

REGLAMENTO EUROPEO (UE) 2016/1103 DE 24 DE JUNIO DE 2016 SOBRE REGIMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES: LEY APLICABLE

Carlos Jiménez Gallego

Presentación del Reglamento

El Reglamento 2016/1103 se sitúa en el contexto del Reglamento 2201/2003 (sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental), el Reglamento 1259/2010 (sobre ley aplicable a la separación y divorcio) y el Reglamento 650/2012 (sucesorio).

El fracaso de una propuesta de Reglamento (de 16 de marzo de 2011) que pretendía dar normas sobre toda la materia del actual Reglamento llevó a una iniciativa de varios Estados miembros para promulgar un Reglamento aplicable sólo a los Estados que lo quisieran suscribir o adherirse en el futuro. Estos son los antecedentes del Reglamento 2016/1103.

Los Estados parte son dieciocho del total de veintisiete que hoy integran la Unión Europea. Se trata de Bélgica, Bulgaria, República Checa, Alemania, Grecia, España, Francia, Croacia, Italia, Chipre, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia.

Está abierto a los demás Estados miembros que se quisieran adherir en el futuro. No ha habido ninguna adhesión hasta la fecha.

Consta de 70 artículos, divididos en seis capítulos, y regula la competencia, ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos públicos.

El Reglamento prevé una futura normativa de ejecución (un Reglamento europeo de ejecución) que contenga los modelos de certificados relativos a los distintos tipos de resoluciones previstas en el texto articulado.

El Reglamento es obligatorio en todas sus normas y directamente aplicable, según ordena el último párrafo del artículo 70.

Ambito de aplicación temporal y espacial.

El Reglamento 2016/1103 entró en vigor, según dispone su artículo 70, el 29 de julio de 2016, y es aplicable a partir del 29 de enero de 2019, salvo determinados artículos relativos a comunicaciones a la Comisión y publicidad a realizar por ésta.

El artículo 70 in fine dispone que para los países que se adhieran, el Reglamento se aplicará a partir de la fecha indicada en la decisión correspondiente. Se refiere a la decisión del órgano competente de la Unión Europea adoptada de conformidad al artículo 331.1 apartado 1 párrafos 2º o 3º del Tratado de funcionamiento de la Unión.

Las cuestiones de Derecho transitorio se regulan por el artículo 69. El Reglamento se aplica a las acciones judiciales, documentos públicos y transacciones judiciales ejercitados o formalizados a partir del 29 de enero de 2019 (o sea, el 29 de enero inclusive).

Las resoluciones posteriores a la fecha de aplicación del Reglamento, pero dictadas como consecuencia de acciones ejercitadas antes de esa fecha pero, después de la entrada en vigor, serán reconocidas y ejecutadas conforme al Reglamento 2016/1103 si las normas de competencia aplicadas se ajustan a éste. Esta es la única retroactividad del Reglamento. Hay que entender que en, en el caso de procedimientos judiciales ya iniciados a fecha 29 de enero de 2019, la tramitación no se ajustará al Reglamento ni en lo que se refiere a recursos.

En cuanto a la ley aplicable (normas del capítulo III) el artículo 69.3 del Reglamento establece que “Las disposiciones del capítulo III sólo serán aplicables a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial después del 29 de enero de 2019.”

En aplicación de esta norma:

Los matrimonios existentes a 29 de enero de 2019 que no hayan pactado sobre su régimen económico matrimonial, y a los que por tanto se les aplica un régimen legal, continúan rigiéndose por las mismas normas que antes. El Reglamento no les afecta.

Los matrimonios celebrados antes del 29 de enero de 2019 pueden otorgar pactos sobre su régimen económico matrimonial tanto antes como después del 29 de enero de 2019. Si lo hacen antes, lo harán conforme al Derecho que

determine el sistema de Derecho de internacional que resulte aplicable. No lo podrán hacer conforme al Reglamento salvo en cuanto lo permita el Derecho aplicable en el momento de celebración del pacto.

Si lo hacen a partir del 29 de enero de 2019 sólo lo podrán hacer conforme al Reglamento.

Los matrimonios celebrados a partir del 29 de enero de 2019 quedan sujetos exclusivamente al nuevo Reglamento.

En cuanto al ámbito de aplicación espacial, el Reglamento sólo rige en los 18 Estados miembros que lo han suscrito. O sea, no rige en el Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, Eslovaquia ni Rumanía.

Ambito de aplicación objetivo o material.

El artículo 1 del Reglamento dice de forma lacónica: “El presente Reglamento se aplicará a los regímenes económicos matrimoniales”.

Para precisar el significado de esta expresión hay que tener en cuenta las materias excluidas y las definiciones que se dan en el artículo 3.

Hay diversas materias excluidas. De ellas, interesa especialmente resaltar: la capacidad jurídica de los cónyuges, la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio, las obligaciones de alimentos, y la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges.

La expresión “capacidad jurídica” ha sido precisada por el Considerando 20, que afirma que deben excluirse “las cuestiones relativas a la capacidad jurídica general de los cónyuges; no obstante, esta exclusión no debe abarcar las facultades y derechos específicos de uno o de ambos cónyuges con respecto a su patrimonio, bien entre sí, bien por lo que respecta a terceros”.

Parece que se excluye tanto lo que llamamos “capacidad jurídica” como “capacidad de obrar”, salvo la capacidad de obrar referida al patrimonio.

La existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio.

Sobre esta materia no hay normativa europea. Se aplicarán las normas del respectivo Derecho interno.

En cuanto a las obligaciones alimenticias, nos remitimos al capítulo correspondiente a la separación y divorcio. En especial, habrá que estar al Reglamento europeo que regula esta cuestión especialmente, que es el Reglamento 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008. En materia de efectos del matrimonio no se produce, de todas formas, una delimitación tan difícil como en materia de nulidad, separación o divorcio.

Los derechos que por causa de muerte hayan de corresponder al cónyuge viudo es algo que queda sujeto a la ley sucesoria.

En consecuencia, se mantiene la unidad de la ley sucesoria en esta materia que ya dispuso el Reglamento sucesorio europeo (Reglamento 650/2012). Esto contrasta con la norma del sistema de Derecho internacional privado español que recoge desde la ley de 17 de octubre de 1990 el artículo 9.8 CC: los derechos que por ministerio de la ley correspondan al cónyuge viudo quedan sujetos a la ley que regula los efectos del matrimonio (a salvo las legítimas de los descendientes). Esta norma sólo se aplicará para resolver los conflictos de Derecho interregional, pues el Reglamento Sucesorio europeo impide la aplicación del artículo 9.8 CC en las cuestiones de Derecho internacional privado.

Esta opción de política legislativa puede resultar criticable, pero es la regla con la que vamos a tener que operar en adelante (y estamos operando desde el 17 de agosto de 2015).

Los derechos de pensión de jubilación o invalidez quedan parcialmente sujetos al nuevo Reglamento. Se excluye el derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges en caso de nulidad, separación o divorcio, de los derechos devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante el matrimonio. Esta materia se regirá por el Derecho de cada estado. Pero el Reglamento, según interpreta el Considerando 23, “debe regular en particular la cuestión de la clasificación de los activos de pensiones, los importes que ya se hayan abonado a uno de los cónyuges durante el matrimonio y la posible compensación que se concederá en caso de pensiones suscritas con fondos comunes”.

El Reglamento 2016/1103 sustituye, para los Estados miembros, a los Convenios existentes en el momento de entrada en vigor del mismo celebrados entre dos o más Estados miembros y relativos a materias que en él se regulan (artículo 62) pero no afecta a la aplicación de los Convenios bilaterales o multilaterales de los que sean parte los Estados miembros, que se seguirán aplicando en las relaciones con Estados no miembros.

Algunas definiciones importantes.

El Reglamento contiene diversas definiciones en el artículo 3. Nos referimos a continuación a las tres que afectan a la materia de este comentario.

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

Como se ve, esta definición es muy amplia, pues cabe no sólo lo que son propiamente regímenes económicos matrimoniales sino también lo que en el Derecho español se ha venido en llamar “régimen económico matrimonial primario” y también caben los efectos patrimoniales de la nulidad, separación o divorcio, que quedaron excluidos de la aplicación del Reglamento 1259/2010, que regula la ley aplicable a la separación y divorcio. O sea, todos los efectos patrimoniales del matrimonio o de su disolución. Queda excluido todo lo que puedan calificarse como efectos personales. Volveremos sobre esta materia al comentar el artículo 27 del Reglamento, relativo al ámbito de la ley aplicable (art. 27 del Reglamento).

En todo caso, el Considerando 18 es muy explícito. Según éste, el Reglamento “debe incluir todos los aspectos de Derecho civil de los regímenes económico matrimoniales, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial como con la liquidación del régimen, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de los cónyuges”. Y añade que “el término “régimen económico matrimonial” debe interpretarse de forma autónoma y ha de abarcar no sólo las normas imperativas para los cónyuges, sino también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable. Incluye no sólo las capitulaciones matrimoniales específica y exclusivamente previstas para el matrimonio por determinados ordenamientos jurídicos nacionales, sino también toda relación patrimonial, entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución.”

“Capitulaciones matrimoniales”: es el “acuerdo en virtud del cual los cónyuges o futuros cónyuges organizan su régimen económico matrimonial”.

“Documento público”. Se da una definición que es sustancialmente la misma que en otros Reglamentos europeos, como el Reglamento 1215/2012 o el Reglamento sucesorio. La autenticidad se tiene que referir a la firma y al contenido del documento y tiene que haber sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad facultada a tal fin.

“Resolución”. Es “cualquier resolución dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, con independencia de la denominación que reciba”.

“Órgano jurisdiccional”. Se entiende por tal “toda autoridad judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencia en materia de regímenes económicos matrimoniales y que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de una autoridad judicial o bajo su control, siempre que dichas otras autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de todas las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, adoptadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan: a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante la autoridad judicial, b) tengan una fuerza y unos efectos similares a los de la resolución de una autoridad judicial sobre la misma materia.”

El Considerando 29 da una explicación acerca de esta norma. Dice que “el término *órgano jurisdiccional* debe entenderse en un sentido amplio, que incluye no sólo a los órganos jurisdiccionales en el sentido estricto de la palabra, que ejercen funciones judiciales, sino también, por ejemplo, a los notarios de algunos Estados miembros que, en determinadas cuestiones del régimen económico matrimonial, ejercen funciones judiciales del mismo modo que los órganos jurisdiccionales, así como los notarios y los profesionales del Derecho que, en algunos Estados miembros, ejercen funciones judiciales en materia de régimen económico matrimonial por delegación de poderes de un órgano jurisdiccional. Todos los órganos jurisdiccionales, tal como se definen en el presente Reglamento, deben regirse por las normas de competencia establecidas en el mismo. Por el contrario, el término “*órgano jurisdiccional*” no debe incluir a las autoridades no judiciales de un Estado miembro facultadas con arreglo al Derecho nacional para resolver las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial, como los notarios en la mayoría de los Estados miembros cuando, como suele ser el caso, no ejercen funciones judiciales.”

El Reglamento utiliza la misma expresión que el Reglamento sucesorio, en un sentido muy amplio, no limitado a lo que en Derecho interno español denominaríamos “órgano jurisdiccional”. Téngase en cuenta la distinción que hace el Considerando que se acaba de transcribir entre órgano o función “judicial” y órgano o función “jurisdiccional”.

Los Considerandos siguientes (30 y 31) se han cuidado de precisar la competencia de los notarios. En el primero de éstos se dice con claridad que la “sujeción de los notarios de un Estado miembro a las normas de

competencia establecidas en el presente Reglamento deben depender de si están o no incluidos en la definición de *órgano jurisdiccional* a los efectos del presente Reglamento.” El segundo contempla los documentos autorizados por los notarios, y dice: “Cuando los notarios ejerzan funciones jurisdiccionales, deben estar obligados por las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento, y las resoluciones que dicten deben circular de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento sobre el reconocimiento, fuerza ejecutiva y la ejecución de las resoluciones. Cuando los notarios no ejerzan funciones jurisdiccionales, no deben estar obligados por dichas normas de competencia, y los documentos públicos que expidan deben circular de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento relativas a documentos públicos.”

Es la misma solución a la que habíamos llegado en materia de sucesiones mortis causa.

Dado que el Ordenamiento jurídico español ha atribuido a los notarios algunas competencias en materia de regímenes económico matrimoniales, en concreto, la ley 15/2015, hay que entender que los notarios estamos incluidos en esta definición, pero sólo en cuanto a las materias que puedan calificarse de “función jurisdiccional” en el sentido del Reglamento europeo. Estas materias entran en lo que en el Derecho español denominamos “jurisdicción voluntaria”. En nuestra opinión, se trata sólo de las actas reguladas por el artículo 53 LN y los acuerdos patrimoniales de las escrituras de separación y divorcio reguladas por los artículos 54 y 55 LN, todo ello en la redacción dada por la ley 15/2015.

Ejemplos:

Si se trata de tramitar el expediente para fijar el régimen económico matrimonial existente entre los cónyuges, estaremos en presencia de una actuación jurisdiccional. Habrá que respetar las normas de competencia territorial y el documento que contenga la decisión del expediente circulará como “resolución”, según los artículos 36 y siguientes del Reglamento, y no como documento público (según los artículos 58 y siguientes).

Si se trata de pactar un régimen económico matrimonial, el notario no actúa como órgano jurisdiccional y no se aplican las normas de competencia. Los cónyuges o futuros cónyuges pueden acudir al notario de su elección de cualquier país, sea o no Estado miembro, y el documento autorizado por un notario de un Estado miembro circulará como documento público, según el artículo 58 del Reglamento.

Téngase en cuenta que si el pacto sobre el régimen económico matrimonial tuviera que tramitarse como un expediente, de forma que quedara sujeto a una resolución adoptada por un órgano jurisdiccional (en el sentido del Reglamento) estaríamos en un caso igual al contemplado en el párrafo anterior.

La diferencia hay que situarla en la naturaleza del acto: si es un convenio entre las partes o si en la fijación de ese convenio, ya sea en la fase de formación o en el momento del otorgamiento, ha de haber alguna intervención pública (de un órgano jurisdiccional).

Si se trata de liquidar de mutuo acuerdo el régimen económico matrimonial, hay que estar a las mismas reglas que si se tratara de fijar el régimen económico matrimonial.

Este supuesto ha sido expresamente tenido en cuenta por uno de los Considerandos (el 39) que dice: “El presente Reglamento no debe obstar a que las partes resuelvan amistosamente y extrajudicialmente el asunto relativo al régimen económico matrimonial, por ejemplo, ante un notario, en el Estado miembro de su elección, en caso de que ello sea posible en virtud de la ley de dicho Estado miembro. Tal posibilidad debe existir aunque la ley aplicable al régimen económico matrimonial no sea la de dicho Estado miembro.”

El artículo 3.2 in fine (que reenvía al artículo 64, aunque parece que debiera haber reenviado también al artículo 65) dispone que los Estados miembros comunicarán a la Comisión la relación de estas autoridades y profesionales. La Comisión elaborará una lista, mantendrá actualizada esta información, y la hará pública mediante su publicación en el D.O.U.E. y por cualquier otro medio adecuado. Uno de estos medios será el sitio de internet e-justice.europa.eu. Parece que la fecha límite para el envío de información por los Estados es el 29 de abril de 2018 y la fecha límite para la elaboración de la lista por la Comisión es el 29 de julio de 2018 (artículos 64 y 70.2).

El artículo 65 permite a cada país modificar en cualquier momento las autoridades y profesionales que haya comunicado. La Comisión modificará en consecuencia el listado y dará publicidad a la modificación.

Modificaciones del Reglamento.

No se regula un procedimiento para la revisión del propio Reglamento, pero el artículo 68 dispone que a más tardar el 29 de enero de 2027 la Comisión presentará al Parlamento europeo, al Consejo y al Comité Económico y social

un informe, basado en la información remitida por los Estados miembros, relativo a la aplicación del Reglamento, con eventuales propuestas de revisión.

Ley aplicable.

El nuevo Reglamento contiene una serie de normas que regulan los conflictos de leyes en materia de régimen económico matrimonial, entendido éste en el sentido amplio del propio Reglamento, y que van a sustituir a las reglas de Derecho internacional privado de los Estados miembros participantes.

El Considerando 43 justifica la regulación de la ley aplicable con las siguientes palabras: “para que los ciudadanos puedan disfrutar con plena seguridad jurídica de las ventajas que ofrece el mercado interior el Reglamento debe permitir que los cónyuges sepan de antemano cuál será la ley aplicable a su régimen económico matrimonial. Tiene que ofrecerse una ley previsible.”

También añade que esa ley previsible tiene que tener estrecha conexión con el régimen económico matrimonial. No obstante, esto último puede que a veces no se consiga, como ahora veremos.

Sobre esta base, el Reglamento ha diseñado un sistema que se caracteriza por tres notas: universalidad, unidad de ley aplicable, e inmutabilidad salvo voluntad manifestada de los cónyuges.

El Reglamento es de aplicación universal, o sea, se aplica aunque sus normas remitan a las de un Estado no miembro. Esto resulta del artículo 20: “La ley que se determine aplicable en virtud del presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”. El Considerando 14 también dice que la ley elegida por los cónyuges o la ley aplicable en defecto de elección “debe ser aplicable aunque no sea la de un Estado miembro participante.”

Por “Estado no miembro” hay que entender también los Estados de la Unión Europea que no han suscrito el Reglamento.

Por ejemplo, si el Derecho aplicable resulta ser la ley peruana, por ser el lugar de la primera residencia habitual común de los cónyuges, así debe decidirse y aplicarse por quien corresponda.

La ley aplicable es única y tiene efectos en todos los Estados miembros, con independencia de la nacionalidad o residencia de los cónyuges y del lugar de si-

tuación de los bienes. Dado que el artículo 21 dice que la ley aplicable “se aplicará a todos los bienes” resulta irrelevante la naturaleza mueble o inmueble.

El Considerando 43 justifica la unidad de ley “por motivos de seguridad jurídica y para evitar la fragmentación del régimen económico matrimonial”.

Si un matrimonio sujeto al régimen económico matrimonial legal holandés de comunidad universal compra un inmueble en Mallorca, las normas sobre régimen económico matrimonial aplicables a este inmueble serán las del Derecho holandés.

Esta regla de unidad de ley no tiene excepciones, salvo los casos de aplicación de las leyes de policía del Estado del foro (art. 30) y del principio del orden público (art. 31).

La ley que resulte aplicable no cambia si no hay una manifestación expresa de la voluntad de los cónyuges, tanto si ha habido elección de ley como si no la ha habido. El Considerando 46 lo justifica “para garantizar la seguridad jurídica de las transacciones y prevenir cualquier modificación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial sin notificación a los cónyuges.”

Así, si dos cónyuges italianos sujetos al régimen económico matrimonial legal italiano de sociedad de gananciales vienen a residir a España e incluso adquieren con el tiempo la nacionalidad española, el régimen económico seguirá siendo el del Derecho italiano; salvo que voluntariamente lo cambien.

Estas tres notas se dan también en el sistema español de Derecho internacional privado hoy todavía vigente (arts. 9.2 y 9.3 del Código civil), aunque la regla de la inmutabilidad no es exactamente la misma, pues el Derecho español admite el cambio de régimen económico matrimonial pero no permite que por voluntad de las partes se cambie la ley reguladora de los efectos del matrimonio (aunque alguna opinión minoritaria defiende lo contrario). Es decir, la ley española es mucho más rígida que el nuevo Reglamento.

En todo caso, para que el Reglamento europeo resulte de aplicación tiene que tratarse de un supuesto internacional, no de Derecho interno, aunque se trate de Estados con distintos Ordenamientos jurídico-privados, como es el caso de España. Expresamente dispone el artículo 35 que los Estados miembros “no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente.”

En nuestra opinión, la apreciación de la “internacionalidad” no parece presentar muchos problemas prácticos. En todo caso, se plantea de distinta manera que en el Derecho sucesorio.

Se dará en todos los casos en que los cónyuges tengan distintas nacionalidades o residencia habitual en distintos Estados. El lugar de situación de los bienes nos parece en cambio, irrelevante. El Reglamento no se fija en esto para decidir la aplicación de una u otra ley, ni aun en los supuestos de excepcionalidad (art. 26.3).

La ley aplicable es, en primer lugar, la elegida por las partes. En defecto de elección, el Reglamento designa diversas leyes con criterios jerarquizados.

Comenzamos refiriéndonos a la elección.

Elección de ley:

En primer lugar, se aplica la ley elegida por los cónyuges o futuros cónyuges (artículos 22 y 26).

Sin embargo, no pueden elegir cualquier ley, sino que tienen que limitarse a una de las previstas por el artículo 22.1: la ley del Estado en que “los cónyuges futuros, o uno de ellos tengan su residencia habitual en el momento de celebración del acuerdo” o la ley del Estado de “la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo”.

Se da a entender por el Considerando 45 que estas son las leyes con las que el matrimonio de que se trate tiene una estrecha conexión.

Cualquiera de estas leyes es válida. La enumeración no establece ninguna jerarquía.

Ejemplos:

Un español residente en España y una francesa residente en España que van a contraer matrimonio pueden elegir la ley española o la ley francesa.

Un español residente en Italia y una francesa residente en Croacia que van a contraer matrimonio pueden elegir la ley española, la ley italiana, la ley francesa o la ley croata. Incluso en el caso de que tras la celebración del matrimonio vayan a residir en un país distinto de esos cuatro, por ejemplo,

Alemania. Pero no podrán elegir, de momento, la ley alemana, sin perjuicio de que sí podrán hacerlo cuando pasen a residir en Alemania, pues la ley aplicable puede cambiarse en cualquier tiempo, según permite el artículo 22.1 del Reglamento.

Un matrimonio formado por dos españoles residentes en Alemania puede elegir la ley alemana o la ley española.

Con otros ejemplos se puede ver que entre matrimonio y ley rectora elegida puede haber muy poca vinculación:

Dos futuros cónyuges de nacionalidad española que tienen residencia habitual en Portugal, pueden elegir la ley portuguesa antes de contraer matrimonio aun en el caso de que piensen establecer su residencia en España tras la celebración del matrimonio. Otro tema es recomendar o no que elijan una ley que no va a coincidir con el Estado de su residencia futura.

Dos futuros cónyuges de nacionalidad portuguesa tienen residencia habitual en España pero tras la celebración del matrimonio van a establecer su residencia habitual en Bruselas. Pueden elegir la ley española. Pero no pueden elegir la ley belga. No obstante, podrán elegir ésta una vez que tengan en Bélgica su residencia habitual.

El Reglamento no permite la elección de otras leyes (por ejemplo la ley del Estado de una nacionalidad futura), ni tampoco ha dado libertad de elegir, sin limitación, cualquier ley siquiera fuera con la cautela de que tuviera que tener algún vínculo más o menos razonable con el matrimonio.

La determinación de la nacionalidad es cuestión no regulada por el Reglamento. Ello tiene que regirse por el sistema de Derecho internacional privado del país cuyos jueces o autoridades estén conociendo del asunto. En el caso español, la determinación de la nacionalidad española de un sujeto tiene que ajustarse a las normas de los artículos 17 y siguientes del Código Civil.

La nacionalidad tiene que probarse, y el momento de la prueba tiene que ser el momento del otorgamiento. La prueba de haber adquirido una determinada nacionalidad resultará en general fácil, pues basta exhibir el documento acreditativo. Por ejemplo, una certificación expedida por el Registro Civil; la existencia de un pasaporte o carta de identidad también lo prueba.

Para la determinación de la vigencia de la nacionalidad no hay que estar a la *lex fori*, sino a la ley de esa nacionalidad. Esta es una materia en la que el Reglamento no ha querido entrar.

El Reglamento se ha fijado en un momento temporal determinado: el de celebración del convenio. El cambio de residencia habitual o de nacionalidad de uno o de los dos cónyuges no afecta a la validez del convenio, que continúa subsistente mientras no se modifique por un nuevo acuerdo.

El acuerdo de los cónyuges es posible en todo momento: antes de la celebración del matrimonio o durante éste. Y todo convenio puede modificarse o dejarse sin efecto en cualquier momento, antes o después de la celebración del matrimonio. El párrafo primero del artículo 22 dice “podrán designar o cambiar de común acuerdo la ley aplicable a su régimen económico matrimonial”.

Cabe dar carácter retroactivo al convenio, pero “salvo acuerdo en contrario de los cónyuges” todo cambio de ley aplicable sólo surte efectos en el futuro (art. 22.2). Y “ningún cambio retroactivo de la ley aplicable afectará negativamente a los derechos de terceros derivados de dicha ley”.

En caso de elección de la ley de la nacionalidad de uno de los cónyuges, no se tiene en cuenta la residencia habitual de ninguno de ellos, ni los cambios posteriores de nacionalidad.

En caso de sujetos con doble o múltiple nacionalidad, se podrá elegir cualquiera de estas nacionalidades, aunque no sea la que efectivamente se usa en el momento de suscribir el convenio, pues la norma no pone ninguna limitación. Y tal es el criterio a la hora de interpretar los supuestos de doble o múltiple nacionalidad en otros Reglamentos europeos, sin que encontremos nada en el Reglamento 2016/1103 que obligue a cambiar o matizar este criterio.

Es indiferente que se trate de la nacionalidad de un Estado miembro o de un Estado tercero. No hay falta de certeza por esta múltiple posibilidad, ya que la elección tiene que referirse siempre a una ley concreta. El Reglamento podría haber limitado la elección a la nacionalidad que efectivamente se estuviera utilizando, pero no lo ha hecho. Quizá ello conduciría a una prueba difícil y se ha querido evitar. Probablemente haya pesado más el deseo de facilitar la planificación a los contrayentes. No podemos negar que la norma permite la elección de una ley que quizá tenga muy pocos vínculos con el matrimonio. Contrasta esta facilidad de elección con la imposibilidad de elegir otras que pudieran tener más vinculación con el causante.

El reenvío no será aplicable en ningún, pues el artículo 32 lo prohíbe y no establece ninguna excepción. En el caso de elección de ley, el rechazo del reenvío es fácilmente justificable, pues si se admitiera, se aplicaría una Ley distinta a la que los otorgantes han tenido en cuenta y se podría desbaratar la organización económica de su matrimonio a la que precisamente pretenden dar certeza.

La elección de ley anterior al Reglamento no queda convalidada por éste (si no los permitía el Derecho aplicable en el momento de la elección), a diferencia de lo que dispuso el Reglamento sucesorio (650/2012) en su artículo 83: la elección de ley sucesoria es válida si se ajusta al Reglamento, aunque todavía no hubiera estado vigente, “o si cumple las condiciones de validez en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que realizó la elección, en el Estado en que el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea.”

El Derecho español anterior al Reglamento sólo permite la elección de ley de forma muy limitada en el artículo 9.2 CC, antes del matrimonio. Fuera de este caso, el sistema español de Derecho internacional privado no va a reconocer ninguna elección de ley realizada antes del 29 de enero de 2019.

La posibilidad de cambio de ley aplicable, claramente permitida por el Reglamento, contrasta con el vigente Derecho español (art. 9.2 CC), aunque esto sólo es así desde la ley de 15 de octubre de 1990. Con anterioridad, se aplicaba, en defecto o insuficiencia de capitulaciones, la última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, la ley del marido al tiempo de la celebración.

La elección de la ley de un Estado plurilegislativo.

Cabe plantear la cuestión de hasta dónde llega la facultad de elección en el caso de que el Estado de la residencia habitual o de la nacionalidad de uno o de ambos otorgantes tenga distintos Ordenamientos civiles, como es el caso de España. ¿Tienen que limitarse a disponer que eligen la ley española como ley rectora de su régimen económico matrimonial o pueden o deben señalar uno de los diversos Ordenamientos civiles españoles?

Esta cuestión no está resuelta por el Reglamento. Es lo mismo que ocurrió con el Reglamento sucesorio. El Reglamento europeo permite la aplicación del Derecho internacional privado de cada Estado.

Nuestro compañero Eduardo Hijas (Rev. El notario del siglo XXI n° 69, página 24) ha defendido una opinión afirmativa: “Dado que nuestro Código Civil sí permite –a diferencia de lo que ocurre en las sucesiones– en su artículo 9.2 la elección antes de la de la celebración de ley aplicable a los efectos del matrimonio, parece claro que se podrá elegir la ley de una Comunidad Autónoma”. Ello es así porque interpreta el art. 9.2 CC en el sentido de que sí permite una elección posterior a la celebración del matrimonio, aunque sólo sea en defecto de ley personal común. No estamos de acuerdo con esta interpretación. Decir que la regulación de 1990 no pudo restringir la autonomía de la voluntad en materia conflictual sino que la tuvo que ampliar es decir muy poco. Frente a ello se alza la norma del artículo 9.2 CC. Decir que hay que interpretar las normas españolas con las disposiciones de la UE es hablar para el futuro.

Nuestra compañera Zamora Ipas (en “Jurisdicción voluntaria notarial, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, página 341) ha escrito que podría defenderse que el artículo 9.2 CC no excluye la posibilidad de modificación de la ley reguladora de los efectos del matrimonio, sino que únicamente no la regula. Repetimos que nos parece una interpretación muy forzada de la norma.

En nuestra opinión, la elección de los cónyuges o futuros cónyuges no puede resultar contraria al sistema de Derecho internacional privado español. Los cónyuges pueden referirse a una ley de un Ordenamiento civil español concreto, pero si tienen nacionalidad española no pueden evitar que se apliquen las normas de Derecho internacional privado español. Otra cosa es si el Reglamento europeo obliga a entender modificado, para los casos de elección de ley por matrimonios internacionales, el artículo 9.2 CC. Es difícil defender esto.

En consecuencia:

Si ambos cónyuges tienen nacionalidad española y vecindad civil aragonesa, pero son residentes en Alemania, y quieren convenir la aplicación de la ley española, sólo podrán elegir la ley aragonesa.

Si, en ese mismo supuesto, tienen distinta vecindad civil (aragonesa y catalana) podrán elegir la ley aragonesa o la catalana, siempre que se trate de una elección anterior a la celebración del matrimonio. Si ya están casados, sólo podrán elegir la ley española que resulte aplicable según el vigente artículo 9.2 CC: la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, y a falta de dicha residencia, la del lugar de celebración del matrimonio.

Si ninguno de los cónyuges o futuros cónyuges tiene nacionalidad española, pueden elegir la ley del lugar de la residencia habitual. Mantenemos esto en consonancia con lo que diremos más adelante.

Si sólo uno de los cónyuges tiene la nacionalidad española, y quieren elegir la ley de la nacionalidad del cónyuge español, sólo podrán elegir la ley de su vecindad civil. Pero entendemos que, dado que el supuesto es internacional, no hay que sujetarse al artículo 9.2 CC y también pueden elegir la ley del lugar de la residencia habitual.

Como se ve, si no se modifica el sistema español de Derecho internacional privado, se producirán diferencias de trato poco justificadas entre españoles y extranjeros, en perjuicio de los propios españoles.

El acuerdo de elección de ley:

El acuerdo de elección se regula brevemente en los artículos 23 y 24. El primero se refiere a la validez formal y el segundo, a la material.

A la validez formal se refiere el artículo 23.

Se exige que el convenio conste por escrito y fechado y firmado por ambos cónyuges. Puede hacerse por medios electrónicos si queda un registro duradero del acuerdo. Entendemos que en este último caso no hay propiamente “firma”, aunque la ley realice una equiparación.

No se exige que este acuerdo conste en lo que se denomina “capitulaciones matrimoniales”. Tampoco se prohíbe, de todas formas. Por ello, hay que concluir que la elección de ley puede formalizarse o no en capitulaciones matrimoniales.

No obstante, el Reglamento ha impuesto, para el caso de que no se contenga en capitulaciones, unos requisitos formales adicionales.

Se exige que siempre deberá llenarse la forma que exija “para las capitulaciones matrimoniales” la ley del Estado miembro en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en la fecha de celebración del convenio. Si los cónyuges tienen residencia habitual en distintos Estados miembros y las leyes de cada uno establecen requisitos formales diferentes “para las capitulaciones matrimoniales”, deberá llenarse la forma de una cualquiera de las dos legislaciones. Si sólo uno de los cónyuges reside en

un Estado miembro, la forma exigida por la legislación de éste “para las capitulaciones matrimoniales” tiene que aplicarse.

Por ejemplo, si la residencia habitual de los cónyuges es en España, el acuerdo debe formalizarse en escritura pública.

Así, si dos cónyuges nigerianos tienen su residencia habitual en España, pueden suscribir el convenio en España, pero habrán de observar la forma dispuesta por el Derecho español para las capitulaciones, aunque el Derecho de Nigeria no exija ninguna forma especial (extremo éste que desconocemos).

Obsérvese que la ley cuyos requisitos formales deben cumplirse no es la ley que rige la validez material del convenio ni tampoco la Ley elegida, sino la ley del Estado en que ambos cónyuges, o, en su caso, uno sólo, tenga/n su residencia habitual en ese momento. Y el Reglamento sólo exige esto en los casos en que la residencia habitual se tenga, por ambos, o, en su caso, por uno sólo de los cónyuges, en un Estado miembro. De esta forma, cualquier forma exigida en tal supuesto por un Estado no miembro no se tiene en cuenta, aunque fuera el Estado no miembro de residencia habitual de ambos cónyuges al tiempo de celebración del convenio.

Por lo dicho, la validez formal del acuerdo de elección no tiene que cumplir exactamente los mismos requisitos que cualquier convenio de capitulaciones. Probablemente en la mayoría de casos, los requisitos exigibles serán los mismos, pero no siempre tiene por qué ser así.

Para el pacto de capitulaciones, el artículo 25 ordena aplicar los mismos requisitos formales que el artículo 23 exige para el acuerdo de elección de ley aplicable, pero añade uno más: “Si la ley aplicable al régimen económico matrimonial impone requisitos formales adicionales, dichos requisitos serán de aplicación.”

Entonces surge la pregunta:

Si lo otorgado no se limita a la elección de ley aplicable, sino a otras materias propias de capitulaciones matrimoniales, como por ejemplo, la elección de un determinado régimen económico matrimonial, también hay que llenar los requisitos formales que la ley aplicable al régimen económico matrimonial impone al convenio de capitulaciones. Pero ¿y si éstos últimos no se llenan? ¿Será nulo el contrato de capitulaciones y válido el pacto de elección de ley contenido en ella? O dicho de otra forma: si se otorgan capitulaciones y en ellas se elige ley aplicable, ¿qué ocurre si las capitula-

ciones no cumplen todos los requisitos formales que exige el artículo 25 y son incluso nulas?

Entendemos que la nulidad del pacto de capitulaciones no arrastra la del pacto de elección de ley, siempre que se hayan cumplido todos los requisitos formales que exige el Reglamento, que son sólo los del artículo 23 y no los del artículo 25.

Así, por ejemplo: si ley aplicable al régimen económico matrimonial elegido exigiera la forma de escritura pública, pero la ley del Estado miembro de residencia habitual común de los cónyuges sólo exigiera una forma escrita a las capitulaciones, el acuerdo de elección será válido en cuanto a su forma.

Basta cumplir los requisitos formales de una de las Leyes señaladas por el artículo 23 del Reglamento. Es irrelevante que las otras leyes que este artículo contempla exijan más requisitos que no hayan quedado cumplidos. El acuerdo será igualmente válido desde el punto de vista de la forma.

¿Es posible que el acuerdo de elección sea el único contenido de unas “capitulaciones matrimoniales”?

Entendemos que ésta tampoco es una cuestión de Derecho interno. Según el artículo 1325 CC, sí sería posible. Pero no hay que fijarse en el CC sino sólo en el Reglamento europeo. Y no vemos por qué no va a poder ser el único contenido de una escritura que se titule “capitulaciones matrimoniales”. Nada del Reglamento lo prohíbe.

De todas formas, no parece muy recomendable titular así la escritura, pues se da la impresión de que el documento también tiene que quedar sujeto, para su validez, a los requisitos formales que exija la ley aplicable al régimen económico matrimonial (que por cierto no se elige directamente).

Finalmente, diremos que resulta llamativo que la norma no tiene en cuenta la nacionalidad de los otorgantes, ni aunque sea común a ambos. Quizá sea porque el criterio “nacionalidad” tiene poco peso en los Reglamentos comunitarios, que priman el criterio de la residencia habitual.

En todo caso, de lo que llevamos dicho se desprende que la elección de ley no puede entenderse realizada de forma tácita.

A la validez material se refiere el artículo 24.

La existencia y validez del convenio o de sus disposiciones se rigen “por la ley que sería aplicable en virtud del artículo 22 si el convenio o la disposición fueran válidos.”

Ejemplo: dos cónyuges alemanes pueden pactar que los efectos patrimoniales de su matrimonio se regirán por el Derecho francés si ambos cónyuges tienen residencia habitual en Francia al tiempo de pactarlo.

Otro ejemplo: dos cónyuges irlandeses, por poner el caso de un Estado que no ha suscrito el Reglamento, con residencia habitual en España, pueden pactar que los efectos de su matrimonio se rijan por el Derecho español si ambos tienen su residencia habitual en España al tiempo de pactarlo. Este pacto es válido a efectos del Derecho español, aunque pudiera no ser válido conforme al Derecho irlandés.

El convenio de elección se regirá, en cuanto al fondo, por el Derecho francés en el primer caso y por el Derecho español en el segundo caso.

Debe quedar claro que esta norma se refiere al propio acuerdo de elección no al régimen económico matrimonial que resulte de aplicación en virtud de la ley elegida.

Hay una excepción en cuanto al consentimiento: el cónyuge que sostenga que no dio el consentimiento puede acogerse a la ley del país de su residencia habitual en el momento en que se interponga la demanda (“sustanciar el asunto ante el órgano jurisdiccional” dice el artículo 24.2), si se desprende que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley que rige el convenio.

Entendemos que la ley a la que remite este párrafo regulará sólo el consentimiento del cónyuge que alega que no prestó tal consentimiento. Nada más. Y nada menos. Por ello, regulará cualquier cuestión relativa al consentimiento, siempre que sea a los únicos efectos de una eventual invalidación.

La elección de ley es válida aunque la ley elegida no admita el acto de elección. Una cosa es el acto de elección de ley y otra cosa es el contenido del acto de elección.

Una cuestión distinta de la validez material del pacto de elección de ley es la validez material de las capitulaciones matrimoniales, que se rige por la ley aplicable al régimen económico matrimonial, según dispone expresamente el apartado g) del artículo 27 del Reglamento.

No parece posible elegir una ley rectora de la validez material de las capitulaciones matrimoniales. Sólo cabe elegir ley rectora de los efectos del matrimonio (del “régimen económico matrimonial” si utilizamos la terminología del Reglamento).

Ley aplicable en defecto de elección.

A esta materia se refiere el importante artículo 26.

En defecto de acuerdo de elección de ley, se aplica la ley del Estado de la primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio; en su defecto, la ley de la nacionalidad común en el momento de celebración del matrimonio; y en defecto de todas ellas, la ley con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de celebración del matrimonio “teniendo en cuenta todas las circunstancias”.

A diferencia del caso de elección de ley, la norma se fija en el momento de celebración del matrimonio, no en un momento posterior.

Contrasta con los criterios del artículo 9.2 CC, que son los siguientes: ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraer matrimonio; en su defecto, ley elegida por ambos cónyuges (que sólo puede ser la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos) en documento público otorgado por ambos antes de la celebración del matrimonio; en su defecto, ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio; y en último término, la ley del lugar de celebración del matrimonio. La ley española también permite (art. 9.3 CC) pactar sobre el régimen económico matrimonial según la ley que rija los efectos del matrimonio (o sea, no según cualquier ley mencionada por el artículo 9.2 CC) o la ley de la nacionalidad o residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento (no al tiempo de celebración del matrimonio).

El Reglamento ha antepuesto la residencia habitual a la nacionalidad y ha ignorado la ley del lugar de celebración. Y teniendo en cuenta el artículo 22, que acabamos de comentar, ha antepuesto a todos los criterios, el de la ley elegida por los cónyuges en cualquier tiempo.

El Reglamento tampoco distingue, a diferencia de lo que hace la ley española, entre efectos del matrimonio, por un lado, y “pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio”.

Como se ve, en el Reglamento europeo no puede aplicarse un criterio mientras sea posible aplicar uno de los criterios preferentes. Y el último criterio puede dar lugar a la aplicación de distintas leyes, según el criterio de la autoridad que decida.

Hay que destacar el gran cambio que la norma europea va a implicar respecto del Derecho español todavía vigente, pues la residencia común se antepone a la nacionalidad incluso común de ambos cónyuges.

Ejemplos.

Dos cónyuges españoles que fijen su primera residencia habitual común tras el matrimonio en Varsovia, quedarán sujetos al Derecho polaco, en cuanto a todos los efectos patrimoniales de su matrimonio, aunque después se trasladen a vivir a otro país. Esto sólo lo podrán evitar pactando que sea otra la ley aplicable, lo que podrán hacer en cualquier tiempo. Ya no regirá la limitación de que, aunque puedan pactar un régimen económico matrimonial distinto, la ley aplicable a los demás efectos del matrimonio, siempre seguirá siendo el Derecho polaco. En esto, la norma europea es mejor que la española.

Un matrimonio formado por francés y suiza, cuya primera residencia habitual sea en Suiza, quedará sujeto al Derecho suizo. Lo mismo si ambos son franceses. Es irrelevante lo que disponga el Derecho internacional privado suizo. Esto último se tendrá en cuenta por las autoridades suizas, pero no por las autoridades de los estados miembros que han suscrito el Reglamento.

El criterio de la residencia habitual común puede presentar, de hecho, algún problema de prueba. Deberá justificarse de forma suficiente ante el juez, autoridad o funcionario de que se trate. La norma se refiere a un hecho, por lo que no basta acreditar el empadronamiento, o la residencia fiscal, sin perjuicio de que serán indicios que habrá que valorar. En todo caso, estimamos que la prueba no resultará generalmente tan difícil como en Derecho sucesorio, pues en materia matrimonial hay dos partes y, salvo que haya que determinar el régimen matrimonial tras el fallecimiento, ambas estarán vivas.

El mayor problema se va a plantear cuando los cónyuges no hayan tenido residencia habitual común y tengan nacionalidades diferentes. Esta situación no será, de todas formas, muy frecuente, pues sólo se dará cuando no haya habido en ningún momento de la vida del matrimonio una residencia habitual común.

Si ambos cónyuges tienen más de una nacionalidad común, se aplicará la ley del Estado de la primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio y, en su defecto, la ley con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de celebración del matrimonio. Ello, porque así lo dispone el artículo 25.2 del Reglamento. Es decir, se prescinde, en principio, del criterio de la nacionalidad. No quiere decirse, en nuestra opinión, que la nacionalidad sea irrelevante, pues puede resultar decisiva, de hecho, a la hora de apreciar la “vinculación más estrecha”.

Es irrelevante que el Estado cuya ley resulte aplicable sea o no miembro.

El Reglamento ha creado una complicación adicional en el párrafo 3º del artículo 26.

De forma excepcional, señala este párrafo, “la autoridad judicial que tenga competencia para decidir sobre el régimen económico matrimonial” podrá decidir que no se aplique la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, sino la ley de este otro Estado, siempre que los cónyuges tuvieron su residencia habitual común en éste “durante un período de tiempo considerablemente más largo” que en el otro Estado y “ambos cónyuges se basaron en la ley de ese otro Estado para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales”.

Esta decisión judicial no es posible si los cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales con anterioridad a establecer su última residencia habitual común en ese otro Estado. Esta regla tiene su lógica porque no parece correcto aplicar criterios legales pensados para el caso de ausencia de voluntad manifestada de los cónyuges cuando esa voluntad sí se ha manifestado.

La ley utiliza la palabra “capitulaciones” y no “elección de ley”. ¿Está pensando en esto último? Hay que entender que no, pues lo que excluye la aplicación de la norma tiene que ser una organización de las relaciones patrimoniales y no una mera elección de ley aplicable a éstas.

Esta decisión corresponde a la “autoridad judicial”. ¿Quiere significarse lo mismo que “órgano jurisdiccional” del artículo 3.2 del Reglamento?

A primera vista hay que responder afirmativamente, pero parece que esta decisión sólo puede ser tomada en un proceso, tras valorar los argumentos de los cónyuges. No parece que esto pueda declararse por un notario español en el acta prevista por el artículo 53 LN, pues el notario sólo declara un régimen matrimonial a partir de la fijación de hechos

notorios. El artículo 3.2, al referirse a “órgano jurisdiccional” distingue entre “autoridad judicial” y “todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de regímenes económico matrimoniales”. Por coherencia, hay que presuponer que si el artículo 26 utiliza la expresión “autoridad judicial” es porque no pretende incluir a otras categorías de personas.

Hay dos limitaciones a la eficacia de esta decisión judicial.

La primera es que, si uno de los cónyuges no está de acuerdo en que esa ley se aplique desde la celebración del matrimonio, entonces esa ley sólo surte efecto a partir del establecimiento de la residencia habitual común en ese Estado

La segunda es que la aplicación de esa ley no puede afectar negativamente los derechos de terceros derivados de la Ley aplicable según el artículo 26.1.a). Sólo, por tanto, de la ley aplicable cuando ésta sea la ley del Estado de la primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio.

Ambito de la ley aplicable (art. 27).

El artículo 27 otorga vis expansiva a la ley que regula el régimen económico matrimonial, pues la enumeración que realiza es “entre otras cosas”.

Regula la clasificación de los bienes, las transferencias de bienes de una categoría a otra, la responsabilidad de un cónyuge por deudas del otro, las facultades, derechos y obligaciones de los cónyuges respecto del patrimonio, la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, los efectos del régimen sobre la relación jurídica entre uno de los cónyuges y un tercero, y la validez material de las capitulaciones matrimoniales.

A la validez formal de las capitulaciones se refiere el artículo 25, ya comentado.

En caso de elección de ley, lo elegido es la ley que rige todo lo relacionado con los efectos patrimoniales del matrimonio, con la misma extensión que si se aplicara la norma de conflicto del artículo 26 (que fija la ley aplicable en defecto de pacto). La ley elegida impide cualquier aplicación de la ley que resultaría aplicable en defecto de elección. Por ello, no se plantea el problema de delimitación de materias entre la ley elegida por las partes y una ley que

regulara otros efectos patrimoniales del matrimonio. Los problemas que se plantean en Derecho sucesorio entre la ley que se aplica al testamento y la ley sucesoria “general” no se van a plantear en materia de régimen económico matrimonial.

Esto no obstante, hay una limitación importante en materia de efectos frente a terceros de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Se regula por el artículo 28 del Reglamento. Dispone que la ley rectora de los efectos del matrimonio no puede oponerse a un tercero que litigue contra uno o ambos cónyuges, salvo que el tercero conociera o, actuando con la diligencia debida, debiera haber tenido conocimiento de dicha ley.

Se considera que el tercero conoce esta ley si es la misma ley que rige el contrato, o es la ley del Estado en que el cónyuge contratante y el tercero tienen su residencia habitual, o es la ley del Estado en que se halle el bien inmueble objeto del contrato. También se considera que el tercero conoce la ley rectora del régimen económico matrimonial si cualquiera de los cónyuges hubiera cumplido con los requisitos de divulgación o registro impuestos por la ley del Estado que rige el contrato con el tercero, o es la ley del Estado en que el cónyuge contratante y el tercero tienen su residencia habitual, o es la ley del Estado en que se halle el bien inmueble objeto del contrato.

Estos supuestos, en nuestra opinión, no son presunciones que puedan ser desvirtuadas por una prueba contraria, sino efectos legales que se aplican de forma necesaria (ficciones jurídicas, si se quiere).

Si la ley rectora del régimen económico matrimonial no puede ser invocada por uno de los cónyuges ante el tercero, los efectos del régimen frente a ese tercero se regirán por la ley aplicable al contrato, salvo que se trate de inmuebles o de bienes o derechos registrados, en cuyo supuesto se aplicará la ley de situación o de registro, respectivamente.

Estados plurilegislativos (arts. 33 a 35).

El Reglamento no se fija sólo en los “Estados” sino también en los territorios que, dentro de cada Estado, pueden tener Ordenamientos jurídicos propios. Es el caso de España, por ejemplo.

Por tanto, la competencia no ha de fijarse atendiendo a criterios de Derecho interno, salvo en cuanto el Reglamento lo permita.

El Reglamento 2016/1103, al igual que el Reglamento 1259/2010 contiene una interesante regulación sobre esta materia, que distingue entre conflictos territoriales y conflictos personales.

En primer lugar, hay que distinguir conflictos territoriales y conflictos personales de leyes.

En caso de conflictos territoriales, las normas de conflicto de leyes del Derecho interno serán las que determinen la ley aplicable.

En defecto de tales normas:

La referencia la residencia habitual en un Estado, se entiende hecha a la residencia habitual en la unidad territorial de que se trate. La referencia a la nacionalidad, se entenderá hecha a la unidad territorial con la que los cónyuges tengan una conexión más estrecha.

En caso de conflictos personales, la referencia a la ley de un Estado se entenderá referida al sistema jurídico determinado por las normas vigentes en tal Estado. En defecto de tales normas, se aplicará “el régimen jurídico o el conjunto de normas con el que los cónyuges tengan una vinculación más estrecha”.

¿Cuándo hay un conflicto territorial de leyes y cuándo un conflicto personal?

El artículo 33 emplea las palabras “unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de régimen económico matrimonial” y el artículo 34 “regímenes jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas en materia de regímenes económico matrimoniales”.

Entendemos que, en el caso de España, que hay que atender a la vecindad civil, el conflicto no es territorial sino personal.

En consecuencia, cuando se trate de españoles, hay que aplicar las reglas sobre vecindad civil y Derecho interregional.

Cuando se trate de extranjeros, la solución tiene que ser distinta, pues un extranjero nunca puede tener una vecindad civil. En nuestra opinión, habrá que proceder como si no hubiera normas internas que regulan la materia. Equiparamos el supuesto de insuficiencia al supuesto de inexistencia.

Esto lleva a una cierta inseguridad, pues la norma del Reglamento lleva a aplicar la ley con la que los cónyuges tengan una vinculación más estrecha, que es un concepto indeterminado. En la práctica, llevará a aplicar el Ordenamiento civil que rija en el territorio en que los cónyuges tengan la residencia habitual común.

Finalmente, diremos en cuanto a esta materia, que por alguna razón el Reglamento considera que debe dar la norma del artículo 35: los Estados miembros no estarán obligados a aplicar las reglas del Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre los sistemas jurídicos o conjuntos de leyes diversos de ese mismo Estado miembro.

Exclusión del reenvío.

Lo excluye completamente el artículo 32. Se trata de una norma tajante, que no contiene salvedades ni excepciones.

Actuación del orden público nacional.

Al igual que el Reglamento 1259/2010, sólo podrá excluirse la aplicación de la ley de cualquier Estado “si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro.”

La norma no se refiere a un Ordenamiento, sino a una disposición concreta.

La norma no distingue entre Ordenamientos. Da igual que se trate de un Estado miembro o de terceros Estados.

Distinto del orden público es la aplicación de las leyes de policía, que son aquellas “cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos”. El Reglamento no se opone a la aplicación de estas leyes de policía del Estado del foro (art. 30).

Anexo: el Reglamento europeo 2016/1104, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas

El Reglamento 2016/1104 es prácticamente una copia del Reglamento 2016/1103, salvo lo que ha parecido imprescindible por razón de la diferente naturaleza de las uniones de hecho.

El Reglamento no se aplica a cualquier unión de hecho. Sólo a las registradas. Por “unión de hecho registrada” se entiende, según el artículo 1, el “régimen de vida en común de dos personas regulado por la ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación.”

En todo caso, la existencia, validez y el reconocimiento de la unión de hecho es materia excluida del Reglamento por el artículo 1. El Reglamento no se opone a las uniones de hecho homosexuales, pues se han utilizado unas palabras (“dos personas”) que les dan cabida. Su admisión o no es algo que se ha dejado al Derecho de cada Estado.

En cuanto a materias excluidas y definiciones, este Reglamento tiene igual contenido que el Reglamento 2016/1103.

Peculiaridades en materia de ley aplicable.

La ley aplicable es, en primer lugar, la ley que los convivientes elijan, que pueden cambiar en el futuro, siempre que dicha ley atribuya efectos patrimoniales a la unión registrada y que sea una de las siguientes: la ley del Estado en que los miembros o los futuros miembros de la unión tengan su residencia habitual en el momento de celebración del acuerdo, o la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los miembros o futuros miembros de la unión en el momento en que se celebre el acuerdo o la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada.

No se establece ninguna jerarquía entre estas leyes.

Sobre validez formal, validez material y validez formal de las “capitulaciones de la unión registrada” hay idéntica normativa a la del Reglamento 2016/1103.

En defecto de elección, se aplica la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada.

Este es el único criterio aplicable. Es irrelevante que el Estado cuya Ley resulte aplicable sea o no miembro. No obstante, al igual que ocurre en el caso de matrimonios, de forma excepcional “la autoridad judicial que tenga competencia para decidir en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas” podrá decidir que se aplique la ley de otro Estado, siempre que los convivientes tuvieron su residencia habitual común en ese otro Estado “durante un período de tiempo significativamente largo” y

“ambos cónyuges se basaron en la ley de dicho Estado distinto para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales”. La ley de ese Estado distinto sólo se aplica a partir de la creación de la unión registrada, a menos que uno de sus miembros no esté de acuerdo, pues en este caso la ley de ese otro Estado surtirá efecto a partir del establecimiento de la última residencia habitual común en ese Estado.

Esta decisión judicial no es posible si los cónyuges otorgaron capitulaciones con anterioridad a establecer su última residencia habitual común en dicho Estado.

En cuanto al ámbito de aplicación de la ley aplicable, efectos frente a terceros, Estados plurilegislativos, y en general en las demás materias que también se regulan en el Reglamento 2016/1103, se aplican a las uniones registradas iguales normas que en éste.