

Título: La unificación -fragmentada- del derecho internacional privado de la unión europea en materia de régimen económico matrimonial: El reglamento 2016/1103

Autor: Pablo Quinzá Redondo

Localización: Revista General de Derecho Europeo, ISSN-e 1696-9634, nº 41, 2017, págs. 180-222.

Versión final del autor, para dar cumplimiento al art. 37 de la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación y la normativa europea sobre políticas y medidas relacionadas con el acceso abierto de la investigación.

LA UNIFICACIÓN –FRAGMENTADA- DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: EL REGLAMENTO 2016/1103

Por

PABLO QUINZÁ REDONDO

Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado

Facultad de Derecho-Universidad de Valencia

Pablo.quinza@uv.es

RESUMEN: El presente trabajo contiene una aproximación del Reglamento 2016/1103 sobre los regímenes económico matrimoniales. Para ello, se analiza el ámbito de aplicación, las normas de competencia judicial internacional, de ley aplicable y de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y aceptación y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales contenidas en dicho instrumento.

PALABRAS CLAVE: régimen económico matrimonial, cooperación reforzada, Reglamento, Derecho internacional privado.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2.1. Ámbito de aplicación material. 2.2. Ámbito de aplicación personal. 2.3. Ámbito de aplicación territorial. 2.4. Ámbito de aplicación temporal. III. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. 3.1. Competencia en caso de fallecimiento de un cónyuge. 3.2. Competencia en caso de nulidad, separación o divorcio. 3.2.1. Demandas presentada en virtud de los arts. 3.1.a) guiones uno a cuatro y 3.1.b) del Reglamento Bruselas IIbis. 3.2.2. Demanda presentada en virtud de los arts. 3.1.a) guiones seis y siete, 5 o 7 del Reglamento Bruselas IIbis. 3.2.2.1. Con acuerdo de extensión de competencia. 3.2.2.2. Sin acuerdo de extensión de competencia. 3.3. Competencia en otros casos. 3.3.1. Sumisión expresa o tácita “limitada”. 3.3.2. Tribunales competentes en ausencia de sumisión tácita o expresa “limitada”. 3.3.3. Competencia subsidiaria. 3.3.4. *Forum necessitatis*. 3.4. Competencia alternativa. IV. LEY APLICABLE. 4.1. Ámbito de aplicación de la ley aplicable. 4.2. La elección de la ley aplicable. 4.2.1 Posibles leyes a designar y momento temporal. 4.2.2. Requisitos formales de los acuerdos de elección de ley y de las capitulaciones matrimoniales. 4.2.3. Consentimiento y validez material. 4.3. La ley aplicable a falta de elección. 4.3.1. Primera conexión. 4.3.2. Segunda conexión. 4.3.3. Tercera conexión- 4.3. Problemas de aplicación de la norma de conflicto. 4.3.1. Límites al derecho aplicable al régimen económico matrimonial. 4.3.2. El reenvío- 4.3.3. La ley aplicable en los ordenamientos plurilegislativos. 4.3.4. La ley aplicable a los terceros. V. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y ACEPTACIÓN Y EJECUCIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS. 5.1. El reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. 5.2. Aceptación y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales. 5.3. Razón de ser y consecuencias del modelo escogido. VI. VALORACIÓN FINAL

EUROPEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW UNIFICATION –A SCATTERED ONE- ON MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES: THE REGULATION 2016/1103

ABSTRACT: This article seeks to broadly examine the Regulation 2016/1103 on matrimonial property regimes. In particular, the article focuses on the scope of application, rules on international jurisdiction, rules on applicable law and rules on recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforceability of authentic instruments and court settlements.

El presente trabajo contiene una aproximación del Reglamento 2016/1103 sobre los regímenes económico matrimoniales. Para ello, se analiza el ámbito de aplicación, las normas de competencia judicial internacional, de ley aplicable y de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y aceptación y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales contenidas en dicho instrumento.

KEY WORDS: matrimonial property regimes, enhanced cooperation, Regulation, Private international law.

I. INTRODUCCIÓN

El día 8 de julio de 2016 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales (en adelante, el Reglamento)¹, que constituye junto con el Reglamento (UE) 2016/1104 referente a los efectos patrimoniales de las uniones registradas², también publicado el mismo día, el último exponente del imparable proceso unificador del Derecho internacional privado de familia de la Unión Europea³.

La aparición de ambos Reglamentos, negociados en paralelo, no ha sido, sin embargo, un camino de rosas. Tras más de cuatro años de intensas negociaciones y más de una decena de borradores presentados desde las Propuestas de 2011⁴, la negociación alcanzó su punto más álgido en la reunión del Consejo JAI de 3-4 de diciembre de 2015, en el que se concluyó la imposibilidad de alcanzar la unanimidad necesaria para la adopción de ambos

¹ DO L 183/1-29 de 8 de julio de 2016.

² DO L 183/30-56 de 8 de julio de 2016.

³ BOELE-WOELKI, K.: "Cross-border relations in Europe: towards a European matrimonial property law based upon cooperation between private international law and substantive law" en LOOS, M. y KEIRSE, A.: *Alternative ways to ius commune: the Europeanisation of private law*, Intersentia, Cambridge, p. 34.

⁴ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales de 16 de marzo de 2011 (COM (2011) 126 final) y Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de uniones registradas de 16 de marzo de 2011 (COM (2011) 127 final).

instrumentos⁵. Ante tal situación, un numeroso grupo de Estados miembro –entre ellos España- planteó la posibilidad de recurrir al mecanismo de la cooperación reforzada y así aplicar, en sus territorios, ambos Reglamentos⁶. Esta es la breve génesis de dichos instrumentos, constituyendo el presente trabajo el estudio de uno de ellos, en concreto, el referente al de los regímenes económico matrimoniales.

Con carácter previo, conviene tener presente que referirse al régimen económico matrimonial en la Unión Europea significa hacer mención a una materia rodeada de una enorme diversidad sustantiva y conflictual. Diversidad sustantiva porque en cada Estado miembro de tradición civilista, existen distintos regímenes económico matrimoniales –bien legales, bien opcionales-, rodeados de peculiaridades por lo que respecta a la composición, administración y disolución y liquidación de los mismos⁷. Diversidad conflictual porque las normas de Derecho internacional privado de los Estados miembro de la Unión Europea, al no estar unificadas, también presentan una gran heterogeneidad⁸. Dicho binomio en nada contribuye a facilitar la organización de los bienes de los matrimonios internacionales, más bien al contrario, es el agente causante de importantes problemas, tales como el *forum shopping* o la incertidumbre e inseguridad jurídica⁹.

El Reglamento de régimen económico matrimonial pretende poner fin a tales problemas, no unificando o armonizando el derecho sustantivo de los Estados miembro, sino ofreciendo normas unificadas por lo que respecta a los tres sectores clásicos del Derecho internacional privado: la competencia judicial internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y aceptación y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales. Su análisis particular, precedido de algunas referencias al ámbito de aplicación del Reglamento, constituirá el esqueleto básico de este artículo.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

⁵ <http://www.consilium.europa.eu/en/meetings/jha/2015/12/03-04/> (último acceso 27-12-2016).

⁶ Decisión (UE) 2016/954 del Consejo, de 9 de junio de 2016, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones relativas a los regímenes económicos de las parejas internacionales, tanto en materia de regímenes económicos matrimoniales como de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DO L 159 de 16 de junio de 2016).

⁷ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family law regarding property relations between spouses*, Intersentia, Cambridge-Amberes-Portland, 2013 y BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in action: Property relations between spouses*, vol. IV, Intersentia, Amberes-Oxford-Portland, 2009.

⁸ Las siguientes obras resultan esenciales para el estudio de las normas de conflicto reguladoras de esta materia en el ámbito europeo: VIARENGO, I.: *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1996; DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones matrimoniales en derecho internacional privado*, Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999 y RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002.

⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales (COM (2011) 125 final).

La aplicación del Reglamento a un determinado supuesto depende de que éste entre en el ámbito de aplicación material, personal, espacial y temporal del mismo, de acuerdo con las líneas básicas que se abordarán a continuación.

2.1. Ámbito de aplicación material

Como viene siendo costumbre en los Reglamentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea, el art. 1 delimita el ámbito de aplicación material del Reglamento, tanto desde un punto de vista positivo, como negativo. Dicho precepto, con vistas a delimitar la materia regulada por el Reglamento, merece ser completado con dos disposiciones. Por un lado, el art. 2, que contiene una serie de definiciones de singular importancia para aplicar el Reglamento y, por otro lado, el art. 27, referente específicamente al ámbito de aplicación de la ley aplicable, pero que sin duda también ofrece pistas sobre el ámbito de aplicación general del Reglamento.

Como se infiere expresamente del título, el Reglamento se aplica en materia de regímenes económico matrimoniales. Para ello, el Reglamento aporta una definición en el art. 3.1.a), donde se indica que se entiende por éstos “el conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución”. Sin embargo, la referencia más relevante en relación con el concepto de régimen económico matrimonial se encuentra en el Considerando 18, con un claro enfoque de derecho sustantivo a la luz de la enorme diversidad existente entre los Estados miembro de la Unión Europea, si bien indicando claramente que la interpretación de dicho concepto debe ser autónoma.

De dicho Considerando pueden extraerse varias claves. En primer lugar, el Reglamento, como no podía ser de otra manera, sigue un enfoque civilista, tal y como se afirma expresamente. Se excluye así la regulación de dicho fenómeno en los Estados anglosajones del *Common Law*¹⁰, donde el matrimonio no produce efecto en las propiedades de los cónyuges¹¹, sin perjuicio de la existencia de unos derechos y deberes de contenido económico “mínimos”¹², pues cada uno de ellos conserva sus bienes como si no estuvieran casados. En este sistema legal, el verdadero impacto patrimonial del matrimonio se produce en el momento de su disolución. En este sentido, cuando la disolución del matrimonio se produce por el divorcio, los jueces distribuyen las propiedades de los cónyuges y deciden sobre otras consecuencias económicas –en especial,

¹⁰ Las siguientes notas al pie contiene información referida específicamente al *Common Law* de Inglaterra y Gales.

¹¹ LOWE, N. y DOUGLAS, G.: *Bromley's Family Law*, Oxford University Press, Oxford, 10º ed., 2007, p. 129; HARRIS-SHORT, S. y MILES, J.: *Family Law. Text, Cases and materials*, Oxford University press, Oxford, 2º ed., 2011, pp. 117 y 163-167 y PROBERT, R.: *Cretney and Probert's family law*, Sweet & Maxwell, Londres, 8º ed., 2012, pp. 99-100.

¹² Algunos ejemplos podrían ser las contribuciones al mantenimiento del hogar (art. 1 de la *Married Women's Property Act* 1964, modificado por *Equality Act* 2010), la obligación de proveerse todo lo necesario entre ellos y respecto de sus hijos (arts. 1 y 2 *Domestic Proceedings and Magistrates' Court Act* 1978) o el derecho de ocupación de la vivienda familiar por parte del cónyuge no propietario (arts. 30 a 32 *Family Law Act* 1996).

las obligaciones de alimentos- bajo criterios de amplia discrecionalidad¹³, ofreciendo un resultado global de las consecuencias financieras del divorcio, comúnmente llamado *tool box*¹⁴ o *global package solution*¹⁵. No obstante lo anterior, la creciente relevancia que los tribunales anglosajones vienen otorgando a los acuerdos matrimoniales –cuyo objetivo básico es determinar las previsiones económicas en caso de ruptura de la unión conyugal- permite afirmar que los cónyuges pueden diseñar y concluir, cada vez más, soluciones a medida¹⁶.

Sea como fuere, éste no es el enfoque de los Estados miembro de tradición civilista, donde resultan perfectamente identificables y separables las distintas consecuencias financieras -régimen económico matrimonial, alimentos, etc.- de la disolución del matrimonio por divorcio. El Reglamento que se está analizando es deudor de dicha clasificación.

Habiendo situado el Reglamento en la concepción de régimen económico matrimonial de los Estados miembro de tradición civilista, todavía resulta necesario realizar una puntualización más, toda vez que el régimen económico matrimonial es un término amplio e inclusivo que cubre, al menos, dos realidades diversas¹⁷. En primer lugar, abarca los derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico, que hacen referencia a una serie de disposiciones de carácter eminentemente patrimonial y que se aplican por el mero hecho del matrimonio, resultando indisponibles para las partes. Algunos ejemplos serían la protección de la vivienda familiar y la obligación de prestarse ayuda económica recíproca y contribuir, de acuerdo con sus posibilidades, a las necesidades de la familia¹⁸. En algunos Estados miembro, como Francia o

¹³ El punto de partida para realizar la distribución y asignación de los recursos de los cónyuges en caso de divorcio se encuentra en el art. 25(1) Matrimonial Causes Act de 1973, que establece que en las disputas referentes a la solicitud de *Ancillary Relief*, el juez tendrá en cuenta todas las circunstancias del caso cuando tenga que emitir una *order*, aunque en primer lugar priorizará el bienestar de los hijos menores del matrimonio. Junto al carácter genérico de esta disposición, el art. 25 (2) Matrimonial Causes Act de 1973, contiene un listado de factores que el juez deberá valorar para justificar su decisión, como los ingresos de cada uno de los cónyuges, la edad de las partes y duración del matrimonio, el nivel de vida de la familia antes de la ruptura, etc. Es necesario matizar que los jueces ingleses y galeses han venido resolviendo los asuntos tomando particularmente en consideración las sentencias de los casos más relevantes en dicha materia, como son *White v White* [2000] 1 UKHL 54.; *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 y *Charman v Charman* [2007] EWCA Civ. 503.

¹⁴ MILES, J.: "England and Wales", en SCHERPE, J. (ed.): *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Hart, Oxford, p. 93.

¹⁵ DUTTA, A.: "Cross-border enforcement of English ancillary relief orders- Fog in the channel, Europe cut off?", *Family law Journal*, Abril 2010, p. 385.

¹⁶ SCHERPE, J.: "Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras *Radmacher v Granatino*. Equidad, libertad y "elementos extranjeros", *Indret*, núm. 2, 2012; LOWE, N.: "Prenuptial Agreements. The developing English position", en VERBEKE, A-L., SCHERPE, J., DECLERK, C., HELMS, T. Y SENAVE, P. (eds.): *Confronting the frontiers of family law and succession law*, Intersentia, Cambridge, 2012 y GASPARD LERA, S.: "Los acuerdos prematrimoniales en derecho inglés. Validez, eficacia y discrecionalidad judicial", *Indret*, núm. 3, 2012.

¹⁷ PINTENS, W.: "Matrimonial property law in Europe", en BOELE-WOELKI, K., MILES, J. y SCHERPE, J. (eds.): *The future of family property in Europe*, Intersentia, Cambridge-Amberes-Portland, 2011, p. 20.

¹⁸ Véanse los Principios 2 a 8 de Derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges de la *Commission on European family Law* (BOELE-WOELKI,

España, esta realidad se conoce como régimen económico matrimonial primario. ¿Se encuentra éste incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento? El citado Considerando 18, al indicar que el término régimen económico matrimonial "...ha de abarcar...las normas imperativas para los cónyuges...", parece estar dando a entender que sí.

Junto a lo anterior, el Reglamento regula los regímenes económico matrimoniales secundarios, que presentan una doble tipología: la pactada u opcional y la legal. La primera de ellas haría referencia a la posibilidad que tienen los cónyuges de elegir un determinado régimen económico matrimonial, modificarlo dentro de las posibilidades que ofrezca el ordenamiento jurídico en cuestión e incluso incluir otro tipo de acuerdos sobre las consecuencias financieras ante un escenario de ruptura matrimonial¹⁹. Pues bien, este régimen económico matrimonial parece preverse por el legislador de la Unión Europea en el propio Considerando 18 al indicar que "...ha de abarcar...las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable..."²⁰. Por lo que respecta a los regímenes económico matrimoniales legales, es decir, aquellos aplicables en ausencia de elección, también puede deducirse que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, por cuanto el Considerando 18 establece que también "...ha de abarcar...cualquiera normas por defecto del derecho aplicable"²¹.

Habiendo intentado delimitar el ámbito de aplicación material desde un punto de vista positivo, es turno ahora de nombrar las cuestiones que no se encuentran reguladas por el mismo. Con carácter general, éstas se encuentran recogidas en los arts. 1.1 y 1.2 del Reglamento y son las siguientes: las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas; la capacidad jurídica de los cónyuges²²; la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio²³; las obligaciones de

K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family law...*, op. cit., pp. 38-91).

¹⁹ Por ejemplo, la compensación por el trabajo para la casa y los relativos a la pensión compensatoria o similar (AÑOVEROS TERRADAS, B.: "Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en el Derecho internacional privado", *Anuario Español de Derecho internacional privado*, núm.10, 2010, pp. 447-448). En cualquier caso, no son de libre disposición las materias que afecten a los hijos o que coloquen a uno de los cónyuges en una situación desproporcionada (CERVILLA GARZÓN, M.D.: *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 25).

²⁰ Son varias las referencias a las capitulaciones matrimoniales en el Reglamento (Considerando 48, arts. 3.1.b), 25 y 27.g), incluyéndose incluso su validez material, de la que adolecía la Propuesta (FONTANELLAS MORELL, J.M.: "La ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en las respectivas propuestas de reglamentación comunitaria", *Anuario de Derecho civil*, tomo LXV, fasc. I, 2012, p. 279).

²¹ Si bien es cierto que la expresión "...por defecto del derecho aplicable" no menciona expresamente a los regímenes económico matrimoniales legales, lo más lógico es pensar que se está refiriendo a ellos.

²² Una matización a esta exclusión, y que no se ha incluido a lo largo del articulado, puede encontrarse en el Considerando 20, donde se indica que los concretos poderes de disposición y administración de los cónyuges respecto de sus bienes no vendrán determinados por la norma de conflicto nacional aplicable a la capacidad jurídica de los cónyuges (en España, art. 9.1 Cc), sino por el Reglamento.

²³ Son varias las referencias del Reglamento (Considerando 17, 21, 38 y 64) en relación con la no definición del concepto de matrimonio, que será llevada a cabo de acuerdo con el derecho nacional de los Estados miembro.

alimentos²⁴; la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges²⁵; la seguridad social; el derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges, incluyendo los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante el matrimonio²⁶; la naturaleza de los derechos reales sobre un bien²⁷ y cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, incluyendo los efectos de la inscripción o de su omisión²⁸.

2.2. Ámbito de aplicación personal

El Reglamento no contiene ninguna disposición específica sobre el ámbito de aplicación personal del Reglamento. Sin embargo, resulta evidente que su aplicación personal son las personas casadas entre sí siempre que sus circunstancias particulares produzcan la activación de alguno de los foros del Reglamento; y ello con carácter completo, ya que no se prevé ninguna remisión a las normas internas de competencia judicial internacional de los Estados miembro que participan en la cooperación reforzada, como sí hacen los arts. 6 y 7 del Reglamento Bruselas Ibis ²⁹ y Reglamento Bruselas IIbis ³⁰ , respectivamente.

2.3. Ámbito de aplicación territorial

Como se ha indicado en la introducción, el Reglamento de régimen económico matrimonial no se va a aplicar en todos los Estados miembro de la Unión Europea como consecuencia del fallido intento de alcanzar la unanimidad. Para salvar dicho escollo, varios Estados miembro optaron por el camino de la cooperación reforzada, que permite a un mínimo de nueve Estados avanzar en materias distintas de los ámbitos de competencia exclusiva y de la Política Exterior y de Seguridad Común, de acuerdo con lo establecido en el art. 20 TUE³¹ y en los arts. 326 y ss. TFUE³². En materia de derecho de familia se trata de la

²⁴ Cuestión regulada en el Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo de 18-12-2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de alimentos (DO L 7 de 10 de enero de 2009) (en adelante, Reglamento sobre alimentos) (en adelante, Reglamento sobre alimentos).

²⁵ Cuestión regulada en el Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4-7-2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO L 201 de 27 de julio de 2012) (en adelante, Reglamento sobre sucesiones).

²⁶ Con exclusión 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 sobre pensiones suscritas con bienes comunes, cuestiones todas ellas que se regulan por el Reglamento (Considerando 23).

²⁷ Véanse Considerandos 24 a 26.

²⁸ Véanse Considerandos 27 y 28.

²⁹ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27-11-2003 de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351 de 20 de diciembre de 2012).

³⁰ Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27-11-2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental (DO L 338 de 23 de diciembre de 2003).

³¹ Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea (DO C 326 de 26 de octubre de 2012).

³² Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 326 de 26 de octubre de 2012).

segunda experiencia de la cooperación reforzada, ya que el Reglamento Roma III³³, si bien únicamente referido al sector de la ley aplicable, también fue adoptado en virtud de este mecanismo.

Pues bien, en el momento presente, forman parte de la cooperación reforzada del Reglamento de régimen económico matrimonial, aquellos Estados miembro que originalmente impulsaron dicha iniciativa (Bélgica, Bulgaria, la República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia), junto con Chipre, que a los pocos meses manifestó su deseo de unirse a ésta³⁴. A ellos, presumiblemente, se unirá Estonia, en cuyo caso el número de Estados miembro que aplicarán el Reglamento será de 19³⁵.

No es intención de la presente contribución ahondar en las razones de aquellos Estados miembro que han decidido no participar en la cooperación reforzada, sin embargo, sí resulta imprescindible hacer una breve referencia a los mismos.

En primer lugar, Reino Unido e Irlanda no han ejercido su derecho de *opt-in* para aplicar el Reglamento³⁶. Las diferencias de derecho sustantivo en esta materia entre los ordenamientos jurídicos de derecho civil y el *common law* bien podrían explicar la falta de interés de los Estados miembro donde se desconoce el concepto de régimen económico matrimonial, por más que, en la práctica ambos sistemas van asimilándose cada días más³⁷.

Por su parte, conviene recordar que Dinamarca se encuentra excluido de las medidas adoptadas por la Unión Europea respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia³⁸.

Quedarían, por tanto, 6 Estados miembro no vinculados actualmente por el Reglamento, a saber, Polonia, Hungría, Eslovaquia, Letonia, Lituania y Rumania. Más allá de los intereses político-religiosos que pueden subyacer tras la posición de estos Estados miembro, una simple mirada a su regulación sustantiva respecto de ciertas cuestiones básicas de derecho de familia podría explicar, en

³³ Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20-12-2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (*DO* L 343 de 29 de diciembre de 2010).

³⁴ Véase el Considerando 11 del Reglamento.

³⁵ 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, p. 8.

³⁶ Conviene recordar, sin embargo, que el Reino Unido e Irlanda pueden expresar en un futuro su intención de adoptar el Reglamento conforme al art. 4 del Protocolo núm. 21 sobre la Posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia, anejo al TFUE.

³⁷ CRETNEY, S.: "Community of property imposed by judicial decision", *Law Quarterly Review*, vol. 119, 2003, p. 349; COOKE, E., AKOTO, T., BALLOW, A. y CALLUS, T.: "A community of property-A regime for England and Wales: Interim report", *International family law*, 2005, pp. 133-137; BRAAT, B.: "Matrimonial property law: Diversity of forms, equivalence in substance?", en ANTOKOLSKAIA, M. (ed.): *Convergence and divergence of family law in Europe*, Intersentia, Amberes-Oxford, 2008, p. 243; SCHERPE, J.: "Towards a matrimonial property regime for England and Wales?", en PROBERT, R. y BARTON, C., *Fifty years in family law. Essays for Stephen Cretney*, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 133-146.

³⁸ Art. 1 del Protocolo núm. 22 sobre la Posición de Dinamarca, anejo al TFUE.

parte, el por qué de su postura: ninguno de ellos contempla, en el momento presente, el matrimonio entre personas del mismo sexo, como tampoco la formalización de la pareja homosexual mediante el registro, a excepción en este último caso, de Hungría³⁹. Precisamente para asegurar que estos Estados miembro no tuvieran que lidiar con instituciones desconocidas en sus ordenamientos jurídicos –el matrimonio homosexual y las parejas registradas-, ambos Reglamentos –el de régimen económico matrimonial y el de efectos patrimoniales de las uniones registradas- incorporaron en su art. 9 un foro de Competencia alternativa. La cuestión que subyace de fondo, es sin embargo, mucho más compleja de resolver que mediante la inclusión de una disposición específica para evitar este tipo de supuestos: en algunos Estados miembro –mejor dicho, de acuerdo con la ideología del Gobierno actual en dichos Estados- podría existir el temor de que la adopción de estos Reglamentos pudiera llevar aparejada una apertura gradual y paulatina de la regularización de las parejas homosexuales⁴⁰.

2.4. Ámbito de aplicación temporal

La plena aplicación del Reglamento en aquellos Estados miembro que forman parte de la cooperación reforzada, entre ellos España, está prevista para el 29 de enero de 2019, término que no debe confundirse con el de la entrada en vigor, que se produjo el 29 de julio de 2016. Existen sin embargo, algunas disposiciones cuya aplicación está prevista a partir de un momento distinto.

Así, desde de su entrada en vigor, cada Estado miembro puede notificar a la Comisión Europea qué se entiende por “órgano jurisdiccional” (art. 3.2) a efectos de aplicar el Reglamento (art. 65). Todo hace apuntar a que, por parte de España, serán incluidos en dicha definición los notarios, como ocurriera con el Reglamento sobre sucesiones⁴¹, ya que con la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción voluntaria⁴², éstos pueden tener competencia para la separación y el divorcio –siempre y cuando la disolución del matrimonio sea de mutuo acuerdo y no existan menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente a su cargo- (art. 87 Cc) y, extensivamente, para la liquidación del

³⁹ Un análisis detallado de la situación actual del matrimonio homosexual y las parejas registradas en la Unión Europea puede encontrarse en BOELE-WOELKI, K., MOL, C. y VAN GELDER, E. (eds.): *European family Law in Action. Volume V: Informal relationships*, Intersentia, Cambridge, 2015; MILES, J.: “Unmarried cohabitation in a European perspective”, en SCHERPE, J. (ed.): *European family law. Volume III. Family Law in a European perspective*, Elgar, Cheltenham, 2016, pp. 82-115; CURRY-SUMMER, I.: “Same-sex relationships in a European perspective”, en *Ibid.*, pp. 146-208 y SOTO MOYA, M.: *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

⁴⁰ Resulta curioso observar, no obstante, que en 11 de los Estados miembro que participan en la cooperación reforzada –más de la mitad- (Austria, Bulgaria, Croacia, República Checa, Alemania, Malta, Eslovenia, Chipre, Italia, Grecia, e incluyendo a Estonia, que ya ha manifestado su deseo de participar en la cooperación reforzada) no está permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, si bien es cierto que 10 de ellos (todos menos Bulgaria) sí permiten la unión registrada entre personas del mismo sexo. En este último caso, no obstante, existen una gran heterogeneidad entre dichos Estados miembro en cuanto a la concesión de derechos similares a los del matrimonio.

⁴¹ La redacción de los Considerandos 29 a 31, de contenido prácticamente idéntico a los Considerandos 20 a 22 del Reglamento sobre sucesiones, prevé precisamente dicha posibilidad.

⁴² Ley 15/2015, de 2-7, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE de 3 de julio de 2015).

régimen económico matrimonial como parte del convenio regulador (art. 90.e) Cc)⁴³.

Del mismo modo, a partir de dicha fecha –29 de julio de 2016- resulta posible proporcionar los formularios que servirán de base para facilitar la aplicación del Reglamento (art. 66). Toda esta información será volcada en la página web del Portal Europeo de e-Justicia.

Por otro lado, a partir del 29 de abril de 2018 cada Estado miembro debe notificar a la Comisión Europea los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes a que hace mención el art. 64. Casi con toda probabilidad, se espera que España notifique que los juzgados de primera instancia serán competentes para conocer de las solicitudes de declaración de fuerza ejecutiva; las Audiencias provinciales para resolver del recurso contra la resolución dictada sobre la solicitud de declaración de fuerza ejecutiva y el Tribunal Supremo para resolver del recurso presentado contra la resolución emitida en segunda instancia. El 29 de abril de 2018 también es la fecha a partir de la cual los Estados miembro deben facilitar a la Comisión Europea información relativa a su legislación sustantiva y procedimental en materia de régimen económico matrimonial. Información que, tal y como se ha hecho mención en relación con los arts. 65 y 66, también será publicada en la página web del Portal Europeo de e-Justicia.

III. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Con carácter previo a la presentación y análisis de las normas de competencia judicial internacional es necesario partir de la premisa de que cuando el Reglamento se refiere a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, se está haciendo referencia, obviamente, a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro vinculado por el Reglamento, es decir, que participe en la cooperación reforzada. El resto de Estados miembro continúan aplicando sus normas de competencia judicial internacional de origen nacional y, por tanto, cuando el foro en cuestión del Reglamento, a la vista de las circunstancias del caso, designe uno de dichos Estados, debe recordarse que éstos no se encuentran vinculados por el mismo.

Expresado dicho matiz, las normas de competencia judicial del Reglamento parten de la premisa de que gran parte de los conflictos relacionados con el régimen económico matrimonial se van a presentar como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 4 del Reglamento) o a raíz de la separación, divorcio o nulidad del matrimonio (art. 5 del Reglamento). En ambos casos, el legislador de la Unión Europea se ha marcado como objetivo que el tribunal competente para conocer de dichos procedimientos (divorcio/separación/nulidad y posterior disolución y liquidación régimen económico matrimonial o disolución y liquidación del régimen económico

⁴³ No así cuando se acuda al notario a otorgar capitulaciones matrimoniales, pues en ese caso no estará ejerciendo funciones jurisdiccionales. Véase a este respecto el resumen de la notaria Inmaculada Espiñeira Soto sobre el Reglamento, disponible en <http://www.notariosregistradores.com/web/secciones/derecho-europeo/normativa-d-e/resumen-del-reglamento-europeo-sobre-regimenes-economicos-matrimoniales/> (último acceso, 27-12-2016).

matrimonial y posterior división de la herencia) sea el mismo, al tratarse de materias estrechamente vinculadas entre sí⁴⁴. Esta circunstancia explica que el Reglamento se refiera explícitamente al Reglamento sobre sucesiones y al Reglamento Bruselas IIbis para conseguir la concentración de asuntos ante los tribunales de un mismo Estado miembro.

Junto a ello, el Reglamento recoge en su art. 6 un foro para “otros casos”, en los que además se permite una autonomía de la voluntad limitada, bien expresa (art. 7), bien basada en la comparecencia del demandado (art. 8). La aplicación de estos artículos está pensada no solo para supuestos distintos al fallecimiento de uno de los cónyuges o las crisis matrimoniales, sino también, respecto de este último, para cuando ambos cónyuges no acepten que el tribunal competente para la separación, nulidad o divorcio determinado en virtud de los arts. 3.1.a) guiones cinco y seis, 5 y 7 del Reglamento Bruselas IIbis conozca también de la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial.

Por otro lado, el Reglamento, consciente de las diferencias materiales entre los Estados miembro respecto del concepto de matrimonio, ofrece en su art. 9 una norma de competencia judicial internacional (“Competencia alternativa”) cuyo objetivo es, precisamente, obtener un balance razonable entre la posibilidad de que un Estado miembro se abstenga de conocer del régimen económico matrimonial y el que el cónyuge o los cónyuges encuentren un Estado miembro que pueda ofrecer una solución a su problema. El “grueso” de las normas de competencia judicial se completa con el art. 10, que establece un foro de competencia subsidiaria cuando ningún órgano jurisdiccional sea competente en virtud de los arts. 4 a 9 y 11, que recoge un *forum necessitatis* para situaciones en las que, no siendo de aplicación las disposiciones anteriores, los tribunales de un Estado Miembro se declaren competentes, excepcionalmente, para conocer de un asunto con el que guarden un vínculo suficiente.

Teniendo presente lo anterior, se analizarán a continuación los procedimientos de régimen económico matrimonial conectados con las sucesiones (3.1), posteriormente aquellos relacionados con las crisis matrimoniales (3.2) y, en tercer lugar, los referentes a “otros casos” (3.4.). Finalmente, se hará referencia al foro de la “Competencia alternativa” recogido en el art. 9 del Reglamento (3.4)⁴⁵.

3.1. Competencia en caso de fallecimiento de un cónyuge

El Reglamento establece en su art. 4 que los órganos jurisdiccionales que tengan competencia para la sucesión de uno de los cónyuges en virtud del Reglamento sobre sucesiones conocerán de los asuntos relativos al régimen económico matrimonial, y ello, sea cual sea la norma de competencia judicial internacional

⁴⁴ Considerando 32 del Reglamento. Sobre esta cuestión, aunque refiriéndose a la Propuesta véanse VIARENGO, I.: “The EU Proposal on Matrimonial Property Regimes. Some General Remarks”, *Yearbook of private international law*, vol. 13, 2011, p. 201; CAMPUZANO DÍAZ, B.: “The Coordination of the EU Regulations on Divorce and Legal Separation with the Proposal on Matrimonial Property Regimes”, *Ibid.*, p. 237 y BONOMI, A.: “The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions”, *Ibid.*, p. 218.

⁴⁵ No se analizarán en el presente trabajo otras normas incluidas en el Capítulo II del Reglamento (“Competencia”), como son los arts. 12 a 19.

que resulte de aplicación en virtud de dicho Reglamento, ya que la remisión al mismo es completa y global, no sujeta a ningún tipo de acuerdo o condición. Como se ha indicado anteriormente, subyace aquí una evidente lógica procedimental: primero se disolverá y liquidará el régimen económico matrimonial, y una vez determinado el patrimonio que corresponde al causante, se procederá a su reparto. La evidente conexión, no solo temática, sino también temporal de ambos procedimientos justifica pues la conveniencia de que el mismo tribunal decida sobre ambas cuestiones.

En consecuencia, con carácter general, puede afirmarse que cualquier supuesto de competencia relativo al régimen económico matrimonial en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, se resolverá por las normas del Reglamento sobre sucesiones⁴⁶. Todo ello siempre y cuando el tribunal competente para la sucesión sea el de un Estado miembro que participe en la cooperación reforzada, pues el Reglamento de régimen económico matrimonial, y en particular su art. 4 –que es precisamente el que determina la concentración de asuntos ante los tribunales de un mismo Estado miembro–, solo vincula a éstos.

3.2. Competencia en caso de nulidad, separación o divorcio

Junto con la regulación del tribunal competente para el régimen económico matrimonial ante el eventual fallecimiento de uno de los cónyuges, los supuestos relacionados con las crisis matrimoniales ocupan también un papel protagonista en el Reglamento. En estos supuestos, el legislador de la Unión Europea ha optado por ofrecer un régimen distinto dependiendo del foro de competencia judicial internacional empleado por el demandante para la nulidad, separación o divorcio. Nótese que mientras la remisión que el Reglamento utiliza en casos relacionados con el fallecimiento de uno de los cónyuges se realiza con independencia del foro del Reglamento sobre sucesiones que resulte de aplicación, los casos relacionados con la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial como consecuencia de una nulidad, separación o divorcio, sí manifiestan resultados diversos en sintonía con la norma de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas IIbis que justifique la competencia de un Estado miembro.

Siguiendo con las indicaciones realizadas anteriormente respecto de los efectos de la cooperación reforzada, es necesario tener aquí también presente que para que juegue el art. 5, la demanda de las crisis matrimoniales debe haberse presentado ante un Estado miembro que participe en la cooperación reforzada. De hecho, los escenarios que se van a presentar a continuación parten de dicha premisa.

⁴⁶ Una de las principales consecuencias de dicha remisión se refiere a la evidente influencia que los sujetos relacionados con la sucesión pueden tener para situar en los tribunales del Estado miembro de la ley de la nacionalidad del causante –en aquellos casos en que ésta haya sido elegida– (art. 6.a) Reglamento sobre sucesiones), no solo los litigios referentes a las sucesiones, sino también aquellos relacionados con el régimen económico matrimonial, pudiendo ello no favorecer o no coincidir con los intereses del cónyuge superviviente, que es al fin y al cabo, el sujeto al que afecta con carácter protagonista la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial (QUINZÁ REDONDO, P.: *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 323-324).

3.2.1. Demandas presentada en virtud de los arts. 3.1.a) guiones uno a cuatro y 3.1.b) del Reglamento Bruselas IIbis.

El primer apartado del art. 5 del Reglamento consagra la concentración de procedimientos ante los tribunales de un mismo Estado miembro simplemente expresando que cuando la demanda de las crisis matrimoniales se presente ante cualquiera de los cuatro primeros foros del art. 3.1.a) o de acuerdo con lo establecido art. 3.1.b) del Reglamento Bruselas IIbis, dichos tribunales serán también competentes para el régimen económico matrimonial. Nótese que dichos foros, dentro del *forum shopping* a que puede dar lugar la aplicación del art. 3 del Reglamento Bruselas IIbis, son los que pueden resultar menos sorprendidos para el demandado. De ahí que, a diferencia del tratamiento legal ofrecido en el art. 5.2 del Reglamento, no se exija el acuerdo de ambos cónyuges. En estos supuestos, por tanto, siempre se va a cumplir el objetivo del legislador de la Unión Europea de permitir que asuntos relacionados sean resueltos por el mismo órgano jurisdiccional estatal.

3.2.2. Demanda presentada en virtud de los arts. 3.1.a) guiones seis y siete, 5 o 7 del Reglamento Bruselas IIbis

Cuando el tribunal competente para la nulidad, separación o divorcio venga determinado por los arts. 3.1.a) guiones seis y siete, 5 o 7 del Reglamento Bruselas IIbis, la competencia de dicho tribunal para el régimen económico matrimonial no es automática: se encuentra sujeta al acuerdo de ambos cónyuges. Subsidiariamente, el Reglamento recoge un foro –art. 6–, cuya aplicación no solo está prevista para “otros casos”, entre los que se encuentran aquellos en que los cónyuges no acuerdan extender la competencia del tribunal de las crisis matrimoniales.

3.2.2.1. Con acuerdo de extensión de competencia

Los acuerdos de extensión de foro se recogen en el art. 5.2 del Reglamento y vienen a cumplir el objetivo del legislador de la Unión Europea de concentración de procedimientos –divorcio, separación o nulidad y régimen económico matrimonial– ante los tribunales de un mismo Estado miembro. En virtud de los mismos, siempre que se haya presentado la demanda referente a las crisis matrimoniales en alguno de los tribunales recogidos en los arts. 3.1.a) guiones cinco y seis, 5 y 7 del Reglamento Bruselas IIbis, será necesario el acuerdo de ambos cónyuges para que dicho tribunal conozca también de la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial. Su razón de ser es evidente: impedir la aplicación automática para la cuestión del régimen económico matrimonial de aquellos foros que benefician esencialmente al demandante –art. 3.1.a) guiones cinco y seis del Reglamento Bruselas IIbis– o que pueden resultar inesperados para el demandado –normas internas de competencia judicial internacional por mandato del art. 7 del Reglamento Bruselas IIbis⁴⁷.

⁴⁷ 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 IIbis empleado (FONTANELLAS MORELL, J.M.: “Una primera lectura de las Propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económico matrimoniales

Respecto al régimen jurídico de los acuerdos de extensión de competencia, lo cierto es que el art. 5.3 del Reglamento no ofrece una regulación detallada de los mismos. Únicamente –vía remisión al art. 7.2- se limita a establecer los requisitos formales –escrito, fechado y firmado por ambas partes- de los acuerdos alcanzados “antes de que se requiera al órgano jurisdiccional que resuelva sobre el régimen económico matrimonial”. Ante tal ausencia es oportuno plantearse varias cuestiones.

En primer lugar, ¿qué se entiende por “requerir”? Una comparativa con las traducciones inglesa⁴⁸ y francesa⁴⁹ parece reflejar que el legislador se está refiriendo, en particular, al momento “antes de que el tribunal conozca del asunto”, es decir, al momento anterior a la presentación de la demanda ante el tribunal competente⁵⁰. Pero, ¿de qué asunto? El tenor literal del texto puede generar cierta confusión, dado que mediante el empleo del condicional “Si”, podría entenderse, *a sensu contrario*, que cabe celebrar dicho acuerdo “después de que se requiera al órgano jurisdiccional que resuelva sobre el régimen económico matrimonial” y ello, evidentemente no es posible: el acuerdo se celebra, precisamente, para extender la competencia del tribunal competente de la nulidad/separación/divorcio al régimen económico matrimonial. Teniendo en cuenta este laberinto, la interpretación más probable sea entender que el art. 5.3 está haciendo mención, en realidad, al acuerdo celebrado antes de que se presente la demanda ante el tribunal de las crisis matrimoniales que resuelva sobre el régimen económico matrimonial.

En este orden de ideas, cabría plantearse si dichos acuerdos –concluidos *ex-ante*- permiten la elección de un concreto tribunal competente, o si solo es posible una designación genérica que permita la concentración futura de ambos asuntos bajo un mismo tribunal. Lo lógico, sería descartar la posibilidad de elección de un determinado tribunal, porque los foros recogidos en los arts. 3.1.a) guiones cinco y seis, 5 y 7 del Reglamento Bruselas IIbis giran en torno a la figura de demandante o demandado y al momento de presentación de la demanda de divorcio, algo que resulta, *a priori*, imposible de prever antes de que surjan las crisis matrimoniales. Teniendo presente esta circunstancia caben, al menos, dos maneras de realizar tales acuerdos. Primero, incluyendo una clausula que establezca “cuando los tribunales competentes en materia de divorcio lo sean en virtud de los arts. 3.1.a) guiones cinco y seis, 5 y 7 del Reglamento Bruselas IIbis, tales tribunales tendrán competencia para conocer de la demanda de régimen económico matrimonial”. En segundo lugar, quizás de manera más correcta y aunque no resulte necesario porque para los arts. 3.1.a) guiones uno a cuatro y 3.1.b) del Reglamento Bruselas IIbis la competencia ya se extiende automáticamente, indicando que “los tribunales competentes en materia de

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, 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 IIbis, véase SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A.: *El divorcio internacional en la Unión Europea: jurisdicción y ley aplicable*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 37-44.

⁴⁸ “...where the court that is seised...”.

⁴⁹ “...lorsque la juridiction qui est saisie...”.

⁵⁰ Véase art. 24 del Reglamento.

divorcio también lo serán para el régimen económico matrimonial”⁵¹. Se aseguraría así pues la concentración, pero se mantiene el carácter impredecible de tales acuerdos, básicamente por la imposibilidad de realizar acuerdos de elección de foro en el Reglamento Bruselas II *bis*⁵².

A colación con lo anterior, cabría también preguntarse ¿Significa esto que los acuerdos alcanzados “después de que se requiera al órgano jurisdiccional” – que conozca de las crisis matrimoniales, tal y como se ha indicado anteriormente- no están sometidos al cumplimiento de dichos requisitos formales? Resulta complicado imaginar que el legislador haya querido imponer requisitos más gravosos a los acuerdos antes de que se inicien dichos procedimientos en comparación con aquellos acuerdos alcanzados dentro del procedimiento, aunque lo cierto es que tras este vacío legal podría esconderse una suerte de sumisión tácita.

3.2.2.2. Sin acuerdo de extensión de competencia

En aquellos casos en que el demandante ha presentado la demanda de divorcio, separación o nulidad en virtud de uno de los dos foros que “privilegian” al demandante, o de acuerdo con lo establecido en los arts. 5 y 7 del Reglamento Bruselas IIbis, y siempre y cuando el demandado no esté de acuerdo en extender la competencia a dichos tribunales, el Reglamento prevé la aplicación de los arts. 6 y ss., cuyo análisis será abordado en el epígrafe siguiente.

3.3. Competencia en otros casos

Como se ha señalado anteriormente, el Reglamento distingue tres bloques temáticos relacionados con el régimen económico matrimonial: los supuestos de sucesiones y crisis matrimoniales, que ya han sido abordados, y también la competencia en “otros casos”.

Pese a que el Reglamento no define qué asuntos quedan comprendidos en estos últimos, no cabe duda de que pueden incluirse en el mismo aquellos supuestos relacionados con las crisis matrimoniales cuando los cónyuges no se han puesto de acuerdo en extender la competencia de este último para conocer, también, del régimen económico matrimonial. Junto a ello, son múltiples los ejemplos litigiosos referentes al régimen económico matrimonial que no están relacionados ni con la sucesión ni con las crisis matrimoniales: el cambio de régimen económico matrimonial, la clasificación de un determinado bien como privativo o perteneciente a ambos cónyuges durante el matrimonio, la transferencia de un bien de una categoría a otra, la responsabilidad de un cónyuge en relación con las deudas del otro o los poderes, derechos y

⁵¹ QUINZÁ REDONDO, P.: *Régimen económico matrimonial...*, op. cit., pp. 335-336.

⁵² Los acuerdos de elección de foro en materia de crisis matrimoniales tampoco se han previsto en la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición), de 30 de junio de 2016 (COM(2016) 411 final).

obligaciones de cada uno de los cónyuges por lo que respecta al patrimonio conjunto y privativo⁵³.

Pues bien, en estos “otros casos”, las posibilidades son variadas a la vez que complejas. De hecho, éste constituye sin duda uno de los puntos más tediosos en la determinación de la competencia judicial internacional, toda vez que los artículos que regulan este supuesto hacen constantes referencias a otras partes del Reglamento, no solo de competencia judicial internacional, sino también de ley aplicable. En este sentido, una lectura aislada de los artículos que, potencialmente, pueden regular esta cuestión, “obliga” al operador jurídico, por un lado, a “deshacer el camino” y retroceder a artículos anteriores en aras de determinar su aplicabilidad a un supuesto concreto y, por otro lado, a plantearse su competencia con base en la ley que resulte de aplicación. En ocasiones, de hecho, resulta incluso posible que ambas dificultades se presenten simultáneamente.

3.3.1. Sumisión expresa o tácita “limitada”

Los arts. 7 y 8 del Reglamento permiten a los cónyuges elegir el tribunal competente para la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, bien de manera expresa, bien de manera tácita. Nótese que mientras en el Reglamento Bruselas Ibis la relación entre ambos foros es jerárquica –la sumisión tácita posterior deroga la sumisión expresa anterior-, su operatividad en el Reglamento que se está analizando es distinta: dado que los tribunales que pueden ser elegidos por los cónyuges se encuentran perfectamente restringidos a aquellos cuya ley resulte de aplicación –y ésta solo puede ser una-, será la naturaleza del acuerdo –tácito o expreso-, la que determine la aplicación de una u otra disposición –art. 7 u 8-.

¿En qué casos resulta posible la sumisión expresa o tácita? De acuerdo con lo establecido en el art. 8 del Reglamento (“no será de aplicación...en los casos regulados por el artículo 4 o el artículo 5, apartado 1”), la sumisión tácita se prevé para casos distintos de aquellos en los que la concentración de asuntos ante un mismo tribunal se produce de manera automática -fallecimiento de uno de los cónyuges y procedimiento de divorcio, separación o nulidad iniciado en virtud del art. 3.1.a) guiones uno a cuatro, art. 3.1.b) y art. 4 del Reglamento Bruselas Ibis-. Sin embargo, siguiendo el *iter procedimental* lógico del Reglamento, y aunque no se diga expresamente, puede imaginarse que tampoco jugará este artículo en aquellas situaciones en las que la demanda de divorcio se presenta ante los tribunales que figuran en los arts. 3.1.a) guiones cinco y seis, 5 y 7 del Reglamento Bruselas Ibis y ambos cónyuges acuerdan extender a tal tribunal la competencia en materia de régimen económico matrimonial. Por su parte, la aplicación del art. 7 del Reglamento está prevista para “los casos contemplados en el art. 6”, que a la postre se refiere a aquellas situaciones distintas del fallecimiento de uno de los cónyuges o de la concentración de asuntos ante los tribunales competentes para el divorcio, separación o nulidad –de manera automática (art. 5.1) o por acuerdo de los cónyuges (art. 5.2)-. Nótese, por tanto,

⁵³ Supuestos incluidos, la mayoría, en el art. 27, que pese a referirse al ámbito de aplicación de la ley aplicable, produce un evidente impacto en la aplicación global del Reglamento.

que la redacción del artículo de la sumisión expresa es ligeramente más correcta que la de la sumisión tácita.

Tal y como se infiere del título del presente epígrafe, la sumisión expresa o tácita no es ilimitada: los cónyuges pueden elegir, expresa o tácitamente, los tribunales competentes siempre que éstos sean bien los del Estado miembro de la ley elegida por ambos (art. 22) o los de aquel cuya ley fuera a resultar de aplicación en ausencia de elección (art. 26). Pero además, la sumisión expresa ofrece una posibilidad “adicional” que, curiosamente, no ofrece la sumisión tácita: los cónyuges pueden elegir presentar la demanda de disolución y liquidación del régimen económico matrimonial ante los tribunales del estado de celebración del matrimonio.

Para finalizar, resta por hacer una última apreciación en línea con lo comentado anteriormente de la cooperación reforzada: para que jueguen los arts. 7 y 8 del Reglamento es necesario que la ley que resulte de aplicación –vía autonomía de la voluntad, vía conexiones objetivas- o, en el caso exclusivo del art. 7, los tribunales del Estado miembro de la celebración del matrimonio, sean Estados miembro vinculados por el Reglamento, es decir, que participen en la cooperación reforzada.

3.3.2. Tribunales competentes en ausencia de sumisión tácita o expresa “limitada”

Cuando los cónyuges no han acordado atribuir la competencia judicial internacional, expresa o tácitamente, a los tribunales del Estado miembro –vinculado por el Reglamento- cuya ley resulta de aplicación, entonces el tribunal competente vendrá determinado por aplicación del art. 6 del Reglamento. En este sentido, habría sido interesante que este último reflejara expresamente su carácter subsidiario, no solo respecto de los arts. 4 y 5, sino también en relación con los arts. 7 y 8, toda vez que su aplicación depende de que previamente los cónyuges no hayan alcanzado un acuerdo en virtud de dichos artículos.

Por lo demás, el art. 6 del Reglamento contiene un conjunto de fueros ordenados jerárquicamente: los tres primeros se refieren a la residencia habitual en el momento de interposición de la demanda –común, o en su defecto, la última que tuvieran siempre que uno de ellos aún resida allí o en su defecto, la del demandado-, mientras que como conexión de cierre se ha optado por la nacionalidad común en el momento de interposición de la demanda. Su redacción es prácticamente idéntica a la de los tres primeros incisos del art. 3.1.a) y art. 3.1.b) del Reglamento Bruselas II *bis*, aunque ordenados de manera jerárquica y no alternativa. Junto a ello, es importante matizar que tanto la residencia habitual como la nacionalidad, dependiendo del foro en cuestión que se ajuste a las circunstancias particulares de los cónyuges, deben ser de Estados miembros participantes en la cooperación reforzada.

3.3.3. Competencia subsidiaria

No existiendo sumisión expresa o tácita en favor de los tribunales de la ley que resulte de aplicación o en virtud de la ley del Estado miembro de la celebración

del matrimonio (arts. 7 y 8) y no ajustándose las circunstancias de los cónyuges a ninguno de los foros contenidos en el art. 6⁵⁴, habrá que estar al art. 10, que establece la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro donde están situados el bien o los bienes inmuebles de los cónyuges para conocer sobre ese/esos determinados/s bien/es. Debe de tratarse, como no podía ser de otra manera, de bienes situados en Estados miembro que participan en la cooperación reforzada.

Esta disposición está inspirada en el art. 10.2 del Reglamento de sucesiones y su aplicación puede derivar en inconvenientes prácticos y económicos ligados, por ejemplo, a la necesidad de asistencia y representación legal en cada una de esas jurisdicciones⁵⁵.

3.3.4. *Forum necessitatis*

Finalmente, la última norma de competencia judicial internacional se recoge en el art. 11 del Reglamento. Un foro de necesidad que, con excepción de ciertas palabras, viene a reproducir literalmente el art. 11 del Reglamento sobre sucesiones. De acuerdo con el mismo, podrán tener competencia judicial internacional los tribunales que tengan una conexión suficiente con el asunto, siempre y cuando "...el proceso no pudiere incoarse o desarrollarse razonablemente o si resultare imposible en un tercer Estado...". Por "tercer Estado" cabe entender en este punto, no solo los Estados miembro que no son de la Unión Europea, sino también aquellos que sí lo son pero que no participan en la cooperación reforzada.

3.4. Competencia alternativa

El art. 9 recoge una norma de competencia judicial internacional que permite a los tribunales de un Estado miembro inhibirse si no reconocen el matrimonio que requiere de una solución para la cuestión del régimen económico matrimonial. Como contrapartida, para evitar situaciones de denegación de justicia, este artículo ofrece en su segundo apartado una serie de tribunales estatales donde pueden acudir los particulares como alternativa al resto de foros anteriores del Reglamento (arts. 4 a 8).

Con una redacción que, en ocasiones no resulta de fácil lectura, puede vaticinarse que la inclusión de esta disposición en el texto definitivo del Reglamento fue un claro "guiño" a aquellos Estados en que no se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo para que aceptaran "unirse" al Reglamento con la garantía de que no deberían entrar a conocer de asuntos respecto de este tipo de matrimonios. Resulta complicado valorar el "efecto llamada" de esta disposición, aunque nótese que el número los Estado miembro que participan en la cooperación reforzada pese a no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no es precisamente reducido⁵⁶. Es cierto que la posición de estos Estados miembro no puede justificarse únicamente por la

⁵⁴ La aplicación del art. 10 también es subsidiaria del art. 9, al que se hará mención en el epígrafe 3.4.

⁵⁵ QUINZÁ REDONDO, P.: *Régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 336.

⁵⁶ Véase nota al pie 39.

satisfacción o insatisfacción de este artículo, aunque no cabe duda de que éstos constituyen un precedente muy satisfactorio.

¿Qué soluciones recoge el art. 9 del Reglamento? En primer lugar, cabe destacar que la inhibición se prevé para prácticamente todos los casos, es decir, siempre y cuando el tribunal competente venga determinado en virtud de los arts. 4 a 8, que no recogen sino los tres grandes bloques temáticos que abarca el Reglamento –fallecimiento, crisis matrimoniales y otros casos-. A partir de ahí, se ofrecen soluciones distintas dependiendo del foro del Reglamento que fundamenta la competencia judicial internacional del órgano que conoce del asunto, aunque no exentas de cuestiones discutibles.

En primer lugar, si el tribunal que se inhibe se declaró competente en virtud de los arts. 4 o 6 –foros en materia sucesoria, en materia de crisis matrimoniales cuando la demanda se ha presentado en virtud de los arts. 3.1.a) guiones cinco y seis, 5 y 7 del Reglamento Bruselas IIbis y no existe acuerdo de extensión de foro y también, en otros casos-, las partes pueden acordar “atribuir competencia a los órganos jurisdiccionales de cualquier otro Estado miembro de conformidad con el art. 7”, es decir, a aquellos cuya ley resulte de aplicación o a los de la celebración del matrimonio.

Por otro lado, el segundo párrafo del art. 9.2 se refiere a la competencia “En los demás casos”. ¿A cuáles se está refiriendo? Teniendo en cuenta que el art. 9.1 permite la inhibición en los casos comprendidos en los arts. 4 a 8 y que en el art. 9.2.1º párrafo se contiene una solución específica en aquellos supuestos en que el tribunal es competente en virtud de los arts. 4 o 6, solo restaría regular la competencia alternativa en los casos en que el tribunal que se inhiba fuera competente por mor de los arts. 5, 7 u 8. Pues bien, en estos casos el Reglamento, lejos de incorporar una solución específica remite a los tribunales recogidos en los arts. 6 u 8 o a los del Estado miembro de la celebración del matrimonio. Todo ello puede conducir a una situación sorprendente: ¿Cómo es posible que el art. 9.2.2º párrafo remita al tribunal competente en virtud del art. 8 cuando el propio artículo podría referirse a la inhibición de dichos tribunales? Para los otros dos supuestos –inhibición de tribunal competente de acuerdo con los arts. 5 o 7-, la remisión a los arts. 6 u 8, al menos desde un punto de vista teórico, sí que resulta defendible.

A continuación, el art. 9.3 del Reglamento establece que los apartados 1 y 2 no serán de aplicación cuando el Estado miembro del foro reconozca una resolución dictada anteriormente sobre las crisis matrimoniales de la pareja en cuestión⁵⁷. Tras esta disposición podría subyacer el siguiente ejemplo –quizás más teórico que práctico, aunque lo abstracto de la redacción del art. 9.3 puede dar lugar a otras interpretaciones-: un tribunal de un Estado tercero –Estado no miembro o Estado miembro que no participa en la cooperación reforzada- emite una resolución referente al divorcio de un matrimonio entre personas del mismo sexo⁵⁸. Por cualquier razón, dichos tribunales estatales no terminan conociendo

⁵⁷ Obsérvese que el Reglamento no distingue entre resoluciones provenientes de un Estado miembro o de un tercer Estado.

⁵⁸ La resolución en cuestión también podría provenir de un Estado miembro que participe en la cooperación reforzada, pero debe tratarse de un caso distinto de aquellos en los que el tribunal

del régimen económico matrimonial –por ejemplo, porque sus foros no se lo permiten o porque las partes no desean litigar en dicho Estado. La resolución en cuestión es presentada ante los tribunales de un Estado miembro que sea parte de la cooperación reforzada, siendo hipotéticamente –bien en virtud de la normativa interna reguladora de esta materia en dicho Estado si la resolución proviene de un Estado no miembro, bien en virtud del Reglamento Bruselas IIbis si la resolución proviene de un Estado miembro que no participa en la cooperación reforzada-. Si ello es así, es porque el Estado miembro del foro reconoce, cuanto menos, la disolución de este tipo de uniones y, por tanto, no debería tener problema en resolver sobre sus efectos jurídicos –en particular, el régimen económico matrimonial-, siempre y cuando los foros del Reglamento le otorguen competencia, sin inhibirse tal y como posibilita el art. 9 del Reglamento. Caso contrario, es decir, no siendo susceptible de ser reconocida la resolución, los tribunales competentes podrían venir determinados por el art. 9.

Finalmente, otras cuestiones que sin duda puede despertar este artículo son las siguientes ¿No hubiera sido más conveniente el establecimiento de un plazo máximo para que el tribunal pueda inhibirse, en lugar de establecer que éste “lo hará sin dilación indebida”? ¿No debería haberse otorgado un papel más protagonista a los tribunales del Estado miembro de la celebración del matrimonio, que con toda seguridad podrán resolver sobre la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial en supuestos de crisis matrimoniales? ¿Por qué se ha optado por una solución distinta dependiendo del foro que fundamenta la competencia judicial internacional del tribunal que se inhibe? La sensación final de este artículo es que su redacción esconde un laberinto de difícil salida para el operador jurídico; quizás hubiera sido más sencillo establecer que cuando el tribunal en cuestión no reconozca el matrimonio, los cónyuges podrán acudir a los tribunales competentes en virtud de otras disposiciones del Reglamento y, por supuesto, siempre a los tribunales del Estado miembro de la celebración del matrimonio.

IV. LEY APLICABLE

Una vez determinado el tribunal competente en virtud de las normas de competencia judicial internacional del Reglamento, debe darse respuesta al derecho regulador del régimen económico matrimonial. Dicha cuestión viene regulada en el Capítulo III del Reglamento y sus características básicas se recogen en los arts. 20 y 21.

La primera de dichas disposiciones establece la aplicación universal del derecho designado por las normas de conflicto del Reglamento, es decir, la potencial aplicación de la ley de cualquier Estado, aunque no se encuentre vinculado por el Reglamento.

Por lo que respecta al art. 21, el Reglamento consagra la unidad de la ley aplicable, es decir, la aplicación de un único ordenamiento jurídico para todo el fenómeno del régimen económico matrimonial, con independencia de cualquier

de las crisis matrimoniales conoce automáticamente del régimen económico matrimonial (art. 5.1 del Reglamento), ya que en estos casos el mismo tribunal que resuelve sobre el divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio disolverá y liquidará el régimen económico matrimonial.

circunstancia y en particular, del lugar de situación de los bienes inmuebles de los cónyuges. Tal opción se ha fundamentado en la previsibilidad y seguridad jurídica que produce la no fragmentación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial (Considerando 43) y viene a recoger la tendencia mayoritaria de las normas de conflicto internas de los Estados miembro⁵⁹. Siendo conscientes de las notables ventajas de la unidad de ley aplicable, no es menos cierto que podrían derivarse ciertos problemas de coordinación entre la ley aplicable al régimen económico matrimonial y la *lex rei sitae*, que con carácter general regula las cuestiones relacionadas con la propiedad y demás derechos reales, y en especial la exigencia de una determinada forma y publicidad⁶⁰.

Teniendo esto presente, el Reglamento pivota en torno a dos posibilidades: que los cónyuges elijan la ley aplicable o que no lo hagan –en cuyo caso entrarán en juego las conexiones objetivas–, constituyendo éstas la estructura básica de los siguientes epígrafes. No obstante, previamente se hará referencia a qué cuestiones quedan reguladas por la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

4.1. Ámbito de aplicación de la ley aplicable

El art. 27 del Reglamento se refiere a las cuestiones particulares que quedan reguladas por la ley que resulte aplicable al régimen económico matrimonial de acuerdo con las normas de conflicto contenidas en el mismo.

Con carácter general, el listado contenido en dicha disposición –no exhaustivo, ya que se refiere a “entre otras cosas”– puede dividirse entre los conflictos surgidos durante la vigencia matrimonial y aquellos emanados con ocasión de su terminación. Los primeros se encuentran regulados en los apartados a) a d) y se refieren a la clasificación de los bienes de uno o ambos cónyuges durante la vigencia del matrimonio; la transferencia de bienes de una categoría a otra; la responsabilidad de uno de los cónyuges por deudas y obligaciones del otro y las facultades, derecho y obligaciones de cualquiera de los cónyuges con respecto al patrimonio. Por otro lado, el inciso final del apartado a) –al referirse a la clasificación de los bienes “después del matrimonio” – y el apartado e), están enfocados a la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial.

⁵⁹ La elección de la *lex rei sitae* se prevé, empero, en el Convenio de La Haya de 1978 (art. 6), así como en las normas de conflicto alemana (art. 15 (2) 3 Ley introductoria del Cc alemán) y checa (art. 49.4 LDIPr República Checa).

⁶⁰ VAQUERO LÓPEZ, C.: “Los regímenes matrimoniales en un espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, vol. 6, 2006, p. 203; KROLL, K.: “Unification of conflicts of law in Europe-Matrimonial property regimes”, en BOELE-WOELKI, K., y SVERDRUP, T. (eds.): *European challenges in contemporary family law*, Intersentia, Amberes, 2008, p. 382; MARTINY, D.: “Objectives and values of (private) international law in family law”, en AA.VV.: *International family law for the European Union*, Intersentia, Amberes, 2007, p. 91; MARTINY, D.: “Lex rei sitae as a connecting factor in EU private international law”, *IPRax*, vol. 32, núm. 2, 2012, p. 119; RODRÍGUEZ BENOT, A.: “La armonización del régimen económico matrimonial en la UE: La Propuesta de Reglamento de 2011” en ESPLUGES 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, p. 566 y VIARENGO, I.: “The EU proposal...”, *op. cit.*, p. 212.

Junto a lo anterior, el Reglamento también se refiere a la aplicación de la ley reguladora del régimen económico matrimonial en una vertiente *ad extra*, es decir, respecto de la relación de los cónyuges con los terceros. El art. 27 f), sin embargo, no puede leerse aisladamente, sino que debe ser completado con lo establecido en el art. 28, que permite excepcionar la aplicación de dicha ley en terminados supuestos.

Mención aparte merecen las capitulaciones matrimoniales, a las que ya se ha hecho referencia al analizar el ámbito de aplicación material del Reglamento. Respecto de las mismas, el Reglamento distingue claramente entre su validez formal y su validez material. Mientras que la primera cuenta con una norma de conflicto específica (art. 25), la segunda se enmarca como una las cuestiones que, con carácter general, se incluyen dentro del ámbito de aplicación de la ley aplicable (art. 27.g). El Reglamento, sin embargo, no determina qué es lo que comprende la validez material, en contraposición con el art. 26 del Reglamento sobre sucesiones, que sí incluía una norma específica referente a la validez material de las disposiciones *mortis causa*⁶¹. No obstante lo anterior, podría pensarse que se está haciendo referencia, entre otras cuestiones, al concreto contenido que puede incluirse en dichas capitulaciones matrimoniales, es decir, qué regímenes económico matrimoniales pueden ser elegidos, si los cónyuges pueden alterarlo creando un régimen a medida, e incluso si se pueden incluir otros pactos sobre las consecuencias de una posible ruptura familiar por separación o divorcio. En otras palabras, la ley aplicable al régimen económico matrimonial marcaría los límites dentro de los cuales se puede ejercer la autonomía de la voluntad material⁶².

4.2. La elección de la ley aplicable

Los arts. 22 a 25 se ocupan de regular la autonomía de la voluntad conflictual, es decir, qué leyes pueden ser elegidas por los cónyuges y bajo qué límites (formales y referentes al consentimiento y validez material). Esta posibilidad, en combinación con el concreto régimen económico matrimonial que resulte de aplicación, permite distinguir dos escenarios.

Por un lado, resulta perfectamente posible que los cónyuges únicamente hayan elegido la ley aplicable al régimen económico matrimonial, mas no hayan escogido un régimen económico matrimonial o creado uno *ad hoc*, ¿Qué concreto régimen económico matrimonial regulará la relación entre los cónyuges? Ante el silencio del Reglamento, parece obvio que el régimen económico matrimonial legal existente en el ordenamiento jurídico elegido por los cónyuges.

Por otro lado, cabe también la posibilidad –que sería la ideal–, de que los cónyuges elijan la ley aplicable al régimen económico matrimonial y que,

⁶¹ AZCÁRRAGA MONZONIS, C.: “Artículo 26. Validez materia de las disposiciones *mortis causa*”, en IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G.: *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 193-198.

⁶² Un interesante análisis del juego entre la autonomía de la voluntad conflictual y material, si bien referido a las normas de conflicto internas en esta materia, puede encontrarse en RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *Régimen económico...*, *op. cit.*, pp. 48-59.

extensivamente, hagan uso, en su caso, de la autonomía de la voluntad material que les ofrece dicho derecho. En otras palabras, que elijan un determinado régimen económico matrimonial de entre los previstos en dicho ordenamiento jurídico o en otro derecho estatal, que diseñen uno específico que se ajuste a sus necesidades, etc.

4.2.1 Posibles leyes a designar y momento temporal

El art. 22 del Reglamento se refiere a la elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial y permite la designación de uno de los siguientes ordenamientos jurídicos: la ley de la residencia habitual o la ley de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges en el momento en que se realice el acuerdo. Por tanto, esta norma de conflicto recoge expresamente la posibilidad, dependiendo de las circunstancias del caso, de escoger de entre cuatro leyes, ampliables a seis en caso de sujetos con dobles nacionalidades distintas, siempre y cuando se acepte, pese al silencio del Reglamento al respecto, la elección de la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posean los cónyuges⁶³.

La elección de la ley aplicable puede realizarse antes del matrimonio (el texto se refiere a “futuros cónyuges”) y durante la vigencia del mismo, pero además, dicha posibilidad no se encuentra limitada a una única ocasión, pues los cónyuges pueden modificar una elección de ley estatal ya realizada anteriormente, resultando posible elegir de entre los mismos ordenamientos jurídicos, esto es, nacionalidad o residencia habitual de cualquiera de los cónyuges.

Realizada la mutabilidad de la ley aplicable, resulta de suma importancia determinar los efectos jurídicos que ésta tendrá respecto de las relaciones surgidas con anterioridad a dicho cambio. En este punto el Reglamento opta, como norma general, por atribuir eficacia *ex nunc* a la nueva ley reguladora del régimen económico matrimonial, salvo acuerdo en contrario de los cónyuges y siempre y cuando no resulten afectados los derechos de los terceros (art. 22.2 y 3). La opción por la irretroactividad de la ley aplicable persigue evitar que determinados bienes adquiridos bajo un régimen legal –el régimen legal del derecho A- pasen a estar regulados ahora por regímenes matrimoniales de naturaleza contraria –el régimen legal del derecho B-, aunque lo cierto es que los problemas emanados de tal opción legislativa, tampoco deben ser subestimados. Así pues, la eficacia *ex tunc* de la ley aplicable produce como principal consecuencia la ruptura de la unidad de la ley aplicable. Más allá de que ello quebranta uno de los principios básicos del Reglamento (art. 21), lo cierto es que los inconvenientes más relevantes pueden darse por la difícil determinación de la ley reguladora para determinados bienes, especialmente cuando se han producido sucesivos cambios de ley aplicable, así como por las potenciales dificultades que pudieran darse en el momento de la disolución y

⁶³ El Reglamento sobre sucesiones, empero, sí admite expresamente la elección de la ley de cualquiera de las nacionalidades que ostente el sujeto (art. 22.1.2º párrafo Reglamento sobre sucesiones). Por su parte, dicha cuestión se ha discutido también al interpretar el art. 5.c) del Reglamento Roma III, aunque gran parte la doctrina acepta que podría elegirse la ley de cualquiera de las nacionalidades del sujeto (GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Article 5”, en CORNELOUP, S. (dir.): *Droit européen du divorce*, Lexis Nexis, París, 2013, p. 551).

liquidación del régimen económico matrimonial, donde el operador jurídico deberá aplicar varias leyes –y, por ende, distintos regímenes económico matrimoniales-⁶⁴.

4.2.2. Requisitos formales de los acuerdos de elección de ley y de las capitulaciones matrimoniales

La posibilidad de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial o de la celebración de capitulaciones matrimoniales viene acompañada de ciertas garantías en los arts. 23 y 25, referentes a las formalidades de dichos acuerdos, cuya función esencial es actuar como garante de las relaciones entre los propios cónyuges y respecto de los terceros. Nótese que pese a que las soluciones ofrecidas en ambas normas de conflicto son prácticamente idénticas, el supuesto de hecho resulta distinto: el art. 23 se refiere al acuerdo de elección de ley, mientras que el art. 25 se refiere a las capitulaciones matrimoniales, es decir, a los acuerdos en que los cónyuges eligen, con carácter protagonista, un determinado régimen económico matrimonial en sentido material.

Estos artículos vienen a incorporar las soluciones recogidas en el art. 7 del Reglamento Roma III, referente a los acuerdos de elección de la ley aplicable a la separación o el divorcio. Así pues, todo acuerdo debe ser escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges (arts. 23.1 y 25.1). Los requisitos “adicionales” dependen de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de la celebración del acuerdo de elección de ley/capitulaciones matrimoniales. En primer lugar, si los cónyuges residen en el mismo Estado miembro y el derecho de dicho Estado exige el cumplimiento de algunos requisitos adicionales, éstos deberán ser respetados (arts. 23.1 y 25.2.1º párrafo). Por otro lado, si los cónyuges residen en distintos Estados miembro resulta suficiente, únicamente, el cumplimiento de los requisitos de uno de dichos derecho estatales (arts. 23.2 y 25.2.2º párrafo). En tercer lugar, si solo uno de los cónyuges reside en un Estado miembro, serán las particularidades de dicho ordenamiento jurídico las que serán atendidas (arts. 23.3 y 25.2.3º párrafo)⁶⁵. La principal diferencia entre los requisitos formales de los acuerdos de elección de ley y las capitulaciones matrimoniales es que estas últimas exigen, además, el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley aplicable al régimen económico matrimonial, que precisamente será la que regule la validez material de las mismas.

4.2.3. Consentimiento y validez material

⁶⁴ Sobre esta discusión, véanse los *reports* de LURGER, B. y REINHARTZ, B. de la 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 29-12-2016).

⁶⁵ Nótese, como ya ocurriera con la regulación formal del acuerdo de elección de ley aplicable en el Reglamento Roma III (art. 7), que solo se prevé el cumplimiento de requisitos adicionales establecidos por el derecho de un Estado miembro, pese a que el Reglamento establece la aplicación universal del derecho designado por las normas de conflicto. Es por ello que se ha apuntado, la conveniencia de que se respetaran los requisitos formales establecidos por las legislaciones de los Estados no miembro si tales ordenamientos resultaran de aplicación BUSCHBAUM, M. y SIMON, U.: “Les propositions de la Commission européenne relatives à l’harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés”, *Revue critique de droit international privé*, vol. 100, núm. 4, 2011, p. 805).

Junto con la regulación de los requisitos formales de los acuerdos de elección de ley o de las capitulaciones matrimoniales, el art. 24 se ocupa de regular el consentimiento y la validez material. Así pues, la existencia de un acuerdo de voluntades entre los cónyuges por lo que respecta al acuerdo de elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial o de alguna de sus disposiciones, así como la cuestión de saber si el consentimiento por ambos es válido o presenta algún vicio, son cuestiones que se rigen por la ley presuntamente elegida por los cónyuges. Como excepción a dicha regla, se establece en el apartado segundo de la citada disposición que un cónyuge podrá invocar la ley del Estado de su residencia habitual en el momento de presentación de la demanda para justificar que no ha prestado su consentimiento, siempre y cuando no resultara razonable que el efecto de su conducta fuera regulado, precisamente, por la ley elegida por ambos.

4.3. La ley aplicable a falta de elección

Junto con la regulación de la autonomía de la voluntad conflictual, el Reglamento regula en su art. 26 aquellos supuestos en que los cónyuges no han elegido la ley aplicable. Dicha situación podría tener lugar no solo cuando los cónyuges no han realizado acuerdo alguno de elección de ley en sentido estricto, sino también en aquellos casos en que se ha ejercido la autonomía de la voluntad material pero no conflictual, es decir, cuando los cónyuges han escogido o diseñado, genéricamente un régimen económico matrimonial –comunitario, de participación o de separación, o bien una combinación *ad hoc* de los mismos– pero no han designado el derecho regulador en que se encuadra el mismo. A colación con esta última afirmación, ¿Qué concreto régimen económico matrimonial resultará de aplicación en aquellos casos en que los cónyuges tampoco han otorgado capitulaciones matrimoniales en sentido estrictamente material? Nada dice el Reglamento sobre esta cuestión, aunque parece obvio que resultará de aplicación el régimen económico matrimonial legal previsto en el ordenamiento jurídico que resulte de aplicación de acuerdo con las conexiones objetivas del Reglamento.

El diseño de esta norma de conflicto viene caracterizado, más allá de por su previsibilidad y seguridad jurídica de acuerdo con lo establecido en el Considerando 49, por su ordenación jerárquica –la segunda conexión se aplica si no se cumplen las circunstancias personales de la primera, y lo mismo respecto de la tercera– y por el papel protagonista que se otorga al momento de la celebración del matrimonio, sin perjuicio de lo establecido en el art. 26.3 del Reglamento.

4.3.1. Primera conexión

Cuando los cónyuges no han elegido la ley aplicable al régimen económico matrimonial se estará, en primer lugar, a la ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio (art. 26.1.a). El legislador de la Unión Europea, de nuevo, otorga un papel protagonista a la residencia habitual en detrimento de la nacionalidad, como viene ocurriendo en

los recientes instrumentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea, tales como el Reglamento Roma III o el Reglamento sobre sucesiones.

Cuestión distinta es el momento en que se encuentra fijada dicha conexión. Así, mientras los Reglamentos Roma III y Reglamento sobre sucesiones optan por la residencia habitual común de los cónyuges en el momento de interposición de la demanda o la última que tuviera el causante, el Reglamento de régimen económico matrimonial se refiere al momento posterior a la celebración del matrimonio. En otras palabras, la aplicación de esta conexión solo va a tener lugar si los cónyuges han tenido su residencia habitual en el mismo Estado nada más casarse, resultando irrelevante que, por ejemplo, tuvieran una común en el momento de interposición de la demanda.

El principal peligro o riesgo de la fijación del punto de conexión a dicho momento es que los cónyuges puedan verse abocados a la aplicación de una ley que ya no les “representa”, es decir, con la que ya no tienen vinculación alguna. Ello podría ocurrir, sin ir más lejos, cuando los cónyuges han modificado su residencia habitual común durante la vigencia del matrimonio⁶⁶. Con el objeto de evitar los efectos negativos de dicha rigidez, el art. 26.3 permite excepcionar la aplicación de la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio en favor de la ley de la última residencia habitual común, siempre que se cumplan dos requisitos.

El primero de ellos supone una comparación entre el número de años en cada una de las residencias habituales, de suerte que si el número de años en que los cónyuges han residido en la última residencia habitual resulta –considerablemente, reza el texto en el art. 26.3.a)- mayor que en el de la primera, este requisito se considera superado. Dejando de lado las dificultades que puede implicar la interpretación del concepto “considerablemente”, llama la atención que la disposición aneja del Reglamento sobre parejas registradas (art. 26.2.a) exija un tiempo “significativamente largo”, pero no en comparación con el número de años de la residencia habitual anterior.

El segundo requisito exige que el demandante –aunque en realidad parece lógico pensar que se está haciendo referencia al “solicitante” de dicha medida, pues el art. 26.3 puede aplicarse “a instancia de cualquiera de los cónyuges”- demuestre que “ambos cónyuges se basaron en la ley de ese otro Estado para organizar o planificar su patrimonio”. La redacción de este requisito despierta, al menos en aquellos casos en que todavía perduran ciertos vínculos con la “antigua” residencia habitual dos interrogantes. ¿Cómo probar que ambos cónyuges se basaron en la ley de la última residencia habitual? Salvo que hubiera tenido lugar un acto de disposición sobre alguno de los bienes y entonces, necesariamente, hubiera tenido que determinarse la ley aplicable y el régimen económico matrimonial de los cónyuges, lo cierto es que en el resto de los casos, este requisito resulta de difícil determinación. ¿Qué ocurre si ambos cónyuges no están de acuerdo en que se habían basado en la ley de la última

⁶⁶ BONOMI, A.: “The proposal for a Regulation on matrimonial property: A critique of the proposed rule on the inmutability of the applicable law”, en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe: developments, challenges and opportunities*, Intersentia, Cambridge, 2014, *op. cit.*, pp. 234-235.

residencia habitual? Téngase presente que “detrás” de cada ley aplicable hay un régimen económico matrimonial legal y puede que a cada cónyuge le interesa una cosa, por lo que un escenario de desacuerdo –con consecuente aplicación del criterio general del art. 26.1 del Reglamento- no debe descartarse.

4.3.2. Segunda conexión

Cuando los cónyuges no han tenido primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio, el art. 26.1.b) determina que el derecho regulador del régimen económico matrimonial será el de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio. Como ocurriera con la primera de las conexiones, subyace aquí el temor de que el art. 26.1.b) conduzca a la aplicación de un derecho poco conectado con las circunstancias de los cónyuges en el momento del litigio, especialmente si éstos han cambiado o dejado de tener nacionalidad común durante la vigencia del matrimonio. Sin embargo, a diferencia del apartado anterior, no se ofrece aquí ningún tipo de correctivo al estilo del art. 26.3⁶⁷.

Huelga decir que corresponde a cada Estado, de acuerdo con su derecho nacional, la consideración de los sujetos que son nacionales suyos, siempre y cuando se respeten los principios generales de la Unión Europea. Lo mismo ocurre en los supuestos de múltiple nacionalidad, en los que el Considerando 50 determina expresamente que dicha cuestión previa no entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento. Precisamente para evitar “favorecer” una nacionalidad común en detrimento de otra en común, el art. 26.2 establece que esta segunda conexión no operará en caso de que los cónyuges tengan más de una nacionalidad en común.

4.3.3. Tercera conexión

Como conexión de cierre, el Reglamento opta por la ley con la que los cónyuges tuvieran un vínculo más estrecho, no en el momento de la interposición de la demanda, sino cuando se celebró el matrimonio, como manifiesta expresamente el art. 26.c) y se encarga de remarcar el Considerando 49. Para ello, el órgano jurisdiccional que resuelva el asunto tendrá en cuenta “todas las circunstancias” del caso. De acuerdo con el orden jerárquico de esta disposición, su aplicación 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, ¿Qué circunstancia puede reflejar una vinculación estrecha con ambos cónyuges? A modo de ejemplo, y siguiendo lo que establecía la Propuesta de Reglamento en su art. 17.1.c) podría citarse el Estado de la celebración del matrimonio, aunque lo cierto es que dicho Estado no tiene por qué reflejar, necesariamente, un vínculo estrecho con los cónyuges, como puede ocurrir en aquellos casos en que los cónyuges han elegido un

⁶⁷ Probablemente se deba a que el cambio de nacionalidad no es tan sencillo como el de la residencia habitual.

Estado “neutral” para casarse. Otra circunstancia que podría tomarse en consideración sería la residencia habitual que tuvieran hasta el momento de la celebración del matrimonio, siempre y cuando tras la celebración del mismo ambos pasaran a tener distintas residencias habituales, pues de lo contrario el supuesto se enmarcaría en el art. 26.1

4.3. Problemas de aplicación de la norma de conflicto

El juego de la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, en los términos que acaban de ser analizados, no muere en la distinción entre la autonomía de la voluntad conflictual o la aplicación de las conexiones objetivas, sino que se encuentra acompañado de diversas dificultades y particularidades, como será puesto de manifiesto en los siguientes epígrafes.

4.3.1. Límites al derecho aplicable al régimen económico matrimonial

El primer límite al derecho aplicable al régimen económico matrimonial se refiere a la imposibilidad de vulnerar las leyes de policía. De acuerdo con lo establecido en el art. 30 del Reglamento, la imperatividad de las leyes de policía consiste en la prohibición de contravenir toda disposición cuya observancia considera esencial un Estado para salvaguardar sus intereses públicos, pudiendo incluso exigirse la aplicación de una determinada disposición, sea cual sea la ley aplicable al régimen económico matrimonial. En este sentido, el Considerando 53 del Reglamento, que viene a complementar el contenido del art. 30, se refiere explícitamente a una norma de contenido material que no puede ser vulnerada: la protección de la vivienda familiar. Ello supone que, con independencia de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, y el concreto régimen económico matrimonial secundario –comunitario, de participación o de separación o bien, diseñado *ad hoc* por los cónyuges-, será necesario el consentimiento del cónyuge no propietario si se quiere disponer de la vivienda familiar o grabarla con un derecho real.

Aunque no se menciona expresamente ni en el articulado ni en los Considerandos, también podrían protegerse por esta vía, con carácter general, otros derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico, que no resultan disponibles para las partes. Como se ha indicado al analizar el ámbito de aplicación material, éstos reciben el nombre en algunos ordenamientos jurídicos de “régimen económico matrimonial primario” y algunos ejemplos serían la igualdad de los cónyuges, la independencia patrimonial de éstos, el derecho de información recíproco de los bienes, ingresos y deuda, la contribución a las necesidades de la familia, etc. Derechos y deberes de los cónyuges que en España se regulan, con carácter general, en los arts. 1318 y ss. del Código civil.

Junto a lo anterior, es importante también hacer mención al art. 31 del Reglamento, que permite descartar la aplicación del derecho extranjero designado por la norma de conflicto cuando éste sea manifiestamente incompatible con la ley del foro. El orden público, en esta materia, también podría actuar como límite al derecho aplicable al régimen económico matrimonial en

aquellas ocasiones en que el ordenamiento jurídico en cuestión vulnere, por ejemplo, alguno de los derechos y deberes generales de los cónyuges de carácter económico, dado que el contenido de éstos también es, en ocasiones, representativo del conjunto de principios y valores esenciales de un Estado que no deben ser desatendidos.

4.3.2. El reenvío

El Reglamento se refiere al reenvío en el art. 32, excluyéndolo expresamente, sin excepción alguna. En virtud de ello, cuando la norma de conflicto del Reglamento se esté refiriendo al derecho de un determinado Estado, deberá entenderse que se está haciendo mención al derecho sustantivo de dicho Estado, sin que deba atenderse a sus normas de conflicto en la materia.

Aparentemente, la opción por la exclusión del reenvío facilita la labor del operador jurídico, aunque resulta llamativo que el Reglamento de régimen económico matrimonial, que en muchas ocasiones se inspira en el Reglamento sobre sucesiones, no haya sido fiel a la regulación del reenvío en este último, aceptando al menos un reenvío limitado e interesado en favor de la ley de un Estado miembro que aplique el Reglamento.

4.3.3. La ley aplicable en los ordenamientos plurilegislativos

El tercero de los problemas de aplicación de las normas de conflicto viene referido a la determinación del ordenamiento jurídico aplicable en los Estados plurilegislativos, es decir, aquellos Estados en los que existen distintos bloques de normas sustantivas reguladoras de una misma materia. En estos casos la respuesta inicialmente dada por las normas de conflicto del Reglamento deviene “incompleta”, ya que resulta necesario determinar el concreto derecho aplicable. Esta es la razón de ser de la regulación de los ordenamientos plurilegislativos en los instrumentos de Derecho internacional privado⁶⁸.

Para resolver esta cuestión, el Reglamento distingue entre los conflictos territoriales de leyes –aquellos Estados en los que existen distintas normas de régimen económico matrimonial en su territorio- y los conflictos interpersonales de leyes –los surgidos en Estados donde la aplicación de una concreta normativa de régimen económico matrimonial depende de que el sujeto ostente una determinada condición-.

El art. 33 regula el primero de los conflictos a que se ha hecho mención. Para ello utiliza un sistema de remisión subsidiario en virtud del cual “las normas internas sobre conflicto de leyes” del derecho del Estado designado por las normas de conflicto del Reglamento se aplican con prioridad para determinar el derecho territorial aplicable al supuesto concreto, optando en defecto de las mismas, por la ley de la concreta unidad territorial para la conexión residencia habitual, por la ley de los vínculos más estrechos para la conexión nacionalidad

⁶⁸ Para un detallado análisis de esta cuestión, véase BORRAS RODRÍGUEZ, A.: “Les ordres plurilégitifs dans le droit international privé actuel”, en AA.VV: *Recueil des cours*, Nijhoff, La Haya, 1994, núm. 249, pp. 145-368.

y por la ley en que se ubique el elemento pertinente para otros puntos de conexión.

La aplicación de este modelo de remisión presenta una innegable trascendencia en aquellos casos en que deba aplicarse el derecho español, toda vez que la interpretación de la expresión “normas internas sobre conflicto de leyes” no resulta pacífica en el ordenamiento jurídico español, ya que el art. 16 Cc, que remite a lo establecido, en el Capítulo IV del Título preliminar del Código Civil, puede entenderse desde un punto de vista dinámico o estático⁶⁹. La postura dinámica implica que la remisión que el art. 16.1 Cc efectúa a las disposiciones del Título preliminar del Código Civil se entiende realizada a las normas que han sustituido a éstas y, por tanto, los art. 9.2 y 9.3 Cc serían sustituidos por las disposiciones sobre ley aplicable del Reglamento de la Unión Europea. Por su parte, la postura estática conlleva que las “normas internas sobre conflicto de leyes” y las disposiciones contenidas en el Título preliminar del Código Civil continúan siendo las mismas, con independencia de que actualmente existan normas de conflicto elaboradas por el legislador de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial.

¿Cuál de estas dos interpretaciones debe prevalecer? Sin ánimo de ahondar en las bondades e inconvenientes de cada una de estas posturas⁷⁰, merece la pena poner de relieve que la postura estática asegura que la aplicación del concreto derecho español se produzca de la misma manera tanto para los supuestos internacionales como para los estrictamente interregionales –siempre a través de la aplicación de los arts. 9.2 y 9.3 Cc-, pero no garantiza que la previa

⁶⁹ Se trata de una cuestión abierta en la que inicialmente gran parte de la doctrina se postuló a favor de la interpretación de la remisión dinámica del art. 16 CC, en la medida en que la incorporación de un Convenio al ordenamiento jurídico español dependía del legislador español (SÁNCHEZ LORENZO, S.: “La aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva españolas”, *Revista española de Derecho internacional*, vol. 45, núm. 1, 1993, pp. 131-148; BORRAS RODRÍGUEZ, A.: “La aplicación en España del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 34, 1995, pp. 282-286, VIRGOS SORIANO, M.: “Artículo 10, apartado 5”, en ALBADALEJO, M. y DIAZ ALABART, S. (dirs.): *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo I, Vol. 2, 2º ed., Edersa, Madrid, 1995, pp. 625-628). Sin embargo, el hecho de que en la actualidad la unificación del Derecho internacional privado se esté llevando a cabo a través de Reglamentos de la Unión Europea que, en principio, se limitan a “asuntos civiles con repercusión transfronteriza”, obliga a reconsiderar dicha tesis (ZABALO ESCUDERO, E.: “El derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales en los ordenamientos plurales”, en DELAYGUA FORNER, J., BEILFUSS GONZÁLEZ, C. y VIÑAS FARRÉ, R. (eds.): *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás*, Pons, Madrid, 2013, p.900; ID.: “Autonomía de la voluntad, vecindad civil y conflictos de leyes internos”, PRATS ALBENTOSA, L. (Coord.): *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V: Derecho internacional privado e interregional, Wolters Kluwer España, Madrid, 2012, p. 422; ID.: “Derecho interregional de sucesiones en España”, *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, num.54, vol. 2, p. 239; ID.: “El sistema español de derecho interregional”, en FONT I SEGURA, A. (ed.), *op. cit.*, p. 29; ID.: “La remisión a ordenamientos plurilegislativos en materia sucesoria”, en VIÑAS, R. y GARRIGA, G. (coords.): *Perspectivas del derecho sucesorio en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 154-155.

⁷⁰ Algunas de estas razones han sido apuntadas en QUINZÁ REDONDO, P.: “Artículo 36”, en IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (dirs.): *Sucesiones internacionales...*, *op. cit.*, pp. 291-300.

aplicación del derecho español se produzca por las mismas normas de conflicto al existir, *a priori*, dos sistemas conflictuales: uno para los casos puramente interregionales –arts. 9.2 y 9.3 Cc- y otro para los casos internacionales –el propio Reglamento-, quedando así quebrado el principio de unidad de soluciones que inspiró precisamente el sistema español de Derecho interregional⁷¹. Este inconveniente quedaría perfectamente salvado si se optara por el dinamismo, pues todos los supuestos tendrían cabida dentro del Reglamento de régimen económico matrimonial.

La regulación de los conflictos territoriales de leyes se completa con lo establecido en el art. 35 del Reglamento, que pese a la rotundidad de su título (“No aplicación del presente Reglamento a los conflictos internos de leyes”), esconde un mensaje en sentido contrario: nada impide la aplicación del Reglamento a los conflictos puramente interregionales⁷². Siguiendo con el caso español, la aplicación de esta disposición podría implicar la definitiva desaparición de los arts. 9.2 y 9.3 del Cc, pasando a regular el Reglamento todo tipo de conflictos del régimen económico matrimonial, tanto internacionales, como interregionales.

Finalmente, por lo que respecta a los conflictos interpersonales de leyes, se ha optado por un sistema de remisión indirecta, en cuyo caso, una vez determinado el derecho aplicable por las normas del Reglamento, habrá que atender primero a las normas de conflicto de tal ordenamiento plurilegislativo para resolver tal tipo de supuesto y, en su defecto, aplicar la ley personal con la que los cónyuges tuvieran una conexión mas estrecha (art. 34).

4.3.4. La ley aplicable a los terceros

La importancia de la ley aplicable al régimen económico matrimonial no afecta únicamente a los propios cónyuges, sino también a los que contratan con éstos⁷³. Para ello, el Reglamento destina varias disposiciones para proteger la

⁷¹ Unidad que existe desde la redacción del Código Civil de 1889, que en su art. 14 ordenaba la aplicación de los art. 9, 10 y 11 no solo a los supuestos internacionales, sino también a aquellos que involucraran a españoles en territorios o provincias con distinta legislación. Igualmente, la Ley de bases de 17 de marzo de 1973 –prefacio de la reforma del Título Preliminar del Código Civil que introdujo el art. 16.1 y 2 Cc- disponía en su base séptima que “respetando el sistema vigente en materia de normas de conflicto, se aplicarán criterios análogos a los establecidos para el ámbito internacional, con las salvedades que su especial naturaleza impone y sin perjuicio de las especificaciones que algunas instituciones requieran”.

⁷² BORRAS, A.: “Quin hauria de ser el paper del veïnatge civil en el dret interregional del futur?”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 109, núm. 4, 2010, p. 61: “...cal considerar que tots els textos convencionals i comunitaris s’ocupen de destacar que l’Estat plurilegislatiu «no està obligat» a aplicar els instruments esmentats als conflictes purament interns, però tampoc no és, per tant, impossible fer-ho si es vol, cosa que, atesa la mobilitat de les persones, és una solució positiva que dona solució idèntica a ambdós tipus de supòsit”. *Vid.*, también FONT I SEGURA, A.: “Una nova etapa pel dret interterritorial?”, en FLORENSA I TOMÀS, C. (dir.) y FONTANELLAS MORELL, J.M. (coord.): *La codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 567-577.

⁷³ La apariencia de solvencia económica que pueden generar determinados matrimonios, así como la incorrecta consignación del régimen económico matrimonial y los problemas que ello puede ocasionar en una futura enajenación, e incluso en un supuesto de embargo de la propiedad, no son solo sino algunos de los problemas que pueden presentarse en la práctica (DIAGO DIAGO, M.P.: “La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de

posición jurídica de los terceros, como ocurre, por ejemplo, con los arts. 22.3 – el cambio *ex tunc* de ley aplicable pactado por los cónyuges no afectará a los derechos de los terceros- y 26.3 –la excepción de la aplicación de la ley de la última residencia habitual de los cónyuges en detrimento de la primera que tuvieran tras la celebración del matrimonio tampoco puede resultar perjudicial para los terceros-. Sin embargo, la norma de conflicto más relevante en materia de relaciones de los cónyuges con terceros se encuentra en el art. 28 del Reglamento. Un precepto que a vuela pluma no resulta de sencilla y amable lectura.

El art. 28.1 del Reglamento comienza matizando lo establecido en el art. 27.f), referente al ámbito de aplicación de la ley aplicable. Para ello, indica que la ley aplicable al régimen económico matrimonial únicamente regulará las relaciones de los cónyuges con los terceros en aquellos casos en que el tercero conociera o debería conocer dicha ley. ¿En qué supuestos se entiende que se cumple dicha circunstancia? De acuerdo con el art. 28.2, siempre y cuando la ley aplicable al régimen económico matrimonial coincida con una ley fácilmente “predecible” para el tercero, así como cuando los cónyuges hubieran cumplido con los requisitos de publicidad del régimen económico matrimonial de alguno de los ordenamientos jurídicos que debieran resultar “familiares” para el tercero. ¿Cuáles son las leyes estatales fácilmente predecibles o “familiares” para el tercero? En ambos casos se ha optado por una solución idéntica en los apartados a) y b) del art. 28.2, ofreciéndose tres conexiones ordenadas alternativamente: la ley estatal que regula la transacción entre los cónyuges y un tercero –que, sin duda, será en muchas ocasiones el derecho designado por el Reglamento Roma I-; la ley estatal de la residencia habitual común del cónyuge contratante y el tercero o la ley del Estado de situación del bien inmueble sobre el que trate negocio jurídico en cuestión. Como puede observarse, se tratan todos éstos de derechos estatales que son relativamente sencillos de ser considerados por los terceros como reguladores de su relación jurídica con los cónyuges.

¿Qué ocurre en aquellos casos en que el tercero, al no cumplir los requisitos del art. 28.2, no conoció o no debía conocer la ley aplicable al régimen económico matrimonial? ¿Qué ley regulará entonces la relación jurídica de éste con los terceros? El art 28.3 se ocupa de dicha cuestión, estableciendo dos puntos de conexión alternativos, que intentan reflejar el mayor vínculo entre los cónyuges y el tercero en aquellos casos en que este último no pudo prever o no previó la aplicación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. En estos casos, la citada disposición vuelve a repetir dos de las tres conexiones establecidas en el art. 28.2, como son la ley aplicable a la transacción y la ley de situación de los bienes inmuebles, añadiendo la particularidad de la ley del Estado en que los bienes o derechos se encuentren registrados. Evidentemente, ninguna de estas leyes deben coincidir con la ley aplicable al régimen económico matrimonial, pues de lo contrario el supuesto se enmarcaría en el art. 28.2.

V. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y ACEPTACIÓN Y EJECUCIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS

terceros en Derecho internacional privado español”, *Boletín de información del Ministerio de justicia*, núm.2067-2068, 2008, p. 2764).

El Reglamento recoge en su Capítulo IV (arts. 36 a 60) las normas de reconocimiento y ejecución y aceptación y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales. Como punto de partida, es necesario indicar que una vez sea de aplicación el Reglamento, éste regulará, más allá de la competencia judicial internacional y la ley aplicable, tal y como se ha analizado, únicamente el reconocimiento y ejecución de resoluciones y aceptación y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales provenientes de Estados miembro participantes de la cooperación reforzada. Cuando la resolución provenga de un tercer Estado –Estado no miembro o Estado miembro que no participa en la cooperación reforzada- cada Estado miembro vinculado por el Reglamento estará, por tanto, a lo dispuesto en su normativa interna en la materia referente a la eficacia extraterritorial de resoluciones y documentos públicos y transacciones judiciales⁷⁴.

Aquí emerge, por tanto, otro de los efectos perversos de la cooperación reforzada: el operador jurídico deberá tener siempre información actualizada de los Estados miembro participantes de la misma. Sin duda, otra dificultad más que se añade al ya complicado puzle de otros instrumentos relacionados. Así, por ejemplo, en materia de alimentos, resulta necesario distinguir entre Estados miembro vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007, o no, para saber qué modelo de reconocimiento y ejecución de resoluciones del Reglamento sobre alimentos tiene que aplicarse (en el primer caso, arts. 17 a 22 y en el segundo, arts. 23 a 38 de dicho Reglamento). Del mismo modo, en materia de sucesiones, es necesario tener presente que las disposiciones de reconocimiento y ejecución de resoluciones del Reglamento se aplican siempre y cuando la resolución provenga de un Estado miembro distinto de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda.

En segundo lugar, también resulta pertinente aclarar con carácter introductorio la relación entre elemento de extranjería y el tercer sector del Derecho internacional privado. Una resolución judicial presenta un elemento de extranjería cuando se desea que ésta despliegue efectos en un Estado distinto de aquel cuyos órganos la emitieron. En otras palabras: se aplicará el régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones y aceptación y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales previsto en el Reglamento, como no podía ser de otra manera, cuando el Estado de origen y destino sean distintos, de acuerdo con las limitaciones de los Estados miembro a que se ha hecho mención al definir el ámbito de aplicación territorial del Reglamento. Cuestión distinta es la valoración del elemento de extranjería que se hace en sede de competencia judicial internacional: allí se valora en qué foro pueden o deben litigar las partes teniendo en cuenta la conexión de éstas y del supuesto con varios Estados.

Por otro lado, puede ya anticiparse que desde el año 2011, el Reglamento de régimen económico matrimonial –como también el de los efectos patrimoniales de las uniones registradas, cuya regulación es, en esencia, la misma- optó claramente por el régimen previsto en el Reglamento Bruselas I, si bien mediante una técnica diferente: mientras que las Propuesta remitía expresamente a dicho

⁷⁴ En España, Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE de 31-7-2015).

Reglamento, el texto definitivo regula de manera autónoma e independiente esta cuestión. Lo hace, además, no tanto en línea con la redacción del Reglamento Bruselas I, sino más bien siguiendo el texto y las particularidades introducidas por el Reglamento sobre sucesiones. Aunque incluso con este último se detectan ligeras diferencias en cuanto a su redacción. En otras palabras, el modelo de reconocimiento y ejecución de resoluciones y aceptación y ejecución de documentos públicos, que se presentará a continuación es, en esencia, el mismo que el del Reglamento Bruselas I y Reglamento sobre sucesiones.

5.1. El reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales

El reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales se regula en los arts. 36 a 57. Dado que el modelo por el que se ha optado es el por todos conocido modelo del Reglamento Bruselas I –y también seguido por el Reglamento sobre sucesiones-, únicamente se realizarán unas breves pinceladas del mismo.

Comenzando por el reconocimiento, el Reglamento se suma a la tendencia generalizada de todos los Reglamentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea: el reconocimiento es automático, lo que significa que dicha resolución despliega en el resto de Estados miembro el mismo efecto que en el Estado de origen (efecto probatorio, declarativo y de cosa juzgada material) (art. 36.1). Junto a ello, el Reglamento distingue entre el reconocimiento a título incidental y a título principal.

En el primero se pretende el reconocimiento de una resolución en un determinado proceso y suele utilizarse como fundamento de la excepción de cosa juzgada. Por el contrario, en el reconocimiento a título principal, lo que se pretende es que el juez del Estado miembro requerido dicte una resolución en la que se declare que no concurre ninguno de los motivos de denegación previstos en el Reglamento y su eficacia es *erga omnes* en dicho Estado. Para este último caso es necesario que la resolución extranjera se someta a un procedimiento, que es precisamente, el mismo que para obtener la ejecución, es decir, el procedimiento de exequatur. Esta cuestión se regula en el art. 36.2, con la particularidad de que se ha eliminado la expresión “En caso de oposición”, cuya redacción –y traducción- resultaba controvertida⁷⁵.

Por lo que respecta a la ejecución material, tal y como se termina de avanzar, ésta requiere de la previa declaración de fuerza ejecutiva, es decir, de haber obtenido el exequatur (art. 42). De todos modos, el exequatur del Reglamento de régimen económico matrimonial es un exequatur “de plano”: únicamente es necesario presentar a las autoridades del Estado miembro requerido una copia de la resolución y una certificación expedida por las autoridades competentes del Estado de origen (art. 45.3) y, directamente, el exequatur será concedido, sin poder examinarse los motivos de denegación del reconocimiento, que por cierto, son los clásicos: orden público, rebeldía del demandado e inconciliabilidad de soluciones (art. 38). En este punto es necesario también mencionar que la redacción del Reglamento de régimen económico matrimonial es algo más

⁷⁵ Apuntando esta cuestión al analizar el Reglamento 44/2001: CALVO CARAVACA, A.L. y CARRACOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol. I, 11ª ed., Comares, Granada, 2011, p. 428.

acertada que la del Reglamento Bruselas I: en este último se hablaba de “se otorgará inmediatamente la ejecución”, cuando en realidad se estaba haciendo referencia al exequatur o declaración de ejecutividad, como acertadamente señala el Reglamento que se está analizando⁷⁶.

Por lo demás, el Reglamento mantiene el sistema de recursos clásico, es decir, resulta posible presentar un recurso contra la resolución sobre la solicitud de fuerza ejecutiva (art. 49) y, a posteriori, impugnar la resolución sobre el recurso (art. 50). En ambos casos, el recurso deberá estar basado, únicamente, en los motivos de denegación previstos en el art. 37. Aquí, de nuevo, encontramos una pequeña diferencia respecto del Reglamento Bruselas I, pues mientras este último se refiere a que la autoridad competente que conozca del recuso en última instancia resolverá en “breve plazo”, el Reglamento de régimen económico matrimonial se refiere a que dicha autoridad resolverá “sin dilación”. Esta diferencia, en cualquier caso, no es más que meramente anecdótica.

Para finalizar con la ejecución, no resulta descabellado anticipar, tal y como se ha avanzado al inicio del presente trabajo, que para la aplicación práctica del Reglamento, España comunicará a la Unión Europea que los Juzgados de primera instancia sean competentes para la concesión del Exequatur, las Audiencias provinciales resuelvan en segunda instancia y finalmente, quepa la interposición, en última instancia de los recursos de casación procesal y extraordinario por infracción procesal.

5.2. Aceptación y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales

Por otro lado, ya se había anticipado que los Reglamentos también se ocupan de la regulación de los documentos públicos, que sin duda resultan de vital importancia en la materia que se está analizando⁷⁷.

El documento público por excelencia en esta materia son los pactos o capitulaciones matrimoniales. Pues bien, respecto de éstas, si lo que interesa es que desplieguen fuerza probatoria –por ejemplo, para acreditar que un bien es privativo y, por tanto, el propietario no necesita del consentimiento de su cónyuge/pareja para disponer del mismo-, entonces se estará a lo establecido en el art. 58 del Reglamento. Este artículo lleva por título “Aceptación de documentos públicos”, lo que cual resulta mucho más acertado que el de “Reconocimiento de documentos públicos” que contenía la Propuesta. En líneas generales, se consagra la libre circulación de los documentos públicos respecto de su eficacia probatoria, aunque de manera limitada. Así pues, no se puede contravenir el orden público del Estado requerido y en cualquier caso resulta posible recurrir la autenticidad del documento en el Estado de origen e incluso su contenido material ante los tribunales competentes en virtud del Reglamento.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 434.

⁷⁷ Un completo análisis del rol de los documentos públicos en esta materia puede encontrarse en CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P.: “El proyecto de Reglamento Europeo sobre regímenes matrimoniales”, *Anales de la Academia Matritense del notariado*, Tomo 54, 2013-2014, pp. 120-141.

Por el contrario, si lo que se desea es la ejecución de los pactos o capitulaciones matrimoniales –lo cual puede ocurrir en aquellos casos en que en éstas se hayan incluido obligaciones de pago de una determinada cantidad o dación de bienes en caso de disolución del matrimonio–, resulta necesario obtener la declaración de ejecutividad antes de instar la ejecución material (art. 59.1), con la particularidad de que en segunda y última instancia únicamente puede alegarse el orden público como causa de denegación (art. 59.3).

Finalmente, por lo que respecta a las transacciones judiciales, su regulación es idéntica a la de la fuerza ejecutiva de los documentos públicos, es decir, resulta necesario obtener el exequatur para poder instar la ejecución material (art. 60.1), manteniéndose el orden público como única causa en que puede fundamentarse el recurso contra la solicitud que resuelve la declaración de fuerza ejecutiva y contra el recurso que se presente, a su vez, contra este último (art. 60.3).

5.3. Razón de ser y consecuencias del modelo escogido

Descritas las líneas generales del modelo de reconocimiento y ejecución de resoluciones y aceptación y ejecución de documentos públicos, es turno de plantearse, por un lado, el por qué se ha optado por este modelo y, por otro, qué consecuencias tiene dicha elección.

Por lo que respecta a la primera idea, puede resultar sorprendente que el Reglamento haya optado por el modelo de reconocimiento y ejecución del Reglamento Bruselas I, toda vez que los nuevos Reglamentos vienen teniendo, cada vez más, a la eliminación del procedimiento de exequatur. De hecho, esta cuestión también fue puesta de manifiesto con ocasión del Reglamento sobre sucesiones⁷⁸. Sin embargo, es importante matizar que ambas situaciones no son del todo comparables: el Reglamento que ahora se está analizando requiere, amén del uso que se le está dando al mecanismo de la cooperación reforzada, unanimidad entre los Estados miembro, dado que pertenecen a la materia de derecho de familia⁷⁹. Ello no pasa, por el contrario, con el Reglamento sobre sucesiones, que sigue el procedimiento ordinario para su adopción. Con ello, se quiere incidir en la idea de que no es tan sencillo poner de acuerdo a todos los Estados miembro para adoptar un modelo de reconocimiento y ejecución más “progresista”, toda vez que se trata esta de una materia rodeada de enormes peculiaridades en todos los Estados miembro. Aún así, no está de más recordar que renunciar al procedimiento para que una resolución despliegue efectos en otro Estado no significa, necesariamente, renunciar al control de condiciones que pueden examinarse o los motivos que pueden alegarse para denegar los efectos de una resolución en otro Estado⁸⁰.

⁷⁸ RODRÍGUEZ MATEOS, P.: “La sucesión por causa de muerte en el derecho de la Unión Europea”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 27, 2014, pp. 44-45.

⁷⁹ Art. 81.3 TFUE.

⁸⁰ La diferenciación entre el exequatur como procedimiento y el control de condiciones se encuentra perfectamente abordada en ARENAS GARCÍA, R.: “Abolition of exequatur: Problems and solutions. Mutual recognition, mutual trust and recognition of foreign judgments: too many words in the sea”, *Yearbook of private international law*, vol. 12, 2010, pp. 351-375.

En relación la segunda cuestión, puede afirmarse que se asiste en estos momentos a una situación respecto del sector del régimen y ejecución que es ciertamente compleja. Cada Reglamento de Derecho internacional privado de la Unión Europea regula esta cuestión de manera particular. Por hacer referencia únicamente en los instrumentos de derecho de familia, es posible encontrar modelos que van desde el necesario procedimiento de exequatur con control de condiciones en todas las instancias procesales –régimen general del Reglamento Bruselas II bis-, pasando por el mantenimiento del procedimiento de exequatur pero sin control de condiciones en primera instancia –Estados miembro no vinculados por el Protocolo de La Haya en el Reglamento sobre alimentos-, hasta los instrumentos que eliminan el procedimiento de exequatur y permiten solicitar directamente la ejecución –régimen de visita y restitución del menor en el Reglamento Bruselas II bis y Reglamento sobre alimentos para Estados miembro vinculados por el Protocolo de La Haya, si bien es cierto que este último mantiene una serie de motivos de denegación o suspensión de la ejecución material⁸¹-.

Todo ello, evidentemente no facilita la labor del operador jurídico, máxime cuando todas estas cuestiones –divorcio, alimentos, régimen económico matrimonial y menores- suelen resolverse en una misma resolución, fruto del objetivo del legislador de la Unión Europea de concentrar asuntos relacionados ante los tribunales de un mismo Estado miembro. En definitiva el reconocimiento y ejecución de una resolución referente a las crisis matrimoniales y a sus efectos se enfrenta a una situación sorprendente: algunas partes de la resolución podrían ser reconocidas y ejecutadas más rápidamente que otras y, por otro lado, podría haber algunas partes de la misma que no se reconocieran y/o ejecutaran, al enfrentarse a distintos modelos de reconocimiento y ejecución⁸².

VI. VALORACIÓN FINAL

El Reglamento de régimen económico matrimonial está llamado a ser a partir de enero de 2019 un agente protagonista en la regulación de las crisis matrimoniales de las parejas internacionales, junto con los ya aplicables desde hace varios años Reglamentos Bruselas IIbis, Reglamento Roma III y Reglamento sobre alimentos. La aplicación del Reglamento sobre régimen económico matrimonial desplazará la aplicación de la LOPJ, el Código civil y la Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil, que hasta la fecha regulaban esta cuestión respecto de cada uno de los tres sectores del Derecho internacional privado. Su aplicación, sin embargo, podrá sobrevivir respecto de los efectos personales del matrimonio –por más que los efectos jurídicos de estos últimos resultan cada vez más intrascendentes-, dado que éstos no entran dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento.

⁸¹ ORÓ MARTÍNEZ, C.: “Control del orden público y supresión del exequatur en el espacio de libertad, seguridad y justicia: perspectivas de futuro”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, vol. 9, 2009, pp. 204-209.

⁸² CARRILO POZO, L.F.: “Eficacia en España de las resoluciones extranjeras en materia de efectos económicos del matrimonio”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 4, núm. 1, 2012, pp. 92-93.

La enorme relevancia del nuevo Reglamento no permite, esconder, sin embargo, la sensación de que el resultado final podría haber sido mejorable, al menos, desde dos puntos de vista. En primer lugar, si bien el texto ha ido perfilándose y mejorando desde la Propuesta de 2011, lo cierto es que cuenta con algunas disposiciones que no resultan sencillas de entender y, quizás menos, de imaginar cómo funcionarán en la práctica. Buenos ejemplos los constituyen los arts. 9 –competencia residual, que permite a los tribunales de un Estado miembro inhibirse si no reconocen el matrimonio que solicita una solución para una determinada cuestión del régimen económico matrimonial- 26.3 –aplicación de la ley de la última residencia habitual como excepción de la aplicación de la ley de la primera residencia habitual siempre que se cumplan determinadas circunstancias-, 28 –ley aplicable a los terceros-.

Pero sin duda lo más sorprendente, a la par que desolador, resulta el empleo, de nuevo, del mecanismo de la cooperación reforzada, cuyo origen y razón de ser era avanzar en una determinada materia con la esperanza –no utópica- de que el resto de Estados miembro se unieran una vez vistas las bondades que dicha acción común suponía. ¿Existe una verdadera expectativa de que todos los Estados miembro acaben aplicando el Reglamento de régimen económico matrimonial? Si la verdadera justificación de los Estados miembro para no haber formado parte de la cooperación reforzada radica en las diferencias de derecho sustantivo de familia y, en particular, por lo que respecta al concepto de matrimonio, la respuesta es que, a corto y medio plazo, ello no va a ocurrir. Buena muestra de ello la constituye el Reglamento Roma III, aplicable desde junio de 2012, y todavía con un importante déficit de Estados miembro no vinculados. Lo anterior no hace sino traer a colación una última cuestión, que ahora sí, no resulta extraño plantearse, ¿Se está convirtiendo la cooperación reforzada en el mecanismo subsidiario de la unanimidad que exige el 81.3 TFUE?⁸³

⁸³ Planteándose los orígenes y razón de ser actual de la cooperación reforzada, DESANTES REAL, M.: “*In varietate concordia*: el ayer y el hoy de la integración diferenciada como instrumento para la construcción europea”, en ESPLUGES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds.): *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea...*, op. cit., pp. 79-100.