisdicción se decidirá en función del siguiente orden: la primera **residencia habitual común** de los cónyuges tras la celebración del matrimonio; el país de **nacionalidad común** de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio; o el país con el que ambos cónyuges tengan la **conexión más estrecha** en el momento de la celebración del matrimonio. Si la legislación nacional no reconoce el matrimonio a los efectos del patrimonio matrimonial, el tribunal puede denegar la jurisdicción. El Reglamento no impide que las partes lleguen a un **acuerdo extrajudicial amistoso**, por ejemplo, ante un notario, en el país de la UE que elijan.

Acto seguido, procederemos a examinar el segundo sector del Derecho internacional privado, esto es, la **ley aplicable en materia de regímenes económicos matrimoniales**, incluido en el Capítulo III, rubricado “Ley aplicable” (artículos 20 a 35), que regula entre otras la clasificación de los bienes de uno o ambos cónyuges durante la vigencia y después del matrimonio, la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, etc., analizando su contenido y comparando las principales diferencias entre éste y el sistema jurídico español de producción interna, para terminar realizando una valoración del avance que las mismas han supuesto.

Por último, hablaremos del **Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y aceptación y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales** tanto para aquellos estados que estén adheridos al presente reglamento objeto de comentario como para aquellos terceros países que no lo estén o que no formen parte de una Unión Europea o Espacio Económico Europeo. A priori, el Reglamento contempla normas sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, similares a las de otras normas de la Unión Europea relativas a la cooperación judicial en materia civil. Uno de los casos en los que puede no reconocerse una resolución se da cuando existen circunstancias en las que dicho reconocimiento contradice de forma flagrante las políticas públicas del país de la Unión Europea en el que se solicita el reconocimiento, cuestión de importante relevancia práctica, que entraremos a debatir.

II. Ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016.

1. Ámbito de aplicación material.

El ámbito de aplicación material del Reglamento (UE) 2016/1103 se encuentra regulado en su artículo 1.1 «*El presente Reglamento se aplicará a los regímenes económicos matrimoniales*» entendiéndose estos por el propio Reglamento en su artículo 3.1.a) como el «*conjunto de normas relativas a las relaciones*

patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución»; definición que se completa con el Considerando 18.

Por lo que, en un primer lugar, el Reglamento 2016/1103 se aplicará a todos los aspectos de Derecho Civil de los Regímenes económicos matrimoniales con repercusiones transfronterizas, tanto los relacionados con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial durante la vigencia del matrimonio, como los relativos a la liquidación de dicho patrimonio como consecuencia de la crisis matrimonial. Es decir, una vez disuelto el matrimonio, o separados los cónyuges. En este sentido, encontramos la primera diferencia con la regulación de los Estados anglosajones del *Common Law*, donde se desconoce el concepto de régimen económico matrimonial como tal⁵.

Además, el Considerando 18 del Reglamento completa con varios matices la definición dada anteriormente de régimen económico matrimonial. Este apartado, entiende que el Reglamento 2016/1103 regula, por un lado, los derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico en España (Régimen económico matrimonial primario), y por otro lado, el régimen económico matrimonial pactado u opcional, es decir, el establecido en pactos o capitulaciones matrimoniales (Régimen económico matrimonial secundario)⁶. Esta es la interpretación, que, desde nuestro punto de vista, se desprende del citado considerando cuando indica «...*ha de abarcar no sólo las normas imperativas para los cónyuges, sino también las opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable*».⁷

Este Reglamento no define el concepto “matrimonio”, pues son los Estados Miembros participantes quienes lo definen en sus normas de fuente interna.

⁵ Vid. QUINZÁ REDONDO, P., “*El Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial: una aproximación general*”, en *Revista DIARIO LA LEY*, octubre, 2016, p. 3.

⁶ Vid. HERRANZ BALLESTEROS, M. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (coord.): *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 252.

⁷ Vid. Considerados 17 y 18 del Reglamento (UE) 2016/1103.

También queda fuera del ámbito de aplicación material del Reglamento las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas excluyendo expresamente en su artículo 1.2 las cuestiones personales del matrimonio: a) la capacidad jurídica de los cónyuges⁸; b) la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio⁹; c) las obligaciones de alimentos¹⁰, d) la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges¹¹; e) la seguridad social; f) el derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges, en caso de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante este¹²; g) la naturaleza de los derechos reales sobre un bien¹³, y h) cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o

⁸ Esta exclusión no abarca las facultades ni los derechos específicos de los cónyuges con respecto a su patrimonio, pues como señala el considerando vigésimo, estas facultades y derechos sí que deben formar parte del ámbito de aplicación material del reglamento.

⁹ Ello es debido a que estas cuestiones preliminares siguen siendo reguladas por las normas de fuente interna de los EM, incluidas las de Derecho Internacional privado.

¹⁰ Las obligaciones de alimentos se encuentran excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2016/1103 porque se encuentra ya insertas en el Reglamento (CE) 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 (DO L 7 de 10. 1. 2009, p.1)

¹¹ La sucesión por causa de muerte se encuentra ya regulada en el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO L 201 de 27.7.2012, p 107).

¹² Esta exclusión deber ser interpretada restrictivamente. Así, este Reglamento sí que regula la clasificación de los activos de pensiones, los importes que ya se han abonado a uno de los cónyuges constante el matrimonio y la potencial pensión de compensación concedida a uno de los cónyuges.

¹³ Tal y como dispone el Considerado 24 de ambos instrumentos normativos, la creación o la transmisión resultante del REM de un derecho sobre bienes muebles o inmuebles no debe afectar al número limitado (*numerus clausus*) de derechos reales reconocidos en el ordenamiento jurídico de algunos EM, pues no se debe exigir a un EM que reconozca un derecho relativo a bienes ubicados en ese Estado si su Derecho desconoce el derecho real de que se trate.

inmuebles, incluidos los requisitos legales para llevarla a cabo, y los efectos de la inscripción o de la omisión de la inscripción de tales derechos en un registro¹⁴.

2. Ámbito de aplicación personal.

En cuanto al ámbito de aplicación personal es universal, el Reglamento (UE) 2016/1103 no contiene ninguna disposición específica sobre esta cuestión, ninguna conexión personal específica, ni domicilio ni residencia habitual en Estado Miembro, para que se pueda aplicar¹⁵, por lo que se aplicará a todos los supuestos en materia de efectos patrimoniales del matrimonio siempre que contenga elementos transfronterizos, por ejemplo, matrimonios con distintas nacionalidades o residencias habituales o con bienes en distintos Estados, etc.,¹⁶ cuyas circunstancias particulares produzcan la activación de alguno de los foros del propio Reglamento.

3. Ámbito de aplicación territorial.

Con respeto al ámbito de aplicación territorial, el Reglamento (UE) 2016/1103 se celebró siguiendo el procedimiento de cooperación reforzada, como así

¹⁴ Así, deben ser las normas de origen interno del EM en el que se lleve el registro el que determine cuales son las condiciones legales necesarias para el registro, de que forma se realizará la inscripción, cuales son las autoridades competentes para verificar que se cumplen los requisitos exigidos, así como cuáles son los efectos de la inscripción: declarativo, constitutivo”.

¹⁵ Vid. RODRÍGUEZ PINEAU, E. “Efectos del patrimoniales del matrimonio y las uniones registradas”, Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo, 2019, Vol. 11, Nº 1, pp. 8-50 p.5.

¹⁶ Vid. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I.: “La órbita de la autonomía privada en relación con el matrimonio”, en GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.) y HERRANZ BALLESTEROS, M. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (coords.): “Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 212.

propagan los artículos 20 TUE¹⁷ y 326 y ss. TFUE¹⁸, por lo que solo podrán ser aplicadas las normas de Competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones, los Tribunales de los Estados Miembros participantes¹⁹. Actualmente son 18 los Estados Miembros que forman parte del ámbito de aplicación del Reglamento, entre ellos: Bélgica, Bulgaria, la República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia, que son los Estados Miembros que originalmente impulsaron la cooperación reforzada. A estos tienen la posibilidad de unirse cuantos países lo deseen, como Chipre y Estonia, los cuales han manifestado su voluntad de unirse al Reglamento y se encuentran en fase de negociación²⁰.

Dejando a un lado la situación especial de Reino Unido e Irlanda, los cuales no han ejercido su derecho de *opt-in* para aplicar el Reglamento²¹, y Dinamarca que se encuentra excluida de las medidas adoptadas por la Unión Europea en materia de cooperación judicial civil²²; la falta de apoyo de los restantes Estados Miembros como son: Polonia, Hungría, Eslovaquia, Letonia, Lituania y Rumanía, se justifica por su dispar regulación interna, existiendo ausencia de la misma o bien prohibiciones que hacen inaplicables ciertas cuestiones básicas del derecho sustantivo de familia, como podría ser el matrimonio de personas del mismo sexo o el registro de las parejas de hecho. No obstante, y en previsión de esta

¹⁷ Vid. Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea (DO C 326 de 26 de octubre de 2012).

¹⁸ Vid. Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 326 de 26 de octubre de 2012).

¹⁹ En virtud del apartado segundo del artículo 70 de ambos Reglamentos, estos solo serán aplicables en los EM que hayan participado en la cooperación reforzada.

²⁰ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “*un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas*” La Ley Unión Europea, núm. 40, 30 septiembre 2016, p. 8.

²¹ Conviene recordar, sin embargo, que el Reino Unido e Irlanda pueden expresar en un futuro su intención de adoptar el Reglamento conforme al artículo 4 del Protocolo núm. 21 sobre la Posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia, anejo al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

²² Vid. Artículo 1 del Protocolo núm. 22 del TFUE sobre la Posición de Dinamarca.

situación el Reglamento (UE) 2016/1103 incorporó en su artículo 9 un reclamo para que dichos Estados se animaran a participar en la cooperación reforzada²³, cuestión que analizaremos en el apartado 3 de competencia judicial internacional del presente trabajo.

4. Ámbito de aplicación temporal.

Por último, respecto al ámbito de aplicación temporal, el Reglamento (UE) 2016/1103 entró en vigor el 28 de julio de 2016, a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y comenzó a aplicarse en su totalidad tanto para los documentos públicos formalizados o registrados como para las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir del 29 de enero de 2019 según dispone el artículo 70 del Reglamento, no obstante, con anterioridad a dicha fecha se empezaron a aplicar los artículos 63 y 64 a partir del 29 de abril de 2018 y los artículos 65, 66, 67 desde el 29 de julio 2016 por los países que formaron parte del mismo en virtud una Decisión (UE) aprobada conforme al artículo 331, apartado primero, párrafo segundo del TFUE. Por lo que solo podrán ser aplicarse las normas contenidas en este Reglamento a los matrimonios que se hayan registrado con posterioridad al 29 de enero de 2019, o bien que sus miembros hayan elegido la ley aplicable al régimen económico matrimonial a partir de esa fecha²⁴.

Es importante destacar que existen unas excepciones a esta regla general, de modo que los Estados miembros podrán aplicar el capítulo IV del Reglamento objeto de comentario para reconocer o ejecutar resoluciones que hayan sido

²³ *Vid.* Artículo 9.1 del Reglamento (UE) 2016/1103 recoge: “Con carácter excepcional, si un órgano jurisdiccional de Estado miembro competente en virtud de los artículos 4, 5, 6, 7 u 8 considera que en su Derecho internacional privado no está reconocido el matrimonio en cuestión a efectos del procedimiento sobre el régimen económico matrimonial, podrá inhibirse. Si el órgano jurisdiccional decide inhibirse, lo hará sin dilación indebida”.

²⁴ *Vid.* Disposición transitoria contenida en el apartado tercero del artículo 69 del Reglamento (UE) 2016/1103 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.

dictadas en un momento posterior al 29 de enero de 2019 en virtud de procesos cuya acción judicial se haya ejercitado antes de dicha fecha siempre que se les haya aplicado normas de competencia judicial internacional que sean conformes al capítulo II de los Reglamentos.

EJEMPLO: ¿Qué pasa con los matrimonios que se han constituido con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/1103, es decir, antes del 29 de enero de 2019?

Las normas sobre el ámbito de aplicación temporal del Reglamento (UE) 2016/1103 están previstas en su artículo 69. Conforme a lo previsto en este precepto, este instrumento será aplicable del siguiente modo.

a) Ejercicio de acciones judiciales, formalización o registro de documentos públicos y aprobación o celebración de transacciones judiciales: el Reglamento se aplicará a los llevados a cabo a partir del 29 de enero de 2019. Todo ello, aunque el matrimonio se hubiera celebrado antes de esa fecha.

b) Normas sobre determinación del Derecho aplicable: únicamente serán aplicables a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio el 29 de enero de 2019 ó después de esta fecha; o que, habiéndose celebrado antes de esta fecha, hubieran especificado la Ley aplicable al régimen patrimonial del matrimonio el 29 de enero de 2019 o después. Por consiguiente, para los matrimonios celebrados antes del 29 de enero de 2019 y para los que los cónyuges no hubieran elegido la Ley aplicable la determinación del Derecho aplicable seguirá llevándose a cabo por nuestras autoridades por las normas de conflicto españolas en la materia en defecto de instrumento supraestatal, que en el caso del matrimonio son las del artículo 9.2 y 3 del Código Civil.

c) Disposiciones en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones: se aplicarán cuando se plantee el reconocimiento o la ejecución a partir del 29 de enero de 2019; también se aplicarán cuando la acción se haya ejercitado en el Estado miembro de origen antes del 29 de enero de 2019 siempre que las normas de competencia utilizadas hayan sido conformes a las previstas en el capítulo II del Reglamento (UE) 2016/1103.

III. Competencia judicial internacional del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016.

El Reglamento (UE) 2016/1103 pretende entre otras cosas fijar unos criterios conforme a los cuales los tribunales de los Estados miembros determinen que juzgados son competentes para conocer los litigios relativos a los regímenes económicos matrimoniales que tengan repercusiones transfronterizas. Para ello, en su Capítulo II el reglamento diferencia, por un lado, los casos en los que la disolución del régimen económico matrimonial se produce como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges (artículo 4 del Reglamento (UE) 2016/1103), y, por otro lado, como consecuencia de la separación, nulidad o divorcio del matrimonio (artículo 5 del Reglamento (UE) 2016/1103). Para lo cual, basándose en el criterio de conexidad y economía procesal, el reglamento se remite expresamente a lo dispuesto en reglamentos anteriores, como sería, por un lado, el Reglamento sobre sucesiones 650/2012²⁵ para aquellos casos en los que tras el fallecimiento de cónyuge, la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial se proceda a la división de la herencia, y, por otro lado, el Reglamento 2201/2003 popularmente conocido como Bruselas II bis²⁶ para los casos en los que la disolución del régimen se produzca por crisis matrimoniales.

En segundo lugar, el Reglamento (UE) 2016/1103 establece en sus artículos 6, 7, 8, 9, 10 y 11 para aquellos casos en los que no existe conexidad o no es aplicable un sistema para determinar la competencia judicial internacional de forma alternativa y de forma subsidiaria.

²⁵ *Vid.* Reglamento (UE) nº. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2012, relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y a la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

²⁶ *Vid.* Reglamento (UE) Nº. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000.

Por un lado, como veremos en los siguientes epígrafes, los artículos 6, 7, y 8 del Reglamento 2016/1103 ofrece varias posibilidades:

- Si existe acuerdo entre los cónyuges, el órgano judicial competente será el del Estado miembro cuya ley resulte de aplicación o el estado miembro en el que se celebró el matrimonio.
- En caso de que no exista acuerdo, el órgano judicial competente se determinará en virtud de unos foros de aplicación jerárquica. (artículo 6 del Reglamento 2016/1103).
- En el caso, de que no se den ninguna de las posibilidades anteriores, se establece en el artículo 10 del reglamento una norma de competencia subsidiaria, y un foro de necesidad en el artículo 11. Además, como he señalado en la introducción, en vista de la preocupación de los Estados miembros de que la aplicación del presente reglamento objeto de comentario pudiera afectar a los límites establecidos en su normativa interna, dejando la puerta abierta a la posibilidad de regularizar los matrimonios del mismo sexo, se introduce el llamado foro de competencia alternativa incluido en el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/1103, el cual permite a los órganos judiciales de un Estado miembro inhibirse si no reconocen el matrimonio respecto del que se pretende la resolución del conflicto.

A continuación, intentaremos exponer de forma más detallada y separada los supuestos de regímenes económicos matrimoniales diferenciando en primer lugar, el primer bloque sobre el que versa el reglamento, es decir, en lo referido al fallecimiento de un cónyuge; y, en segundo lugar, el segundo bloque, en lo referido a la disolución del régimen debido a crisis matrimoniales. Por último, hablaré de otros supuestos diferentes a los dos bloques anteriores para determinar la competencia judicial internacional, y la competencia alternativa como último recurso.

3.1 Competencia judicial internacional en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges.

Con el fallecimiento de uno de los cónyuges se procede a la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial; en este epígrafe vamos a analizar que órgano judicial sería competente para este tipo de escenarios. Y es que, el reglamento (UE) 2016/1103 dispone en su artículo 4 que «cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conozca de la sucesión de uno de los cónyuges en aplicación del Reglamento (UE) 650/2012 los órganos judiciales de dicho Estado serán competentes para resolver sobre el régimen económico matrimonial por conexión con esa sucesión». Como podemos comprobar, el Reglamento (UE) 2016/1103 se remite de forma genérica al Reglamento (UE) 650/2012 de sucesiones para establecer que órgano jurisdiccional será competente para litigios relacionados con el régimen económico matrimonial en las sucesiones de uno de los cónyuges, sin dejar posibilidad de aplicación al resto de foros del Reglamento (UE) 2016/1103.

Las únicas condiciones que establece esta norma son dos: por un lado, que el que conozca del asunto sea un órgano jurisdiccional, y, por otro lado, que a dicho órgano, se le haya otorgado su competencia conforme a la establecido en el Reglamento de sucesiones. Podríamos añadir nosotros una tercera condición, y es que entendemos que el órgano que se determine en virtud de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 650/2012 sobre sucesiones es que sea el de un Estado miembro que forme parte del acuerdo de cooperación reforzada.

En el artículo 3.2 de ambos reglamentos se incluye el concepto de órgano jurisdiccional, cuya interpretación se puede extender no solo a los tribunales, sino también diferentes autoridades y profesionales. Este concepto amplio causó en España la cuestión de si los notarios podían incluirse en el concepto de órgano jurisdiccional establecido en el artículo 3.2 de los reglamentos. Una parte bastante amplia de la doctrina española consideraba que interpretando lo dispuesto en el artículo 3.2, los notarios no podían considerarse órganos judiciales; y otro sector de la doctrina no los consideraba competentes ni

si quiera para tramitar expedientes de jurisdicción voluntaria,²⁷ sin embargo, el gobierno consideró que los notarios si que podían ser considerados tribunales a efectos del artículo 3.2 del Reglamento (UE) 650/2012 de sucesiones. De forma que, en lo que a la competencia judicial internacional en materia de regímenes económicos matrimoniales se refiere, los notarios podrán conocer de litigios sobre sucesiones que contengan un elemento de extranjería y lo hará considerándose como tribunal cumpliendo así el primer requisito dispuesto en el artículo 4 del Reglamento (UE) 2016/1103. No obstante, la elección del notario no será libre, sino que por consiguiente deberá someterse a lo dispuesto en el citado reglamento de sucesiones.

Podemos concluir indicando, que, según la casuística dada de sucesiones transfronterizas, el foro de aplicación más habitual siguiendo el Reglamento (UE) 650/2012 es el del Estado miembro de la última residencia del causante.

EJEMPLO: Una pareja española contrae matrimonio en Alicante y acuerda por capitulaciones matrimoniales regir su régimen matrimonial conforme a la ley española. Tras la celebración del matrimonio fijan su residencia en París donde compran en común un apartamento. Pasados los años, en un viaje de negocios en Bruselas el marido fallece por un accidente de tráfico. ¿Qué órgano judicial resulta competente para conocer de la disolución del régimen económico matrimonial a casusa del fallecimiento?

En primer lugar, el Reglamento (UE) 2016/1103 se remite en su totalidad por conexión al Reglamento 650/2012, el cual nos ofrece diferentes soluciones al respecto:

²⁷ Vid. ÁLVAREZ TORNÉ, M.: “La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales”, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 129 y ss.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “El Reglamento sucesorio europeo”, pp. 57 y ss.; PALAO MORENO, G. y ALONSO LANDETA, G.: “Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012,” Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 57-60. La declaración de herederos *ab intestato* está regulada en los artículos 55 y 56 de la Ley del Notariado, introducidos por la disposición final undécima de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Por un lado, el artículo 4 del citado reglamento recoge la norma de competencia general la cual establece como órgano competente los Tribunales del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento, por lo que serían competentes los Tribunales franceses y en concreto los de París.

Sin embargo, las partes por capitulaciones matrimoniales acordaron someterse a los tribunales españoles para futuros problemas matrimoniales, en los que además de la separación y el divorcio, se incluían la disolución del régimen económico matrimonial por fallecimiento. Por lo que, en virtud del artículo 7 y previa abstención de los tribunales franceses, resultarán competentes los órganos jurisdiccionales españoles, en los que se incluyen los notarios, además de jueces y magistrados.

3.2 Competencia en caso de crisis matrimoniales.

En este epígrafe vamos a analizar las normas de competencia judicial internacional que se establecen en el Reglamento (UE) 2016/1103 en sus artículos 5, 6, 7, 8, 10 y 11, y que determinan cuales son los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de litigios transfronterizos en materia de régimen económico matrimonial, y en concreto divorcios, separaciones judiciales y nulidad matrimonial.

La regla general para estos casos, al igual que ocurre en los procesos sucesorios, se establece por conexión en el artículo 5.1 del Reglamento (UE) 2016/1103, el cual recoge que «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, cuando se interponga ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro una demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio en virtud del Reglamento (CE) 2201/2003, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro serán competentes para resolver sobre el régimen económico

matrimonial que surja en conexión con dicha demanda»²⁸. No obstante, la regla general que se establece el artículo 5.1 no es la única para determinar el foro de competencia; el artículo 5.2 del Reglamento (UE) 2016/1103 prevé cuatro casos en los que la *vis attractiva* del proceso depende de que exista acuerdo entre los cónyuges. En caso de que no se de o no exista dicho acuerdo, la competencia judicial internacional para conocer del litigio se establecerá según lo dispuesto en los artículos 6, 7, 8, 9, 10 y 11 del Reglamento (UE) 2016/1103. Además, basándonos en lo establecido en el Reglamento Bruselas II bis, al cual se refiere directamente por conexión el Reglamento (UE) 2016/1103, existen determinados supuestos en los que el acuerdo entre los cónyuges será necesario si:

- El tribunal que conoce del proceso matrimonial es el del Estado miembro de residencia habitual del demandante. Además, exige que haya residido en dicho Estado al menos 1 año antes de la interposición de la demanda (= artículo 3.1 a. Reglamento Bruselas II bis).
- El tribunal que conoce del proceso matrimonial es el del Estado miembro del que el demandante es nacional y además reside habitualmente en el desde al menos 6 meses antes de la interposición de la demanda (= artículo 3.1 a. Reglamento Bruselas II bis):
- El tribunal que conoce del proceso matrimonial sobre conversión de una resolución judicial en divorcio es el mismo que dictó la resolución de separación pese a que en el momento en el que se dictó el divorcio no se dieran los requisitos establecidos en el artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis (= artículo 5 Reglamento Bruselas II bis).
- El tribunal que conoce del litigio es competente porque así lo determina su legislación interna, es decir, de manera residual (= artículo 7 Reglamento Bruselas II bis).

²⁸ Vid. Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, (DOUE L 338 de diciembre de 2003), por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000, es conocido generalmente como Reglamento Bruselas II bis, y suele citarse con la abreviatura RB II bis, que se usará también aquí.

Independientemente de la voluntad de los cónyuges para determinar que tribunal va a ser el competente para conocer de un litigio relativo al régimen económico matrimonial, existen criterios alternativos que lo determinan:

- El Estado miembro de residencia habitual común de los cónyuges (= artículo 3.1 a. Reglamento Bruselas II bis).
- El Estado miembro donde se sitúe la última residencia habitual de los cónyuges siempre que al menos uno de ello continúe siéndolo (= artículo 3.1 a. Reglamento Bruselas II bis).
- El Estado miembro donde tenga la residencia habitual el demandado (= artículo 3.1 a. Reglamento Bruselas II bis).
- El Estado miembro de residencia habitual de los cónyuges en caso de que la demanda se presente de forma conjunta (= artículo 3.1 a. Reglamento Bruselas II bis).
- El Estado miembro de nacionalidad común de los cónyuges (= artículo 3.2 Reglamento Bruselas II bis).²⁹

El supuesto en el que la Presentación de la demanda de crisis matrimonial se realice sin necesidad de acuerdo entre los cónyuges en virtud del artículo 3.1 a. guiones uno a cuatro o 3.1 b. del Reglamento Bruselas II bis, viene determinado 5.1 del Reglamento (UE) 2016/1103 le cual consagra la concentración automática de procesos ante los órganos judiciales de un mismo Estado miembro.

Sin embargo, en el caso de que la demanda se presente en virtud de los artículos 3.1 a. guiones seis y siete, 5 o 7 del Reglamento Bruselas II bis, la concertación del órgano judicial competente no es automática, sino que se debe de establecer a través de un necesario acuerdo entre los cónyuges. Esto es así, por un lado,

²⁹ Vid. Artículo 3.2 del Reglamento 2201/2003 añade a este ultimo supuesto el Estado del domicilio en los casos de Reino Unido e Irlanda. Sin embargo, estos Estados no son parte de la cooperación reforzada que constituye el ámbito de aplicación espacial del Reglamento REM, de manera que los litigios relativos al régimen económico matrimonial que se susciten ante sus tribunales se registrarán en cuanto a competencia internacional por sus normas internas de Derecho internacional privado, y no por el artículo 5 del Reglamento REM.

porque lo que pretende el artículo 3.1 a. guiones seis y siete es evitar privilegios a la hora de elegir el foro competente, y por otro lado, el artículo 7 procura prever al demandado para el caso de que el demandante utilice alguno de los foros exorbitantes que pudiera incluir la normativa interna de un Estado miembro³⁰. En resumen, lo que se pretende impedir en estos casos es que se aplique de forma automática los foros en litigios relativos al régimen económico matrimonial y por ello se exige que haya acuerdo entre los cónyuges.

EJEMPLO: Un español y una italiana se conocen durante unas vacaciones de verano en Ibiza y deciden casarse unos meses más tarde en la isla española estableciendo el régimen económico de separación de bienes donde además sitúan su residencia. Pasados dos años, la mujer, tras una fuerte discusión decide volver a su ciudad natal en Nápoles, presentando la demanda de divorcio ante los Tribunales de dicha ciudad italiana. El abogado del marido ante la interposición de la demanda de divorcio presenta declinatoria declarando Tribunales competentes los de Ibiza. ¿Es correcta esta acción? ¿Qué otra opción tenía el abogado del marido?

El Reglamento 2016/1103 se remite a lo dispuesto en estos supuestos a lo recogido por el Reglamento 2201/2003, el cual en su artículo 3 establece como norma de competencia general que los tribunales competentes que deban conocer del asunto sean los del estado donde se sitúe la residencia habitual común de los cónyuges y en su defecto, la última residencia común. En este caso, la última residencia común se sitúa en Ibiza, por lo que los tribunales competentes serán los españoles. No obstante, al tratarse de un matrimonio

³⁰ Apuntando dicha cuestión, aunque en relación con la Propuesta, donde se exigía el acuerdo de los cónyuges para la concentración de asuntos en todo caso, con independencia del foro del Reglamento Bruselas II bis empleado (FONTANELLAS MORELL, J.M.: “Una primera lectura de las Propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económico-matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas”, Bosch Editor, Barcelona, 2012, p. 266). Junto ello, ahondando en el «privilegio del demandante» que ofrecen los arts. 3.1.a) guiones cinco y seis y la operatividad de los foros internos en el Reglamento Bruselas II bis, y, SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A.: “*El divorcio internacional en la Unión Europea: jurisdicción y ley aplicable*”, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 37-44.

casado en régimen económico de separación de bienes y no existir hijos comunes menos de edad, discapacitados o mayores de edad discapacitados, también podrían optar por el divorcio no contencioso y de mutuo acuerdo formulado ante un notario español.

En otro caso, podrían haber sido competentes los tribunales italianos en virtud del artículo 5 si la demandante, en este caso la mujer hubiera residido al menos 6 meses de manera continua e ininterrumpida en Nápoles antes de interponer la demanda de divorcio.

3.3 Competencia en otros casos.

El Reglamento (UE) 2016/1103 recoge un tercer bloque normativo referente a la competencia judicial internacional en «otros casos», concepto que no define pero que teniendo en cuenta los supuestos descritos anteriormente, entendemos otros casos como aquellas situaciones diferentes al fallecimiento de uno de los cónyuges o el divorcio, separación o nulidad matrimonial. Estos otros casos podrían corresponder, por ejemplo: aquellas situaciones en las que se pleitea sobre si un bien debe clasificarse como bien privativo o ganancial, que responsabilidad pueda tener un cónyuge de las deudas del otro, etc. Además, podría incluirse en este bloque, aquellos casos de crisis matrimoniales en los que no se logre alcanzar un acuerdo entre los cónyuges sobre que órgano resulta competente para conocer del régimen económico matrimonial. Para este supuesto en concreto, el Reglamento (UE) 2016/1103 en sus artículos 6 y 7 prevé la solución³¹.

Hay que tener en cuenta que esta parte es una de las más ambiguas del Reglamento (UE) 2016/1103 ya que la regulación que corresponde a estos

³¹ Vid. PEITEADO MARISCAL, P.: “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016, 1104/2016”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 9, núm. 1, 2016, p. 318.

«otros casos» se encuentra dispersa entre los artículos 6, 7, 8, 9, 10 y 11 y no se pueden aplicar de forma sucesiva ya que, por ejemplo, para aplicar el artículo 6 debe comprobarse primero los artículos 7 y 8.

El Reglamento Bruselas II Bis no permite la posibilidad de que las partes en los casos de crisis matrimoniales se acojan a la sumisión expresa o tácita para atribuir la Competencia judicial internacional, por lo que la competencia se establece por conexión. Esto es así, porque lo que se pretende es que se establezca un sistema objetivo para las partes, de forma que en muchas ocasiones las partes tendrán que someterse a los tribunales de un Estado con el que quizás no tengan mucha relación o se vean excluidos directamente de la competencia de los tribunales de un Estado miembro³². Sin embargo, el Reglamento (UE) 2016/1103 sí que permite a las partes en los artículos 7 y 8 determinar que tribunal es competente mediante acuerdo por sumisión expresa o tácita.

Por un lado, el artículo 7 y 8 del Reglamento (UE) 2016/1103 es favorable a las partes, ya que consienten a las mismas acudir a los órganos judiciales del Estado de cuya ley es de aplicación, ya sea porque son los acordados por las partes, o porque se establece por conexión. Es lo que ocurriría en el caso de aplicar el artículo 7 en el supuesto de que se establezca como órgano competente aquel donde las partes contrajeron matrimonio. El artículo 7 exige que el acuerdo integre y exprese «por escrito, fecha y firmado por las partes», y el artículo 8 hace referencia al supuesto del momento de presentación de la demanda y la posterior comparecencia del demandado sin que este impugne la competencia. Obviamente, para que se puedan aplicar estas disposiciones es necesario que el derecho aplicable sea de un Estado que este vinculado al Reglamento (UE) 2016/1103 o que en el caso concreto del artículo 7, la celebración del matrimonio se haya llevado en un Estado miembro también vinculado al Reglamento.

En el supuesto de que los cónyuges no lleguen a un acuerdo para determinar la competencia judicial internacional, a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro vinculado al reglamento, ya sea expresa o tácitamente, se determinará en virtud del artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/1103. El artículo 6 establece una serie de foros ordenados jerárquicamente y que muestran cierta similitud

con los establecidos por los artículos 3.1 a) y b) del Reglamento Bruselas II bis, como pueden ser:

- La residencia habitual de los cónyuges.
- La última residencia habitual de los cónyuges, siempre que al menos uno de ellos todavía resida allí.
- La residencia habitual del demandado.
- El Estado miembro de la nacionalidad común de los cónyuges. (Este supuesto no se aplicaría de forma jerárquica, sino de manera alternativa).³³

EJEMPLO: La señora Kross alemana casada con un portugués en España, quiere interponer una demanda contra su marido con el cual a pesar de no hablarse llevan años continúan casados y viviendo juntos en Orihuela Costa, para que un juez determine si el coche de alta gama que posee es un bien privativo o ganancial del matrimonio, ya que pretende proceder a su venta. Ante la concurrencia de varios elementos de extranjería la señora Kross no tiene claro donde debe presentar la demanda y acude a un asesor para que le informe.

Si usted fuera un profesional del Derecho internacional privado, ¿dónde le aconsejaría que presentara la demanda a la señora Kross?

En primer lugar, le indicaría que nos encontramos ante un supuesto que el propio Reglamento 2016/1103 califica como “otros casos”. En este sentido, y según lo que indica el propio reglamento en su artículo 6.a previa revisión del 7 y 8 le recomendaría que presentara la demanda en los Juzgados de Primera Instancia de Orihuela por ser los del lugar donde ambos tienen su residencia habitual.

³³ Vid. VINAIXA MIQUEL, M.: “La autonomía de la voluntad en los recientes Reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de uniones registradas (2016/1104)”, *Indret*, núm. 2, 2017, p. 298.

En mi opinión, pienso que el hecho de que la competencia judicial internacional que se establece por conexión no sea total para los procesos matrimoniales y de regímenes económicos si no que también se aplica en función de acuerdo o no de los cónyuges, no depende tanto de evitar fraudes de ley sino más bien por las exigencias de la propia ley al establecer como requisito que exista acuerdo entre los cónyuges para acogerse a determinados foros.

Por ejemplo, el acuerdo entre los cónyuges es necesario para para extender al litigio sobre el régimen económico la competencia de los tribunales de un Estado en el que el demandante lleva residiendo un tiempo que exceda de un año al tiempo de interponer la demanda de nulidad, separación o divorcio, o del Estado del que es nacional el demandante, si suma a la nacionalidad una residencia habitual de al menos seis meses³⁴. En los dos casos, es posible, que el Estado miembro no sea el de residencia de los cónyuges durante la existencia del matrimonio, lo cual puede afectar a los litigios relacionados con la disolución del régimen económico matrimonial, pues puede darse, que los bienes no se encuentren en tal estado, sino en el estado donde desarrollan su convivencia.

Lo mismo ocurre cuando nos encontramos ante litigios relativos a regímenes económicos en los que las partes se someten a acuerdo, como pueden ser: La separación judicial o el divorcio. En estos casos, imaginemos que el proceso se ha dilatado mucho en el tiempo y que el tribunal que dictó la separación o el divorcio sea el de un Estado miembro totalmente diferente al del lugar donde posteriormente, la pareja ha desarrollado su día a día. Es por ello, que las controversias que se puedan generar al aplicar el foro residual del artículo 7 del Reglamento Bruselas II Bis por la unión que se establece con la ley aplicable deriven en que las partes del proceso tiendan a buscar una norma que les sea favorable para la disolución del vínculo y del régimen económico común.³⁵

³⁴ *Vid.* PEITEADO MARISCAL, P.: “Competencia Judicial Internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”. *Revista Universidad Complutense*, Madrid, enero, 2017, pp 319- 321.

³⁵ Supuesto extraído poniendo en relación del artículo 7 del Reglamento Bruselas II bis con la ley aplicable y el Reglamento Roma III. *Vid.* VIDAL FERNÁNDEZ, B. “Competencia judicial

Desde nuestro punto de vista, la existencia de acuerdo se basa en la idea de permitir que las partes puedan someter el litigio a los órganos jurisdiccionales del Estado que mas cercano les resulte, o en el que se encuentren sus bienes comunes del matrimonio³⁶. Es evidente, que cualquier decisión se ejecutará mucho más fácilmente si se adopta en el Estado miembro donde se encuentran los bienes. Es por ello, que los supuestos en los que el Reglamento (UE) 2016/1103 sospecha que la Competencia judicial para el litigio se ha alejado demasiado del lugar donde los cónyuges desarrollan su día a día y donde se encuentra su patrimonio, permite que los cónyuges eviten que el proceso relativo al régimen económico sea atraído por el proceso matrimonial, facilitando así que le sean aplicados los foros pensados específicamente para el régimen económico, y no tanto para la disolución del vínculo conyugal.

Nos parece adecuado el método que prevé el artículo 5 del Reglamento (UE) 2016/1103 ya que enlazar el proceso matrimonial, con el del régimen económico matrimonial es una gran facilidad para las partes pues vincula el proceso al lugar donde radican los bienes que constituyen el patrimonio común de los cónyuges. Además, si en estos casos los tribunales no son concurrentes, dicho reglamento permite a los litigantes que se decidan por aquel que les resulte más favorable.

El artículo 5.3 del Reglamento (UE) 2016/1103 establece de que forma se debe de llevar a cabo el acuerdo entre las partes para extender la competencia desde el proceso de crisis matrimonial hasta el relativo al régimen económico matrimonial de los supuestos enumerados en el artículo 5.2 del mismo Reglamento. Este establece que el acuerdo se produzca *“antes de que se requiera al órgano jurisdiccional que resuelva sobre el régimen económico*

internacional, reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras en la Unión Europea” Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo, 2012, Vol. 4, N° 1, pp. 86-121.

³⁶ Los procesos que versan sobre el Régimen económico matrimonial hacen referencia a juicios universales, es decir se proyectan sobre todo el patrimonio existente, ya sea porque se debe liquidar atribuyendo los bienes que lo componen a quienes eran sus titulares en mano común, por ejemplo: porque es necesario definir la posición de ciertos bienes respecto del conjunto patrimonial.

matrimonial”; pero ¿cómo interpretar dicho precepto? A continuación, distinguiremos dos posibles interpretaciones del contenido del artículo:

- Por un lado, que el acuerdo sea anterior al litigio relativo al régimen económico, pero que se adopte cuando el proceso matrimonial ya está en marcha. Por ejemplo: los cónyuges casados en gananciales y sumidos en un proceso de divorcio ante los tribunales de uno de los Estados miembros previstos en el artículo 5.2 REM saben que la sentencia de divorcio disolverá la sociedad de gananciales y que será necesario un proceso posterior para liquidarla, de modo que pactan que la liquidación del régimen económico se sustancie ante los tribunales del mismo Estado.

- Por otro lado, Que el acuerdo sea anterior también al propio proceso matrimonial. Por ejemplo: los futuros cónyuges adoptan un acuerdo prematrimonial, en el que, entre otros contenidos, pactan que aceptarán para los litigios relativos al régimen económico de su matrimonio la competencia de los tribunales del Estado miembro que tenga atribuida, en su caso, competencia para conocer del proceso matrimonial que se haya suscitado entre ellos con anterioridad. En este caso es muy importante tener en cuenta que estamos dentro del ámbito de una competencia por conexión, es decir, las partes pueden pactar extender al régimen económico la competencia de los tribunales de un Estado que están conociendo de un proceso matrimonial; pero no pueden pactar, por ejemplo, la competencia para el régimen económico del tribunal que la tendría para conocer del proceso matrimonial si éste no se ha suscitado efectivamente. Tal cláusula sería una sumisión expresa pura y simple, y cuestiones relativas al régimen económico matrimonial que no están vinculadas a un proceso matrimonial no pueden ser objeto de sumisión expresa salvo de un modo limitado, con ciertas condiciones, y no de un modo puro y simple³⁷. También hay que tener en cuenta que un acuerdo

³⁷ *Vid.* El artículo 7 del Reglamento REM permite la sumisión expresa únicamente a los tribunales de dos Estados: el Estado miembro cuya ley sea aplicable al régimen económico matrimonial (y solo si esta es alguna de las designadas en los artículos 22, 26.1 a) o 26.1 b) del propio

de estas características se produce a ciegas, es decir, los cónyuges no saben ante qué Estado se sustanciará la disolución de su matrimonio, si esto ocurre y, por tanto, tampoco conocen los tribunales a los que están abocando la liquidación de su régimen económico.

Como ya se ha indicado anteriormente, el acuerdo únicamente será válido si se expresa por escrito, indicando la fecha y firmado por ambos cónyuges, aunque también se consideran válidas las comunicaciones electrónicas de las que quede un registro duradero, entendiéndose que dichas comunicaciones también tienen que estar electrónicamente firmadas. (= artículo 7.2 Reglamento (UE) 2016/1103).

Nada dice el artículo 5.3 del Reglamento (UE) 2016/1103 que el acuerdo pueda ser tácito, aunque en nuestra opinión debe ser, aunque no obligatoriamente expreso, pues a esta forma si se refiere la norma. En concreto, la norma recoge expresamente que si el acuerdo se adopta antes del inicio del proceso, este debe formularse expresamente y cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 7.2 del Reglamento (UE) 2016/1103. Sin embargo, se puede dar el caso de que el acuerdo sea posterior, es decir, una vez ya ejercitada la acción. En este caso, el acuerdo se permite que sea tácito de forma que el cónyuge que inicie el proceso sobre el régimen económico matrimonial acepte la competencia judicial del órgano que conozca del anterior proceso de crisis matrimonial, con el simple hecho de formular ante él la pretensión relativa al régimen económico y contestando la otra parte sin oponerse a la competencia, es decir, sin plantear declinatoria. Esta conclusión concuerda con el artículo 8 del mismo Reglamento,

Reglamento REM) y el Estado miembro de celebración del matrimonio. A su vez, la cláusula de sumisión expresa es válida solo si no son aplicables los artículos 4 y 5 del Reglamento REM, es decir, si ningún Estado miembro ha sustanciado antes un proceso de sucesión o matrimonial relativo a los cónyuges. Se trata de un ámbito muy limitado, como puede verse.

pues dicho artículo permite atribuir la competencia judicial a través de la sumisión del demandado³⁸.

No pudiéndose aplicar la sumisión expresa o tácita descrita en los párrafos precedentes de los artículos 7 y 8 del Reglamento (UE) 2016/1103, y tampoco coincidiendo las circunstancias de los cónyuges con los supuestos establecidos en el artículo 6, se estará a lo dispuesto en el artículo 10 del mismo Reglamento, el cual hace referencia al foro de competencia subsidiaria. Con base a este artículo, todos los Estados miembros que formen parte de la cooperación reforzada y en los que se encuentre el patrimonio común de los cónyuges será competente para conocer del litigio

Por último, el artículo 11 del Reglamento (UE) 2016/ 1103 establece un foro de necesidad, según el cual «Cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente...los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, con carácter excepcional, podrán resolver sobre el régimen económico matrimonial si el proceso no pudiere incoarse o desarrollarse razonablemente o si resultare imposible en un tercer Estado con el cual el asunto tuviere una conexión estrecha», y siempre y cuando dicho órgano jurisdiccional tenga una «conexión suficiente» con el asunto.

3.4. Competencia alternativa.

Un análisis concreto merece realizar al artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/1103, el cual recoge la llamada competencia alternativa y cuya aplicación puede resultar prioritaria a todos los foros mencionados y analizados anteriormente en este epígrafe, como son: el fallecimiento de uno de los

³⁸ *Vid.* Artículo 8 permite la atribución de competencia mediante la comparecencia del demandado solo a los tribunales del Estado cuya ley es aplicable al régimen económico matrimonial en virtud de los artículos 22, 26.1 a) o 26.1 b) del propio Reglamento REM, y únicamente si la competencia no debe atribuirse por conexión con un proceso sucesorio o matrimonial previo.

cónyuges, los supuestos de crisis matrimoniales, la disolución del régimen económico matrimonial u otros casos.

Pongámonos en la situación de que el órgano jurisdiccional que se establezca competente en virtud de los artículos anteriormente descritos y analizados no reconoce el matrimonio que se encuentran inmersos en una controversia referente al régimen económico matrimonial. En estos casos, el Reglamento (UE) 2016/1103 permite inhibirse a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro competente en virtud de las normas de competencia judicial internacional del propio Reglamento.

Como venimos indicando en el presente trabajo, se trata ésta de una disposición que no estaba prevista en la Propuesta de 2011, y cuya inclusión tenía por objeto ser un «reclamo» para que los Estado miembro en los que no está previsto el matrimonio entre personas del mismo sexo tuvieran suficientes garantías de que al adoptar el Reglamento, nada les estaría obligando a resolver asuntos en los que estuvieran involucrados tales matrimonios. A pesar de su «buena intención», el foro de la competencia alternativa presenta un diseño y estructura que, sin embargo, no resulta de fácil lectura. Así, se ofrecen soluciones distintas dependiendo del foro del Reglamento 2016/1103 que fundamenta la competencia judicial internacional del órgano que se inhibe.

Por lo que, si el órgano judicial que se declaró competente para los casos de fallecimiento de uno de los cónyuges u otros casos, en virtud del artículo 4 o 6 del Reglamento (UE) 2016/1103 decide inhibirse, las partes podrán «atribuir competencia a los órganos jurisdiccionales de cualquier Estado miembro de conformidad con el artículo 7», es decir, a aquellos cuya ley resulte de aplicación o a los de la celebración del matrimonio.

Por otro lado, en el artículo 9.2.2 del Reglamento (UE) 2016/1103 se establece una solución para «los demás casos» entre los que descarta aquellos que entrarían en el ámbito de aplicación del art. 9.2.1. Estaríamos hablando, por tanto, aquellos en los que el órgano jurisdiccional que se inhibe fuera competente de conformidad con los arts. 5, 7 u 8 del Reglamento. En estos casos, el Reglamento (UE) 2016/1103, indica que la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales «de cualquier otro Estado miembro en virtud de los artículos 6 u

8, o en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de celebración del matrimonio».

Por último, es importante destacar que la inhibición tiene sus límites. Si las partes han obtenido una resolución de crisis matrimonial susceptible de ser reconocida en el Estado miembro del foro, el órgano jurisdiccional competente en virtud de los foros del Reglamento (UE) 2016/1103 debería entrar a conocer del asunto³⁹, pues se entiende que reconoce la institución del matrimonial entre personas del mismo sexo y, por tanto, nada debería impedirle resolver acerca de uno de los efectos jurídicos más relevantes de la disolución del matrimonio, como es la cuestión del régimen económico matrimonial.

EJEMPLO: María y Carmen contrajeron matrimonio en el registro civil de Murcia en 2012. A los pocos meses trasladaron su residencia a Rumanía por motivos de trabajo. En 2019 debido a diferencias irreconciliables deciden divorciarse contenciosamente ante los Tribunales de Rumanía por ser estos competentes en función del criterio de residencia habitual.

Al interponer la demanda, los Tribunales rumanos alegan que no pueden resolver sobre el asunto debido a que en su ordenamiento interno no se reconoce el matrimonio homosexual, por lo que deciden inhibirse en favor de los Tribunales españoles, alegando el artículo 9.1 del Reglamento 2016/1103.

IV. Derecho aplicable del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016.

1. Principios de Unidad y Universalidad de Ley.

Junto con la Competencia judicial internacional, la Ley aplicable es uno de los bloques más importantes del Derecho internacional privado; por lo que, una vez analizadas las normas de competencia judicial internacional, nos disponemos a realizar lo mismo con los preceptos normativos referentes al derecho aplicable que se incluyen en el Reglamento (UE) 2016/1103. Su normativa se caracteriza

³⁹ realmente el artículo 9.3 del Reglamento 2016/1103 indica expresamente que “El presente artículo no se aplicará...”, es decir, que en principio el órgano jurisdiccional de dicho Estado miembro no podría inhibirse.

por los llamados Principios de Unidad y Universalidad de ley, que en síntesis podemos adelantar que significan por un lado, que aquel ordenamiento jurídico que resulte aplicable conforme a las normas del Reglamento (UE) 2016/1103 lo será tanto si es de un País perteneciente a los llamados Estados miembros o de un País perteneciente a los llamados Terceros Estados (= artículo 20 del Reglamento (UE) 2016/1103), y por otro lado, el Reglamento opta por un régimen único, de forma que la ley que regule el se aplicará un único ordenamiento jurídico para regular todo el proceso del régimen económico matrimonial, régimen económico matrimonial se aplicará a la totalidad de los bienes del matrimonio⁴⁰ independientemente de que sean bienes muebles o inmuebles o donde radique su ubicación (= artículo 21 del Reglamento (UE) 2016/1103).

Lo que se pretende con este Reglamento es evitar que se fraccione la Ley aplicable pues de lo contrario supondría una dificultad agravada para el proceso de la liquidación del patrimonio⁴¹.

Los artículos 27 y 28 del Reglamento (UE) 2016/1103 delimitan el ámbito de aplicación de la Ley aplicable. Dicha Ley aplicable regulará una lista abierta de las materias que se aplicará a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

En concreto, la ley aplicable del Reglamento (UE) 2016/1103 determina:

- Como han de clasificarse los bienes o efectos patrimoniales de uno o ambos cónyuges tanto durante la vigencia del matrimonio, como tras su disolución.
- La transferencia de bienes de una categoría a otra.
- La responsabilidad de uno de los cónyuges por deudas y obligaciones del otro.

⁴⁰ Será de aplicación la misma Ley a la totalidad de los bienes que conformen el patrimonio del matrimonio, independientemente de que la Ley se haya elegido por las partes o se aplique en defecto de acuerdo.

⁴¹ *Vid.* Comentario al artículo 21 de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (COM (2016) 106 final)

- Las facultades, derechos y obligaciones de cualquiera de los cónyuges con respecto al patrimonio.
- La disolución y liquidación del régimen económico matrimonial.
- La relación de los cónyuges con los terceros.
- La validez material de las capitulaciones matrimoniales.

Además, el Reglamento (UE) 2016/1103 diferencia entre los matrimonios que elige la ley aplicable para el proceso y los que no lo hacen y subsidiariamente se aplican las normas de conexión

Por último, analizaremos las cuestiones relacionadas los límites que existen en cuanto a la aplicación del derecho en los procesos matrimoniales, las normas de reenvío, las leyes aplicables en los ordenamientos plurilegislativos y la ley aplicable a los terceros estados.



2. Elección del derecho aplicable: La importancia de la Autonomía de la voluntad.

Los matrimonios según lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/1103 tienen la posibilidad de elegir que ley aplicar en sus relaciones matrimoniales, posibilidad que se diferencia entre la llamada “autonomía conflictual” y la “autonomía material”.

Pero la autonomía de la voluntad en cuanto a la elección de la ley aplicable no surge con la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/1103, sino que tiene su origen con la llamada “doctrina del pacto tácito”. Esta doctrina en la actualidad se sigue en diferentes ordenamientos jurídicos⁴².

⁴² la postura favorable a la autonomía de la voluntad en esta materia ha sido sostenida por la Ley federal austriaca de 1978 (artículo 19), la Ley de Turquía de 1982 (artículo 14), la Ley de Alemania de 1986 (artículos 14 y 15), la Ley de Suiza de 1987 (artículo 50), la Ley belga de 2004 (artículo 49), entre otros

En el caso concreto de España la libertad de elección de ley para regular su situación se encuentra establecido en el artículo 9.2 y 9.3 del Código Civil y que a continuación analizaremos. Las limitaciones a la autonomía de la voluntad se establecen entre otros, por los artículos 3 y 6 del Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales. Estos límites se basan en que las partes pueden elegir tanto antes como después del matrimonio entre la ley nacional o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, o la ley del lugar en el que se encuentren los bienes inmuebles.

La importancia de la autonomía de la voluntad radica en transmite los principios de igualdad y libre desarrollo de la personalidad pudiendo elegir lo que para ellos resulta más favorable en relación con su cultura y su modelo de matrimonio optando ya sea por integrarse en el país en el que se han establecido, o mantener sus vínculos culturales y someterse a las leyes del país del que proceden. Además, la autonomía de la voluntad genera mayor previsibilidad de situaciones y seguridad jurídica.

En el caso concreto, la elección del derecho aplicable, así como sus límites se establecen en los artículos 22 y 25 del Reglamento (UE) 2016/1103.

2.1. Posibles leyes a designar y momento temporal.

Durante la elaboración del Reglamento objeto de comentario, se debatió mucho sobre la autonomía de la voluntad de las partes hasta llegar a un acuerdo de forma que las partes podrían elegir que derecho aplicar a sus relaciones patrimoniales y así poder facilitar la administración del patrimonio común⁴³.

El Reglamento (UE) 2016/1103 establece una autonomía de la voluntad conflictual limitada: según su artículo 22.1 las partes pueden elegir entre la ley del Estado de su nacionalidad, o la ley del Estado donde tengan su residencia habitual ya sean tanto antes de celebrar el matrimonio como después del mismo.

⁴³ *Vid.* Considerando 45 del Reglamento (UE) 2016/1103 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE-L-2016-81234).

En el supuesto de que ambos cónyuges o uno de ellos posea doble nacionalidad, y aunque el Reglamento (UE) 2016/1103 no lo recoja expresamente, se podrá elegir entre la ley de cualquiera de las nacionalidades que posea.

No obstante, se establecen dos requisitos:

- Que dicha Ley atribuya efectos patrimoniales al matrimonio.
- Que se trate bien de la Ley del Estado en el que al menos uno de ellos tenga su residencia habitual al celebrar el acuerdo, o bien de la Ley de la nacionalidad de uno de ellos en el momento de la elección.

El artículo 22.2 también permite a los cónyuges que tras la celebración del matrimonio puedan cambiar la ley aplicable a sus efectos patrimoniales, pero no pueden elegir cualquier ley, sino únicamente entre aquellas que desde el inicio tenían la posibilidad de aplicar. Pero ¿esta situación puede provocar un perjuicio a los cónyuges o terceros?, pues, aunque a priori puede transmitir esa sensación, el Reglamento (UE) 2016/1103 ha establecido como regla general la irretroactividad de la mutabilidad de la ley aplicable, por lo que el cambio de ley a los efectos patrimoniales después de la ceremonia del matrimonio solo surtiría efectos en el futuro. Con esta opción de la irretroactividad se consigue también evitar que, si se adquieren determinados bienes bajo el régimen legal inicial, al cambiar de ley aplicable los mismos pasen a quedar regulados bajo el régimen legal nuevo que se adquiriera. Sin embargo, esto genera una situación complicada en la práctica ya que los órganos judiciales y tribunales que se encarguen del proceso deben tener en cuenta la aplicación de las diferentes leyes que sean de aplicación y por ende las diferencias entre unos regímenes económicos de un estado y otro⁴⁴.

Cuando se determina la Ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio se realiza sobre la totalidad de las normas del ordenamiento jurídico del Estado

⁴⁴ *Vid.* Conferencia «Clearer patrimonial regimes for international couples», organizado por el Consejo de notarios de la Unión Europea en Bruselas el 17 de octubre de 2011, disponibles en <http://www.notaries-of-europe.eu//index.php?pageID=2202#day-2011-10-17-hour-1020> (último acceso 4-6-2020).

que se ha elegido sin que se pueda aplicar el reenvío. Por ejemplo: si dos futuros cónyuges eligen la ley española como ley personal de uno de ellos para que rija sus relaciones patrimoniales, están decantándose implícitamente por el régimen de comunidad de bienes, pues éste se aplica en el Estado español en defecto de elección específica de otro régimen matrimonial. Ya que en el caso de que las partes no eligieran que régimen económico aplicar a su matrimonio, se aplicará el régimen por defecto del Estado que han elegido la ley aplicable.

2.1.1 Ley aplicable del Estado de residencia habitual.

Una de las opciones por la que se pueden decantar los cónyuges a la hora de decidir por que ley quieren regular sus relaciones matrimoniales, es la del Estado donde se encuentra su residencia habitual o de al menos uno de ellos.

El artículo 22.1.a) concreta que es lo que se entiende por el Estado de residencia habitual. En este sentido, el Estado de residencia habitual será aquel en el que se residía en el momento de la celebración del matrimonio. En la práctica suele darse el problema de que los cónyuges residan en diferentes Estados en el momento en el que surja una controversia, pero este asunto lo analizaremos más adelante.

Por lo general, las partes prefieren regirse por las normas del estado donde residen porque habitualmente:

- Es el país donde se encuentran sus bienes materiales.
- Es el ordenamiento jurídico al que consideran más próximo su situación real.
- Es el país donde probablemente más relaciones tengan con terceros y por lo tanto existe un interés en mantener y cuidar dichas relaciones

Por lo que podríamos resumir que la aplicación de la ley del estado de residencia habitual supone una conexión objetiva, neutral y que favorece la libre circulación de personas.

2.1.2 Ley aplicable del Estado de nacionalidad.

El artículo 22.1.b) del Reglamento (UE) 2016/1103 establece que alternativamente a la ley del Estado de residencia habitual, los cónyuges podrán optar por la normativa del Estado que son nacionales o de los estados que son nacionales en el caso de poseer más de una nacionalidad, para regular sus relaciones patrimoniales que existen entre ellos o con terceros.

La ventaja de esta opción es que permite a las partes mantener vínculos culturales con su País de origen a pesar de no residir en él, ya sea porque no descartan la posibilidad de volver a él o porque todavía poseen bienes en ese territorio.

El Reglamento (UE) 2016/1103 en su Considerando 50 establece que cuando las partes o al menos una de ellas tengan varias nacionalidades surge lo que llama “cuestión previa” la cual no entra dentro del ámbito de la autonomía de voluntad de las partes y que por tanto tiene que ser resulta conforme a las leyes nacionales.

La mayoría de los países occidentales consideran este criterio de conexión como válido para determinar la ley aplicable, como es el caso concreto de España. Sin embargo, los países anglosajones, escandinavos y la gran mayoría de los latinoamericanos lo rechazan⁴⁵.

2.2. La validez formal y material de los acuerdos de elección de Ley y de las Capitulaciones Matrimoniales.

Para proteger los derechos de los cónyuges, garantizar la seguridad jurídica y el mejor acceso a la justicia, se establecen una serie de garantías a la hora de seleccionar la ley aplicable del régimen económico del matrimonio. La elección del derecho aplicable a los efectos patrimoniales se limitará, por tanto, por las

⁴⁵ Vid. GÓMEZ CAMPELO, E.: “Respuestas nacionales divergentes ante problemas nacionales similares”, Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización, Reus, Madrid, 2008, pp. 43-77.

normas que disponga el Reglamento (UE) 2016/1103, el cual pretende asegurar que las mismas se articulen de tal forma que les sea fácil a las partes elegir que ley les es más conveniente aplicar⁴⁶. Tales cuestiones de validez formal y material quedan reguladas en los artículos 23, 24 y 25 del Reglamento (UE) 2016/1103.

En concreto, el artículo 23 del Reglamento establece cuales son los requisitos formales mínimos que se exigen los acuerdos matrimoniales sean válidos: Deben formularse por escrito, con fecha y rúbrica de los cónyuges para garantizar que los cónyuges son conscientes de las consecuencias que se derivan de su elección. De igual modo, resultaría válida cualquier tipo de comunicación escrita a través de medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo adoptado.

Además, los artículos 23 y 25 del Reglamento (UE) 2016/1103 recogen algunos supuestos que requieren de unos requisitos que califican como “adicionales” y que están directamente relacionados con la residencia habitual de los cónyuges:

- si la ley del Estado miembro en el que las partes mantienen su residencia habitual al celebrar el acuerdo establece requisitos formales adicionales, éstos deben ser igualmente aplicados.
- si las partes residen de forma habitual en dos Estados miembros distintos al celebrar el acuerdo, y los ordenamientos jurídicos de ambos Estados contemplan requisitos formales adicionales para la elección de ley, es suficiente con el cumplimiento de uno de los dos ordenamientos;
- si al celebrar el acuerdo, sólo uno de los cónyuges o miembros de la unión registrada tiene su residencia habitual en un Estado miembro, y dicho Estado establece requisitos formales adicionales para la elección de ley, éstos deben ser aplicados.

⁴⁶ *Vid.* Considerando 47 del Reglamento (UE) 2016/1103 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE-L-2016-81234).

Por otro lado, las partes también tienen el derecho de otorgar Capitulaciones matrimoniales para regir sus efectos patrimoniales, pero las mismas también se someten a unos ciertos límites o requisitos que se establecen en el artículo 25 del Reglamento (UE) 2016/1103⁴⁷.

Al igual que ocurre con los requisitos de ley aplicable al régimen económico matrimonial, además de los requisitos formales, el mismo precepto normativo en sus apartados 2 y 3 indica que se deben cumplir unos requisitos adicionales que depende directamente de la residencia habitual de los cónyuges y que se establecen:

- en la ley del Estado miembro en el que se encuentre la residencia habitual de los cónyuges o miembros de una unión registrada en el momento de celebrar las capitulaciones;
- en la ley del Estado miembro en el que uno de ellos tenga su residencia habitual al celebrar el acuerdo cuando ambos residen en distintos Estados;
- en la ley del Estado miembro en el que uno de ellos tenga su residencia habitual al celebrar el acuerdo cuando el otro cónyuge o miembro de la unión registrada resida de forma habitual en un tercer Estado
- en la ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales o efectos patrimoniales de la unión registrada.

EJEMPLO: Un matrimonio ruso, en régimen legal ruso de comunidad y residencia en Moscú, quiere comprar un inmueble en España correspondiendo 2/3 a ella y 1/3 a él.

⁴⁷ Los requisitos son los mismos que para la elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial: Deben constar por escrito, ir fechadas y firmadas por las partes. Considerándose por escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del mismo.

A) ¿Pueden los cónyuges ante notario español pactar que su matrimonio se rija por el Derecho español para, inmediatamente después pactar en capitulaciones matrimoniales el régimen de separación de bienes?

La competencia del notario español vendrá derivada de lo establecido en la legislación interna española, no en el Reglamento (UE) 2016/1103. Suponiendo competente al notario español, el citado Reglamento admite la elección del Derecho aplicable en su artículo 22 sometido a ciertas condiciones, pero éstas no permiten que el Derecho elegido fuera el español (sí podría serlo el ruso, pero esta ya es aplicable). El Reglamento igualmente prevé el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, regulando sus requisitos de forma en sus artículos 23 y 25 y siendo aplicable al fondo el mismo ordenamiento aplicable al Régimen económico matrimonial (artículo 27.g del Reglamento (UE) 2016/1103); de cumplirse esos requisitos formales y de estar admitidas las capitulaciones matrimoniales en el ordenamiento aplicable al fondo del régimen matrimonial, los cónyuges rusos podrían pactar el régimen para la adquisición del inmueble de así permitirlo dicho ordenamiento.

B) ¿Pueden los mismos cónyuges, ante notario español, reconocer que su matrimonio se rige por el derecho ruso para inmediatamente después pactar en capitulaciones el régimen de separación de bienes?

Ante notario español indicarán su régimen matrimonial (en este caso el régimen legal ruso de comunidad). Podrían otorgar capitulaciones matrimoniales caso de admitirlo el ordenamiento aplicable al fondo del régimen matrimonial; y lo harían con el objeto de establecer un nuevo régimen, de modificar el legal o de substituirlo por otro, todo ello si el ordenamiento aplicable a su régimen matrimonial así admitiera. En este caso habría que estar por tanto al Derecho ruso para verificar si pueden otorgar las capitulaciones indicadas optando por el régimen de separación de bienes.

EJEMPLO: Un matrimonio de ucraniano y vasca, residentes en Bilbao, comparecen ante notario de Alicante para pactar el régimen de separación de bienes conforme lo establecido en el Código civil. ¿Puede autorizarse esa escritura?

La competencia del notario de Alicante para autorizar esas escrituras o actas no se vería afectada por la aplicación del Reglamento (UE) 2016/1103, pues este no aborda tal cuestión.

El Reglamento sí se aplicaría en cambio a la determinación del Derecho aplicable a ese matrimonio si se hubieran celebrado, el 29 de enero de 2019 o después. Dicho Derecho sería concretado según lo dispuesto en el artículo 22 de elección de Ley o en el artículo 26 en defecto de elección de Ley. El Derecho que resultase aplicable por una u otra vía indicaría si se pudiera dar o no el régimen de separación. De resultar aplicable el ordenamiento español al matrimonio en virtud del artículo 16 del Código Civil, al que a su vez remitiría el 33.1 del Reglamento 2016/1103).

EJEMPLO: Matrimonio de dos británicos residentes en Santa Pola comparecen ante notario de Alicante para pactar el régimen de gananciales del Código civil español.

La elección de Ley aplicable del Reglamento (UE) 2016/1103 está prevista en su artículo 22 (estando los requisitos formales disciplinados en el artículo 23 y los substantivos del consentimiento y validez material en el 24).

A su vez, el artículo 22 establece un catálogo limitado de ordenamientos que elegir en sus letras a) a c). La primera de ellas les permitiría escoger el ordenamiento español por ser el del país de la residencia habitual de los cónyuges en el momento del acuerdo de elección

- En el caso del matrimonio el artículo 33.1 del Reglamento 2016/1103 remitiría al artículo 16 del Código Civil y éste a su vez a su artículo 9.2; al ser el primer criterio de conexión la nacionalidad común de los cónyuges al tiempo de contraer

matrimonio (la británica), no podría ser elegido el Derecho español. Pero creo preferible otra interpretación: entendiendo que no se regula la posibilidad de elección de Ley en las normas sobre los conflictos interregionales, se aplicaría el artículo 33.2.a) del Reglamento 2016/1103 que permitiría la elección del Derecho español.

En todo caso la dificultad indicada se salvaría si las partes otorgaran capitulaciones matrimoniales concretando su régimen, lo que sí sería válido según el artículo 25 del Reglamento (UE) 2016/1103, que establece los requisitos formales de este tipo de pacto.

La principal finalidad que se pretende con ellos es que los acuerdos que adopten los cónyuges por capitulaciones matrimoniales tengan validez y sean aceptados en los demás Estados miembros de la Unión puesto que dependiendo de un estado u otro el contenido y efectos de estas varían.

Y, la principal diferencia entre los requisitos formales que se establecen para las capitulaciones matrimoniales y la elección de ley es que, en el caso de las capitulaciones matrimoniales además de los requisitos descritos anteriormente, también se tiene que cumplir los requisitos formales que la ley establezca para el régimen económico matrimonial.

Con respecto a los requisitos de carácter material, el consentimiento y validez del acuerdo de ley aplicable tanto al régimen económico matrimonial, como a la adopción de capitulaciones matrimoniales se establecen en el artículo 24 del Reglamento (IUE) 2016/1103, el cual dispone como regla general que la ley que elijan las partes de común acuerdo en virtud del artículo 22 será la que rijan dichas materias. La excepción a esta regla general constituido en el apartado 2 del mismo artículo 24 establece que cuando un cónyuge no ha dado su consentimiento para el acuerdo de ley aplicable (requisito sin el cual el acuerdo es nulo) puede invocar la ley del país donde tenga su residencia habitual en el momento de sustanciar el asunto ante el órgano jurisdiccional, es decir al momento de interponer la demanda. Pero, esto solo se podrá aplicar si de las circunstancias no resulta razonable determinar el efecto de su conducta de

conformidad con la ley específica en el apartado 1. Si se determina que en el procedimiento de verificación que no hubo consentimiento y que por lo tanto el acuerdo no fue válido, se entenderá que no se ejercitó la autonomía de la voluntad quedando los efectos patrimoniales del matrimonio regidos por defecto, por la ley que resulte de aplicación.

3. El derecho aplicable en ausencia de elección.

Llegados a este punto, y analizadas ya las situaciones en las que se ha ejercido la autonomía de la voluntad y los límites a los cuales se encuentra sujeta, nos disponemos a comentar que ocurriría en el caso de que las partes no hayan podido o querido llegar a un acuerdo. En estos casos, la elección de ley aplicable se basa en el principio de proximidad, aplicando por conexión la normativa del Estado miembro con el que se presente más puntos de unión. Esta decisión que se aplica por defecto se somete a su vez al principio de seguridad jurídica, ya que se asegura que las partes conozcan con antelación cuáles son sus derechos y obligaciones.

De este tipo de supuestos se encarga el artículo 26 del Reglamento (UE) 2016/1103, el cual establece los puntos de aplicación que serían de aplicación. Para ello utiliza el método en cascada, estableciendo las conexiones de forma jerárquica aplicándose una en defecto del anterior y respetando el principio de subsidiariedad de los mismo.

Estos puntos de conexión que se aplicarían en defecto de acuerdo de elección de ley aplicable y que se establecen en el artículo 26.1 del Reglamento (UE) 2016/1103 son los siguiente:

- la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, o, en su defecto
- la ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio⁴⁸, o, en su defecto,

⁴⁸ Según lo establecido en el Considerando 50 del Reglamento (UE) 2016/1103, debe tenerse en cuenta que en los supuestos en los que los cónyuges tengan más de una nacionalidad común

- la ley con la que los cónyuges tengan la conexión más estrecha al contraer matrimonio⁴⁹.

Además, en el artículo 26.3 del Reglamento se establece como excepción que cualquiera de las partes pueda solicitar ante el órgano judicial que resulte competente que se aplique una ley diferente a las señaladas en el artículo 26.1 siempre que se puedan constatar:

- que ambos tuvieron su última residencia habitual común en ese otro Estado durante un periodo de tiempo considerablemente más largo que en el Estado cuya ley resultaría aplicable en virtud de las conexiones previstas en el primer apartado del precepto; y
- que ambos se basaron en dicha ley para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales. Además, establecen los Reglamentos que tal excepción no perjudicará a los derechos de terceros derivados de la ley aplicable en virtud del apartado 1.

Esta excepción solo se podrá aplicar desde que se contraiga matrimonio o a partir del establecimiento de la última residencia habitual habida en común en dicho Estado miembro, pero no será de aplicación cuando se hayan otorgado capitulaciones matrimoniales justo antes del establecimiento de la última residencia habitual común.

En la práctica son dos las situaciones más comunes las que suelen presentarse:

- En primer lugar, podría ocurrir que los cónyuges hubieran ejercido la autonomía de la voluntad material pero no conflictual, es decir, que hubieran escogido o diseñado genéricamente un régimen económico matrimonial o bien una combinación *ad hoc* de los mismos, sin haberse

al contraer matrimonio, este criterio de conexión no será aplicable, por lo que habría que acudir al tercero.

⁴⁹ Este punto de conexión tendrá lugar en aquellos supuestos en que los cónyuges no hubieran elegido la ley aplicable, no hubieran tenido primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio y no tuvieran nacionalidad común o tuvieran más de una en común en el momento de la celebración del matrimonio, de acuerdo con lo establecido en el art. 26.2.

expresado el ordenamiento jurídico en el que se encuadra. Pues bien, en estos casos, la propia elección sustantiva de los cónyuges se completará con la determinación de la ley aplicable en virtud de las conexiones objetivas del art. 26 del Reglamento (UE) 2016/1103⁵⁰.

- Por otro lado, y éste quizás sea el caso más frecuente, los cónyuges pueden ni siquiera haber celebrado pactos o capitulaciones matrimoniales en sentido material. Dándose esta situación, lo más lógico sería considerar que el régimen económico matrimonial legal previsto en el ordenamiento jurídico designado por la norma de conflicto será el que regule las relaciones económico-patrimoniales entre los cónyuges⁵¹.

EJEMPLO. Una pareja española contare matrimonio y fijan su residencia en Singapur. Tras unos meses deciden divorciarse y disolver su régimen económico de gananciales. ¿Que derecho aplicaría el órgano que se declare competente?

si la autoridad española fuera competente (en este caso in- distintamente un juez o un notario), aplazaría el artículo 26 del Reglamento (UE) 2016/1103, lo que llevaría en principio a la aplicación del Derecho de Singapur por ser el país de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio. Salvo que se aplicase la cláusula de excepción del artículo 26.3, que podría señalar como aplicable el ordenamiento de otro Estado.

⁵⁰ Vid. QUINÁ, REDONDO, P., Guía jurídica, “El Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial: una aproximación general” noviembre 2016. *Guías jurídicas*, Wolters Kluwer, España. Disponible en <https://guíasjurídicas.wolterskluwer.es>

⁵¹ Vid. QUINÁ, REDONDO, P., Guía jurídica, “El Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial: una aproximación general” noviembre 2016. *Guías jurídicas*, Wolters Kluwer, España. Disponible en <https://guíasjurídicas.wolterskluwer.es>

EJEMPLO: Un matrimonio formado por dos españoles de Barcelona en paro se van a vivir a casa de los padres de ella, hasta que pasados cuatro meses, encuentran trabajo en Pekín, donde llevan viviendo un año. Pasados cinco meses debido a desavenencias surgidas por la convivencia deciden separarse. ¿Qué ley sería de aplicación?

En el caso, de que la autoridad española fuera competente (indistintamente un juez o un notario), aplazaría el artículo 26 del Reglamento (UE) 2016/1103, lo que llevaría en principio a la aplicación del Derecho español por ser el del país de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio (suponiendo que el padre de ella residiera en España). A su vez, dentro del Derecho español se aplazaría el Derecho catalán por así señalarlo el artículo 9.2 del Código Civil, al que se remite el artículo 16 del mismo Código, al que a su vez se remite el artículo 33.1 del Reglamento 2016/1103.

EJEMPLO: Dos madrileños se casan y se instalan inmediatamente en París para hacer un cursillo de formación de seis meses para su empresa en Bilbao, donde fijarán su residencia una vez acabado el curso. Determina la ley aplicable en caso de crisis matrimonial.

Si la autoridad española fuera competente (indistintamente un juez o un notario), aplazaría el artículo 26 del Reglamento (UE) 2016/1103, lo que llevaría en principio a la aplicación del Derecho español por ser el del país de su nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio. Ello al no poder ser considerado, en mi opinión, Francia como país de su residencia

EJEMPLO: Determina la ley aplicable a un supuesto de crisis matrimonial de un japonés y una francesa que inmediatamente después de casarse se van a trabajar a Tokio y a París respectivamente. Cada cuatro semanas pasan quince días juntos en Bangkok donde han comprado un

apartamento. Ella acude a una notaria española para comprar un inmueble en Marbella.

El notario español aplicará el ordenamiento que señale la letra c) del artículo 26.1 del Reglamento (UE) 2016/1103, puesto que no existen residencia habitual común ni nacionalidad común tras la celebración del matrimonio. Teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, sería el ordenamiento de Tailandia el más estrechamente vinculado con el matrimonio y por tanto el aplicable al régimen económico matrimonial de los cónyuges.

4. Otras cuestiones.

4.1. *Límites al derecho aplicable al régimen económico matrimonial.*

El artículo 30 del Reglamento (UE) 2016/1103 recoge el primer límite al derecho aplicable del régimen económico matrimonial; es lo que conocemos como “leyes de policía” o “normas de aplicación inmediata” y se definen en el propio reglamento como: «...disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica...». Como por ejemplo, en el propio Reglamento (UE) 2016/1103 en su Considerando 53 expresa que se aplicará una protección especial de la vivienda familiar, lo que supone en términos prácticos que con independencia de la ley aplicable al régimen económico matrimonial y el concreto régimen económico matrimonial que regule las relaciones económico-patrimoniales de los cónyuges, será necesario el consentimiento del cónyuge no propietario si se quiere disponer de la vivienda familiar o grabarla con un derecho real.

Estas “leyes de policía” son de naturaleza imperativa cuya interpretación debe realizarse estrictamente y aplicarse excepcionalmente. De origen, estas “leyes de policía” como ya he indicado en el párrafo anterior se establecen para salvaguardar los intereses generales políticos, sociales y económicos de un Estado o lo que es lo mismo, pretenden salvaguardar el “orden público”.

Entendemos por orden público, el conjunto de principios y valores esenciales preponderantes en un ordenamiento que se colocan como “muro de contención” ante una ley extranjera. Por ejemplo: en lo relativo a las relaciones familiares, es muy común que se haga uso del límite de orden público como mecanismo para salvaguardar los principios fundamentales de un Estado miembro⁵².

En resumen, lo que se pretende es, por un lado, proteger los ordenamientos internos y por otro, el respeto al derecho extranjero provocando por consiguiente que exista un equilibrio entre el orden públicos propio de los Estados miembros y la normar de conflicto que se pretende aplicar.

En nuestra opinión, nos parece del todo respetable que existan mecanismos que protejan los valores propios de cada Estado, pero no hasta el punto de que con su aplicación se vulneren derechos fundamentales.

Al hilo de esta opinión, En España, la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2002 de 14 de febrero consideró que “no existe ninguna justificación constitucionalmente aceptable para la preferencia por la normativa relacionada con el varón”, y declaraba por tanto inconstitucional y derogado por la Constitución el contenido del anterior artículo 9.2, en el inciso “por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración”⁵³.

El reglamento (UE) 2016/1103 recoge en su artículo 31 que los órganos judiciales que sean competentes pueden de forma excepcional no tener en cuenta las leyes extranjeras cuando de su aplicación se vulnere el orden público del Estado del foro. Pero, en nuestra opinión, como ya he indicado anteriormente, y también recoge el Reglamento (UE) 2016/1103, no se puede utilizar esta excepción como mecanismo para no aplicar la ley extranjera, si con ello se vulnera la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, y en concreto

⁵² Vid. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: “Ius nubendi y orden público matrimonial”, Boletín de información del Ministerio de Justicia, núm. 1862, pp. 5-27.

⁵³ Vid. Sentencia 39/2002, de 14 de febrero de 2002. Cuestión de inconstitucionalidad 1724/95. Planteada por un Juzgado de Primera Instancia de Reus respecto del art. 9.2 del Código Civil, redactado por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo. Vulneración del derecho a la igualdad conyugal: designación de la ley nacional del marido para regir supletoriamente el régimen económico del matrimonio. Derogación del precepto legal. (BOE-T-2002-5097).

su artículo 21 referente a la no discriminación. El límite de alcance del “orden público” se reseña en el Reglamento (UE) 2016/1103 en su Considerando 54.

En la práctica, no es común que los Estados miembros hagan uso asiduamente de la alegación de orden público pues los ordenamientos jurídicos en los estados que se encuentran vinculados al presente reglamento objeto de análisis, comparten, por lo general, una “filosofía jurídica” parecida. Sin embargo, si ocurre que existan discrepancias en cuanto a la validez por ejemplo: de los matrimonios homosexuales o las parejas de hechos, ya que son materias que no se encuentran reguladas a nivel europeo.

4.2. *La exclusión de reenvío.*

El Reglamento 2016/1103 excluye expresamente en su artículo 32 la opción de reenvío. Este precepto establece que la aplicación de la ley de un Estado determinada por el presente Reglamento se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado distintas de las normas de Derecho internacional privado. Así, se aplicarán directamente las normas materiales de dicho Estado, sin acudir por tanto a las normas del conflicto del mismo.

Esta opción por la que se decantó el reglamento de excluir el reenvío se basa en los continuos problemas que se podían ocasionar y que se ocasionaban en la práctica jurídica obstruyendo la determinación de la ley aplicable a los Regímenes económicos matrimoniales. Por lo que la solución y alternativa al reenvío es que las normas conflictuales se remitan a las leyes internas que tengan respuestas sustantivas y que se puedan aplicar directamente.

Es por ello cada vez más hay una tendencia mayor del legislativo europeo a excluir el reenvío de numerosos instrumentos normativos convencionales. Todo ello con el objetivo de “hacer fácil” el Derecho de la unión y evitar los problemas de su aplicación en la práctica.

4.3. *La ley aplicable en los ordenamientos plurilegislativos.*

En este apartado, analizaremos aquellos casos en los que en un Estado coexistan distintos tipos de normas, ya sea porque existen conflictos territoriales de leyes o porque las partes se encuentran sometidas a una determinada condición. El artículo 33 del Reglamento (UE) 2016/1103 contempla que cuando una norma de conflicto del propio reglamento se remita a otra ley de un Estado miembro en el que a su vez esté formado por varios territorios con normas propias relativas a regímenes económicos matrimoniales, se deberán aplicar las que se determinen en las propias normas conflictuales de fuente interna de un Estado. Por ejemplo, en el caso de España, las normas de conflicto de producción interna que determinarán que ley es aplicable a estos casos se establecen en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil artículos 9.2, 9.3 y 16.1.

En el apartado segundo del artículo 33 se prevé aquellos casos en los que el ordenamiento de un Estado miembro no disponga de normas conflictuales para estas situaciones. En estos casos según el reglamento (UE) 2016/1103 se aplicará:

- la ley de la unidad territorial en la que los cónyuges o miembros de la unión registrada tengan su residencia habitual (cuando el Reglamento haga referencia a la ley de la residencia habitual de las partes).
- la ley de la unidad territorial con la que los cónyuges tengan una conexión más estrecha (cuando el Reglamento haga referencia a la ley de la nacionalidad de las partes);
- la ley de la unidad territorial en la que se encuentre ubicado el elemento pertinente (cuando el Reglamento haga referencia a un criterio de conexión diferente de los mencionados en los dos primeros supuestos).

El legislador de la Unión, cuando elaboró este reglamento se basó en el llamado “método subsidiario”, siendo de aplicación, en primer lugar, las normas internas sobre conflicto de leyes del estado, y en ausencia de estas la aplicación de la llamada “conexión de residencia habitual” es decir, se aplicará el derecho del territorio concreto donde residan las partes o, en el caso de optar por la nacionalidad, se aplicará la ley del lugar donde los cónyuges tengan una relación más estrecha.

Por otro lado, el artículo 34 del Reglamento (UE) 2016/1103 en relación con los conflictos interpersonales de leyes establece que cuando un Estado tenga más de un régimen jurídico y el reglamento haga alusión a las normas de dicho Estado se entenderá que lo hace al régimen jurídico que dentro de las leyes internas de ese estado se determine. Y cuando ese Estado en cuestión no disponga de ese tipo de normas, se aplicará al caso las normas que encuentren más vínculos de unión con los cónyuges.

En último lugar, el artículo 35 del Reglamento (UE) 2016/1103 establece expresamente, que los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de regímenes económicos matrimoniales, no tienen que aplicar las normas del Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales cuando se produzcan reenvíos plurilegislativos.

En conclusión, la finalidad que persigue el legislador de la unión a través del presente reglamento es dar repuesta a los problemas que puedan surgir en la aplicación de ley aplicable a los procesos matrimoniales entre territorios y regiones, como es por ejemplo el caso de España que dispone de un Código Civil común y, Derechos especiales y forales.

4.4. *La ley aplicable a los terceros.*

Partiendo del anterior concepto analizado de autonomía de la voluntad de las partes para elegir a que derecho quieren someter su situación matrimonial, debemos entender que el misma no siempre resulta de aplicación absoluta, sino que se encuentra sometida a ciertas limitaciones como ya hemos señalado en los párrafos precedentes. En este apartado en concreto vamos a analizar que límites prevé el legislador en el Reglamento (UE) 2016/1103 para proteger los intereses de aquellos terceros que tienen algún tipo de vínculo u obligación jurídica con uno o ambos cónyuges y puedan verse afectados por el régimen legal que rija sus efectos patrimoniales.

Un ejemplo práctico de esta situación podría ser el caso de que un tercero realice cualquier tipo de negocio jurídico con uno de los cónyuges, y ese negocio fuera impugnado por el otro cónyuge porque considere que se han vulnerado el régimen jurídico que rige su régimen económico matrimonial.

En el Reglamento (UE) 2016/1103 estas situaciones se encuentran reguladas en sus artículos 22.3, 26.3, 27.f y en concreto en su artículo 28⁵⁴; en los cuales se establece lo siguiente:

- En virtud del artículo 27.f, la ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales regulará los efectos patrimoniales que se produzcan fruto de la relación que exista entre uno de los cónyuges y un tercero.
- El artículo 28 viene a matizar lo establecido en el artículo 27.f, indicando que a la regla general establecida en el párrafo anterior se le agrega el requisito de que los terceros conozcan o debieran conocer la ley que regulaba el régimen económico del matrimonio. Es decir, no se podrá invocar la ley aplicable a dichos regímenes económicos del matrimonio por las partes, si los terceros con los que habían contraído algún tipo de relación jurídica y actuando con la debida negligencia no la conocían.

Se entiende que un tercero conoce esa ley cuando ésta sea:

- la ley del Estado cuyas disposiciones son aplicables a la transacción existente entre el tercero y uno de los cónyuges,
- la ley del Estado en el que se encuentra tanto su residencia habitual como la del cónyuge o miembro contratante;
- cuando se trate de la ley del Estado en el que se encuentran los bienes inmuebles.

⁵⁴ Vid. ANTON JUÁREZ, I.: «La oposición del régimen económico matrimonial y la protección del tercero en Derecho internacional privado», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 59-75.

- o cuando conste en un Registro público el régimen económico matrimonial o los pactos establecidos entre los cónyuges.

En el apartado tercero del artículo 28 del Reglamento (UE) 2016/1103 establece que cuando las parejas no puedan invocar frente a un tercero la ley que se aplica a su régimen económico, los efectos que se produzcan frente a ese tercero quedaran bajo el ámbito de aplicación de la ley que por defecto se haya aplicado a la transacción entre ambos, o por la ley del Estado en que se encuentren o donde tengan situados sus bienes y derechos.

El conocimiento por terceros del contenido de los regímenes económicos de las parejas con las que se relacionan exige la adecuada publicidad de los mismos. Actualmente, el problema se da en que no existe un sistema de publicidad común del régimen económico del matrimonio para poder proteger realmente los derechos de terceros provocando un clima de inseguridad jurídica.

En el caso concreto de España, directamente no existe ningún precepto normativo que regule tal situación. Si bien el artículo 1.327 del Código Civil menciona que las capitulaciones matrimoniales deben ser elevadas a escritura pública para que puedan ser conocidos por terceros interesados, este lo hace de forma genérica e indeterminada.

V. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y aceptación y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales. del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016.

En nuestro último punto de análisis nos centraremos en el tercer bloque del Derecho internacional Privado: El reconocimiento y ejecución de resoluciones y la aceptación de documentos públicos y transacciones.

El Reglamento (UE) 2016/1103 recoge en su Capítulo cuarto y en concreto en sus artículos 36 a 60 los preceptos normativos a acerca de este bloque del Derecho internacional privado.

Hay que tener en cuenta, por un lado, que para aplicar los preceptos normativos sobre este objeto de análisis establecidos en el Reglamento (UE) 2016/1103, es necesario que el estado de origen que emitió esos documentos sea un Estado miembro que forme parte de la Cooperación reforzada. Por lo que, en contrario, cualquier documento judicial de los antes descritos que provenga de un tercer Estado que no forme parte de Cooperación reforzada y por tanto, tampoco del Reglamento (UE) 2016/1103 estará regulado por la normativa interna de dicha materia, que en el caso concreto de España es la Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil.

Suponiendo que el Estado en el que se quiere hacer valer los efectos de los documentos sea España, dependiendo del Estado de donde provenga el supuesto documento se podría dar varias situaciones:

- Si la resolución, documento público o transacción judicial proviene de Bélgica, Bulgaria, la República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia, Suecia o Chipre: se estará a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/1103.
- Sin embargo, si la resolución, documento público o transacción judicial proviene de Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Polonia, Hungría, Eslovaquia, Letonia, Lituania y Rumania o cualquier Estado no miembro de la Unión Europea: se estará a lo dispuesto en la Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil.

Por otro lado, hay que tener en cuenta elemento de extranjería en este tercer bloque del Derecho internacional privado es diferente al elemento de extranjería de los otros bloques de Competencia judicial internacional y Ley aplicable, ya que mientras en la Competencia judicial internacional se atiende al foro donde pueden o deben litigar las partes teniendo en cuenta la conexión de éstas y del supuesto con varios Estados, para el bloque que comentamos en este epígrafe de reconocimiento y ejecución de resoluciones y aceptación de ejecución de

documentos públicos y transacciones judiciales lo importante es el hecho de que el Estado de origen y Estado de destino no sean los mismos, pues de lo contrario no tendría sentido reconocer un documento público o resolución emitida por un propio Estado.

1. El reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.

El reglamento (UE) 2016/1103 recoge en los artículos 36 a 57 lo relativo a reconocimiento y ejecución de resoluciones judicial, estableciendo un reconocimiento automático, es decir, que una resolución dictada por los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de la Unión Europea desplegará el mismo efecto en el resto de los Estados miembros que en el Estado de origen. Estos efectos serían principalmente: el efecto probatorio, declarativo y de cosa juzgada material (= artículo 36 Reglamento (UE) 2016/1103); Sin embargo, además de estos efectos en el Reglamento objeto de comentario y análisis podemos distinguir entre el llamado reconocimiento incidental y el reconocimiento a título principal. El efecto de reconocimiento incidental pretende reconocer una resolución concreta en un proceso y se suele utilizar por las partes para fundar en él su pretensión y darle mayor valor probatorio o contradecir a la parte en sus escritos de contestación a la demanda. Por otra parte, con el efecto de reconocimiento a título principal lo que se persigue es que el juez del Estado miembro donde se ha presentado la resolución dicte del mismo modo otra resolución donde se declare que se dan todos los motivos recogidos en el Reglamento (UE) 2016/1103 y por lo tanto el documento presenta efecto *erga omnes*.

Por otra parte, el Reglamento 2016/1103 determina que para someter el documento que se pretende reconocer a su ejecución material, se necesita previamente haber obtenido su declaración de fuerza ejecutiva a través de lo que llamamos procedimiento de *exequatur* (= artículo 42 del Reglamento (UE) 2016/1103). El procedimiento *de exequatur* consiste, en primer lugar, en la presentación a las autoridades del Estado miembro requerido de una copia de la resolución y una certificación expedida por las autoridades competentes del

Estado de origen (= artículo 45.3 del Reglamento (UE) 2016/1103). Una vez presentados estos documentos se otorgaría automáticamente el *exequatur*, sin necesidad de audiencia de las partes y sin posibilidad de examinarse los motivos de denegación del reconocimiento como podrían ser incompatibilidades por orden público, rebeldía del demandado o incompatibilidades de soluciones (= artículo 38 del Reglamento (UE) 2016/1103).

Por otro lado, en el caso de que se denegara la solicitud de fuerza ejecutiva cabría presentar contra esa resolución recurso (= artículo 49 del Reglamento (UE) 2016/1103) e incluso, en caso de que este recurso sea desestimado o inadmitido, impugnarlo (= artículo 50 Reglamento (UE) 2016/1103). En la actualidad, los juzgados competentes en España para resolver sobre los correspondientes recursos, así como para la concesión o denegación del *exequatur* son los Juzgados de primera instancia; las Audiencias provinciales para resolver del recurso en primera instancia y, finalmente, se podrá acudir en última instancia al Tribunal Supremo.

2. Aceptación y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales

El Reglamento (UE) 2016/1103 además del reconocimiento y ejecución, también se pronuncia acerca de la aceptación y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales. La regulación sobre la validez extraterritorial de los documentos públicos emitidos la encontramos en los artículos 58 y 59 del Reglamento (UE) 2016/1103. En concreto, el artículo 58 establece que por lo general prevalece la aceptación y libre circulación de documentos públicos respecto a su eficacia probatoria, pero con ciertos límites, ya que no pueden vulnerar o atentar contra la normativa interna del Estado requerido (lo que conocemos como el límite del orden público). Además, resulta posible recurrir la autenticidad del documento en el Estado de origen y los actos jurídicos o las relaciones consignadas en el mismo ante los órganos jurisdiccionales competentes en virtud del Reglamento (UE) 2016/1103. Por otro lado, el artículo 59 del citado Reglamento regula la ejecución de los documentos públicos, que está supeditada a la previa obtención del *exequatur*, y con el requisito de que

únicamente se podrá invocar la vulneración del orden público por medio del recurso interpuesto contra la resolución que deniega el efecto de declaración de fuerza ejecutiva.

En cuanto a las transacciones judiciales, el Reglamento (UE) 2016/1103 establece en su artículo 60 los mismos términos que emplea en su artículo 50 para hablar sobre la fuerza ejecutiva de los documentos públicos.

EJEMPLO: Si un matrimonio homosexual contraído en un Estado Miembro de la Unión Europea se debe convertir en una unión civil bajo las leyes de otro Estado Miembro que no reconoce el matrimonio homosexual, ¿Se considera que dicha unión debe someterse al Reglamento (UE) 1103/2016 sobre regímenes económicos matrimoniales o al Reglamento 1104/2016 sobre parejas de hecho?

Partimos de que el concepto de «matrimonio», no queda recogido ni en el **Reglamento (UE) 2016/1103** ni en el **Reglamento (UE) 2016/1104** en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas; por lo que es definido por el Derecho nacional de los Estados miembros.

Del mismo modo, en ambos reglamentos queda excluidos de su ámbito de aplicación tanto la capacidad jurídica de los cónyuges como la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio

La opción por no definir lo que puede entenderse por matrimonio o por limitar el concepto de unión registrada es ciertamente respetuosa con las legislaciones internas de los Estados miembros. Pero, a la vez, no es una decisión exenta de problemas puesto que particularmente respecto de las parejas homosexuales, hay relaciones estables que en unos Estados van a ser calificadas como matrimonio, y van a entrar en el ámbito de aplicación del Reglamento REM, y en otros serán consideradas uniones, resultándoles aplicable el **Reglamento EPUR1** de Competencia Internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de Uniones Registradas.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea publicó su **Comunicado de prensa n.º 80/18 Luxemburgo, 5 de junio de 2018 en relación a la Sentencia en el asunto C-673/16**, en el que establecía que: “El concepto de «cónyuge», en el sentido de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de libertad de residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, incluye a los cónyuges del mismo sexo”.

Aunque los Estados miembros tienen libertad para autorizar o no el matrimonio homosexual, no pueden obstaculizar la libertad de residencia de un ciudadano de la Unión denegando a su cónyuge del mismo sexo, nacional de un Estado no miembro de la Unión, la concesión un derecho de residencia derivado en su territorio.

En este caso, El Sr. Relu Adrian Coman, nacional rumano, y el Sr. Robert Clabourn Hamilton, nacional estadounidense, contrajeron matrimonio en Bruselas en 2010. En diciembre de 2012, el Sr. Coman y su esposo solicitaron a las autoridades rumanas que se les informase del procedimiento y de los requisitos para obtener el derecho a residir legalmente en Rumanía por un período superior a tres meses. Esta solicitud se basaba en la Directiva relativa al ejercicio de la libertad de circulación, que permite al cónyuge de un ciudadano de la Unión que ha ejercido dicha libertad reunirse con él en el Estado miembro en el que éste reside.

En respuesta a la citada solicitud, las autoridades rumanas informaron a los Sres. Coman y Hamilton de que a este último únicamente le correspondía un derecho de residencia de tres meses, debido, concretamente, a que en Rumanía no podía ser considerado «cónyuge» de un ciudadano de la Unión, ya que dicho Estado miembro no reconoce los matrimonios entre personas del mismo sexo («matrimonios homosexuales»).

Los Sres. Coman y Hamilton interpusieron entonces recurso ante los tribunales rumanos con el fin de que se declarase la existencia de una discriminación por razón de la orientación sexual respecto al ejercicio del derecho a la libre circulación dentro de la Unión. La Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional, Rumanía), que conoce de una cuestión de inconstitucionalidad planteada en el marco de dicho litigio, pregunta al Tribunal de Justicia si el Sr. Hamilton está comprendido en el concepto de «cónyuge» de un ciudadano de la

Unión que ha ejercido su libertad de circulación y si, en consecuencia, debe concedérsele un derecho de residencia permanente en Rumanía.

El Tribunal de Justicia indicó que, en el contexto de la Directiva relativa al ejercicio de la libertad de circulación, el concepto de «cónyuge», que designa a una persona unida a otra mediante el vínculo matrimonial, es neutro desde el punto de vista del género, por lo que puede incluir al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión. El Tribunal de Justicia precisa, no obstante, que el estado civil de las personas, en el que se incluyen las normas relativas al matrimonio, es una materia competencia de los Estados miembros, no restringida por el Derecho de la Unión, de modo que los Estados miembros disponen de la libertad de institucionalizar o no el matrimonio homosexual. Señala asimismo que la Unión respeta la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de éstos.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia considera que la negativa de un Estado miembro a reconocer, únicamente a efectos de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado, el matrimonio de éste con un ciudadano de la Unión del mismo sexo, contraído legalmente en otro Estado miembro, puede obstaculizar el ejercicio del derecho de ese ciudadano a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Esto supondría que la libertad de circulación variaría de un Estado miembro a otro en función de las disposiciones de Derecho nacional que regulan el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Dicho esto, el Tribunal de Justicia recuerda que la libre circulación de personas puede estar sometida a restricciones independientes de la nacionalidad de los sujetos afectados, siempre que tales restricciones se basen en consideraciones objetivas de interés general y sean proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional.

A este respecto, el orden público, que se invoca en el presente asunto como justificación para restringir el derecho a la libre circulación, debe interpretarse en sentido estricto, de manera que su alcance no pueda ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro, sin que medie control por parte de las instituciones de la Unión. La obligación de un Estado miembro de reconocer un

matrimonio homosexual contraído en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este último Estado, con el fin exclusivo de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado, no afecta negativamente a la institución del matrimonio en el primer Estado miembro. En particular, esa obligación no impone a dicho Estado miembro el deber de contemplar la institución del matrimonio homosexual en su Derecho nacional, ni amenaza el orden público del Estado miembro concernido.

En conclusión, a pesar de que los Estados miembros tienen libertad para regular el concepto de matrimonio permitiendo la unión de dos personas con el mismo sexo o solo autorizando su unión registrada, no podrán obstaculizar la libertad de residencia de un ciudadano de la Unión denegando a su cónyuge del mismo sexo.

Teniendo en cuenta el derecho interno de cada país de la UE y la declaración del TJUE en la que incluye en el concepto de cónyuge tanto a las personas de diferente sexo como de igual sexo, se aplicará por analogía el Reglamento 1103/2016 en aquellos casos en los que los países acepten el matrimonio homosexual. Será de aplicación el Reglamento 1104/2016 en los casos en los que solo acepten las Uniones de hecho registradas; pero en todos los casos, y a pesar de que los países no incluyan en su legislación la forma de matrimonio ni las uniones registradas homosexuales, deberán permitir la residencia de parejas o matrimonios homosexuales en sus territorios.

VI. Cuestiones previas para la resolución de casos prácticos⁵⁵.

A continuación, de forma resumida resolveremos algunas de las cuestiones que pueden surgir con antelación al planteamiento de casos prácticos y que concretan lo desarrollado y analizado en el presente trabajo.

⁵⁵ Vid. RODRIGUEZ BENOT, A.: "Cuestionario práctico sobre los Reglamentos de la UE 2016/1103 (matrimonios) y 2016/1104 (uniones registradas)". Revista LA NOTARIA, enero, 2019, pp. 81- 89.

1. ¿Cuándo se considera al notario como órgano jurisdiccional?

Según lo establecido por el Reglamento (UE) 2016/1103, los notarios pueden tener una doble consideración:

Por un lado, puede actuar como órgano jurisdiccional (=artículo 3.2 Reglamento (UE) 2016/1103), y en tal caso estaría sometido a las reglas de competencia del capítulo II, así como a las de Derecho aplicable del capítulo III, y sus decisiones circularían por la Unión Europea por las normas del capítulo IV. Esta consideración dependerá de lo decidido y comunicado por cada Estado miembro a la Comisión.

Por otro lado, puede actuar como órgano no jurisdiccional dependiendo en tal caso su competencia a lo que se establezca en el ordenamiento interno de cada Estado, y ello a su vez, sometido a las reglas establecidas en el capítulo III sobre la determinación de Ley aplicable y las contenidas en el capítulo V.

En el caso concreto de España, no se consideran a los notarios como órganos jurisdiccionales cuando estemos ante un supuesto de Régimen económico matrimonial.

2. ¿Cuándo consideramos que una pareja es internacional?, ¿cuándo la nacionalidad es diferente o cuándo medie algún elemento transfronterizo?

El carácter internacional se puede determinar:

- Como un elemento endógeno establecido en función de la nacionalidad, domicilio o residencia habitual de los cónyuges; en función de la ubicación de sus bienes en distintos países; o en relación con el país en el que hubieran celebrado el matrimonio.
- Como un elemento exógeno, es decir, dependiendo de lo establecido por autoridad competente extranjera.

3. Determinación de ley aplicable en defecto de elección expresa.

El artículo 26.1 del Reglamento (UE) 2016/1103 establece una serie de conexiones, ordenadas en cascada, para determinar el ordenamiento aplicable:

- En primer lugar, la residencia común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio.
- En segundo lugar, la nacionalidad común de ambos cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio
- En defecto de las dos reglas anteriores, la ley del Estado con el que los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio tengan una conexión más estrecha.

No obstante, el artículo 26 del Reglamento (UE) 2016/1103 se aplicaría en el supuesto en el que el ordenamiento aplicable fuera el del Estado donde los cónyuges residieran de manera habitual tras la celebración del matrimonio. En estos casos tal artículo prevé que la autoridad competente tendrá la potestad y no la obligación, para aplicar la ley del Estado donde los cónyuges tuvieron su última residencia habitual común durante un periodo más o menos duradero en el tiempo en cuya ley se basaron para organizar sus relaciones patrimoniales.

4 ¿Qué entendemos por residencia habitual?

Nada dice el Reglamento (UE) 2016/1103 acerca de lo que se entiende por residencia habitual, por lo que será la autoridad competente que conozca del asunto la que lo determine. Para tal determinación, la normativa y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea indica que se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Todas las circunstancias que rodean al matrimonio atendiendo al caso concreto,
- La integración en un entorno social y familiar que condujera al centro de interés y la vida social de la pareja,
- La presencia en un país con carácter temporal y no ocasional.
- La duración, regularidad, condiciones y razones de presencia en el mismo,
- La nacionalidad y ubicación de los bienes,

- En el caso de tener hijos, la escolarización de los mismo, la cobertura sanitaria, etc.

5. ¿En qué medida subsiste la aplicación de la normativa interna española?

Teniendo en cuenta que el Reglamento (UE) 2016/1103 desplegó plenos efectos a partir del pasado 29 de enero de 2019, hay que prever en cuenta que en la práctica se pueden dar varios escenarios:

- Para el caso de que los matrimonios se hayan celebrado antes del 29 de enero de 2019, las autoridades españolas seguirán determinando el ordenamiento aplicable por las normas de conflicto de nuestro sistema de Derecho internacional privado en la materia establecidas en el artículo 9.2 y 3 del Código Civil.
- Para el caso de que los matrimonios se hayan celebrado con posterioridad al 29 de enero de 2019, se aplicará lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/1103.
- No obstante, lo establecido en el artículo 9 del Código Civil se seguirá aplicando independientemente de la fecha de celebración del matrimonio.

VII. Conclusiones.

PRIMERA. – La Comunitarización *iusinternacionalprivatista* de los regímenes económicos matrimoniales.

La intención de comunitarizar el Derecho internacional Privado en materia de regímenes económicos matrimoniales se consolidó con la aprobación del Reglamento (UE) 2016/1103 ofreciendo a los matrimonios internacionales un mayor grado de seguridad jurídica y la posibilidad de prever sus relaciones patrimoniales. Con la aprobación del citado reglamento que ha sido objeto de análisis de este trabajo se ha logrado positivamente un régimen uniforme sobre la materia, el cual además devenía imprescindible para solucionar los numerosos problemas jurídicos que se daban en la práctica continuamente y a los que se enfrentaban las parejas internacionales cuando quería disolver su unión y su patrimonio común. Por lo que, desde el 29 de enero de 2019 momento en el que

entró en vigor en su totalidad el Reglamento (UE) 2016/2016, en España, las normas de Competencia judicial internacional y ley aplicable de origen estatal establecidas en los artículos 22 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil quedaron desplazadas por los preceptos incluidos en el Reglamento. Por otro lado, para los casos de reconocimiento y ejecución de resoluciones que provengan de un tercer Estado se aplicará la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, entendiendo como un tercer estado, como ya hemos apuntado anteriormente aquel que forme parte de Unión Europea y por lo tanto no vinculado al Reglamento (UE) 2016/1103.

SEGUNDA. – La dificultad del legislador de la unión para conseguir un modelo unitario de integración.

Con la aplicación preferente del Reglamento comunitario frente a las normas de producción interna de los Estados miembros que forman parte del Reglamento (UE) 2016/1103 a causa del principio de subsidiariedad que predica el Derecho internacional privado, evitamos en la práctica la gran mayoría de problemas que se estaban generando a causa de la dispersión normativa y la falta de normativa comunitaria sobre esta materia. Por lo que en conclusión podemos decir que con la aplicación del Reglamento objeto de análisis se evitan los problemas de *law shopping*. Sin embargo, y a pesar de lo necesario que resultaba la regulación sobre esta materia, la aprobación de este reglamento no fue unánime, y algunos de los Estados miembros obstaculizaron esa intención de comunitarizar el Derecho internacional privado y el espíritu de armonización de la Unión Europea, manifestando una vez más que el “modelo unitario de integración” se ve frustrado en gran medida cuando se trata de la armonización de materias que contienen una elevada “carga emocional”.

TERCERA. – Balance tras el primer año de aplicación del Reglamento.

Hasta el momento, tras el primer año de la aplicación del Reglamento (UE) 2016/1103 podemos afirmar que en general no ha sido tarea fácil, al menos en lo que respecta a la aplicación de las normas de competencia judicial internacional ya que al haber mucha casuística sobre este tema se han producido incluso antes de la propia entrada en vigor de reglamento muchas modificaciones sobre esta normativa. No obstante, en lo que se refiere a la normativa respecto a la ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y aceptación y ejecución de documentos públicos su valoración es positiva porque, aunque a *priori* las normas de ley aplicable del reglamento contiene preceptos cuya aplicación práctica puede presumirse que no será sencilla por ejemplo, el art. 26.3 del Reglamento 2016/1103, que permite excepcionar la aplicación de la ley de la primera residencia habitual, pero lo cierto es que, en líneas generales su estructura y metodología resulta clara y adecuada.

CUARTA. – El beneficio de establecer Competencia judicial internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial.

El criterio de conexión que se establece para determinar la competencia judicial internacional en mi opinión es acertado ya sea para el supuesto de crisis matrimoniales como para las sucesiones internacionales, ya no porque remita los procesos conexos al mismo tribunal, puesto que eso solo sucede si lo prevé la legislación interna de cada Estado miembro, sino porque los remite a los tribunales del mismo Estado, con la consiguiente facilidad para que los procesos se acoplen y sean eficaces en uno las resoluciones recaídas en el otro y viceversa. Creo que son igualmente adecuados los supuestos en los que la conexión está sometida al acuerdo de las partes; y esto tanto en los casos en los que la exigencia de acuerdo se funda, como ocurre en el Reglamento REM, en la posibilidad de que el proceso matrimonial se sustancie en un Estado distinto a aquel en que estén situados la mayoría de los bienes del matrimonio

QUINTA. – Beneficios del reglamento (UE) 2016/1103 de Regímenes económicos matrimoniales.

Además, uno de los principales beneficios del Reglamento (UE) 2016/1103 es que ofrece a los matrimonios una amplia autonomía de la voluntad, pudiendo estos determinar o cambiar la ley aplicable a sus regímenes económicos en cualquier momento. Además, este aspecto de libre elección de ley aplicable prevalece sobre cualquier otro punto de conexión del reglamento lo que supone un gran avance respecto a la normativa interna de muchos países o en el caso concreto de España, el cual solo operaba la libertad de elección de ley aplicable, es decir, la autonomía de la voluntad, en defecto de ley personal común. Sin embargo, no resulta tan positivo, incluso en mi opinión es tan complejo que puede llevar a ocasionar un problema el extremo de la coordinación entre los diferentes Reglamentos de la Unión Europea que son de aplicación de la materia por conexión entre sí. Y es que, cuando se produzcan acumulaciones de procedimientos sobre sucesiones internacionales o crisis matrimoniales que provoquen la disolución del régimen económico, puede ocasionar al Órgano o tribunal competente para enjuiciar la los hechos confusión sobre que instrumentos normativos ha de utilizar para resolver.



SEXTA. – Conclusiones definitivas del conjunto del reglamento (UE) 2016/1103 de Regímenes económicos matrimoniales.

En relación con el reconocimiento y ejecución de resoluciones y aceptación y ejecución de documentos públicos, la sensación es ciertamente «agridulce» pues el Reglamento 2016/1103 ha “reciclado” unas normas que, si bien han demostrado funcionar bien en la práctica, no son las más representativas de la confianza mutua entre los Estados miembro. En definitiva, el Reglamentos (UE) 2016/1103 obtiene por mi parte una valoración positiva, pues a pesar de contar con ciertas deficiencias, las nuevas regulaciones de fuente institucional garantizan, entre otros, los principios fundamentales de previsibilidad y seguridad jurídica y la autonomía de la voluntad de las partes, así como protegen los derechos patrimoniales de los miembros de las parejas internacionales, y de los terceros que contraten con ellos.

VIII. Bibliografía.

ADAM MUÑOZ, M.D.: «La competencia judicial internacional en el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio 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», Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ANTÓN JUÁREZ, I.: «La oposición del régimen económico matrimonial y la protección del tercero en Derecho internacional privado», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 9, núm. 2, 2017.

AÑOVEROS TERRADAS, B.: «El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos reglamentos de la unión europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017.

DIAGO DIAGO, M.P.: «La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho internacional privado español», *Boletín de información del Ministerio de justicia*, núm.2067-2068, 2008.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: «Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económico matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas», *La Ley Unión Europea*, núm. 40, 30 septiembre 2016.

FONTANELLAS MORELL, J.M.: «Una primera lectura de las Propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económico matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas», en PARRA, C. (ed.): *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el derecho catalán*, Bosch Editor, Barcelona, 2012.

GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.) y HERRANZ BALLESTEROS, M. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (coords.): *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I.: «La órbita de la autonomía privada en relación con el matrimonio», en GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.) y HERRANZ BALLESTEROS, M. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (coords.): *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

PEITEADO MARISCAL, P.: «Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016, 1104/2016», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 9, núm. 1, 2016.

QUINZÁ REDONDO, P.: «La plurilegislación del derecho civil español ante el Derecho internacional privado de la Unión Europea: dinamismo vs. estatismo», en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y PETIT DE GABRIEL, E.W. (eds.): *España y la Unión Europea en el orden internacional. XXVI Jornadas ordinarias de la AEPDIRI*, Tirant lo Blanch, Valencia.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: «La armonización del régimen económico matrimonial en la UE: La Propuesta de Reglamento de 2011» en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds.): *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, 2012.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., HEREDIA SÁNCHEZ, L., y LORENTE MARTÍNEZ, I.: *"Materiales de Derecho Internacional Privado para el Grado en Derecho"*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2020.

ORTEGA GIMÉNEZ, A.: "Nuevo régimen jurídico de la Unión Europea en materia de regímenes económico matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas (Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104): Cuestiones de Derecho Internacional Privado", en *Revista Economist & Jurist*, Número 217, Difusión Jurídica, Barcelona, 2019, pp. 26-37.

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

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A.: *El divorcio internacional en la Unión Europea: jurisdicción y ley aplicable*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

VINAIXA MIQUEL, M.: «La autonomía de la voluntad en los recientes Reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de uniones registradas (2016/1104)», *Indret*, núm. 2, 2017.

