

**Pactos o Capitulaciones
Matrimoniales en Derecho
Internacional Privado**

María del Pilar Diago Diago

Zaragoza, 1999

A mis padres Pedro y Lucía, por todo

A Jesús, por su amor y paciencia

Título: Pactos o Capitulaciones Matrimoniales en Derecho Internacional Privado

Autor: María del Pilar Diago Diago

Colección: El Justicia de Aragón

Edita: El Justicia de Aragón

D.L.: Z-3634-99

I.S.B.N. 84-89510-10-5

Imprime: Gorfi, s.a. Menéndez Pelayo, 4. Teléfono 976 35 22 22 • 50009 ZARAGOZA

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

PRÓLOGO

PRINCIPALES ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN

Capítulo I. ESTUDIO DEL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 9.3: FACTOS O CAPITULACIONES MATRIMONIALES	27
1. Pactos, capitulaciones y régimen económico matrimonial: concepto.	27
2. Naturaleza jurídica.....	30
2 a) Contractual, familiar.....	30
2.b) Características especiales.....	37
3. Ambito material de la norma de conflicto.....	53
3.a) La extensión del concepto "régimen económico matrimonial" en el Derecho Internacional privado español.....	53
3 b) Materias excluidas.....	61
4. Ambito personal en el supuesto de hecho del artículo 9.3.	69
4.a) Elementos subjetivos	69
4.a) 1. La condición de cónyuges.....	69
4.a) 2. Cónyuges y familiares	73
4. b) Capacidad para pactar el régimen económico matrimonial.....	77
5. Posibilidad de ordenar mediante pacto el régimen económico matrimonial	90
Capítulo II. LA PENETRACIÓN DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS FACTOS O CAPITULACIONES MATRIMONIALES	103
1. Introducción	103
1.a) Aproximación histórica.....	103

1.b) Significado de la autonomía de la voluntad y ámbitos de desarrollo	111
1.c) Autonomía material y autonomía conflictual	115
1.d) Autonomía de la voluntad como expresión del principio de materialización.....	120
2. Límites a la autonomía de la voluntad	125
2.a) Objetivismo y subjetivismo	125
2.b) Límites externos:.....	131
2.b) 1. Leyes imperativas.....	131
2.b) 1'. Calificación de las normas integrantes el régimen primario	136
2.b) 2. Orden público	147
2.b) 2'. Orden público y Convenio europeo de los Derechos del hombre como sistema de protección...	153
2.b) 3. Fraude de ley	168
3. Autonomía como expresión de proximidad.....	173
4. Manifestaciones concretas de la autonomía de la voluntad: estudio de derecho comparado	179
5. Problemas que genera la autonomía de la voluntad: la fragmentación o <i>depeçage</i>	192

Capítulo III. LAS CONEXIONES OBJETIVAS EN LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS PACTOS O CAPITULACIONES MATRIMONIALES	203
1. Planteamiento general y evolución histórica del Derecho Internacional Privado español	203
2. Determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial pactado, tras la reforma de 1990. Destinatarios de la norma	216
3. Las opciones objetivas utilizadas por el artículo 9.3.....	227
3.a) Referencia a la ley rectora de los efectos del matrimonio	227
3.b) Nacionalidad	231
3.b) I. Análisis general de la conexión nacionalidad	231

3.b) 2. Nacionalidad común de los cónyuges al tiempo de la celebración del matrimonio.	239
3.b) 2'. Coincidencia de varias nacionalidades, supuestos de apatridia	259
3.b) 3. Nacionalidad de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento	269
3.c) Residencia habitual.....	271
3.c) 1. Análisis general de la conexión residencia habitual	271
3.c) 2. Residencia habitual: artículo 9.2 y 9.3 CC.....	282
3.c)2'. Residencia habitual de cualquiera de los cónyuges elegida por ambos en documento auténtico antes de la celebración del matrimonio ..	291
3.c) 2". Residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio	297
3.c) 2"' Residencia habitual de cualquiera de los cónyuges al tiempo del otorgamiento. ...	301
3.d) Lugar de celebración del matrimonio.....	304
4. Otras conexiones	321

Capítulo IV. MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL, PROTECCIÓN DE TERCEROS Y PUBLICIDAD DE LOS Pactos o CAPITULACIONES MATRIMONIALES.	329
1. Mutabilidad del régimen económico matrimonial	329
1.a) Mutabilidad conflictual y mutabilidad material con sus con sus diferentes subtipos.	329
1.b). Mutabilidad conflictual voluntaria	332
1.c). Mutabilidad material voluntaria	335
1.d). Mutabilidad conflictual automática. Conflicto móvil.....	348
1.e) Mutabilidad material legal Derecho transitorio.....	361

1.f) Mutabilidad conflictual legal. Conflicto transitorio de de Derecho Internacional Privado	370
2. Protección de terceros	373
2.a) Introducción	373
2.b) Cláusulas de Derecho Internacional privado dirigidas a garantizar la protección de terceros	376
2.c) Ausencia de cláusulas específicas de protección de terceros en Derecho Internacional Privado español.....	393
2.d) Forma de los pactos o capitulaciones matrimoniales	398
3. Publicidad de los pactos o capitulaciones matrimoniales	410
3.a) Ley aplicable a la publicidad	410
3.b) Análisis de los diferentes sistemas que se arbitran, para facilitar el conocimiento del régimen económico matrimonial a los terceros	417
3.b) 1 Ausencias de disposiciones propias de Derecho Internacional privado.....	418
3.b) 1' Publicidad del régimen económico matrimonial en el sistema jurídico español	420
3.b) 1'' Medidas de publicidad particulares.....	431
3.b) 1'' A. Inscripción en el Registro de la Propiedad	431
3.b) 1'' B. Inscripción en el Registro Mercantil	437
3.b) 2 Disposiciones de Derecho Internacional Privado: análisis del sistema alemán	441
3.c) Dificil adaptación de la normativa interna registral a los supuestos de tráfico internacional	448
3.d) Cauces necesarios de información a los esposos y a los terceros	452
CONCLUSIONES FINALES	459
BIBLIOGRAFÍA CITADA	481

PRESENTACIÓN

Dentro de los objetivos marcados en la colección editorial de la que el libro que les presentamos constituye el décimo número, se encuentra la decidida vocación de recoger y difundir todas las contribuciones que se quieran hacer desde la reflexión jurídica para el mejor conocimiento del contenido de las tres grandes funciones que la Institución del Justicia tiene encomendadas por el Estatuto de Autonomía de Aragón:

- La defensa de los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos.*
- La defensa del propio Estatuto de Autonomía.*
- La tutela del entero ordenamiento jurídico aragonés*

Posición singular dentro de estas funciones ocupa la defensa y promoción del conocimiento del Derecho civil de Aragón, como seña de identidad más singular de nuestra Comunidad Autónoma. Este objetivo cobra relevancia en un momento como el actual en que, tras aprobarse en fechas recientes por las Cortes de Aragón una importantísima reforma de nuestro derecho sucesorio, la Comisión Aragonesa de Derecho Civil se encuentra ya preparando un anteproyecto de reforma de la Compilación en materia de Derecho de Familia, lo que obliga a todos a redoblar los esfuerzos para procurar la más amplia base científica para los trabajos emprendidos.

En el cumplimiento de esta misión no nos debemos detener en la publicación de obras de contenido estrictamente foral, antes bien hemos de procurar dar cauce a todo estudio jurídico en aquellas materias que guar-

den directa relación con el derecho civil aragonés, en la medida en que facilitan el conocimiento y la efectiva utilización de nuestras instituciones más peculiares.

En concreto, la posible aplicación de las normas civiles aragonesas a una determinada relación jurídica dependerá, en muchas ocasiones, de la previa resolución de los conflictos, tanto de orden internacional privado como de derecho interregional, que pueden surgir por la concurrencia de diversos ordenamientos civiles. Nos encontramos, por tanto, ante los presupuestos necesarios para la aplicación del Derecho civil de Aragón a una concreta relación jurídica. De ahí el interés que posee la obra que les presentamos, de la que es autora la profesora de la Universidad de Zaragoza D^a María del Pilar Diago Diago. En ella se analiza de forma rigurosa y documentada el régimen jurídico de los pactos o capitulaciones matrimoniales en el ámbito del Derecho Internacional Privado, así como en el Derecho interregional español y sin duda constituirá una útil herramienta para todos los profesionales y estudiosos que deseen un más amplio conocimiento de esta materia.

Fernando García Vicente

Justicia de Aragón

PRÓLOGO

La obra que me honro en prologar representa la culminación de un prolongado proceso de investigación, que Pilar Diago Herrera a cabo, con la finalidad de que constituyera su memoria de Tesis doctoral. Como tal, fue presentada y defendida ante el Tribunal encargado de juzgarla, integrado por eminentes especialistas del Derecho Internacional Privado (Dra. Borrás Rodríguez, Dr. Aguilar Benítez de Lugo, Dr. Amores Conradi, Dr. Triarte Angel y Dr. Álvarez Rubio) para quienes el trabajo realizado mereció la calificación de sobresaliente cum laude por unanimidad. Para quien suscribe estas líneas, como directora de la Tesis, el hecho de que esta labor de investigación haya sido debidamente valorada, y hoy sea objeto de publicación, es lógicamente motivo de especial satisfacción, pues con ello se da a conocer la tarea realizada, y se proyecta hacia el exterior el resultado de tantas horas de labor investigadora, en las que la autora ha volcado toda su vocación e ilusión, con la seriedad y rigor que exige el trabajo universitario.

Se retoma en este estudio uno de los temas, que junto con el fenómeno sucesorio, han sido objeto históricamente de una especial atención doctrinal, debido a los conflictos de leyes que, en este caso, puede producir la distinta nacionalidad de los cónyuges. Era necesario, sin embargo, replantear el tema en una perspectiva actual, atendiendo a los condicionantes sociológicos que rodean el desarrollo de la vida matrimonial. Con carácter general puede ponerse de relieve la incidencia de dos factores fundamentales, que exigen nuevos planteamientos; por una parte, el abandono de la concepción patriarcal de la familia, plasmada en

la constitucionalización del principio de no discriminación por razón de sexo y de igualdad de los cónyuges en el matrimonio, que dio lugar, a partir de la Ley de reforma del Código Civil de 15 de octubre de 1990, a una nueva regulación conflictual contenida en los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil, al igual que en su artículo 16.3 por lo que a la dimensión interna del Derecho Internacional Privado se refiere. Por otro lado, el contexto de la sociedad multicultural, marcada por los flujos migratorios, capaz de albergar instituciones matrimoniales radicalmente diversas, que para ello debe proporcionar, en el plano del conflicto de leyes, soluciones que permitan la convivencia jurídica. Matrimonios de inmigrantes asentados en Europa, que incluso pueden llegar a naturalizarse en el Estado de acogida, o matrimonios mixtos en los que uno de los cónyuges es inmigrante y el otro nacional del Estado receptor, tienen que tener instrumentos legales para regular su régimen matrimonial y ordenar adecuadamente su patrimonio.

En este contexto, en el que se parte de la igualdad de los cónyuges y de la necesidad de ofrecer respuestas a la nueva familia multicultural, cobra especial funcionalidad la posibilidad de elegir la aplicación del sistema que mejor se amolda a las circunstancias de los cónyuges. Y esta elección de la ley aplicable queda en nuestro derecho consolidada en el artículo 9.3 del Código Civil, que introduce la autonomía de la voluntad manifestada en pactos sobre el régimen matrimonial, o utilizando el término de nuestro derecho material interno, capitulaciones. Es por esta razón, por la función que esta llamada a cumplir la voluntad de los cónyuges, por lo que la obra se ha centrado en los pactos o capitulaciones matrimoniales en el Derecho Internacional Privado. El Capítulo II de la monografía, está dedicado al estudio de la penetración de la autonomía de la voluntad en el ámbito de los efectos patrimoniales del matrimonio, así como a los límites con que esta se encuentra, analizando en el Capítulo III las conexiones objetivas utilizadas por el legislador para abrir el abanico de opciones sobre las que es posible realizar la elección.

No elude la autora los problemas que en el ámbito del Derecho Internacional Privado plantea la mutabilidad de ley aplicable.

Ciertamente, y tirando del hilo conductor de la autonomía de la voluntad, los cónyuges pueden variar su elección y someter su régimen matrimonial a un nuevo ordenamiento, sea porque habiendo pactado la aplicación de la ley nacional desean ahora sujetarse a la ley del lugar de residencia, o sea porque cambios producidos en la nacionalidad o residencia provocan en los cónyuges el deseo de someterse a la nueva ley. Articular un sistema eficaz de protección de terceros, pasando por una adecuada publicidad de los pactos o capitulaciones, sería el corolario necesario para garantizar la seguridad jurídica, en un ámbito conflictual de soluciones flexibles basadas en la autonomía de la voluntad. A ello está dedicado el último capítulo.

Solo me queda felicitar a la doctora Pilar Diago por el buen trabajo realizado, con el convencimiento de que publica hoy su primer trabajo de investigación, y con ello coloca una primera piedra en su prometedora carrera universitaria. Ilusión, seriedad científica, competencia y capacidad de trabajo no le faltan. También quiero agradecer la especial sensibilidad que ha mostrado la Institución que patrocina la publicación de esta obra, el Justicia de Aragón, hacia mi estudio, que no es específico de Derecho aragonés, pero que sí lo es de los presupuestos de los que depende la aplicación de la ley aragonesa, el régimen matrimonial de los matrimonios de vecindad civil diferente (art. 16.3 Código Civil) y de la posibilidad de que estos puedan elegir como aplicable el Derecho aragonés a través de las conexiones objetivas del artículo 9.3 del Código Civil (vecindad civil o residencia de cada uno de ellos, o ley rectora de los efectos del matrimonio). El Derecho Interregional, como dimensión interna del Derecho Internacional Privado será, muchas veces, determinante y presupuesto de la aplicación de nuestro Derecho civil propio.

Elena Zabalo Escudero

**Catedrática de Derecho Internacional Privado
de la Universidad de Zaragoza**

PRINCIPALES ABREVIATURAS

ADC	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
ADI	<i>Anuario de Derecho Internacional</i>
AFDI	<i>Annuaire français de droit international</i>
<i>Ann. Suisse dr. int.</i>	<i>Annuaire suisse de droit international</i>
<i>Anuario DGRN</i>	<i>Anuario de la Dirección General de Registros y del Notariado</i>
<i>Anuario IDI</i>	<i>Annuaire de l'Institut de droit international</i>
BIMJ	<i>Boletín de información del Ministerio de Justicia</i>
BOA	<i>Boletín Oficial de Aragón</i>
BOCG	<i>Boletín Oficial de las Cortes Generales</i>
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
CC	<i>Código Civil</i>
CDE	<i>Cahiers de Droit Européen</i>
CE	<i>Comunidad Europea</i>
DGRN	<i>Dirección General de los Registros y del notariado</i>
DOCE	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i>
DSC	<i>Diario de Sesiones del Congreso</i>

DSS.....	<i>Diario de Sesiones del Senado</i>
ICLQ.....	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
IDI.....	<i>Institut de Droit International</i>
Int.Enc.Comp.L.....	<i>International Encyclopedia of comparative Law</i>
Iprax.....	<i>Praxis des internationalen Privat-und Verfahrensrechts</i>
J.-Cl.dr.int.....	<i>Jurisclassseur se droit international</i>
J.O.....	<i>Journal officiel</i>
JJP.....	<i>Journal de juges de paix et de police</i>
Jour.dr.int.....	<i>Journal de Droit International</i>
Journ.Trib.....	<i>Journal des Tribunaux</i>
La Ley.....	<i>La Ley (Revista Jurídica Española de doctrina y jurisprudencia)</i>
LOPJ.....	<i>Ley Orgánica del Poder Judicial</i>
LRC.....	<i>Ley del Registro Civil</i>
RAJ.....	<i>Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia</i>
RAL.....	<i>Aranzadi, Repertorio de Legislación</i>
RCDI.....	<i>Revista Critica de Derecho Inmobiliario</i>
RCDI.....	<i>Revista Critica de Derecho Inmobiliario</i>
RDN.....	<i>Revista de Derecho Notarial</i>
RDP.....	<i>Revista de Derecho Privado</i>
RDR.....	<i>Revista de Derecho Registral</i>
Rec. des C.....	<i>Recueil des Cours de l'Académie de Droit International</i>
REDI.....	<i>Revista Española de Derecho Internacional</i>

PRINCIPALES ABBREVIATURAS

<i>Rev. belge dr. int</i>	<i>Revue belge de droit international</i>
<i>Rev. crit dr. internat. Privé</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. crit.jur.belge</i>	<i>Revue critique de jurisprudence belge</i>
<i>Rev. dr. étr</i>	<i>Revue de Droit des étrangers</i>
<i>Rev. not. belge</i>	<i>Revue notarial belge</i>
<i>Rev.trim.dr.fam</i>	<i>Revue trimestrelle de droit familial</i>
<i>RGD</i>	<i>Revista General de Derecho</i>
<i>RGLJ</i>	<i>Revista General de Legislación y jurisprudencia</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revista Internacional de Derecho Comparado</i>
<i>Riv. Dir. Int. Priv. Prov</i>	<i>Rivista di diritto internazionale Privato e processuale</i>
<i>Riv. Dir. Int</i>	<i>Rivista de diritto internazionale</i>
<i>RJ</i>	<i>Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi</i>
<i>RJC</i>	<i>Revista Jurídica de Cataluña</i>
<i>RRC</i>	<i>Reglamento del Registro Civil</i>
<i>STC</i>	<i>Sentencia del Tribunal Constitucional</i>
<i>STS</i>	<i>Sentencia del Tribunal Supremo</i>
<i>TC</i>	<i>Tribunal Constitucional</i>
<i>TCE</i>	<i>Tratado de la Comunidad Europea</i>
<i>TJCE</i>	<i>Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas</i>
<i>Travaux Com. Fr. dr.int. privé</i> ...	<i>Travaux du Comité français de Droit International Privé</i>
<i>TS</i>	<i>Tribunal Supremo</i>

INTRODUCCIÓN

El tema objeto de estudio, es el análisis de los pactos o capitulaciones matrimoniales, en las dos dimensiones del Derecho Internacional Privado: interna e internacional. Se trata de un tema clásico que ha sido objeto de múltiples investigaciones¹ que han puesto de relieve su gran complejidad, que se ve acrecentada en los últimos años por la realidad social actual. Asimismo a la consolidación de la sociedad europea multicultural², se ha producido el asentamiento estable, dentro de los diferentes Estados integrantes de ella, de comunidades culturales de difícil asimilación por la sociedad receptora.

Todo ello se enmarca en el fenómeno de la creciente internacionalización de las relaciones humanas, caldo de cultivo de los frecuentes conflictos entre ordenamientos diferentes, y que encuentra su punto más álgido, en el contacto entre ordenamientos pertenecientes al área cultural occidental y los demás³. Ello justifica una reformulación del tema, que surge con connotaciones

¹ Ya AUDINET hacía un estudio detallado del tema en 1932 AUDINET E. "Les conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage" en *R. des C.* 1932 II, p. 299 y en 1974 DROZ abordaba de nuevo la cuestión DROZ G. "les régimes matrimoniaux de droit international privé" en *R. des C.* 1974. III 143 p. 1.

² BORRAS A. "La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe." en VVAA *El islam jurídico y Europa*, Barcelona 1998, p. 163 a 198.

³ JAYME E. "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne" en *R. des C.* 1995, 251 p. 9 a 267.

rigurosamente novedosas, propiciadas por las modificaciones que en las diversas legislaciones de los Estados se están produciendo, y que por lo demás, esta siendo abordada por la doctrina en los diferentes sistemas jurídicos⁴.

Mención especial requiere la dimensión interna del Derecho Internacional Privado. La realidad plurilegislativa del sistema español, da lugar al planteamiento de conflictos internos que en ocasiones, pueden verse entremezclados con conflictos internacionales, generando una mayor complejidad en los conflictos de leyes⁵.

Precisamente, el ámbito del Derecho de familia, es especialmente idóneo para el planteamiento de diferentes conflictos⁶. Dentro de él, las relaciones matrimoniales ocupan un lugar destacado. En efecto, los matrimonios entre cónyuges de diferente nacionalidad, o de la misma nacionalidad pero que residen en Estado distinto al de aquella, o cónyuges de diferente vecindad civil o de la misma que residen en Estado extranjero, requieren la

⁴ Valga como ejemplo, aparte de los numerosos artículos doctrinales, las monografías VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova 1996, GAROFALO L. *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Torino 1997, SALARNO CARDILLO F. *Regime matrimoniale tra coniugi nel diritto internazionale privato italiano. Sintesi delle normative dei principali paesi europei. Prontuario applicativo*, Milano 1998 o SABOURIN E. *Les effets patrimoniaux du mariage en droit international privé québécois*, Québec 1996.

⁵ V. en general ZABALO ESCUDERO E. "Pluralidad legislativa y conflictos de leyes internos en el ordenamiento español" en *VVAA Cursos de Derecho Internacional privado Vitoria-Gasteiz*, 1994, Vitoria-Gasteiz 1995 ALVAREZ RUBIO J.J. "La actual configuración de los presupuestos generales del sistema español de Derecho Interregional" en *Revista Vasca de administración pública*, 1997 mayo-agosto 48, p. 9 a 42.

⁶ En el ámbito de la dimensión judicial, la firma del Convenio de Bruselas 2 sobre competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (Bruselas, 30 de abril de 1998) es la prueba de la preocupación en Europa por los conflictos familiares v. al respecto Informe explicativo de BORRAS A. y STURLESE B. "Premiers commentaires sur un événement juridique: la signature de la Convention de Bruxelles 2 ou quand l'Europe se préoccupe des conflits familiaux" en *La semaine juridique*, 24 de junio de 1998 n° 26 p. 1145 a 1148.

INTRODUCCIÓN

El tema objeto de estudio, es el análisis de los pactos o capitulaciones matrimoniales, en las dos dimensiones del Derecho Internacional Privado: interna e internacional. Se trata de un tema clásico que ha sido objeto de múltiples investigaciones¹ que han puesto de relieve su gran complejidad, que se ve acrecentada en los últimos años por la realidad social actual. Asistimos a la consolidación de la sociedad europea multicultural², se ha producido el asentamiento estable, dentro de los diferentes Estados integrantes de ella, de comunidades culturales de difícil asimilación por la sociedad receptora.

Todo ello se enmarca en el fenómeno de la creciente internacionalización de las relaciones humanas, caldo de cultivo de los frecuentes conflictos entre ordenamientos diferentes, y que encuentra su punto más álgido, en el contacto entre ordenamientos pertenecientes al área cultural occidental y los demás³. Ello justifica una reformulación del tema, que surge con connotaciones

¹ Ya AUDINET hacía un estudio detallado del tema en 1932 AUDINET E. "Les conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage" en *R. des C.* 1932 II, p. 299 y en 1974 DROZ abordaba de nuevo la cuestión DROZ G. "les régimes matrimoniaux de droit international privé" en *R. des C.* 1974 III 143 p. 1.

² BORRAS A. "La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe," en *VVAA El islam jurídico y Europa*, Barcelona 1998, p. 163 a 198.

³ JAYME E. "Identité culturelle et intégration. le droit international privé postmoderne" en *R. des C.* 1995, 251 p. 9 a 267.

existencia de una regulación adaptada a la problemática que la determinación del régimen económico matrimonial, va a dar lugar.

La penetración de la autonomía de la voluntad en las diferentes legislaciones, tiene su primera manifestación en la posibilidad, abierta a los cónyuges, de designar la ley aplicable a su régimen matrimonial y a su vez, designar el régimen que desean les sea aplicado. Esta es, en principio, la vía de solución adecuada, pues los esposos establecerán su autorregulación y se evita la intervención directa, de las normas legislativas que tienen por misión paliar su deficiencia.

No obstante, la realidad demuestra que esta vía no produce los efectos deseados. En primer lugar, siguen siendo escasas numéricamente las capitulaciones que cónyuges, ya sea de diferente nacionalidad o distinta vecindad civil, celebran. Lo cierto es, que no existe una adecuada información y este es el primer obstáculo para la celebración de este tipo de contratos.

En segundo lugar, hay que llamar la atención sobre la regulación, con frecuencia parcial e incompleta, ofrecida por los ordenamientos jurídicos. Estos deben de poder ofrecer soluciones a los problemas que la práctica plantea ¿qué ley puede ser elegida por los cónyuges?, ¿qué forma debe revestir el pacto? ¿Qué ocurrirá si la conexión sobre la cual se ha producido la elección, cambia? ¿podrán variar los cónyuges sus pactos o capitulaciones? ¿conforme a qué leyes, con qué formalidades? ¿esos pactos serán oponibles a terceros y en su caso, bajo qué condiciones?....

Estas y otras cuestiones centran el objeto de la investigación, que es abordado desde la perspectiva del Derecho Internacional privado español, en la dimensión del Derecho aplicable. En el marco de nuestra legislación, la reforma del Código Civil por Ley 15 de octubre de 1990, introduce nuevas soluciones ante el problema de la determinación de la ley aplicable, a los efectos del matri-

monio, pero plantea también, problemas⁷ que requerirán un especial tratamiento. La investigación ha seguido los cánones propios de la disciplina internacional privatista, siendo especialmente importante el estudio de Derecho comparado. En efecto, esta técnica ha sido fundamental, para tratar de formular soluciones a los problemas que el derecho aplicable plantea, además de que permite analizar el estado de la cuestión en la actualidad.

El trabajo se ha dividido en cuatro partes. La primera tiene por objeto el estudio del supuesto de hecho del artículo 9.3, esto es, de los pactos o capitulaciones matrimoniales. Una vez abordado el análisis de la naturaleza jurídica, con especial atención a las capitulaciones que se celebran en el ámbito de los distintos derechos civiles autonómicos, se procede al estudio del ámbito material de la norma de conflicto, con un objetivo fundamental, delimitar la extensión del concepto "régimen económico matrimonial" en el Derecho Internacional Privado español.

A continuación se pasa a analizar el ámbito personal del supuesto de hecho. Para ello se parte de los elementos subjetivos que, en principio, lo pueden integrar, con especial atención a los familiares intervinientes y a los convivientes de hecho que no obstante, serán excluidos de aquel ámbito. También, se aborda en este punto, la cuestión de la capacidad para pactar el régimen económico matrimonial y lo que se configura como una cuestión previa a todo el análisis posterior, la posibilidad de ordenar mediante pacto el régimen económico matrimonial.

Como ya se ha señalado, la penetración de la autonomía de la voluntad, es especialmente importante en el tema objeto de

⁷ V. BORRAS A. "No discriminación por razón de sexo: Derecho Internacional Privado español" en *Anuario de Derecho Civil*. T XLIV fascículo I. Enero-marzo. 1991 p. 233 a 249 y "Non discrimination à raison du sexe et modification du droit international privé espagnol" en *Rev. crit. dr. Internat. privé*. 80 (3), juillet-septembre 1991 p. 626 a 634.

investigación. La segunda parte se dedica precisamente, a ella. Después de un acercamiento general al significado de la autonomía en este ámbito y su mediatización por el principio de materialización, se estudian los límites a que la autonomía de los cónyuges se ve sometida. Por una lado los llamados límites externos, esto es, las normas imperativas, con la calificación de las normas integrantes del régimen primario, el orden público y su articulación como sistema de protección de los derechos del hombre y por último el fraude de ley. A ello se añade las limitaciones intrínsecas de la autonomía, en cuanto a expresión de proximidad y justicia. Finalmente y tras un breve estudio de las manifestaciones de la autonomía de la voluntad, en distintas legislaciones, se efectúa un acercamiento a una de las consecuencias de la autonomía, la posibilidad de la fragmentación o *depeçage*.

La tercera parte se centra en el estudio de las conexiones objetivas empleadas en el artículo 9.3, para la determinación de la ley aplicable a los pactos o capitulaciones matrimoniales, bien entendido que son articuladas a través de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, que serán los que decidan al tiempo del otorgamiento, conforme a qué ley van a considerarse válidas sus capitulaciones y conforme a que ley van a pactar su régimen económico matrimonial.

Las opciones objetivas utilizadas en el artículo 9.3, giran en torno a la nacionalidad y la residencia, pero destaca la referencia a la ley rectora de los efectos del matrimonio, que hará necesario un análisis de ella y por tanto, de las conexiones empleadas por el artículo 9.2. Este estudio tiene por objeto analizar la idoneidad de tales conexiones y de su fijación temporal, para la regulación de efectos patrimoniales pactados, a la vez que se impondrá la formulación de nuevas soluciones, para el caso en que aquellas no fueran satisfactorias.

La última parte de este trabajo y quizás, la que más connotaciones prácticas tiene, es la dedicada a la mutabilidad, protección

de terceros y publicidad de los pactos o capitulaciones. Un estudio completo del tema exige el acercamiento, a lo que se podría llamar dimensión dinámica. El matrimonio genera relaciones jurídicas entre los cónyuges, más o menos duraderas, en ese periodo de tiempo son muchos los eventos susceptibles de afectar a dicha relación, cambio de nacionalidad, de residencia, incluso de la voluntad de regirse por la ley que en su día declararon aplicable. Todo ello configura el marco de la mutabilidad del régimen, que da lugar al planteamiento de problemas que deben de recibir solución desde la legislación aplicable.

Es en este ámbito, donde la necesidad de articular un sistema de protección de terceros se manifiesta con más nitidez. Los pactos o capitulaciones celebrados por los cónyuges, no sólo interesan a ellos, si no que potencialmente, reclaman la atención de los terceros que contratan con persona casada. A ello hay que añadir el interés legítimo de los terceros de buena fe, de no ser perjudicados por los cambios o modificaciones a que pueden ser sometidos los pactos o capitulaciones, por voluntad de los cónyuges. Por todo ello, se hace necesario postular la integración en el ordenamiento español, de cláusulas de protección de terceros. En esta parte se analiza también, la forma de las capitulaciones matrimoniales pues, su exigencia contribuye a crear seguridad sobre su celebración u otorgamiento, lo que resulta básico desde la perspectiva de los terceros.

Por último y como derivación de las dos cuestiones anteriores, se aborda el estudio de la publicidad de los pactos o capitulaciones. Una de las condiciones de oponibilidad que se deben de arbitrar, para la efectiva protección de terceros, es la publicidad de los pactos y de cualquier modificación o transformación que puedan sufrir. El estudio parte del análisis de los diferentes sistemas que se arbitran, para facilitar el conocimiento del régimen económico matrimonial.

Se hace especial hincapié, en el sistema de publicidad español, así como se analizan disposiciones de Derecho Internacional Privado, de otros ordenamientos orientadas a este fin. La difícil adaptación de la normativa interna registral a los supuestos de tráfico internacional, aconseja la introducción de medidas especialmente adaptadas al tráfico internacional e interno. Para finalizar, se estudia el primero de los factores que se han señalado más arriba, como una de las principales causas de la escasa celebración de capitulaciones, en Derecho Internacional privado e interregional, la cuestión de la necesaria información a los esposos y a los terceros así, como los cauces necesarios para articularla.

Capítulo I. ESTUDIO DEL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTICULO 9.3: PACTOS O CAPITULACIONES MATRIMONIALES

1. PACTOS, CAPITULACIONES Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: CONCEPTO

Las capitulaciones matrimoniales son el negocio jurídico o contrato en el que se establecen las reglas relativas a la organización pecuniaria de las relaciones entre esposos, esto es, por medio de las capitulaciones matrimoniales, los esposos establecen las reglas relativas a su régimen económico matrimonial¹.

Se comprende así, la estrecha relación que estos dos conceptos mantienen, y que lleva a que la capitulación matrimonial sea

¹ Muchas son las definiciones que los diversos autores dan de capitulación matrimonial, pero todas recogen el mismo contenido. Así AMOROS GUARDIOLA señala "Las capitulaciones matrimoniales son un contrato o negocio jurídico en que los cónyuges (futuros o actuales según se celebren antes o después del matrimonio) establecen las reglas relativas a su régimen económico conyugal, cuál va a ser éste y cómo va a estar regulado" p. 1521 AMOROS GUARDIOLA M. "De las capitulaciones matrimoniales" en *VVAA Comentarios a las reformas del Derecho de familia* vol. II. Madrid 1984 p. 1515 a 1520.

un instrumento que contiene las disposiciones relativas al régimen económico del matrimonio², además de que su existencia denota el carácter pactado de dicho régimen.

El Código Civil utiliza también, una expresión más amplia: "pactos", con ella se pretende hacer hincapié en la función que van a cumplir y que aparece configurada en el artículo 1325, a saber, "estipular, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio". De manera que cualquier pacto, con aquél contenido y cualquiera que sea la denominación que reciba en otro ordenamiento, se entenderá comprendido en el supuesto de hecho: pactos o capitulaciones matrimoniales³.

La inclusión en el artículo 9.3 de este término, debe valorarse en consecuencia, positivamente. Con el se pone de relieve el origen consensuado que ha de tener la regulación que los cónyuges, dentro de ciertos límites, dan a su régimen económico matrimonial. Además, se permite incluir a través de él, en el supuesto de hecho de la norma, los pactos sobre ley aplicable que tan frecuentes resultan en el Derecho Internacional privado y que no son más que una forma de estipular el régimen matrimonial.

En la mayoría de los ordenamientos de nuestra área cultural, se utiliza el término "régimen matrimonial", para hacer referencia a las reglas relativas a la organización, de relaciones pecuniarias

² De acuerdo con la distinción que LACRUZ hace de *instrumentum* y negocio. A nuestros efectos, el *instrumentum* se identificaría con la capitulación matrimonial y el negocio con el contenido, esto es, con el régimen matrimonial. "Los capítulos matrimoniales son, propiamente, el instrumento que contiene estipulaciones relativas a las aportaciones o al régimen económico del matrimonio," LACRUZ BERDEJO J. L. "Capítulos matrimoniales y estipulación capitular" en *VVAA Centenario de la ley del notariado* vol. II, Madrid 1962, v. en particular p. 15.

³ AGUILAR BENITEZ DE LUGO M. "Los efectos del matrimonio" en *VVAA Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid 1996, p. 146 a 171, en concreto p. 163 - 164.

entre esposos⁴. Esta sería la noción básica que de manera general, es identificada con aquel concepto.

No obstante, atendiendo al sentido común del término que se deriva de su propia etimología⁵, régimen matrimonial se definiría como el conjunto de normas que gobiernan o rigen el matrimonio, esto es, cualquier tipo de normas que tratan de cubrir aquel objetivo. Sin embargo, no es ese el significado que trasciende a nuestra concepción jurídica⁶.

Las normas que integrarán el régimen matrimonial, han de referirse necesariamente, a las relaciones patrimoniales de los esposos, y no a otro tipo de relaciones que también derivarán de la unión entre los cónyuges. El matrimonio, además de en otros aspectos, va a incidir directamente en el patrimonio de los esposos, y es la perspectiva económica de la unión matrimonial la que constituye, de manera general, el objeto del régimen matrimonial, desde la concepción internacional privatista.

El argumento anterior nos llevaría hacer una precisión terminológica que quizás pusiera fin a esa discordancia entre el significado jurídico expuesto y el significado común de la expresión "régimen matrimonial". Así, si se matiza el término, de acuerdo con las coordenadas antes señaladas, aparece con un carácter más

⁴ A ello responde la distinción de los diferentes ordenamientos entre efectos generales del matrimonio y régimen matrimonial. Así v. Ley de 25 de julio de 1986 sobre reforma del Derecho Internacional Privado (República Federal de Alemania) art. 14 y 15 en *Rev. crit. internat. privé*, 76 (1) janv.-mars 1987 p. 170 y s. o Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado (LDIP) de 18 de diciembre de 1987 art. 46 a 50 y art. 51 a 58 en *Rev. crit. dr. internat. privé*, 77 (2) avr.-juin 1988 p. 409 y ss.

⁵ Según la definición que de "régimen" da la Real Academia Española en el *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid 1992, régimen es "el conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad".

⁶ Problemática parecida reproduce COLOMER refiriéndose al sistema francés v. COLOMER *Droit Civil. Régimen matrimonialux*, Paris 1995 p. 2 y 3.

clarificador la expresión "régimen económico matrimonial"⁷, ya que con ella se aludiría sólo a los aspectos económicos que del matrimonio se derivan. En este sentido debe de entenderse la inclusión de aquel término, en el artículo 9.3 del Código civil español.

Pese a ello, tampoco esta es una solución totalmente satisfactoria. Con ella se señala la totalidad de los aspectos económicos del matrimonio, cuando es claro, como veremos más adelante, que muchos de estos aspectos son excluidos del contenido jurídico de los regímenes matrimoniales, como ocurre con las donaciones, obligaciones alimenticias, sucesiones etc.

2. NATURALEZA JURÍDICA

2. a) Contractual, familiar

Las capitulaciones matrimoniales son, siguiendo a DIEZ PICAZO⁸, negocios jurídicos⁹ patrimoniales de carácter mixto y

⁷ Esta expresión es la que adopta nuestro legislador en el código Civil, así el encabezamiento del libro IV- Título III es precisamente "del régimen económico matrimonial". Pero, anteriormente había sido acogida en las Compilaciones e introducida por primera vez en la reforma de 1958 en el art. 68, regla 4ª. DELGADO ECHEVERRÍA J. "Las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el derecho interregional" en A.D.A vol XVII 1976 p. 25 a 59, en especial p. 31.

⁸ DIEZ-PICAZO L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*. Madrid 1993 p. 73 y ss.

⁹ No fue pacífico en la doctrina la aceptación de la existencia de negocios jurídicos dentro del derecho de familia, así hubo sectores que negaron tal posibilidad v. DIEZ PICAZO y PONCE de LEON "El negocio jurídico del derecho de familia" en R.G.L./ Junio 1962 p. 771 a 792, en especial p. 776 y ss. mientras que otros, rechazando la definición que DIEZ PICAZO da de negocio jurídico familiar, optan por encajar las capitulaciones matrimoniales en el concepto de acto jurídico familiar; refiriéndose a él DIAZ de GUJARRO señala "...este aspecto patrimonial se halla subordinado a una situación jurídica familiar concreta, de carácter personal, y no existe por sí solo, porque lo patrimonial, dentro de lo familiar, aparece siempre como consecuencia o reconociendo como antecedente ineludible un vínculo jurídico familiar, normalmente ya creado o, excepcionalmente, por crearse como cuando se celebran convenciones matrimoniales destinadas a encarar aspectos patrimoniales de las inminentes nupcias." DIAZ de GUJARRO "Concepto y naturaleza del acto jurídico familiar" en R.G.L./ Mayo 1966 p. 679 a 688 en especial p. 685.

bilaterales, lo que las identifica como contratos. Se entiende que son negocios patrimoniales mixtos, por cuanto su contenido y finalidad económicos, aparecen asociados con otros de naturaleza personal o familiar así, la finalidad de las capitulaciones matrimoniales es establecer el régimen económico matrimonial, que regirá la vida de los cónyuges. En cuanto al carácter bilateral, que se analizará más adelante, se debe a que serán, en principio, los cónyuges los únicos artífices de aquellas.

La calificación de contrato requiere una mayor reflexión. Si atendemos a la regulación que el legislador hace del régimen económico matrimonial, de todo lo relativo a las capitulaciones matrimoniales, no cabe duda de que es considerado como un contrato; y ello pese a que ha desaparecido del Código Civil la expresión "contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio", que aparecía en el Título III del Libro IV, antes de la reforma del 13 de mayo de 1981¹⁰. En la actualidad, la calificación contractual de las capitulaciones matrimoniales, se desprende de su propia ubicación en el Código Civil: Libro IV, titulado "de las obligaciones y de los contratos", y de la remisión que el art. 1335¹¹ hace a las reglas generales de los contratos, por las cuales se regirá la invalidez de las capitulaciones matrimoniales.

La cuestión es más compleja por lo que se refiere a las capitulaciones matrimoniales, contempladas en los derechos civiles autonómicos; si, como ya se ha señalado, la naturaleza contractual de la capitulación, tal y como aparece regulada en el Código Civil, se torna una de las notas más fundamentales de su caracterización, parece que no ocurre lo mismo en aquellos.

¹⁰ Ley 11/1981 de 13 de mayo de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. BOE. nº 119 de 19 de mayo de 1981.

¹¹ Art. 1335 Código Civil "La invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos. Las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fe".

El origen de esta aparente distinta calificación, se encuentra en la delimitación de su contenido. Como se verá más adelante, las capitulaciones reguladas en los distintos derechos autonómicos incluyen, no sólo el régimen económico del matrimonio, sino además la sucesión y múltiples estipulaciones, todo ello con un objetivo fundamental: la conservación y permanencia de la propiedad familiar¹².

Desde esta perspectiva, se comprende que la nota caracterizadora de estas capitulaciones se encuentre en la configuración de carta o constitución familiar, en la que *la regulación del régimen económico del matrimonio es sólo una parte inesencial frente al tema fundamental de la conservación de la casa y el modo de vida familiares mientras llega el subingreso del instituido heredero en el puesto de jefe de aquella*¹³.

En esta línea ha de situarse el estudio de la doctrina civilista, de las distintas capitulaciones matrimoniales. En el Derecho balear, respecto de las de Ibiza y Formentera, se ha sostenido precisamente, que la idea de contrato no es suficiente para su caracterización, y se llega a señalar que se trata de *algo más y distinto de un mero contrato matrimonial*¹⁴. En el mismo sentido y en relación a las capitulaciones matrimoniales en Derecho civil catalán, se ha considerado igualmente, que eran algo más que un contrato, esto es, un régimen¹⁵.

¹² CASTAN TOBENAS *Familia y propiedad*, Madrid 1956, p. 72 "Donde más ha perdurado la tendencia legislativa y social a conservar la propiedad familiar es en las regiones forales, hasta el punto de que lo que hoy caracteriza el Derecho foral y lo diferencia esencialmente del común es el predominio del principio de estabilidad familiar y patrimonial, logrado no a través de las antiguas vinculaciones extensas, sino a través más bien de la pequeña propiedad familiar".

¹³ LACRUZ *Elementos de Derecho Civil. IV Derecho de familia* vol. 1 Barcelona 1990, p. 545.

¹⁴ CERDA GIMENO J. "Comentario al artículo 66 de la Compilación de Baleares", en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T. XXXI vol. 2º Edersa, Madrid, 1981 p. 47 a 52, en especial 48-49.

¹⁵ DURAN y BAS *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Barcelona 1883, p. 48. "Los capítulos matrimoniales son en este sentido la organización de los bienes familiares: son algo más que un contrato; son un régimen." y MORELL, J. también señala como "Els Capítols matrimoniais són en aquest sentit l'organització dels béns familiars; són quelcom més que un contracte; són un règim." p. 396 MORELL J. "Els Capítols matrimoniais" en *RJC* 1935 p. 395 a 417.

En Derecho navarro, podría pensarse que el carácter contractual es principal, por cuanto la Compilación navarra utiliza la expresión *las capitulaciones o contratos matrimoniales*, sin embargo también en este caso destaca la naturaleza de institución o constitución familiar. Con aquella expresión se alude a las capitulaciones tradicionales, que configuran la entidad suprapersonal y trascendente de la Casa¹⁶.

Respecto del Derecho vasco, durante mucho tiempo las capitulaciones matrimoniales se emplearon como auténticos pactos de familia, lo que daba entrada a diferentes instituciones familiares y sucesorias, orientadas a servir de sustrato a aquella, con lo que la caracterización de tales capitulaciones se veía mediatizada también, por tal realidad¹⁷.

Queda claro pues, en este punto, que no se puede dudar de la naturaleza institucional de constitución familiar, que tienen estas capitulaciones. Será necesario entonces, comprobar si también gozan de una naturaleza contractual, como la que caracteriza a las capitulaciones del Código Civil, y por lo que se refiere al establecimiento de unas normas, que son las que van a regir los aspectos económicos del matrimonio.

Una de las características más importantes de las capitulaciones matrimoniales, de los distintos derechos civiles autonómicos, es la que se refiere a la propia configuración de su contenido; se trata de un *negocio que forma una 'superestructura' o constitución familiar, a modo de entramado orgánico formado por una parte dedicada*

¹⁶ NAGORE YARNOZ explica que cuando se utiliza esas expresiones "se alude, ordinariamente, a las que pudiéramos denominar tradicionales cuya naturaleza de institución o de constitución familiar configura normalmente, en constatación instrumental, la entidad suprapersonal y trascendente de la casa." NAGORE YARNOZ J. "Comentario a la Ley 78 del Fuero nuevo" en VVAA Comentarios al Código Civil y ... op. cit. T.XXXVI vol. 1º 1990 Edersa p. 425-426.

¹⁷ MARTIN OSANTE L.C. *El régimen económico matrimonial en el Derecho vizcaíno. La comunicación foral de bienes*, Madrid 1996 p. 34 y s.s y p. 80 y s.s.

a los pactos "coligados" o "conexos" de carácter familiar (régimen económico conyugal...) y otra parte dedicado al futuro estatuto sucesorio (heredamiento...)». Si esto es así, no se puede dudar que, al menos, los pactos cuyo objetivo es el régimen económico matrimonial, gozarán de una naturaleza contractual derivada del propio acuerdo de voluntades que necesariamente ha de existir entre los cónyuges, para alcanzar el convenio componente de tal pacto.

Precisamente, desde esta perspectiva, y en lo que respecta a las capitulaciones aragonesas, la doctrina ha destacado su naturaleza contractual, sin desconocer que los capítulos pueden albergar contenidos de carácter sucesorio y familiar, que sobrepasan el sólo régimen económico matrimonial. Cuando esto sea así, los capítulos configuran una carta o constitución de la familia⁹⁵. En el resto de los derechos civiles autonómicos, la idea de contrato aparece también, de forma más o menos latente, en los distintos análisis doctrinales.

En el Derecho balear, como ya se ha señalado, se consideraba que no era suficiente la conceptualización de las capitulaciones matrimoniales, como contrato. Sin embargo, se ha caracterizado a una parte del "entramado orgánico" de la constitución familiar

⁹⁵ Esta es una de las características que CERDA GIMENO señala de las capitulaciones matrimoniales de Ibiza-Formentera CERDA GIMENO J. "Comentario al artículo 66 de la Compilación de Baleares", en *VVAA Comentarios al Código Civil y ...op. cit.* Edersa p. 51 y que resulta extensiva a las capitulaciones de otros territorios forales v. BAYOD LOPEZ, C. *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, Zaragoza 1995, p. 17.

⁹⁶ MOREU BALLALONGA destaca "... la mayor vocación de los capítulos aragoneses por albergar contenidos familiares y sucesorios que vayan mucho más allá de la regulación del régimen económico del matrimonio. En los casos en que esto suceda, casos normalmente relacionables con las instituciones consuetudinarias mencionadas en el art. 33 de la Compilación, los capítulos matrimoniales llegan a ser, dice LACRUZ, como una especie de carta o constitución de la familia..." MOREU BALLALONGA "Comentario al artículo 25 de la Compilación aragonesa" en *VVAA Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. I, Zaragoza 1988, p. 643.

como contratos colegiados o conexos, siendo estos, precisamente, los relativos al régimen económico conyugal (donaciones esponsalicias, dote, etcétera...).

En cuanto al Derecho navarro, se ha indicado que las capitulaciones tradicionales son *actos formales y solemnes de disposición y ordenamiento conyugal-familiar-sucesorio*⁷¹. Sin embargo, se señala como la posibilidad de introducir modificaciones, aproximan estas capitulaciones a la concepción contractualista correspondiente, a la consideración de estar ante acuerdos de voluntades sobre cuestiones patrimoniales⁷².

Por lo que se refiere al Derecho civil vasco, la caracterización de las capitulaciones matrimoniales como contrato, es conducida a la figura del contrato oneroso, debido a la variedad de estipulaciones que, como ya se ha señalado, aquellas pueden contener⁷³.

Del estudio seguido hasta aquí, cabe deducir que si bien, es indiscutible la naturaleza de carta o constitución familiar, de las capitulaciones tradicionales de los derechos civiles autonómicos, ello no es óbice para afirmar también, la naturaleza contractual de los pactos tendentes a establecer las reglas del régimen económico matrimonial, en la medida en que estos están presentes en dichas

⁷¹ NAGORE YARNOZ J. "Comentario a la Ley 78 del Fuero nuevo" en VVAA. Comentarios al Código Civil y ... op. cit. T. XXXVI vol. 1º 1990 Edersa "las capitulaciones tradicionales del Derecho navarro desbordan la estructura conceptual que les da origen y aun actos formales y solemnes de disposición y ordenamiento conyugal-familiar-sucesorio en un conjunto armónico"

⁷² NAGORE YARNOZ J. "Comentario a la Ley 78 del Fuero nuevo" en VVAA. Comentarios al Código Civil y ... op. cit. T. XXXVI vol. 1º 1990 Edersa p. 433 "Hay, con la nueva redacción de la Ley 81, al permitirse la modificación..., se abre un porfido a esa construcción institucional de las capitulaciones como instrumento conjunto para la unidad y estabilidad de la familia y las capitulaciones se acercan más a la teoría diversificadora -no unitaria- de Lacruz de ver en las capitulaciones negocios bi o plurilaterales, sometidos a las reglas generales de los contratos, ya que se trata de acuerdos de voluntades sobre cuestiones patrimoniales".

⁷³ CELAYA (BARRA A. *Derecho Civil Vasco*, Bilbao 1993, p. 234

capitulaciones. En este punto, se aprecia una aproximación a la naturaleza contractual, de las capitulaciones propias del Código Civil.

En el ámbito convencional, la calificación contractual subyace en el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales²³. A lo largo de su articulado se utiliza la expresión *contrat de mariage*. En concreto, la designación de la ley aplicable puede resultar indubitablemente, de las disposiciones de un contrato de matrimonio.

Esta misma calificación es la razón por la cual el Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980²⁴, al describir su ámbito de aplicación, excluye las obligaciones contractuales relativas a los regímenes matrimoniales y por tanto, las cuestiones relativas a los pactos o capitulaciones matrimoniales²⁵, según queda descrito en el párrafo tercero del artículo 9 del Código Civil español.

En este orden de cosas debe concluirse, que las capitulaciones matrimoniales tienen un carácter contractual que se manifiesta en las distintas legislaciones con mayor o menor nitidez²⁶. No obstante, un estudio exhaustivo de esta concreta figura, revela característica que lo convierten en un contrato, cuando menos, "especial".

²³ *Rev. Crit. dr. internat. privé*, 81 (4) oct.-déc. 1992 p. 815 a 821 v. en concreto art. 11 y 12.

²⁴ DOCE n.º L 266, de 9 de octubre de 1980. B.O.E. n.º 171, de 19 de julio de 1993; corr. de errores, B.O.E n.º 189, de 9 de agosto de 1993. Art. 1.º 2. b).

²⁵ Sobre las exclusiones v. GIULIANO M. y LAGARDE P. "Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales" en DOCE C 327 11 de diciembre de 1992.

²⁶ COLOMER respecto del contrato de matrimonio señala "Toutefois, dans la famille des contrats, il mérite une place à part. La spécificité de sa réglementation tient à une triple circonstance: c'est un acte complexe, c'est un acte-règle, c'est un pacte de famille." COLOMER A. *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, Paris 1995, p. 135.

2. b) Características especiales

Los pactos o capitulaciones por los que se designa la ley aplicable al régimen económico matrimonial, o se estipula, modifica o sustituye este, presentan unas peculiaridades, que lo separan del concepto de contrato en general. De entre ellas, destaca la relación de dependencia y necesidad que establece con el matrimonio¹, nacido para regular los aspectos económicos del mismo y, en la medida en que estos aspectos efectivamente, se regulen en la capitulación matrimonial, no tiene sentido sin él, de ahí que se considere un contrato *causa matrimonii*². Si se realiza antes de la celebración del matrimonio, y aún realizado con posterioridad, siempre aparecerá subordinado a la existencia efectiva de ese matrimonio.

Consecuencia de ésta unión y del carácter accesorio y en cierta manera, subordinado que las capitulaciones matrimoniales tienen respecto del matrimonio, es la ineficacia de las capitulaciones producida como consecuencia de la declaración de nulidad del matrimonio. Así, las estipulaciones capitulares pactadas en consi-

— — —

¹ Ya MANRESA Y NAVARRO en 1938 apreciaba esta peculiaridad: "Las capitulaciones matrimoniales constituyen un contrato especialísimo y trascendental. Se establece, para una situación determinada de la vida, fuera de la cual no tiene razón de ser. Van íntimamente ligadas a la celebración del matrimonio, pues en todas sus partes se relacionan con este hecho, como necesario e imprescindible, quedando todo sin efecto, si el matrimonio no se realiza." MANRESA Y NAVARRO J.M. *Comentarios al Código Civil español*. Tomo IX, Madrid 1938 p. 95

² LACRUZ BERDEJO J. L. "Capítulos matrimoniales y estipulación capitular" op. cit. p. 21-22 "Esto supone la existencia de un concreto proyecto de matrimonio, y la intención de actuar en vista del mismo: la contratación *causa matrimonii* no es sólo un dato objetivo, perteneciente al contenido del acto, sino también un requisito subjetivo, no sólo ha de darse la existencia de un proyectado y concreto matrimonio, a contraer entre los contratantes, sino también la intención de ambos futuros cónyuges y de todos a los que al contrato concurren de contratar todos ellos en vista del proyectado matrimonio".

deración al matrimonio, carecen de sentido cuando el matrimonio falta y en tal caso son excluidas, produciéndose su ineficacia²⁹.

Es esta misma, la razón que inspira el establecimiento de un plazo de caducidad, para las capitulaciones estipuladas con anterioridad al matrimonio. Según dispone el artículo 1334 *todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año*³⁰.

Otra característica muy vinculada con la anterior, es el carácter bilateral de la capitulación matrimonial. Es obvio que si el objeto de ésta es la regulación del régimen económico matrimonial, los únicos sujetos protagonistas de su creación sean los cónyuges³¹. Estos determinarán el régimen de común acuerdo, mediante una declaración que reunirá unas características formales³².

La afirmación del carácter bilateral de las capitulaciones matrimoniales, puede hacerse por tanto, de manera general. No obstante, no hay que olvidar casos especiales, propios de algunos

²⁹ A salvo lo establecido en el art. 79 CC sobre el matrimonio putativo v. AMOROS GUARDIOLA M. "De las capitulaciones matrimoniales" *op. cit.* p. 1567 y CABANILLAS SANCHEZ A. "artículo 1335" en *Comentario del Código Civil* tomo II Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 613 a 615 en concreto p. 614.

³⁰ Sobre este precepto v. en general AMOROS GUARDIOLA M. "De las capitulaciones matrimoniales" *op. cit.* p. 1563 a 1565 y CABANILLAS SANCHEZ A. "artículo 1334" en *Comentario del Código Civil* tomo II Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 612-613.

³¹ LETE DEL RIO J.M. "Sujetos de las capitulaciones matrimoniales" en *A.D.C.* Tomo XXXVI 1983 p. 397 a 420 "No ofrece duda que los sujetos por autonomía de las capitulaciones son los contrayentes, sin ellos no puede haber capitulaciones;" p. 398, en el mismo sentido LETE DEL RIO J.M. y ALVAREZ CAPEROCHIPI "Notas sobre 'mutabilidad' del régimen económico matrimonial en el Derecho común." *R.D.F.* Tomo 61 1977 p. 163 a 195 "Los sujetos por autonomía son los futuros cónyuges o los cónyuges que ya contrajeron matrimonio, sin ellos no puede haber capitulaciones matrimoniales." p. 181.

³² DIEZ-PICAZO L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I.* *op. cit.* p. 75 " Los negocios jurídicos son bilaterales cuando el negocio es una obra común de dos personas que reglamentan así sus recíprocas relaciones respecto de determinados bienes."

ordenamientos, que pueden acercarse a una calificación ocasionalmente, plurilateral: esto es lo que ocurre con la familia patrivirolocal existente en derechos como el aragonés³³.

La ciencia antropológica moderna diferencia dos tipos de familia: la neolocal y la patrivirolocal³⁴. La primera se identifica con la familia nuclear, esto es la formada por cónyuges y descendientes, y se caracteriza porque estos, con el tiempo, abandonarán el hogar familiar para formar nuevas familias también nucleares. Frente a ella la familia patrivirolocal, de estructura más compleja, se caracteriza porque uno de los descendientes continua residiendo en el hogar familiar, integrando en él a su cónyuge y futura descendencia.

Es habitual identificar a estas familias, a saber, neolocal y patrivirolocal, con la tipología urbana o rural, pues mientras que unas suelen vivir en las ciudades, ejerciendo profesiones liberales, siendo asalariados, funcionarios..., otras lo hacen comunmente en el campo, siendo la explotación agrícola o ganadera su medio de vida. No obstante, el verdadero sentido de esta clasificación no es el criterio geográfico, sino el criterio económico ya que aquel puede o no acompañar a éste³⁵. Es lo que ocurriría con familias nucleares que viven en el campo, pero que tienen una residencia neolocal (o al revés).

³³ En concreto, la existencia de instituciones familiares consuetudinarias tales como "consorcio universal o juntar dos casas", requerirá que al otorgamiento concurren además, personas diferentes a los contrayentes, posibilidad prevista en la Compilación de Derecho Civil de Aragón art. 25. 1 "Los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento, siempre que no sean contrarias a los fines propios del matrimonio."

³⁴ Para un acercamiento a esta cuestión v. en general BAYOD LOPEZ, C. *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, Zaragoza 1995, p. 50 a 52.

³⁵ ROCA SATRE, R. "La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio" en *A.A.M.N.*, T. 1, 1945 p. 335 a 377, en especial p. 388.

La familia patrivirolocal, calificada por LE PLAY como extensa *famille souche*³⁶, y que también recibe el término de troncal³⁷, es objeto de estudio, por cuanto su especial configuración va a incidir directamente en el tipo de capitulaciones matrimoniales que se celebran. Para abordar su examen es fundamental, acercarse a su formación, motivaciones socioeconómicas, y núcleo de ésta organización familiar: la Casa.

La composición de este tipo de familias, con independencia de que en diferentes fases de su desarrollo varíen, tiende a agrupar a tres generaciones³⁸; ello es así, porque como ya se ha indicado, de todos los hijos de la familia, sólo uno permanecerá en la casa paterna, atrayendo a su cónyuge e hijos que pasarán a formar parte de su composición; esta queda completada por todos aquellos hijos que deciden permanecer en ella. Consecuencia de esto, es el que, a veces, las capitulaciones matrimoniales contengan disposiciones que afecten a tres generaciones³⁹.

³⁶ BURGUIERE, A. *Historie de la famille*, Paris 1986 p. 49 "un modèle de 'famille-souche' lié à la permanence d'une 'maison' ou d'une exploitation transmise à un seul héritier"

³⁷ DELGADO ECHEVERRÍA J. señala como "familia troncal" es una afortunada, pero peligrosa, traducción del francés *famille souche* (literalmente, familia o raíz o tocón; también se tradujo como familia estirpe)." v. DELGADO ECHEVERRÍA J. "propiedad troncal y patrimonio familiar" en *Estudios Demso*, vol XXXIX 1991 p. 32. El término 'troncal' va referido a la familia y no a la sucesión troncal. Con él se alude al carácter unipersonal de la sucesión y a una vinculación a una concreta institución: la Casa. v. en el mismo sentido BAYOD LOPEZ C. *Sujetos de las capitulaciones ... op. cit.* p. 73-74.

³⁸ BARRERA GONZALEZ A. *Casa, herencia y familia en la Cataluña rural*, Barcelona 1990 p. 23. En el mismo sentido GONZALEZ BUENO M. "la familia en el valle de Aneu (Pallars Sobirà. Lérida) en *VVAA Los Pirineos. Estudios de antropología social e historia. Actas del coloquio celebrado en la casa de Velázquez los días 22 y 23 de octubre de 1981*, Madrid 1986, p. 132.

³⁹ Así lo constata PALA MEDIANO F. respecto de las capitulaciones celebradas en la comarca de Jaca. "Las provisiones de los capitulantes y las normas paccionadas alcanzan muchas veces a tres generaciones: la de los instituyentes o señores mayores, la del heredero instituido y la del hijo de éste que ha de ser instituido heredero único; es decir que, al propio tiempo que se designa al sucesor en la jefatura del grupo familiar, se impone a éste la designación de un sucesor único asegurándose así la conservación y unidad del patrimonio en dos generaciones." PALA MEDIANO F. "El régimen familiar paccionado en la comarca de Jaca" en *ADA 1950-60* p. 251 a 310, en especial 258-259.

Para comprender la organización de este tipo de familia, es fundamental detenerse en las motivaciones socioeconómicas, que se encuentran en el origen de su formación. Como ya se ha señalado, la base económica de este grupo familiar lo constituye la agricultura y la ganadería. La familia posee una explotación que pasará al heredero sin que se reparta entre el resto de los hermanos, así se pretende conseguir que el patrimonio se conserve y prospere, algo que no sería posible si se repartiese entre todos los herederos, por cuanto con el reparto se desmembraría la propiedad que probablemente no podía mantener a sus nuevos propietarios y familia*.

La vinculación que la familia patrivitrolocal presenta respecto del patrimonio rural, tiene su máxima expresión en una figura peculiar de contorno bastante difuso, se trata de la Casa. Por tal ha de entenderse, *la unidad familiar y patrimonial formada por un conjunto de individuos que viven bajo la jefatura de un señor, generalmente el padre, en un espacio delimitado por una unidad económica de explotación y cultivo, aunque no sea continua territorialmente, sustentándose de unos mismos bienes, que han sido recibidos por tradición de generaciones anteriores con las que el jefe estaba generalmente unido por vínculos directos de sangre**.*

Son muchos los lugares en que esta figura ha tenido asentamiento, pero en todos ellos se reproducen las características

* SAPENA respecto de la familia altoaragonesa, aunque puede ser predicable de cualquier otra familia patrivitrolocal, explicaba: "para mantener la casa se precisa el sucesor único, el reparto de sus bienes sólo conduciría a terminar con aquélla y a no dejar, en la mayoría de los casos, háber bastante para vivir decentemente cada uno de los descendientes" SAPENA J. "El pacto sucesorio en el Alto Aragón" en *R.D.P.* 1954 p. 734 a 783.

** Siguiendo la definición que MARTÍN BALLESTERO y COSTEA da de la Casa aragonesa, MARTÍN BALLESTERO Y COSTEA I., *La casa en Derecho aragonés*, Zaragoza 1944, p. 107.

básicas señaladas, basta citar la Casa navarra, catalana, aragonesa o el caserío guipuzcoano⁴². Se trata del núcleo de esta organización familiar, que es de una importancia vital, hasta el punto de que los propios intereses de los individuos aparecen solapados por los de la Casa⁴³, porque el objetivo último de todo el sistema, no es otro que afianzar el patrimonio familiar asegurando su continuidad, entre otras formas, mediante la indivisibilidad del mismo.

Desde estas consideraciones, se puede comprender que la Casa haya sido la pieza nuclear de sistemas jurídicos civiles autonómicos. Se trata de una realidad en torno a la cual giran ciertas instituciones, que tratan de garantizar su continuidad⁴⁴. A este objetivo, irán encaminadas las capitulaciones matrimoniales que en este marco se celebran y que tienen unas características muy especiales.

⁴² Básicamente son estas las características que la Casa presenta en los diferentes lugares geográficos en los cuales ha tenido asentamiento v. DE PABLO CONTRERAS P. de "La casa en Derecho navarro: una aproximación jurídica" en *VVAA Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, T. I, Barcelona 1992 p. 663 a 678, BARRERA GONZALEZ A. *Casa, herencia y familia en la Cofradía rural*, Barcelona 1990, NAVAJAS LAPORTE A. *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, San Sebastián 1975.

⁴³ BARRERA GONZALEZ A. *Casa, herencia y ... op. cit.* p. 24 "La casa como entidad corporativa y que se pretende perenne, ocupa un lugar de privilegio en el universo conceptual y valorativo propio del sistema troncal. El interés y el bien de ella están por encima del de los individuos como tales. Estos son frágiles y efímeros, cual meros transeúntes acogidos en el santuario doméstico; mientras éste permanece sólido y uno por generaciones."

⁴⁴ PABLO CONTRERAS se refiere a ella indicando que se trata de "una realidad familiar y social sobre la cual gravitan verdaderas instituciones tendentes a posibilitar su vitalidad y pervivencia" PABLO CONTRERAS P. de "La casa en Derecho navarro: una aproximación jurídica" en *VVAA Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, T. I, Barcelona 1992 p. 663 a 678, en especial p. 669.

El matrimonio, es un momento decisivo en el proceso de perpetuación de la Casa* y ello porque es en este momento cuando se manifiesta otro de los rasgos peculiares de esta organización familiar. Se trata del sistema sucesorio que se concreta en una sucesión unipersonal, que tiene lugar en el momento de celebrarse las capitulaciones matrimoniales.

En ellas se nombra al heredero, que ha sido previamente elegido por los padres entre todos los hermanos y de acuerdo a criterios que pueden variar, siendo más o menos flexibles, pero entre los cuales destaca el de la primogenitura. Ello no significa, en principio, que el heredero adquiera efectivamente todos los bienes, más bien se trata de darle una seguridad de que eso será así*.

* AUGUSTINSKI "Role et aspect du mariage dans le mode de perpétuation des groupes domestiques pyrénéens" en VVAA *Los Pirineos. Estudios de antropología social e historia...* op. cit. p. 164 a 175 "Le mariage est l'une des étapes, peut-être l'étape décisive, de l'ensemble des processus parfaitement interdépendants qui concourent à la perpétuation d'une maison et que nous avons résolu de nommer 'mode de perpétuation'." p. 165

* El contenido de estas peculiares capitulaciones matrimoniales es descrito por GONZALEZ BUENO respecto de las del valle de Anou, dando una clara visión de su formación y del particular carácter de la sucesión. "Los padres, una vez elegido su sucesor, le hacen donación de todos los bienes presentes y futuros, de manera oficial, ante notario y testigos, con carácter irrevocable por medio de las firmas de las capitulaciones matrimoniales. La donación se hace efectiva a partir del momento en que el heredero se casa. Desde ese momento está seguro de que sus padres no pueden quitarle los bienes que acaba de heredar, y se encuentra definitivamente estimulado para darse totalmente a la casa de la que es propietario. Ese estatus no le es, sin embargo, totalmente reconocido hasta varios años más tarde, cuando el padre cesa de trabajar de una manera activa en la casa. Esta actitud se debe a la posición de los padres después de firmadas las capitulaciones." GONZALEZ BUENO M. "La familia en el valle de Anou..." en op. cit. p. 144-155. En el mismo sentido y respecto de las capitulaciones propias del Prepirineo y del Bajo Aragón RIVAS RIVAS señala "La figura del heredero, cuando se da, queda sometida a una serie de obligaciones y derechos que se acuerdan cuando el hijo/a se casa y los padres deciden hacerle heredero a través de las capitulaciones matrimoniales, en las que se especifican las funciones de cada parte contratante y que en caso de incumplimiento, se puede romper el contrato por cualquiera de las dos partes." RIVAS RIVAS A.M. *Ritos simbólicos y valores en el análisis de similitud en la provincia de Zaragoza*, Zaragoza 1986, p. 87.

Las disposiciones hereditarias celebradas en éste contexto, tienen como objetivo la conservación del patrimonio familiar. Es lo que ocurren por ejemplo, con los heredamientos capitulares catalanes⁶⁷. Además existen figuras como el llamado pacto reversional, que pueden completar aquel objetivo básico, con la imposibilidad de que los bienes del heredante transiten a personas ajenas a su familia⁶⁸.

Son varias las consecuencias del amplio contenido de estas capitulaciones. Entre ellas, y a lo que aquí interesa, hay que destacar la participación de intervinientes no contrayentes, sobremaneira el matrimonio con el cual se establecerá la convivencia⁶⁹ y en especial, la derivación de todo ello que cristaliza en el conjunto de normas que, formando parte de las capitulaciones matrimoniales,

⁶⁷ Precisamente, "El heredamiento, institución contractual de heredero, sólo podrá otorgarse en capitulaciones matrimoniales, personalmente o mediante poder especial." art. 67 del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña Ley 40/1991 de 30 de diciembre. Además los heredamientos a favor de los contrayentes "... podrán ser otorgados bajo pacto de unidad económica familiar, en virtud del cual, salvo estipulación en contrario, el heredante, el heredero y sus consortes respectivos e hijos comunes contraen la obligación de unir sus esfuerzos bajo la dirección y la libre administración de primero y de aportar a la comunidad familiar todos sus ingresos y las rentas de sus bienes para atender mejor las necesidades de la casa y las particularidades de sus miembros." art. 75 del mismo cuerpo legal.

⁶⁸ Art. 87 del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña. Sobre el particular v. sentencia del Tribunal superior de Justicia de Cataluña 12 de junio de 1995 (ponente PUIG I FERRIOL) en *Actualidad Civil*, *Audiencias* n° 12 1996 p. 1287 a 1292, en especial p. 1289 a 1291.

⁶⁹ V. La descripción que sobre éste peculiar régimen económico familiar hace BAYOD LOPEZ. "Este régimen económico familiar se adopta en atención a un determinado matrimonio que se va a celebrar o que ya se ha celebrado, de manera que en la determinación de sus normas participan, además del matrimonio para el cual se otorgan los capítulos, otros sujetos _por regla general otro matrimonio_ que aportan el núcleo central del 'patrimonio' _transmisión del patrimonio casal_ que resultará regulado por este régimen." De esta forma el régimen económico matrimonial esta subordinado al régimen económico familiar, aunque aquel siga teniendo, en última instancia, un carácter bilateral. v. en este punto BAYOD LOPEZ C. *Sujetos de las capitulaciones ... op. cit.* p. 42 a 45.

tiene por objeto establecer el "estatuto" de regulación de la comunidad de vida, que el grupo doméstico ahora inicia²⁹.

¿Querrá esto decir que el matrimonio que se celebra no tendrá un régimen económico propio? No es esta la conclusión que debe de extraerse. Ese matrimonio tiene su propio régimen económico matrimonial que podrá ser pactado o no, lo que ocurre es que "queda como suspendido" mientras continúe la vida del grupo familiar, de forma que sólo cuando éste se disuelve, aparecerá el concreto régimen económico matrimonial, produciendo los efectos que le son propios³⁰. Hasta entonces, puede decirse que se encuentra en un estado que merece la calificación de latente.

Es desde esta perspectiva, desde la cual debe entenderse la calificación plurilateral que estos especiales capítulos matrimoniales merecen; ya que, si bien el régimen económico matrimonial al que el nuevo matrimonio se somete, tiene un claro carácter bilateral, es la propia subordinación del mismo al régimen económico familiar (a cuya formación intervienen, por lo general, los dos matrimonios), la que induce tal afirmación³¹.

El área geográfica en la que los sistemas de familias patrivirolocales con sucesión unipersonal, se rigen por el sistema

²⁹ PALA MEDIANO F. "El régimen familiar paccionado..." en *op. cit.* p. 285

³⁰ PALA MEDIANO indica, respecto del régimen paccionado de Jaca, (podría predicarse igual de cualquier régimen de las mismas características) como "El régimen económico del matrimonio (legal o paccionado) queda como suspendido durante la vida en común con los restantes miembros del grupo familiar y entra en vigor cuando éste se disuelve, cuando se deshace la Casa o cuando salen de ella los cónyuges para vivir independientes." PALA MEDIANO F. "El régimen familiar paccionado..." en *op. cit.* p. 288.

³¹ En este mismo sentido BAYOD LOPEZ concluye: "... los intervinientes no contrayentes en estos capítulos matrimoniales cuando permanecen en relación con los contrayentes formando una sociedad de vida en común e imponiendo reglas dinámicas sobre el futuro de la sociedad consorcial participan activamente en el régimen económico, formando una estipulación capitular plurilateral que limita y se superpone al régimen económico conyugal de los recién casados." BAYOD LOPEZ C. *Sujetos de las capitulaciones ... op. cit.* p. 93.

de primogenitura es bastante amplia. Destaca Cataluña y las comarcas aragonesas colindantes por el noroeste. Sin olvidar que en el resto del Pirineo Aragonés y navarro, en el País Vasco, determinados puntos de Galicia, valles de Andorra, en parte de las Islas Baleares y en determinadas áreas de la cornisa cantábrica, se dan o se ha dado, la sucesión unipersonal con tendencia a la primogenitura. A veces, aquella se acerca a un sistema de mejorado, por cuanto "el elegido" no recibe todo el patrimonio, sino una parte mayor en la herencia³¹. Hay comarcas como la de Los Monegros y Las Cinco Villas en Aragón que, pese haber seguido tradicionalmente la institución de heredero universal, han evolucionado a un sistema de mejorado³².

El devenir histórico de los últimos tiempos ha dado lugar a unos profundos cambios socioeconómicos. El heredero, a veces, trabaja también como asalariado, el nuevo matrimonio vive en una casa propia, toma fuerza la idea del igualitarismo frente a la preferencia del único heredero...

Como se deduce de los distintos estudios antropológicos³³, tales cambios han desembocado en una crisis del modelo de familiar troncal tradicional y tiene una clara manifestación jurídica: el importante descenso del número de capitulaciones matrimoniales que, siendo la base de esta peculiar organización familiar, se celebran en la actualidad.

Otra de las características que cabe destacar de esta especial figura jurídica, es la falta de adecuación a los llamados "contratos

³¹ V. distribución geográfica en la Península Ibérica, y en el resto del mundo en BARRERA GONZALEZ A. *Casa, herencia y ... op. cit.* p. 24 y 25

³² Para un estudio más detallado del tema v. RIVAS RIVAS A.M. *Ritos símbolos y valores ... op. cit.* p. 77 a 102.

³³ En este sentido v. BARRERA A. "Primogenitura y herencia en la 'Catalunya vella'. Norma ideal y práctica actual" en VVAA *Los Pirineos. Estudios de antropología social e historia...* op. cit. p. 177 a 215, en especial p. 189, 211 a 215. OTEGUI PASCUAL R. *Estrategias e identidad. Un estudio antropológico sobre la provincia de Teruel*, Teruel 1990, en especial p. 36-37. GONZALEZ BUENO M. "la familia en el valle de Aneu..." en op. cit. p. 152. BAYOD LOPEZ C. "Evolución de las capitulaciones matrimoniales aragonesas" en VVAA *I Congrés d'història de la família als Pirineus*, Andorra 1992 p. 273 a 289.

a cambio", esto es, aquellos en los que las partes presentan intereses divergentes o contrapuestos. Los cónyuges tienen intereses paralelos, que a un nivel particular no tienen porque ser iguales, pero lo cierto es que tales intereses son coincidentes, en el sentido de que buscan un "interés superior" que cristaliza en el interés familiar.

Desde este punto de vista, nos encontramos ante un "acuerdo" por oposición a la conceptualización de "contrato" y dentro de la amplia categoría de los negocios jurídicos, en este caso bilaterales⁵⁶. Dentro de la clasificación que los autores alemanes hacen de los negocios plurilaterales, estaríamos ante lo que se llamaría "convenio o convención", por la misma razón por la que merecían la calificación de "acuerdos" la no existencia en los cónyuges, de intereses contrapuestos⁵⁷.

La característica que acabamos de analizar y que daba lugar a una clasificación como negocios jurídicos, también es relevante para la propia clasificación contractual que, del negocio capitular puede hacerse. La existencia de un fin común nos situaría dentro de un tipo de contratos denominados asociativos⁵⁸, que podrían estar formados por

⁵⁶ DIEZ-PICAZO L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I. op. cit.* p. 77 "El acuerdo es el negocio, normalmente plurilateral, aunque también en ocasiones bilateral, en el cual se concitan intereses paralelos, que convergen hacia un propósito común. Por ejemplo, es un acuerdo el negocio de constitución de una sociedad porque el interés de todos los socios es un interés convergente en un interés común."

⁵⁷ DIEZ-PICAZO L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I. op. cit.* p. 77 "Convenio o convención (Verinbarung). Es un negocio jurídico plurilateral en el cual las partes declarantes no se enfrentan entre sí como portadores de unos intereses contrapuestos y por consiguiente no emiten unas declaraciones intrínsecamente diferentes, sino que sus declaraciones son coincidentes o iguales. Por ejemplo: acto de constitución de una asociación o de una sociedad."

⁵⁸ Los contratos asociativos están contemplados dentro de los llamados contratos plurilaterales, categoría acuñada por la doctrina italiana y recogida por su Código Civil. DIEZ-PICAZO L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I. op. cit.* p. 141. Para un concreto estudio de estos contratos v. ASCARELLI T. "Contratto plurilaterale; comunione di interés; società di due soci; morte di un soci in una società personale di deu soci" en *RTDPC*, 1953, p. 721 a 745. INZITARI B. "Reflessioni sul contratto plurilaterale" en *RTDPC*, 1973 p. 476 a 529. En especial MESSINEO F. "Il contratto in genere" en *Trattato di Diritto civile e commerciale XXI T. I.*, Milano 1968.

dos partes (los cónyuges o futuros contrayentes), conllevarían prestaciones paralelas y simétricas destinadas a la persecución de un fin común (presidido por el interés familiar) y lo que es más importante no responden, por tanto, a esa idea de contrato a cambio⁶⁸.

Aún queda por señalar una característica fundamental, que diferencia y aleja esta figura de la del "simple contrato", y que viene a otorgarle un rasgo o naturaleza muy particular. La existencia de un régimen económico matrimonial, una vez celebrado el matrimonio, se presenta como una auténtica necesidad. Si los cónyuges no celebran capitulaciones matrimoniales, esto no da lugar a que no exista un régimen que rijan los aspectos económicos de su matrimonio; lo que ocurre en este caso es que será el régimen establecido por el legislador, esto es, el régimen legal⁶⁹ el que se aplicará.

El origen de esta regulación hay que buscarlo en el carácter imprescindible que manifiesta el régimen matrimonial, claramente lógico si atendemos a las complejas necesidades a que la nueva unión va a dar lugar⁷⁰. En este sentido, puede decirse que la regu-

⁶⁸ Para el estudio del negocio capitular como contrato asociativo v. BAYOD LOPEZ C. *Sujetos de las capitulaciones ... op. cit.* p. 45 a 48.

⁶⁹ El régimen legal en el sistema del Código Civil, es el régimen de gananciales art. 1316 CC. La comunidad de bienes se sigue en Aragón art. 36 a 59 de la Compilación de Derecho civil de Aragón Ley 15/1967 de 8 de abril y Navarra Ley 82 a 91, de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra Ley 1/1973 de 1 de marzo. Mientras que el régimen de separación está vigente en Cataluña art. 20 a 26 Decreto legislativo 1/1984, modificación Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges y Baleares art. 3 y 67 Decreto legislativo 79/1990 de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares. v. *Leyes civiles forales*, BOE, Madrid 1996.

⁷⁰ MANRESA Y NAVARRO J.M. *Comentarios al Código Civil español. op. cit.* p. 94-98, en especial p. 96-97 "Un régimen de la sociedad conyugal es siempre necesario. Al realizarse el matrimonio, inevitable y forzosamente nace una sociedad que para el cumplimiento de sus fines necesita medios o elementos de vida, y necesita dirección; y exige reglas de administración, disfrute, disposición y destino de esos medios..."

lación legal aparece como sustitutivo de las capitulaciones matrimoniales, en el supuesto en que no hayan sido celebradas⁶².

En otro ámbito, la ley catalana de uniones estables de pareja⁶³, dispone unas medidas mínimas de ordenación económica, para el caso de que los miembros de la pareja o convivientes, no han celebrado pacto que regule sus relaciones patrimoniales y personales *derivadas de la convivencia así como los respectivos derechos y deberes*.

Del conjunto formado por el resto de los contratos, no se deriva esta peculiaridad. Las relaciones u obligaciones surgen del mismo contrato sin que, por lo general, el legislador intervenga en el caso de que aquél no se celebre, porque no hay necesidad de tal intervención.

Un tema directamente relacionado, con aquella disposición de los pactos o capitulaciones matrimoniales, es la incidencia que en la configuración del supuesto de hecho tiene la norma de conflicto, en concreto el artículo 9.3 del Código.

El carácter contractual derivado de los pactos o capitulaciones matrimoniales no implica sin embargo, la subordinación de

⁶² LACRUZ BERDEJO J. L. "Capítulos matrimoniales y estipulación capitular" *op. cit.* p. 39 "Los capítulos crean para las partes una regulación que viene a sustituir a la predispuesta en la Ley, y esta sustitución se realiza conservando las normas pactadas la misma eficacia que tenía el cuadro normativo establecido, subsidiariamente, por el Código civil. Reside aquí una diferencia fundamental con los contratos... Pero una capitulación, en cualquier caso, no es sino el sucedáneo de una anterior regulación legal, de modo que, en el caso de no concluirse la capitulación, la celebración del matrimonio determinará en todo caso unos efectos económicos, que no serán los que hubieran sido convenidos, pero sí otros, que para el caso de no convenirse nada, ha señalado la Ley. Juegan así tales estipulaciones capitulares el papel de una norma delegada, y por esto, con la misma eficacia automática que tenía la norma legal, y ello aunque su ámbito sea más extenso o más estricto."

⁶³ Ley 10/1998 de 15 de julio de uniones estables de pareja B.O.E. nº 198 de 19 de agosto de 1998. v. art. 3 y art. 22 además se prevé una compensación económica art. 13 y art. 31.

estos al artículo 10.5 del Código Civil, pese a que este es el precepto que determina la ley aplicable a las obligaciones contractuales en general. Lo mismo cabe decir respecto del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales⁶⁴, de cuyo ámbito de aplicación aparece expresamente excluido los regímenes matrimoniales.

La razón material de estas exclusiones, es la existencia de una norma *ad hoc* de Derecho Internacional Privado que impone una regulación separada. En efecto, el artículo 9.3 determina la ley aplicable a los pactos o capitulaciones matrimoniales, siendo en este punto indiferente la eventual calificación contractual de aquellos.

En general, los contratos de Derecho de familia y sucesorio no resultan atraídos por el artículo 10.5 precisamente, por ese carácter familiar o sucesorio que los configura de forma especial. No obstante, no siempre existe una norma de conflicto que se encargue de su regulación. En defecto de esta, aquellos contratos quedan subordinados a la relación de la que deriva denominándose por ello, "contratos dependientes de una relación cualificante"⁶⁵. Los pactos y capitulaciones matrimoniales resultan una excepción, por la regulación independiente (incluso de aquella relación) a la que, como se ha visto, están sometidos.

La influencia que la norma de conflicto actual, tiene en la delimitación del supuesto de hecho, al dotarle de una regulación separada de la meramente contractual, contrasta con la interpretación que una parte de la doctrina trató de hacer de su antecesora.

⁶⁴ Hecho en Roma el 19 de junio de 1980 BOE 171, de 19 de julio de 1993 corr. de errores BOE nº 189, de 9 de agosto de 1993 v. art. 1.

⁶⁵ V. en este tema VIRGOS SORIANO M. "Obligaciones contractuales" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1993 p. 195 a 289, en especial p. 201-202 y "Obligaciones contractuales" en *VVAA Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid 1995 p. 143 a 240, en especial p. 145.

El antiguo artículo 9.3 disponía que *las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos, se regirán por la misma ley que las relaciones personales*. Según la interpretación sostenida por una parte de la doctrina, la ley de cualquiera de ellos determinaba la admisibilidad, por aquellos ordenamientos, de la posibilidad de celebrar capitulaciones. El contenido de aquellas vendría determinado sin embargo, por la ley que los cónyuges eligieran de acuerdo a las conexiones recogidas en el artículo 10.5.

Conforme a esta interpretación, la norma de conflicto no lograba dotar a las llamadas relaciones patrimoniales, de una regulación independiente. Esta postura doctrinal, como se verá posteriormente en un análisis más detallado, respondía a una problemática muy concreta que hoy no se reproduce. Se trataba de ampliar la posibilidad de pacto que, de acuerdo a la anterior regulación, quedaría reducida a los pactos o capítulos conformes a la ley personal de los cónyuges.

En la regulación actual, como ya se ha señalado, el Código Civil parte de una calificación contractual de los capítulos matrimoniales, pero a la hora de determinar la ley aplicable, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, el legislador opta por una regulación separada e incluye a los regímenes matrimoniales dentro de la categoría de efectos del matrimonio⁶⁶. Desde esta perspectiva, todos los efectos del matrimonio se regirán por la misma ley, salvo el supuesto en que los cónyuges decidan celebrar

⁶⁶ Art. 9.3 CC, parecida solución sigue el Código alemán en su art. 15 donde indica que el régimen matrimonial se rige por la ley que gobierna los efectos generales del matrimonio en el momento de su celebración. Loi de 25 de julio de 1986 de reforma de derecho Internacional Privado, (*Bundesgesetzblatt*, 30 de julio de 1986, n° 37, p. 1142 y ss). El art. 30 de la Ley italiana de reforma del Derecho Internacional privado señala que las relaciones patrimoniales entre cónyuges se regularán por la ley aplicable a sus relaciones personales. (Ley 31 de mayo de 1995 n° 218 Gazz. uff., suppl. ord. n° 68 al n° 128 de 3 de junio de 1995 v. *Riv. dir. int. pr. proc.* abril-junio 1995 p. 511 a 525).

capitulaciones matrimoniales, en cuyo caso habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 9.3

Esto no siempre es así en el derecho comparado. En otros sistemas la calificación de régimen matrimonial, merece su inclusión en la categoría de los contratos, si bien dentro del ámbito matrimonial y por tanto, con una regulación específica independiente de la regulación contractual general. En lo que aquí interesa, la consecuencia de tales normativas es, que con independencia de la ley que eventualmente rija los efectos generales del matrimonio, el régimen económico matrimonial se regirá por el derecho elegido por los esposos, sin que aquella tenga efectos en este ámbito, aún en el supuesto en que los cónyuges no hayan pactado⁴⁷. En este último caso, se establece una norma específica que determinará el derecho aplicable, en defecto de elección por los cónyuges de aquel.

¿Qué consecuencias podría tener esta diferente regulación? en principio, esto no tendría más repercusión que la que se derivaría de una posible determinación de la ley aplicable diferente; así cada sistema, al partir de una calificación distinta, esto es, categoría contractual independiente de los efectos generales del matrimonio o efectos del matrimonio, remitiría probablemente a leyes diferentes. Como se verá más adelante, las soluciones a las que conducen la aplicación de las leyes, fruto de la divergente regulación del régimen matrimonial son, no obstante, similares⁴⁸. Esta es

⁴⁷ Como ocurre en la ley Federal Suiza sobre el Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987 o en el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, en los cuales y con relación a los regímenes matrimoniales se utiliza el término "contrat de mariage", además de establecer una regulación independiente de los efectos generales del matrimonio. El convenio porque no regula tal materia, sólo los regímenes matrimoniales desde la configuración internacional privatista, y la ley suiza porque dedica el art. 48 a la ley aplicable a los efectos del matrimonio y los arts. 52 y 54 al derecho aplicable al régimen matrimonial en el supuesto de elección de ley aplicable a sus cónyuges o en su defecto.

⁴⁸ GANNAGE P: "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 81 (3) juill-sept. 1992. p. 425 a 454, en este punto p. 441 a 443.

una de las consecuencias que la penetración de la autonomía de la voluntad provoca en este ámbito.

3. AMBITO MATERIAL DE LA NORMA DE CONFLICTO

3. a) La extensión del concepto "régimen económico matrimonial" en el Derecho Internacional Privado español

El término régimen económico matrimonial, aparece en diferentes artículos del Código Civil y Compilaciones. La cuestión que en este punto se pretende resolver, es si siempre se utiliza con la misma extensión, es decir, si el supuesto de hecho configurado por aquel término es el mismo en las diferentes normas que se refieren a él.

Los artículos 1315 y 1325 del Código Civil configuran el contenido de las capitulaciones matrimoniales; éste, no es otro, que el régimen económico matrimonial, el cual puede ser estipulado, modificado o sustituido por los otorgantes en capitulaciones matrimoniales.

De manera similar, las diferentes leyes civiles autonómicas establecen como en capitulaciones matrimoniales, los otorgantes podrán determinar el régimen económico matrimonial. Si bien, hay Compilaciones como la aragonesa y la navarra que no utilizan ese término. Optan por expresiones que evocan un contenido más amplio que el sólo régimen económico matrimonial. En la aragonesa el contenido de la capitulación matrimonial lo constituirá "las estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio", mientras que en la navarra se indica que las capitulaciones matrimoniales podrán establecer libremente cualquier "régimen de bienes de la familia"⁹⁹.

⁹⁹ Art. 25 de la Compilaciones de Derecho Civil de Aragón y Ley 80 del Fuero Nuevo de Navarra.

El artículo 9.3 del Código Civil, en su comienzo, alude igualmente al contenido analizado, en conexión por lo demás, con lo preceptuado en el artículo 1315 y 1325: *los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio...*

Hasta aquí, se produce una coincidencia clara en lo que se podría llamar contenido típico y directo de las capitulaciones, esto es, en lo que LACRUZ definió como *negotium* (estipulación capitular) y distinguió del *instrumentum*²⁰. Tal contenido²¹ estaría formado por dos grupos de disposiciones, que pueden aparecer interrelacionadas, a saber:

A. Todas las relativas a los aspectos "prácticos" del régimen económico matrimonial. Por tales hay que entender los referidos a la titularidad de bienes, administración de los mismos, incluso posibles aspectos de la disolución del régimen.

B. El establecimiento del régimen, siendo viable en este punto varias opciones: elegir uno de los regímenes estipulados en los sistemas jurídicos, o modificar algún aspecto del mismo, pactar un régimen atípico, distinto del régimen legal, incluso incluyendo alguna característica de éste, o bien modificar el régimen anterior sea legal o pactado, o sustituir el régimen pactado o legal por otro

²⁰ LACRUZ BERDEJO J. L. "Capítulos matrimoniales y estipulación capitular" *op. cit.* en especial p. 7 a 9. Referencia al origen doctrinal de esta distinción en BAYOD LOPEZ C. *Sujetos de las capitulaciones ... op. cit.* p. 30.

²¹ AMORES CONRADI M. "artículo 9. apartados 2 y 3" *op. cit. Comentarios... EDERSA* p. 187 "...se admite la posibilidad de que los cónyuges confeccionen a su voluntad un régimen específico sobre la titularidad de sus bienes, la administración de los mismos y la disolución de la eventual comunidad que instituyan (siempre que respeten los límites impuestos en los art. 1315 a 1335), o bien simplemente incorporen como contenido de su voluntad uno de los regímenes previstos en el Código, con las modificaciones que deseen establecer, o no ejerzan tal posibilidad, en cuyo caso les será de aplicación el régimen de la sociedad de gananciales (art. 1316)."

(modificación de los capítulos)⁷². Todo ello, dentro del marco ofrecido por el artículo 9.3 desde el punto de vista internacionalista.

A todas estas posibilidades debe añadirse una que se configura desde el ámbito exclusivo del Derecho Internacional Privado. Es posible que los cónyuges efectúen una elección de ley aplicable, siendo esta la estipulación expresa que configurará el régimen económico matrimonial. No se tratará por tanto, de un contrato matrimonial en el que se delimita el concreto régimen económico matrimonial de una manera más o menos exhaustiva. Por el contrario, se tratará de un simple estipulación que contendrá la elección de ley aplicable y que desde esta perspectiva, se integrara en el *instrumentum capitular*.

El pacto de ley aplicable resulta perfectamente admisible desde los postulados del artículo 9.3. Cuando este precepto acepta que en los pactos o capitulaciones se estipula el régimen económico matrimonial, lo que está reconociendo es la posibilidad de que los cónyuges acuerden, convengan o concierten⁷³ el régimen económico matrimonial y esto es posible a través de la elección de ley aplicable.

En efecto, los cónyuges pueden elegir el derecho que se aplicará a su régimen, sin verse obligados a escoger uno de los concretos sistemas que el ordenamiento de referencia permite. Con esa simple designación, basta para concretar sus deseos acerca de

⁷² El código Civil establece como si el régimen pactado se hace ineficaz, se aplicará el régimen de gananciales. Así se deduce del art. 1316 del CC que establece que "a falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales." y en el supuesto de que las partes pacten que no les será de aplicación el régimen de gananciales y no opten por ningún otro, el régimen será el de separación. El art. 1435.2 señala como existirá entre los cónyuges separación de bienes "cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no registrará entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes."

⁷³ Es este el significado del verbo estipular "convenir, concertar, acordar" *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid 1992.

cual será el régimen que se aplicará a su economía familiar, esto es, el régimen legal previsto en el ordenamiento de su elección. Esta posibilidad es además, directamente aceptada en el artículo 9.3 con el empleo de la expresión "pacto", por cuanto de lo que se trata en definitiva, es de un pacto sobre ley aplicable⁷⁴.

La mayoría de las legislaciones de Derecho Internacional privado acogen presisamente, la posibilidad de elección de ley aplicable, configurando por tanto, normas de conflicto que admiten la autonomía de la voluntad de los cónyuges, en el ámbito conflictual propio de esta disciplina. No se reproduce en consecuencia en aquellas, la técnica normativa empleada en el Código Civil español⁷⁵.

Debe señalarse además, en relación a este tema que todas las posibilidades de pacto del contenido material del régimen económico matrimonial presuponen, como no puede ser de otra manera, la elección del derecho aplicable. Los cónyuges escogen un régimen, lo sustituyen o lo modifican en el marco de una ley que, se entiende, les es aplicable y que debe coincidir con alguna de las señaladas en el artículo 9.3 del Código.

Esta misma argumentación, se sigue en el caso en que los cónyuges que quieran pactar su régimen, posean diferente vecindad civil. La remisión que el artículo 16 del Código Civil hace a las normas contenidas en el capítulo IV, justifica esta afirmación. Por consiguiente, los cónyuges de diferente vecindad civil podrán elegir la ley aplicable, según lo dispuesto en el artículo 9.3, sin necesidad de más concreción.

⁷⁴ AMORES señala como el artículo 9.3 admite "... de modo implícito, el que los cónyuges simplemente se remitan a uno de los ordenamientos mencionados para regir conforme a él sus relaciones patrimoniales..." AMORES CONRADI M. "efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid 1995 p. 329 a 354, en especial p. 341 v. al respecto Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de octubre de 1993 en *R.G.D.* 1994 n° 594 p. 2507-2508.

⁷⁵ Sobre esta cuestión v. el análisis que se hace de la autonomía material y la autonomía conflictual en este ámbito, capítulo II.

Hasta aquí se ha desarrollado lo que sería el contenido típico de la estipulación capitular, que contendría el pacto o capitulación. Como se ha visto, este coincide en toda concepción que tanto el Código Civil como las distintas leyes civiles autonómicas tienen de él y que cristaliza en las diferentes normas jurídicas, a salvo del pacto sobre ley aplicable típico de la normativa internacionalista. La problemática se suscita no respecto del contenido típico sino, en lo que podíamos llamar contenido amplio de las capitulaciones.

Desde este punto de vista la capitulación debe ser entendida como un acto complejo⁷⁶, que no sólo va a estar protagonizado por la institución de un determinado régimen económico matrimonial sino que, en él pueden figurar disposiciones de diferente carácter que, en principio, no han de reunir más que una característica: el que se refieran a negocios jurídicos que puedan constar en escritura pública⁷⁷.

Ello es así, en cuanto que la escritura pública es el documento en que han de constar las capitulaciones, siendo éste un requisito de forma *ad solemnitatem* que exige el Código Civil y el resto de leyes autonómicas⁷⁸. Esta concepción coincide con lo que

⁷⁶ La Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975, señalaba como las capitulaciones matrimoniales son "un acto de carácter complejo en el cual no se contiene solamente el pacto de los contrayentes dirigido a estatuir el régimen económico matrimonial, sino que, a veces, incorporan también disposiciones hechas en favor de los dos contrayentes o de uno de ellos por otras personas". BOE n° 107, de 5 de mayo de 1975.

⁷⁷ LETE DEL RIO J.M y ALVAREZ CAPEROCHIPÍ "Notas sobre 'mutabilidad'..." *op. cit.* p. 188 "El objeto de los capítulos matrimoniales es, principalmente, la determinación del régimen económico matrimonial que va a regir, o bien su alteración o modificación. Sin embargo los capítulos, al utilizar la forma pública, pueden contener otro tipo de cláusulas, cuya virtualidad no está en relación con el régimen económico del matrimonio (v. gr. el reconocimiento de la filiación natural de un hijo, un reconocimiento de deuda, la novación de una obligación etc...)."

⁷⁸ Art. 1327 CC, art. 25 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, art. 12 de la Compilación Catalana, art. 3 de la Compilación de Baleares, Ley 79 de la Compilación navarra, art. 93 de la Ley del Derecho Civil foral del País Vasco.

LACRUZ denomina *instrumentum nupcial*, en el cual cabrían pactos que aún sin tener relación con el matrimonio, pueden costar en escritura pública⁷⁹.

Todos estos pactos quedarán fuera de lo que desde una perspectiva internacional privatista, debe ser entendido por pacto o capitulación matrimonial, ya que no forman parte de la esencia del régimen económico matrimonial y pueden establecerse fuera de las capitulaciones. El propio texto del artículo 9.3 constata este argumento, ya que en ningún momento alude, ni da la posibilidad, de que aquellos existan. La consecuencia por tanto, no puede ser otra que la no aplicación de dicho precepto, a los pactos que los cónyuges puedan celebrar sobre cuestiones ajenas a su vida económica matrimonial⁸⁰.

Entre lo que podríamos llamar una concepción típica del régimen económico matrimonial y esta concepción amplia de las capitulaciones que atiende a lo que, como escritura podría figurar en ellas, existe una concepción intermedia que supone la inclusión junto al contenido típico del régimen, de disposiciones por razón del matrimonio que los cónyuges pueden estipular modificar o sustituir. Así, se incluiría los pactos económicos que no modifican el régimen, como las donaciones por razón del matrimonio o los pactos sucesorios.

⁷⁹ En este sentido LACRUZ BERDEJO señala como "En el *instrumentum nupcial* caben pactos de muy diversa índole; por de pronto, y aún sin relación con el matrimonio, cualesquiera negocios de los que pueden constar en escritura pública; además, negocios familiares y sucesorios cuyo contenido tampoco es 'matrimonial' ". LACRUZ *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de familia*, Barcelona 1982 p. 318.

⁸⁰ Es por ello, que en principio el artículo 9.3 no debe tener aplicación, en el supuesto de declaración de nulidad de un contrato de compra-venta relativo a un inmueble sito en España, concluido por un cónyuge de nacionalidad alemana con compradores de la misma nacionalidad; pese a que el carácter del bien y el régimen matrimonial, juegan como datos previos a tal pronunciamiento. SAP de Barcelona de 13 de junio de 1989 R.G.D. n°343, 1989 v. Comentario CUERTERO RUBIO M.V. en *REDI* 1990 n° 2 602 a 606.

Es el artículo 1325 del Código el que da entrada a estos actos que pueden figurar en capitulaciones matrimoniales, al señalar, su inciso final, que *los otorgantes podrán estipular modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualquier otra disposición por razón del mismo*⁸¹.

Los Derechos civiles autonómicos tienen, como ya se ha tenido ocasión de apuntar, un elenco de disposiciones por razón del matrimonio, que componen el contenido de sus capitulaciones matrimoniales. Entre ellas destacan, de manera principal, las disposiciones relativas a las donaciones por matrimonio y los pactos sucesorios. No hay que olvidar en este tema, la importancia que en las capitulaciones autonómicas típicas, representa la finalidad sucesoria, la conservación de la Casa. De ahí que sean tan relevantes tales disposiciones.

En este punto se debe plantear, si lo que se ha denominado concepción intermedia de las capitulaciones matrimoniales, integrará el supuesto de hecho del artículo 9.3. El estudio del precepto conduce a pensar que, al igual que ocurría con la concepción amplia de las capitulaciones, esas disposiciones no se incluirán dentro de los pactos o capitulaciones, que constituyen el supuesto de hecho de la norma y ello, por varios motivos.

Si el legislador hubiera querido incluirlas, lo hubiera hecho agregando la expresión utilizada en el artículo 1325 *o cualquier otra disposición por razón del mismo*; al no haberlo hecho, no hay ninguna razón, al menos desde el punto de vista de la mera interpretación gramatical, que justifique tal inclusión.

⁸¹ Respecto de éste inciso, se planteó un problema de interpretación, ya que no aparece claro si "la disposición por razón del mismo" se está refiriendo al régimen económico matrimonial o al matrimonio, siendo muy diferente el contenido de las capitulaciones, según atendamos a una interpretación o a otra. Parece sin embargo que, como se deduce de un estudio interpretativo, se refiere a los pactos que se establecen por razón del matrimonio. En este punto v. el examen que sobre esta cuestión realiza AMORÓS GUARDIOLA M. "De las capitulaciones matrimoniales" *op. cit.* p. 1520 a 1523 " ...cuando el art. 1325 habla de 'estipulación por razón del mismo' se está refiriendo a aquellos pactos que se establecen por razón del matrimonio y no sólo los vinculados a la disciplina del régimen económico matrimonial. Con una matización, y es que tales estipulaciones han de ser de índole económica, no estrictamente personal."

Por otro lado, esas disposiciones que por razón del matrimonio podrían constar en capitulaciones, tales como las donaciones o los pactos sucesorios, son objeto de regulación de otras normas de Derecho Internacional Privado, que determinarán las leyes a aplicar, y que no tienen por qué coincidir con las señaladas en el artículo 9.3^o.

Todo este estudio lleva a concluir que el contenido de las capitulaciones matrimoniales, desde el punto de vista del Derecho Internacional privado, viene determinado por la regulación del régimen económico del matrimonio, esto es, la estipulación, modificación o sustitución del mismo así como, los pactos sobre ley aplicable al régimen. Quedará por tanto, fuera de aquél cualquier otra disposición, que si bien puede formar parte de las capitulaciones en las concepciones del Derecho interno del Código Civil y demás ordenamiento civiles autonómicos, no integrarán el supuesto de hecho al que se refiere el artículo 9.3 del Código Civil.

Esta es pues, la respuesta al planteamiento que al principio del epígrafe se hacía. Los términos capitulación matrimonial y régimen económico matrimonial son utilizados por el legislador en diferentes normas, pero la extensión de su alcance no es la misma en todas ellas⁶⁵. Así destaca, frente a un concepción predo-

⁶⁵ Las donaciones entre cónyuges aparecen incluidas en el artículo 10 apartado 7 v. BORRAS ALEGRIA "Artículo 10, apartado 7" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T. I vol 2^o EDERSA, Madrid 1995 p. 704 a 710, y los pactos sucesorios aparecen regulados en el artículo 9.8 v. CALVO CARAVACA A.L en *VVA Comentarios al Código Civil y. op. cit.* Edersa p. 390 a 391.

⁶⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, estudió la extensión del concepto de "régimen económico matrimonial" en el derecho interregional en 1976, llegando también, en ese momento, a conclusión parecida. "...quizás la extensión del concepto sea algo distinta en cada caso o grupo de casos, dependiendo de las distintas consecuencias que el precepto impone." "...el legislador ha utilizado de forma algo distinta -no esencialmente pero sí en sus límites- el concepto de régimen económico matrimonial, en razón del ámbito de problemas que aborda en cada caso, de modo funcionalmente vinculado a la solución pretendida. Al interprete, por más que esta variedad -acaso inevitable- le enoje, no queda sino comprobar la diversidad y tratar de precisar los límites propios de cada caso, según el contexto y la finalidad pretendida." DELGADO ECHEVERRÍA J. "Las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el derecho interregional" en *op. cit.* p. 31 a 33.

minantemente amplia, la propia concepción internacional privatista que evoca un contenido típico y esencial del régimen económico matrimonial que ha de ser objeto de pacto o capitulación, coherente por lo demás con la propia concepción que de ellos se tiene en Derecho Internacional Privado comparado.

3. b) Materias excluidas

A través de los pactos o capitulaciones matrimoniales, los cónyuges establecen su régimen económico matrimonial. Si bien, la idea de régimen matrimonial refiere a un concepto más o menos claro, esto es, reglas relativas a la organización de las relaciones pecuniarias entre los esposos, el contorno de esta institución se torna oscuro, a la hora de determinar el conjunto de problemas que lo integran.

A un nivel internacional y de Derecho comparado es muy difícil señalar con precisión cual es el contenido de los regímenes matrimoniales, no sólo porque este puede variar de unos sistemas a otros, incluso ser desconocido, sino porque existe lo que se ha dado en llamar "una zona gris"⁴⁴, que se compondría de cuestiones que por estar en la frontera con otros ámbitos del derecho, podrían escapar o no, a la formación de lo que se entiende por contenido del régimen económico matrimonial.

Lo que en todo caso aparece con total nitidez, es el carácter económico del régimen. Como ya se ha señalado, el fin de las capitulaciones matrimoniales es la regulación de los intereses patrimoniales de los cónyuges⁴⁵, de lo que se deduce con facilidad, el carác-

⁴⁴ Respecto de esta "zona gris" VON OVERBECK señalaba "Etant donné que le domaine du régime matrimonial, et sa délimitation par rapport à d'autres domaines du droit, et notamment par rapport au droit successoral, diffèrent selon les Etats, il faut se résigner à ce qu'il y ait une 'zone grise' qui sera tantôt considérée comme soumise à la Convention, tantôt comme lui échappant." VON OVERBECK "rapport explicatif." *op. cit.* p. 142 n° 18.

⁴⁵ AMOROS GUARDIOLA M. "De las capitulaciones matrimoniales" *op. cit.* p. 1522 "...el fin de las capitulaciones es la regulación de los intereses patrimoniales, no personales, de los cónyuges."

ter económico que el régimen matrimonial presenta, acorde con su finalidad, y con el hecho de que las relaciones personales a que el matrimonio da lugar, son objeto de otra regulación distinta que cristaliza en el supuesto de hecho de otra norma, que será la que determine la ley a aplicar (9.2 CC).

Sin embargo, ese carácter económico no es una herramienta eficaz, para delimitar las cuestiones que alberga el ámbito material del régimen económico matrimonial. Esto, junto con la dificultad de definir el contenido de los regímenes, hace que se intente una delimitación negativa de aquél, como ya hiciera el Convenio de La Haya sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales⁶⁶. Para ello, bastará con señalar las materias que, aún relacionadas con el concepto de régimen matrimonial, se excluirán de él para quedar reguladas por normativa independiente. Bien entendido que esta operación, entronca directamente con las actuales tendencias de Derecho Internacional Privado a la especialización de las normas de conflicto y en general, a la sectorialización.

La primera de las exclusiones es la relativa a las obligaciones alimenticias. Existe una razón muy concreta que recomienda tal exclusión; en casi todas legislaciones, esta temática escapa a la libre disposición de los cónyuges, no pudiéndose, por motivos obvios, hacer una exclusión de esa obligación a través de un régimen pactado⁶⁷. En términos parecidos se plantea la cuestión en nuestro sistema.

Se ha de partir de la consideración de que el derecho de alimentos es una carga del matrimonio. Por carga del matrimonio ha

⁶⁶ Art. 1 del Convenio: "La presente Convención determina la ley aplicable a los regímenes matrimoniales. No se aplica:

1. A las obligaciones alimenticias entre esposos.
2. A los derechos sucesorios del cónyuge superviviente.
3. A la capacidad de los esposos."

⁶⁷ VON OVERBECK señalaba en este sentido "...Mais la disposition signifie en tout cas que la loi applicable aux obligations alimentaires prime et qu'un époux ne saurait se soustraire à celle-ci au moyen d'un contrat de mariage." VON OVERBECK "rapport explicatif..." *op. cit.* p. 151 n° 60.

de entenderse el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia. Ello se deduce del artículo 1362.1º del Código, que establece esos gastos a cargo de los bienes comunes, dentro de la sociedad de gananciales⁶⁶.

Estas cargas del matrimonio no son más que necesidades que surgen de la convivencia matrimonial y familiar y como tales, deben ser cubiertas. Para ello el legislador establece que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1318) y ello, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial que los cónyuges hayan establecido. Esta disposición es imperativa y queda, por tanto, a salvo de un eventual pacto entre los cónyuges⁶⁷.

Es por tanto, la configuración del derecho de alimentos como una obligación, la que impide la inclusión de un pacto sobre ellos en capitulaciones matrimoniales. No obstante, se trata de una cuestión muy cercana al régimen matrimonial y que conviene delimitar claramente pues, de su diferente calificación, dependerá la normativa a aplicar.

Es muy significativa en este tema, aunque en el contexto del *exequantur*, la Sentencia de 27 de febrero de 1997 del Tribunal de

⁶⁶ V. LOPEZ Y LOPEZ A.M. "Matrimonio y régimen económico matrimonial" en *VVAA Derecho de familia*, Valencia 1991, p. 173 a 211, en concreto p. 178-179 o en el mismo sentido HERRERO GARCIA M. J. "artículo 1318" en *VVAA Comentario del Código Civil* tomo II Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 578 a 583 en especial 579-580.

⁶⁷ AMOROS GUARDIOLA M. plantea esta cuestión en términos similares "¿Podrá pactarse un derecho de alimentos entre cónyuges e incorporar ese pacto a las capitulaciones? En principio no, porque la asistencia económica a cada cónyuge es una carga del matrimonio, a cuyo cumplimiento están afectos los bienes de los cónyuges (arts. 1318, 1362.1 y 1438), y por eso se entiende que el derecho de alimentos a favor de un cónyuge sólo juega cuando se ha producido la separación, el divorcio o la nulidad (arts. 90.c y 93). Mal podrá establecerse el derecho de alimentos para una situación en que ya no habrá, o puede no haber, régimen económico matrimonial." AMOROS GUARDIOLA M. "De las capitulaciones matrimoniales" *op. cit.* p. 1526-1527.

Justicia de las Comunidades Europeas⁸⁰. En ella se determina la aplicación del Convenio de Bruselas, respecto de una Sentencia sobre la que se duda en calificar como resolución dictada en materia de alimentos o en materia de regímenes matrimoniales. De acuerdo a la primera calificación se aplicaría el Convenio (art. 5.2). Si por el contrario, procediera la segunda calificación entonces, sería clara su exclusión; así, lo dispone el artículo 1^o.1 del mismo cuerpo legal⁸¹.

El origen de la polémica parte de los siguientes hechos: Un matrimonio celebrado en Holanda en 1957 y que se rige por el régimen de comunidad de bienes, decide otorgar capitulaciones matrimoniales también en Holanda en 1980, estableciendo un régimen de separación de bienes. El matrimonio se traslada a Londres en 1982 y en 1990 se disuelve. La esposa presenta un demanda incidental, que tenía por objeto obtener una liquidación completa de los efectos económicos del divorcio. El tribunal inglés decide que deberá de entregársele un capital, que evitaría que se debiera de pagar periódicamente una pensión alimenticia. El Tribunal Holandés al que se solicita el *exequatur* plantea la cuestión de origen.

La solución que da el Tribunal viene a clarificar y separar los dos conceptos⁸². En concreto, señala como una resolución *dictada en el contexto de un proceso de divorcio, por la que se ordena el pago de una cantidad global, así como la transmisión de la propiedad de determinados*

⁸⁰ Asunto C-220/95 *Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de primera instancia de las Comunidades Europeas* n° 7/97 p. 6 a 8.

⁸¹ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 DOCE n° C 189, de 29 de julio de 1990 art. 1^o.1 "Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Convenio:

1. El estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones."

⁸² V. Comentario a la Sentencia BORRAS A. y VILA B. "Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas" en *R.J.C.* 1997.4 p. 246 a 250.

bienes de uno de los esposos a favor de su excónyuge, hace referencia a obligaciones en materia de alimentos y, en consecuencia, queda comprendida dentro del ámbito de aplicación del convenio de 27 de septiembre de 1968..., en la medida en que tenga por objeto garantizar la manutención de dicho cónyuge. El hecho de que el juez del Estado de origen haya descartado, en el marco de su resolución, la aplicación de unas capitulaciones matrimoniales carece de importancia a este respecto.

Se tratará de un obligación de alimentos, puesto que el objetivo último es garantizar la manutención del cónyuge, y no el mero reparto de bienes entre aquellos. Es esto, lo que justificaría que la capitulación matrimonial no tuviera efecto. En el caso en que la sentencia versara sobre el régimen matrimonial entonces, debería de atenerse a lo pactado.

En este punto, no debe llevar a error el hecho que se ordene el pago de una cantidad global y no el pago de una pensión periódica. Este podrá ser considerado también, pago de alimentos siempre que sea esa finalidad, y aún cuando conlleve la transmisión de propiedad de bienes entre los cónyuges⁹⁵.

Por lo que respecta a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, el Convenio de La Haya de 1973 de aplicación universal, desplaza la solución de derecho autónomo en este tema⁹⁶. La única excepción a la solución general, la constituye las obligacio-

⁹⁵ Esta es la conclusión del abogado general JACOBS E.G. (conclusiones presentadas el 12 de diciembre de 1996) "El hecho de que la resolución por la que se ordene el pago de una cantidad global ordene asimismo la transmisión de la propiedad de bienes entre los cónyuges no impide, en sí mismo, que dicha obligación sea una obligación en materia de alimentos" v. Sentencia *op. cit.* p. 8.

⁹⁶ V. DOMINGUEZ LOZANO P. "artículo 9 apartado 7" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* EDERSA, Madrid 1995 p. 296 a 350 en especial 318 a 320 y "Alimentos" en *VVAA Derecho Internacional Privado. Parte especial*. Madrid 1995. p. 377 a 389. Respecto a la posible aplicación con carácter residual del art. 9.7 del CC v. PEREZ RODRIGUEZ M. "la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en España y el Derecho convencional internacional" en *Revista del Foro Casario*, 1990, p. 65 a 107.

nes alimenticias entre esposos divorciados, en cuyo caso la ley aplicable será la del divorcio, lo mismo que en el supuesto de separación, nulidad o anulación del matrimonio⁶⁵.

La segunda materia objeto de exclusión, es la relativa a los derechos sucesorios del cónyuge superviviente. Existe una íntima relación entre la Ley sucesoria y la del régimen económico matrimonial⁶⁶, que deriva de la propia dependencia entre los derechos hereditarios y la participación del cónyuge superviviente en la sociedad conyugal⁶⁷. Sin embargo, esta estrecha relación no cristaliza en un compartimento de las cuestiones que integran el régimen económico matrimonial.

Lo cierto es que tal exclusión, no viene a resolver los problemas de calificación y adaptación que en este tema pueden produ-

⁶⁵ Art. 8 del Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias hecho en la La Haya el 2 de octubre de 1973 B.O.E nº 222, de 16 de septiembre de 1986 "No obstante lo dispuesto en los artículos 4º a 6º, la ley aplicable al divorcio regirá las obligaciones alimenticias entre esposos divorciados y la revisión de las decisiones relativas a estas obligaciones, en el Estado contratante en que el divorcio haya sido declarado o reconocido.

El párrafo precedente se aplicará también a los supuestos de separación de cuerpos, nulidad o anulación del matrimonio." v. en general VON OVERBECK "Les nouvelles conventions de La Haye sur les obligations alimentaires" en *Ann. suisse dr. int.* 1973 p. 135.

⁶⁶ BOUZA VIDAL N. *Problemas de adaptación en Derecho Internacional Privado e interregional*, Madrid 1977, CALVO CARAVACA A.L señala como "los regímenes económico matrimonial y los sucesorios se encuentran relacionados entre sí como vasos comunicantes...". CALVO CARAVACA A.L "artículo 9, apartado 8" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. T. I vol. 2º EDERSA, Madrid 1995 p. 350 a 391 en especial p. 385.

⁶⁷ ZABALO ESCUDERO *La situación jurídica del cónyuge viudo*, Pamplona 1993 "La economía del cónyuge superviviente se encuentra en situación de dependencia de su régimen matrimonial..." p. 16 "...la cuantía en que se traducen los derechos hereditarios va a depender de la participación que el cónyuge viudo tenga en la sociedad conyugal. Y, es lógico que la cuota hereditaria que se atribuye al cónyuge en la sucesión esté en función de su participación en el patrimonio del matrimonio."

cirse; a parte de que el aplicar normas de conflicto diferentes a supuestos heterogéneos, puede llevar a romper el equilibrio que trata de lograrse entre débiles derechos matrimoniales y mas importantes derechos sucesorios o a la inversa⁹⁸. De ahí, que sea deseable una cierta correspondencia entre el régimen económico y el sucesorio.

El Convenio de La Haya sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, excluye de su ámbito de aplicación los derechos sucesorios. Se ha señalado, como supondría un progreso decisivo, el que los esposos tuvieran la posibilidad de designar, como aplicable al régimen matrimonial, la Ley que prevén regirá su sucesión⁹⁹; dejando a un lado el dudoso carácter práctico de tal afirmación¹⁰⁰, parece que existe una vía que vendría a resolver estos problemas de forma más efectiva. Se mantendría la exclusión de esta materia del régimen económico matrimonial, pero se lograría que la ley aplicable coincidiera. Se trata de la solución que acoge el Código Civil español.

La reforma introducida por Ley de 15 de octubre de 1990 incluye una disposición que unifica la Ley que rige estas dos cuestiones, de forma que será la Ley rectora de los efectos del matri-

⁹⁸ WIEDERKEHR G. "Régimes matrimoniaux" *Juris Classeur de Droit International*. Fasc. 556 n° 380, en el mismo sentido ZABALO ESCUDERO *La situación jurídica del cónyuge viudo*, Pamplona 1993 p. 17.

⁹⁹ VON OVERVECK señala "Il convient de souligner qu'à cet égard, l'avant-projet apporte un progrès décisif, du moins pour les époux qui font usage de la possibilité de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial. Ils pourront en effet désigner la loi dont on peut prévoir qu'elle sera applicable à leur succession." VON OVERBECK "rapport explicatif." *op. cit.* p. 151 n° 61.

¹⁰⁰ PEREZ VERA afirma frente tal argumento que "...parece un exceso optimista. Y es que, aparte de la aleatoriedad que puede resultar tal previsión, hay que ser consciente de que semejante esfuerzo coordinador sólo van a intentarlo los particulares con más medios económicos (que serán también, los mejor asesorados jurídicamente), con lo cual la pretendida solución carece del mínimo de generalidad que exige la justicia." PEREZ VERA E. "El anteproyecto de Convenio sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales..." *op. cit.* p. 214-215.

monio la que regirá igualmente, los derechos del cónyuge superviviente (art. 9.8 CC), proporcionando una solución a los ya mencionados, problemas de calificación y adaptación a que esta cuestión podría dar lugar.

Esta solución logra la aplicación de una ley única a cuestiones estrechamente relacionadas. Será la ley de los efectos del matrimonio la que regirá la liquidación del régimen económico matrimonial, (salvo que los cónyuges hayan pactado otra ley distinta) y la correspondiente atribución de derechos sucesorios al cónyuge superviviente, *a salvo siempre la legítima de los descendientes*.

Otra solución¹⁰¹ que trata de satisfacer el necesario ajuste entre los derechos sucesorios y el régimen económico matrimonial, es la que el Código Civil ofrece respecto de los conflictos interregionales que pueden plantearse en orden a la viudedad aragonesa¹⁰². En este caso se establece que *el derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación* y ello, aunque posteriormente cambie su vecindad civil. Asimismo, *el usufructo viudal corresponde también al cónyuge superviviente cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte* (art. 16 CC).

¹⁰¹ CALVO CARAVACA señala como "...cabe otra solución de carácter directo: ajustar el contenido material de los Derechos aplicables para eliminar la contradicción existente. Esta es la solución prevista por el legislador en Derecho interregional para el supuesto particular de la viudedad aragonesa, previsto en el art. 16. 2º, apartados primero y tercero, Cc. Pero, al margen de este supuesto específico, deberá de estar-se a la solución general ahora contenida en el inciso final del art. 9.8º Cc." CALVO CARAVACA A.L en *VVAA Comentarios al Código Civil y. op. cit.* Edersa p. 350 a 391, en especial p. 386-387 y "Sucesión hereditaria" en *VVAA Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid 1995. p. 393 a 422, en especial p. 417.

¹⁰² El artículo 16 trata de lograr en esta materia la necesaria adaptación, para que no se planteasen supuestos de superposición o en su caso privación de beneficios. Para un acercamiento general a esta cuestión v. DELGADO ECHEVERRÍA J. "artículo 16 apartado 2º" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T1 vol. 2º EDERSA, Madrid 1995 p. 1283 a 1301 en concreto p. 1288 a 1290.

Pese a la íntima relación que el régimen económico matrimonial y los derechos del cónyuge viudo presentan, y que, como se ha visto, exige un ajuste o adaptación entre ellos, hay que señalar, desde el punto de vista de la determinación del contenido de aquél, que se trata de cuestiones diferentes. Los derechos sucesorios no formarán parte del contenido estricto del régimen económico matrimonial, por más que esa cuestión, si se plantea en nuestros tribunales, reciba el mismo tratamiento que aquel, al ser la misma Ley la que se aplicará.

Por tanto, los derechos sucesorios no serán objeto de pacto o capitulación matrimonial, desde la perspectiva internacional privatista, ya que no están llamados a regir la vida económica del matrimonio, por cuanto sólo jugarán al momento de la disolución de este por muerte de uno de los cónyuges. Esta cuestión merece, como se ha indicado, un tratamiento específico y singular.

4. AMBITO PERSONAL EN EL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 9.3 CC

4.a) Elemento subjetivo

4.a) 1. *La condición de cónyuges*

"No hay matrimonio sin régimen económico matrimonial", de esta afirmación se deduce una conclusión fundamental, que ya se adelantaba en el epígrafe anterior: a falta de pactos o capitulaciones entre los cónyuges, se aplicará el régimen estipulado por la Ley, esto es, el régimen legal pues, la existencia de un matrimonio sin régimen económico matrimonial es imposible.

Sí invertimos los términos de la sentencia, aún se puede extraer otra conclusión más, "no hay régimen económico matri-

monial sin matrimonio"; en consecuencia, los sujetos de las capitulaciones matrimoniales, en las cuales se estipula el régimen económico que regirá la vida del matrimonio, son los cónyuges, ya que sólo ellos están unidos por matrimonio, a salvo de supuestos específicos de tradicionales capitulaciones civiles autonómicas.

Esta conclusión, tiene unas importantes consecuencias prácticas, pues constata la imposibilidad de que aquél sea pactado por personas solteras o por personas que pese a mantener una unión afectiva, ésta no ha adoptado la forma de matrimonio. Son las llamadas "uniones libres"¹⁰⁵ las cuales podrán no obstante, celebrar otro tipo de pactos.

Ahora bien, existe la posibilidad de que los futuros cónyuges estipulen su régimen económico matrimonial, antes de la celebración del matrimonio y así, se recoge en el Código Civil español en el artículo 1326¹⁰⁶. Este será el único supuesto en que personas no casadas puedan celebrar este tipo de pactos. La razón es que la finalidad de aquellas capitulaciones, es ordenar la vida económica de un inminente futuro matrimonio y por ello, se les permite capitular como si efectivamente, estuvieran casados. Las normas de referencia será por tanto, el artículo 9.2 y 9.3 del Código Civil.

En el caso en que ese futuro matrimonio no se celebre, es consecuencia inmediata la falta de efecto de todo lo que se pacto¹⁰⁷.

¹⁰⁵ CABRILLAC refiriéndose al Derecho francés señala, "Pas de régime matrimonial sans mariage, ce qui exclut l'application des règles des régimes matrimoniaux aux célibataires et surtout aux concubins." CABRILLAC R. *Droit Civil. Les régimes matrimoniaux*. Paris 1994. p. 13.

¹⁰⁶ Posibilidad que existe también, en Derecho comparado. El art. 1395 del Código Civil francés establece "Les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant la célébration du mariage et ne peuvent perdre effet qu'au jour de cette célébration" o art. 1391 del Código civil belga "le régime matrimonial, soit légal, soit conventionnel, prend effet, nonobstant toute convention contraire, à la célébration du mariage".

¹⁰⁷ Art. 1334 "Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año".

Esta sanción resulta coherente con la existencia misma de esta posibilidad. Si no existe matrimonio, no tiene sentido que pervivan unas capitulaciones que sólo estarán llamadas a producir efectos, respecto de un matrimonio ya celebrado.

Esta misma razón, es la que justifica la imposibilidad de celebración de capitulaciones matrimoniales, por aquellos que ni están ni van a estar unidos por el matrimonio. Esta conclusión, sin embargo, no goza de la opinión unánime de la doctrina¹⁰⁶. Frente a los que consideran que las relaciones económicas de las parejas de hecho, se pueden regular a través de normas propias del régimen económico matrimonial (ello, gracias a la invocación del principio consagrado en el Código Civil (art.1255) relativo a la libertad de pactos, el cual permitiría a los convivientes, con base a esa libertad, celebrar un contrato que acogiese algunos de los regímenes establecidos en el Código¹⁰⁷)

¹⁰⁶ V. los puntos de vista doctrinales y jurisprudenciales que sobre el tema recoge BAYOD LOPEZ C. "Parejas no casadas, capítulos matrimoniales, y normas de régimen económico matrimonial" en *R.C.D.J* año LXXI Enero-Febrero nº 626. p. 129 a 153, en especial p 137 a 140.

¹⁰⁷ Así FOSAR BELLOCH esboza "la posibilidad de reglamentar jurídicamente la unión por medio de un contrato, parecido a las capitulaciones matrimoniales, aunque, como es lógico, tenga grandes diferencias con el mismo." FOSAR BENLLOCH E. "La Constitución española de 1978 y la unión libre" en *R.J.C.* 1982 p. 885 a 934, en concreto p. 933 o CERDA GIMENO J. recuerda como "...la experiencia profesional muestra a diario..., buena serie de *convencios* estableciendo determinadas características de regímenes matrimoniales conocidos y adaptados a la peculiar situación de la pareja conviviente extramatrimonialmente. No tan sólo en orden a un régimen de comunidad de adquisición o sociedad de gananciales... sino también sistemas similares al régimen de separación de bienes o de separación con participación, e incluso aportaciones y prestaciones *en función de la convivencia*." CERDA GIMENO J. "La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho" en *B.I.M.J* 1988 nº 1482 p. 599 a 637, incluso LACRUZ admite, en una de sus obras últimas, que los convivientes podrían pactar régimen económico de gananciales, si bien, con cautela, utiliza el término de "equivalente", en concreto: "...un régimen de bienes societario equivalente -hasta cierto punto- a la comunidad conyugal legal...". LACRUZ "Convivencia more uxorio; estipulaciones y presunciones" en *Centenario del Código Civil (1889-1989)* t. I, Madrid 1990 p. 1061 a 1069, en especial 1069.

se encuentra otro sector doctrinal que, con diferentes argumentos, vienen a negar tal posibilidad¹⁰⁸.

La jurisprudencia española tradicionalmente, había sido contraria a los pactos celebrados por personas no casadas. Atendiendo al contexto social de aquel momento, se estimaba que los contratos que celebraban eran nulos, por cuanto la causa era ilícita, y se consideraba inmoral tal relación¹⁰⁹. Esta orientación cambia a raíz de una serie de Sentencias, que muestran un claro aperturismo respecto a este tema.

El primer cambio lo constituye la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986¹¹⁰; en ella se declara la licitud de un contrato, celebrado por una pareja de hecho, por el cual se sometían al régimen legal de gananciales:

¹⁰⁸ Entre otros VIDAL MARTINEZ J. "Aplicación del régimen de sociedad de gananciales a una relación y convivencia no matrimonial. Convenio económico. Validez (comentario de urgencia a la sentencia de 21 de abril de 1986 de la Audiencia Provincial de Córdoba) *R.G.D* octub.-nov. 1986 p. 4303 a 4317, ESTRADA ALONSO E. *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Madrid 1986 p. 157 y s., o BAYOD LOPEZ que señala como "el artículo 1255, a lo que creemos, no es argumento suficiente y bastante para admitir que los componentes de la unión libre, en el sentido que la hemos definido, puedan convencionalmente regular sus relaciones patrimoniales mediante la asunción de normas económicas destinadas a la relación conyugal, puesto que dicha materia tiene una regulación especial y unos destinatarios particulares; los contrayentes o cónyuges. E incluso podría decirse que permitir a otros sujetos y mediante otras formas la asunción paccionada de normas de régimen económico sería contrario a la ley que establece el régimen jurídico de los capítulos matrimoniales." BAYOD LOPEZ C. "Parejas no casadas, capítulos matrimoniales, y normas de régimen económico matrimonial" en *op. cit.* p. 148.

¹⁰⁹ Sobre el particular v. FOSAR BENLLOCH E. "Análisis de la jurisprudencia española sobre las relaciones económicas de las uniones extramatrimoniales" en *R.G.L.J* 1983, p. 885 a 934 y ESTRADA ALONSO E. *Las uniones extramatrimoniales en op. cit.* p. 140 y s.s.

¹¹⁰ *La Ley* 1986-2 p. 729 a 732. En especial Fundamentos de Derecho segundo, tercero y cuarto. De este mismo año es otra sentencia que continúa con esa línea aperturista, aunque referida a una excepción a la prórroga de un arrendamiento urbano, en favor de una pareja de hecho y por asimilación del matrimonio. Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 15 de mayo de 1986 *La Ley* 1986-4 p. 199 a 201.

Hay que partir de la base de que si bien es verdad que el sistema económico de la sociedad de gananciales lo previene el Código para el matrimonio, lo cierto es que no existe precepto alguno que prohíba la celebración de un contrato en cuya virtud las partes convienen en hacer comunes para ambas las ganancias o provechos obtenidos indistintamente por cualquiera de ellas, mientras convivían maritalmente, siéndoles atribuidos por iguales partes a la terminación del contrato.

Se considera que las exigencias del artículo 1255 del Código, por las cuales esos pactos no pueden ser contrarios a las leyes, a la moral y al orden público se cumplen plenamente, por cuanto tales circunstancias... *evidentemente no concurren en el presente caso. La Sentencia declara la licitud del contrato, calificándolo de ciertamente encomiable, dado que la finalidad del mismo no es otra que la voluntaria ordenación de los medios económicos al cumplimiento de los sagrados e ineludibles deberes que la institución familiar impone y cuyo "reconocimiento respeto y protección ha de informar la práctica judicial"* (art. 53.3 C.E).

El Tribunal Supremo continúa con esta orientación, así hay sentencias muy significativas al respecto¹¹¹. En líneas generales, se reconoce como la existencia de pactos entre los convivientes vendrá a solucionar problemas económicos surgidos entre ellos¹¹². Ahora bien, la normativa referente al régimen económico matrimonial no podrá ser automáticamente aplicable, por cuanto la situación de origen no es un matrimonio; sin embargo, se reconoce la posibilidad de que los convivientes pacten una regu-

¹¹¹ V. comentarios de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R. "La parejas de hecho" en *Anuario Civil* 1993-I, p. 1830 y s.s y TORRES LANA "de nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas" en *Anuario Civil* 1993 II p. 2410 y s.s

¹¹² La Sentencia 469/92 de 18 de mayo conoce de una reclamación que presenta una mujer contra su excompañero por una parte de los bienes adquiridos, con el trabajo de ambos, constante la unión, y que figuraban a nombre de él. El Tribunal Supremo señala como los pactos de estas parejas vendrían a resolver los problemas económicos, así, afirma, no habrá que rechazar de plano la posible aplicabilidad de la normativa que disciplina el régimen ganancial matrimonial, si expresamente se pacta. R./ 1992, 4907 p. 6449 a 6453.

lación de su vida económica común, análoga a la establecida en la legislación para la unión matrimonial¹¹³.

De todo ello cabe concluir que los sujetos típicos de los pactos o capitulaciones matrimoniales son los cónyuges o futuros cónyuges, y en este último caso, aquellos sólo tendrán efecto a partir de la celebración del matrimonio. Las personas físicas que convivan juntas y que no estén unidas por el vínculo matrimonial, no podrán celebrar capitulaciones matrimoniales aunque si, pueden concurrir a la celebración de contratos que regulen su régimen económico¹¹⁴. A estos efectos, la Proposición de ley 122/000098¹¹⁵ arbitra el llamado contrato de unión civil y la ley catalana de uniones estables de pareja, prevé que los miembros de aquella, puedan celebrar pactos en que regulen sus relaciones patrimoniales; incluso la ley relativa a parejas estables no casadas aragonesa, prevé que tales pactos podrán adquirir el valor de capitulaciones matrimoniales, siempre que los miembros de la pareja contrajeran matrimonio y lo hubieran acordado en la escritura¹¹⁶.

¹¹³ En esta línea ha de encuadrarse también, la Sentencia 913/92 de 21 de octubre, la cual, tras manifestar que *la unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio*, señala como *la normativa reguladora del régimen económico-matrimonial no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero hecho del surgimiento de la misma, ello sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad ... de algún determinado régimen económico ... siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo*. R.J 1992, 8589 p. 11287 a 11291.

¹¹⁴ Ello facilitará la liquidación de las relaciones patrimoniales ESTRUCH ESTRUCH J. "La liquidación de las relaciones patrimoniales en las uniones de hecho" en R.G.D. mayo 1998 p. 5369 a 5395.

¹¹⁵ Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso DOGC 7 octubre de 1997 v. *Actualidad Civil* n° 41 1997 p. 2278 a 2282.

¹¹⁶ Ley catalana 10/1998, de 15 de julio de uniones estables de pareja BOE n° 198 de 19 de agosto de 1998, Ley aragonesa relativa a parejas estables no casadas BOA de 6 de abril de 1999.

4. a) 2. *Cónyuges y familiares*

La afirmación mantenida hasta aquí según la cual, los sujetos de las capitulaciones matrimoniales son los cónyuges o futuros cónyuges, requiere ser matizada. Históricamente esto no ha sido siempre así además, existen capitulaciones en que, junto a los contrayentes, intervienen otros sujetos.

En efecto, durante mucho tiempo las capitulaciones matrimoniales fueron pactos familiares, hasta el punto en que los auténticos inductores de ellas eran los ascendentes de los respectivos contrayentes. Esta realidad se veía agravada, por la falta de emancipación de la mujer en este periodo. Aquella influencia se fue minimizando, a la par que la evolución jurídica produjo la reforma de la regulación de los regímenes matrimoniales, hasta llegar a nuestro días²⁷.

El carácter familiar es sin embargo, propio las capitulaciones que se celebran en el ámbito civil autonómico y más en concreto en el marco de las familias patrivirolocales. El establecimiento a través de las capitulaciones, de las normas reguladoras del régimen económico familiar, exige que concurren a su celebración diferentes sujetos intervinientes. A ello hay que añadir, la posibilidad de convenir estipulaciones relativas al régimen sucesorio y aquellos otros pactos que se estimen convenientes que exigen igualmente, la intervención de otorgantes distintos de los contrayentes o cónyuges.

Precisamente, la participación de intervinientes no contrayentes en la celebración de los capítulos, hacía merecedores a estos de la calificación de plurilaterales, frente a las capitulaciones bilaterales en las que tan sólo intervendrían los cónyuges. Esta es una de las notas que adjetivaban a aquellas como especiales.

²⁷ Sobre este punto v. TERRE F. "La signification sociologique de la réforme des régimes matrimoniaux" en *L'année sociologique* 1965 p. 1 a 83.

Existe no obstante, un punto común entre estos dos tipos de capitulaciones, y es la posición jurídica de los cónyuges o contrayentes. Si bien, todos los intervinientes son partes de las capitulaciones matrimoniales, lo cierto es que no todos tienen la misma posición jurídica. En concreto, sólo los cónyuges serán los sujetos activos y pasivos del concreto régimen económico matrimonial, que en tales capitulaciones se estipulará, por más que intervengan otro tipo de personas¹⁹.

Por tanto, los sujetos de las capitulaciones matrimoniales desde la delimitación conceptual del Derecho Internacional Privado español, serán siempre los cónyuges o futuros contrayentes y ello aunque, en el ámbito civil autonómico, este prevista la intervención de terceras personas. Estas lo harán a un nivel formal y con un carácter ciertamente, prescindible e incluso innecesario desde esta perspectiva.

En efecto, los cónyuges serán los únicos que pactaran el régimen económico matrimonial, aún en el supuesto en que las conexiones empleadas en el artículo 9.3, les permita elegir como aplicable uno de los Derechos civiles autonómicos, que prevén unas capitulaciones matrimoniales de contenido complejo. Ello debe ser entendido así, por cuando lo único que contendrá esas capitulaciones será estipulaciones relativas al régimen económico matrimonial de los cónyuges. El resto de disposiciones, habrán de regirse por la normativa internacional privatista que le será propia.

¹⁹ LACRUZ señala con gran claridad como "los únicos sujetos esenciales de los capítulos son los cónyuges o futuros cónyuges. Sólo su asistencia es necesaria para que los haya, y únicamente ellos son parte de todas y cada una de las estipulaciones. Los demás concurrentes, o no tienen la consideración de parte (como los que asisten a los otorgantes para completar su capacidad), o cuando la tienen (ya que se exige su concurso para la alteración de los capítulos), su posición es distinta según se contemplan las estipulaciones en que intervienen directamente y las restantes." LACRUZ *Elementos de Derecho Civil, IV Derecho de familia* vol. 1 Barcelona 1990, p. 311, en el mismo sentido v. LACRUZ BERDEJO J. L. "Capítulos matrimoniales y estipulación capitular" *op. cit.* p. 22.

4.B) Capacidad para pactar el régimen económico matrimonial

Junto a la capacidad jurídica, esto es, la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones, los ordenamientos jurídicos reconocen la capacidad de obrar, entendiendo por tal, la capacidad para adquirir o ejercitar derechos y asumir obligaciones, y que puede ser plena o puede estar sujeta a ciertas limitaciones¹⁰⁹. Esta parte está dedicada precisamente, al análisis de la capacidad de los cónyuges para estipular capitulaciones matrimoniales. En concreto, se trata de determinar la ley aplicable a la capacidad de los cónyuges, para concluir los acuerdos sobre su régimen económico matrimonial.

Este tema no está falto de interés jurídico, pues la cuestión inicial que se plantea cuando los cónyuges deciden celebrar capitulaciones matrimoniales, es la de saber si están capacitados para ello. No obstante, como se verá, esta problemática no tiene gran trascendencia práctica y ello por dos tipos de motivos.

La aceptación del axioma *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, hace que sea difícil el planteamiento de conflicto de leyes¹¹⁰. Por otra parte, a nivel de Derecho comparado y como consecuencia de lo anterior, la limitación de la capacidad en este punto se circunscribe a los menores e incapacitados, siguiéndose postulados básicos similares. A todo ello, hay que añadir la función que en última instancia, jugará el orden público español, en supuestos en que la ley que resulte aplicable a la capacidad, la limite contrariamente a aquél.

El artículo 9.1 del Código Civil parece ofrecer la solución en el sistema español. En concreto, este precepto viene a establecer la

¹⁰⁹ Definición de capacidad jurídica y capacidad de obrar en DIEZ-PICAZO L. Y GULLÓN A. *Sistema de Derecho Civil* vol. I, Madrid 1997, p. 213-214.

¹¹⁰ AGUILAR señala como "siendo las capitulaciones un acto jurídico instrumental, accesorio del matrimonio, se entiende que las personas capaces para casarse lo son también para estipular el contrato matrimonial correspondiente." AGUILAR BENITEZ DE LUGO M. "Los efectos del matrimonio" en *VVAA Lecciones de Derecho Civil internacional*, Madrid 1996, p. 162-163.

competencia de la ley personal determinada por la nacionalidad, como rectora de *la capacidad, el estado civil, los derechos y deberes de la familia y la sucesión por causa de muerte.*

Se deberá de estar por tanto, a la ley nacional de cada uno de los cónyuges, para saber si tienen o no capacidad para capitular o si esa capacidad esta limitada. Así lo ha afirmado el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de julio de 1955¹²¹. Pero ¿qué ocurrirá en el supuesto en que la ley nacional no prevé una normativa específica al respecto? ¿y si ni siquiera se permite la posibilidad de pactar sobre el régimen económico matrimonial?

En estos supuestos, la doctrina entiende que la laguna legal debe de colmarse a través de la remisión, a la normativa general sobre la capacidad de obrar¹²². Es en parte, ésta la vía de solución que debe de tomarse en los supuestos en que resulte aplicable el Derecho español, pues el Código Civil no contiene un norma específica sobre la capacidad exigida a los cónyuges, tan sólo prevé dos supuestos concretos: menores (art. 1329) e incapacitados (art. 1331).

La solución general, derivada del artículo 9.1, parte además, de la estrecha vinculación entre la capacidad para celebrar el matrimonio y la capacidad para estipular capitulaciones. Siendo que la primera se rige por la ley personal de cada uno de los contrayentes, (por aplicación del artículo 9.1 y ante el silencio del legislador en este tema¹²³) y

¹²¹ R.J.A 1955 2391 p. 1374 a 1376.

¹²² GONZALEZ CAMPOS J. "Relaciones entre los cónyuges y regimen económico matrimonial" en *VVAA Derecho Internacional Privado...* Oviedo 1989 *op.cit.* p. 190-191 "Pero puede observarse que si la ley personal de uno de los cónyuges no admite la facultad de otorgarlas, habrá de estarse a la capacidad general prevista en aquel ordenamiento para los contratos, en orden a superar el vacío legal."

¹²³ V. por todos GONZALEZ CAMPOS J. "Derecho de familia. El matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 289 a 328 en concreto p. 297 a 299 "...ha de estimarse, en definitiva, que los requisitos de capacidad matrimonial se rigen por la ley personal de cada uno de los contrayentes, al tiempo de la celebración del matrimonio."

que una persona que puede contraer matrimonio puede también, estipular capitulaciones matrimoniales parece, que la tercera proposición de este silogismo ha de ser necesariamente, la de reconocer la aplicación de la ley personal de cada cónyuge a su capacidad capitular.

La regla material que acogen las distintas legislaciones en orden a la capacidad pasa por exigir, a parte de otros requisitos, uno de edad para poder contraer matrimonio y por ende, para poder celebrar capitulaciones. Merece por ello, un tratamiento especial la regulación de este supuesto así como, el del incapacitado que pretende celebrar capitulaciones. En concreto, los artículos 1329 y 1330 establecen los requisitos que deben de ser cumplidos, para que estas personas puedan capitular.

En el caso del menor no emancipado que pese a ello, puede casarse según las leyes, se requerirá *el concurso y consentimiento de sus padres o tutor*. Parece lógico que se establezca un complemento de capacidad en este supuesto, que permita al menor capitular pues, si el menor no emancipado puede contraer matrimonio también podrá (con la prevención que supone tal complemento), pactar su régimen económico matrimonial. A ello aboca la aplicación del axioma *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*¹⁰ En el caso del incapacitado judicialmente se requerirá *la asistencia de sus padres, tutor o curador*.

La regulación de estos supuestos, no sólo supone una especificidad respecto de la relativa a la capacidad general de

¹⁰ En efecto, el establecimiento de un complemento de la capacidad, en el supuesto de la minoría para poder capitular, aparece como algo necesario pues, "no puede el Derecho exigir para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales la capacidad plena del mayor de edad, puesto que pudiendo el menor (a partir de ciertas edades) contraer matrimonio, sería absurdo se le privara del derecho a regular la organización económica de la familia que va a crear. He aquí la razón del antiguo axioma *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*." CASTAN TOBEÑAS J. (Revisión de GARCÍA CANTERO G.) "Los sistemas económico-matrimoniales en general. Las capitulaciones matrimoniales" en CASTAN TOBEÑAS J. *Derecho Civil español común y foral*, T. 5 vol. I, Madrid 1994, p. 291 a 390, en concreto p. 344.

obrar, sino que aparece revestida de una mayor permisividad¹²⁵. Basta recordar en este punto, que el consentimiento es uno de los requisitos esenciales para la validez de los contratos, y que el Código Civil dispone que no podrán prestar consentimiento los incapacitados ni los menores no emancipados. Frente a ello, los artículos 1330 y 1329 constituyen un importante elemento de inflexión en el ámbito de referencia.

Una manifestación legislativa de la íntima relación entre la capacidad para capitular y la capacidad para contraer matrimonio, a la vez que incluye una flexibilización de los requisitos de la capacidad de obrar en este punto, se encuentra en la Compilación Aragonesa.

En efecto, el artículo 27 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón¹²⁶ establece que *tienen capacidad para otorgar capítulos antes de contraer matrimonio los que válidamente puedan celebrarlo. Los menores de edad necesitan asistencia de uno cualquiera de sus padres y, en su defecto del tutor, junta de parientes o del Juez de primera instancia.*

Desde esta perspectiva, y en la medida en que los distintos derechos civiles autonómicos incluyan normativa específica acerca de este tema¹²⁷, como en el Derecho aragonés, parece claro que habrá de aplicarse la ley correspondiente a la vecindad civil

¹²⁵ Este punto aparece claro si atendemos a que uno de los requisitos esenciales para la validez de los contratos es el consentimiento y el art. 1263 CC establece que "no pueden prestar consentimiento:
1º los menores no emancipados
2º los incapacitados."

¹²⁶ Para un análisis de éste artículo v. BAYOD LOPEZ C. *Sujetos de las capitulaciones ... op. cit.* p. 176 a 195.

¹²⁷ La Compilación de Derecho Civil de Cataluña por ejemplo, dispone en su art. 12. 2 "Podrán otorgar capitulaciones matrimoniales quienes puedan contraer válidamente matrimonio, pero necesitarán, en su caso, el concurso de las personas bajo cuya patria potestad, tutela o curatela se hallen."

del cónyuge (art. 16.1^o), respecto del cual se juzgará su capacidad capitular.

Esta solución que la doctrina hace derivar del art. 9.1, fue ya acogida en el Convenio de La Haya de 17 de julio de 1905 sobre los conflictos de leyes relativos a los efectos del matrimonio. Su artículo 3 establecía como la capacidad de cada uno de los esposos, estaría determinada por su ley nacional al momento de la celebración del matrimonio.¹²⁸

El Código Civil portugués también, opta por incluir un precepto semejante: remite el tema de la capacidad, tanto para celebrar pactos, como para contraer matrimonio, a la ley personal respectiva de cada cónyuge¹²⁹. Es ésta la línea adoptada igualmente, por la ley rumana¹³⁰. La jurisprudencia española ha resaltado asimismo, en diferentes Sentencias la procedencia de la ley nacional de los cónyuges en esta cuestión¹³¹.

¹²⁸ DROZ G. "Les principaux traités multilatéraux relatifs aux régimes matrimoniaux, successions et libéralités" en *VVAA Régimes matrimoniaux successions et libéralités. Droit international privé et Droit comparé* vol I, Suisse 1979, p. 205 a 308, en concreto p. 222 "Cette application distributive des lois nationales laisse entendre que, pour les auteurs de la convention, la capacité de conclure un contrat de mariage n'est pas une capacité spéciale mais bien un élément de la capacité générale."

¹²⁹ En concreto el art. 49 CC de 1966, dispone "A capacidade para contrair casamento ou celebrar a convenção antenupcial é regulada, em relação a cada nubente, pela respectiva lei pessoal, à qual compete ainda definir o regime da falta e dos vícios da vontade dos contraentes."

¹³⁰ Art. 21 de la Ley de 22 de septiembre de 1992 sobre la regulación de las relaciones de Derecho internacional privado, "Les conditions de fond requises pour la conclusion de la convention matrimoniale sont celles fixées para la loi nationale de chacun des futurs époux." v. texto de ésta ley y CAPATINA O. "La réforme du droit international privé roumain" en *Rev. crit. dr. internat. privé*, 83 (1) janv.-mars 1994 p. 172 a 195 y 166 a 172.

¹³¹ V. Sentencia de 1 de julio de 1955 y DE PEÑA "El concurso de las personas designadas en el artículo 1318 en el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. Ley aplicable al régimen económico matrimonial de española con extranjero." en *ADC* 1956 p. 299 y s.s en concreto p. 302-302.

Pese a que ha venido siendo aceptada la aplicación de la ley nacional de cada uno de los cónyuges, a la capacidad para estipular las capitulaciones matrimoniales, sin mayores problemas,¹³² va a formarse recientemente, una posición doctrinal nueva¹³³ que enlaza con cierta doctrina extranjera, y que tiene su reflejo material en ordenamientos jurídicos norteamericanos y canadienses.

En efecto, se va a postular, con base en la calificación como capacidad negocial especial, que la ley aplicable a la capacidad para estipular capitulaciones será la *lex causae*, esto es, la ley reguladora del contenido del régimen económico matrimonial¹³⁴. Así pues, sólo habrá que estar a una sola ley, que será la que juzgará la capacidad de ambos cónyuges.

El núcleo de esta solución se encuentra en la inclusión de la capacidad para estipular, en la categoría de capacidad especial. Esta última se caracteriza por la exigencia de determinadas condiciones de aptitud, que la naturaleza del acto o negocio jurídico requiere¹³⁵. Desde esta óptica, puede considerarse a la capacidad

¹³² Respecto de la regulación anterior v. AGUILAR BENITEZ DE LUGO M. "Relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges" en *VVAA Lecciones de Derecho Civil ...op.cit.* p. 243-244.

¹³³ AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 338-339.

¹³⁴ La aplicación de esta ley es curiosa pues, presupone que efectivamente, los cónyuges pueden pactar de acuerdo a ella. Se produce algo parecido respecto del artículo 8 del Convenio de Roma VIRGOS SORIANO señala como "la fórmula de regulación que utiliza puede parecer a primera vista paradójica: para determinar la existencia o validez del acuerdo de elección ordena la aplicación de la ley que sería aplicable si dicho acuerdo fuera válido. Es decir, ordena la aplicación de la propia ley cuya elección se discute, a título de 'ley putativa' o de 'ley hipotética' (= ley del acuerdo intentado o presunto). VIRGOS SORIANO M. "obligaciones contractuales" en *VVAA Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 143 a 207, en especial p. 156-157.

¹³⁵ DIEZ-PICAZO L. Y GULLÓN A. *Sistema de Derecho Civil* vol.I, Madrid 1997, p. 214-215 "La capacidad de obrar plena se refiere de una manera indeterminada al conjunto de actos y negocios jurídicos que puede realizar una persona. Ocurre, sin embargo, que la peculiar naturaleza de alguno de ellos puede exigir determinadas condiciones de aptitud... Se habla entonces de una 'capacidad especial'."

para capitular como una capacidad especial ya que, como se ha visto, establece una normativa específica más flexible, en general, que la establecida para la capacidad general de obrar. Singularmente, en los supuestos de los menores no emancipados e incapacitados.

Aceptada esta premisa, deberá concluirse que será la ley aplicable a las capitulaciones la que determinará la capacidad de los cónyuges, entendiendo que las capacidades especiales se regirán por la ley aplicable al concreto negocio que las exija¹²⁶.

A ello aboca también, otro tipo de argumento y es el de evitar que leyes distintas, resulten aplicables a dos cuestiones tan íntimamente unidas. La aplicación de normativas diferentes, podría suponer la modificación de aspectos aceptados por la ley aplicable a las capitulaciones, cuando esta será en última instancia, la que ha de juzgar la validez de aquellas¹²⁷.

A nivel de Derecho comparado esta solución ha sido también, aceptada en la doctrina suiza. En concreto, se parte de la estrecha

¹²⁶ AMORES señala "... se deduce, como regla general, que las capacidades negociales específicas deberán regirse por la L rectora de cada particular negocio jurídico que exija dicha capacidad y no por la regla general establecida en el art. 9°.1, norma destinada a la genérica capacidad de obrar" AMORES CONRADI M. "artículo 9.1" en *VVAAComentario del Código Civil* tomo I Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 76 a 79, en concreto p. 78.

¹²⁷ AMORES expone con total nitidez esta idea "... no parece tener demasiado sentido desgajar de la ley que permite, o conforme a la cual se extienden, las capitulaciones los incidentes relativos a la capacidad, para someter estos a la ley personal de cada contrayente. Si aquél ordenamiento establece determinadas condiciones, más amplias o estrictas, sobre la capacidad para los pactos capitulares y es conforme a él como hay que juzgar la validez de los mismos, no tiene sentido que una concepción más amplia, o más estrecha, por el ordenamiento personal de cada contrayente modifique en ningún sentido lo permisible según el ordenamiento rector de los capitulos." AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 339.

vinculación entre la capacidad capitular y los contratos matrimoniales, de forma que aquella capacidad debe de ser examinada en relación al acto o negocio con el que esta estrechamente ligada¹⁰⁸.

La conclusión de esta argumentación, no es otra que la de aceptar que la regla de conflicto que ha de jugar es la aplicable a la relación jurídica de referencia, (en este caso capitulaciones matrimoniales) y no la disposición general sobre la ley aplicable a la capacidad civil¹⁰⁹. Así pues, no será de aplicación el art. 35 de la ley Suiza que regula el ejercicio de los derechos civiles en general, sino que será la ley elegida por las partes para regular el régimen matrimonial, la que determinara a su vez, la capacidad de los cónyuges para estipular¹¹⁰.

El precedente doctrinal a esta solución se encuentra en WIEDERKERHR, que defendía una posición semejante si bien, partía de una estructura más compleja. Sostenía que la ley de la capacidad, la ley nacional, determinaría si la persona es capaz o incapaz, pero no resolvería la cuestión de si el incapaz podría pactar su régimen económico matrimonial. Sería la ley aplicable al régimen, la que determinaría el juego de la capacidad como condición de validez del contrato¹¹¹.

¹⁰⁸ BUCHER *Personnes physiques et protection de la personnalité*, Bâle 1992, p. 29.

¹⁰⁹ BUCHER A. *Droit international privé suisse. T.II: personnes, famille, successions*, Bâle 1992, p. 197 "on parle de capacité 'spéciale', pour indiquer que la règle de conflit pertinente est celle applicable au rapport juridique en question et non la disposition générale sur la loi applicable à la capacité civile."

¹¹⁰ BUCHER concluye así "La loi admet implicitement que l'admissibilité, la validité et le contenu des contrats de mariage relèvent de la loi régissant le régime matrimonial, peu importe que celle-ci soit choisie par les parties ou désignée par un rattachement objectif. Ce droit (et non le droit du domicile tel que désigné par l'art. 35) doit en principe également déterminer les conditions relatives à la capacité, en raison du lien étroit entre cette question et les autres aspects de tels contrats." BUCHER A. *Droit international privé suisse. T.II: personnes, famille, successions*, Bâle 1992, p. 170.

¹¹¹ WIEDERKERHR *Conflicts de lois en matière de régime matrimonial*, Paris 1967, p. 238 "La loi nationale, loi de la capacité, définira la capacité et l'incapacité, déterminera qui est capable ou incapable, mais non pas si des incapables peuvent faire un contrat de mariage. C'est la loi du régime qui établira dans quelle mesure la capacité est une condition de la validité du contrat de mariage."

Esta interpretación resulta compleja al aceptar el juego de dos leyes distintas: ley de la capacidad y ley del régimen. No obstante, la plasmación práctica de aquella lleva en última instancia, a reconocer la competencia específica de la ley del régimen en esta cuestión¹⁴², coincidiendo por tanto, con la posición doctrinal expuesta.

La divergencia existente entre las dos soluciones planteadas es precisamente, la que impulsa a los redactores del Convenio de la Haya sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales de 1978, a excluir el tema de capacidad de su ámbito de aplicación (art. 1.3)¹⁴³. Así pues, se evita designar la ley aplicable a la capacidad para concluir el contrato de matrimonio, pues los distintos ordenamientos jurídicos parten de posiciones contrarias, arraigadas en su propia tradición.

En efecto, frente a países que optan por aplicar la ley que rige la capacidad general, existen otros que optan por la aplicación de la ley reguladora del régimen económico matrimonial, a la capacidad para concluir el contrato. Por tanto, al excluirse del Convenio la cuestión de la capacidad, no se impide que sigan aplicándose leyes distintas según la concepción del país de referencia: ley rectora de la capacidad de obrar general (ley personal) o ley rectora del régimen económico matrimonial.

A este motivo fundamental de exclusión, hay que añadir otro directamente relacionado, con las restricciones que los ordenamientos hacían a la capacidad de la mujer casada. A estos efectos se debe

¹⁴² WIEDERKERHR *Conflicts de lois en matière de régime matrimonial*, Paris 1967, p. 239. "La compétence de la loi du régime aurait l'avantage d'assurer de façon plus complète encore l'unité du statut pécuniaire des époux...: la capacité n'est exigée, dans la mesure où elle l'est, que pour user du 'cercle de liberté' tracé au sein du régime."

¹⁴³ VON OVERBECK "Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck" en *Actes et documents de la treizième session* tomell, La Haya 1978, p. 356 "Le véritable objet du chiffre 3 est de marquer que la Convention n'oblige pas à appliquer la loi qu'elle désigne à la capacité de conclure un contrat de mariage, ou de choisir la loi applicable au régime matrimonial."

recordar que si bien, en 1978 ya habían desaparecido disposiciones que prácticamente, anulaban la capacidad de la mujer casada al subordinarla a la autoridad marital, todavía subsistían ciertas limitaciones que, en muchos casos, se sometían a la ley rectora de los efectos personales del matrimonio; llegándose incluso, a considerar tales aspectos como no pertenecientes al régimen económico matrimonial¹⁴⁴.

La razón que explica la existencia de divergencias, en los ordenamientos jurídicos en materia de capacidad para concluir contratos matrimoniales, no es difícil de deducir¹⁴⁵. En el fondo, la adaptación de una u otra solución, está directamente relacionada con la calificación que se da a la capacidad para estipular capitulaciones.

Si se parte de la directa vinculación entre capacidad capitular y la capacidad de obrar general, se llega a la conclusión que será aplicable la ley nacional de cada uno de los cónyuges (así lo establece específicamente el Código Civil en el artículo 9.1). Si por el contrario, se cree que aquella capacidad se encuadra en lo que se denomina capacidades especiales, deberá de ser aplicada la ley del régimen, pues sus peculiaridades así lo exigen. Desde este punto de vista, se debe concluir que las dos posiciones están correcta y suficientemente fundamentadas.

¹⁴⁴ VON OVERBECK "Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck" en *Actes et documents de la treizième session* tome II, La Haye 1978, p. 355-356. PEREZ VERA concluye "Así pues, toda iniciativa encaminada a subsumir esta problemática en el ámbito de aplicación del Convenio, además de dificultar la consecución de su objetivo, chocaría con la arraigada tradición de muchos de los Estados representados en la Conferencia de la Haya." PEREZ VERA E. "El anteproyecto de Convenio sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado" en *A.E.S.J.* 1976 p. 203 a 239.

¹⁴⁵ CARLIER plantea el problema de la capacidad en los siguientes términos "La question devient alors de déterminer, comme en matière de nom, à quel moment le rattachement de la capacité doit être autonome et régi par la loi personnelle du domicile ou de la nationalité selon les systèmes, à quel moment il doit être dépendant de l'institution pour laquelle la capacité est examinée." CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ... op. cit.* p. 309-310.

Entre estas dos posiciones cabe todavía, señalar la existencia de lo que se podría denominar una interpretación intermedia. Se parte de aceptar la competencia de la aplicación de la ley personal a cada uno de los cónyuges, por designación directa del artículo 9.1. Pero se prevé el supuesto de que esa ley impida la estipulación de las capitulaciones a alguno de los otorgantes, cuando nada impida tal estipulación desde el punto de vista de la ley del régimen. En este supuesto, sólo se atendería a lo previsto en el artículo 9.1 en lo referente a la capacidad general de contratación¹⁴⁶.

De una forma parecida a la postura defendida por WIEDERKEHR, se lograría, mediante la aplicación de una suerte de *favor negotii*, ampliar las posibilidades de que los cónyuges pudieran capitular, pues serían dos en lugar de una, las normas tomadas como referencia. Por tanto, se salvaría el supuesto en que la ley personal desconociese o no permitiese las capitulaciones, siempre que la ley designada de acuerdo con el artículo 9.3 y por tanto, la ley rectora del régimen económico matrimonial admitiese tal posibilidad¹⁴⁷.

¹⁴⁶ ABARCA JUNCO argumenta como "... si la ley nacional de alguno de los contratantes no conoce o no permite las capitulaciones y, sin embargo, esta posibilidad fuera admitida conforme a la ley designada por el artículo 9.3, habría que estar a lo previsto en el ordenamiento reclamado por el artículo 9.1, únicamente a lo que dispone respecto a la capacidad general para contratar." ABARCA JUNCO P. "Los efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional Privado 2 UNED*, Madrid 1996, p. 113 a 124, en concreto p. 122.

¹⁴⁷ ESPINAR VICENTE plantea también, el juego de estas dos normas aunque en forma diferente "En primer lugar se deberá de aplicar la ley reclamada por el artículo 9.1 para determinar la capacidad general de obrar del cónyuge o contrayente. En segundo lugar deberán de concretarse los términos y alcance de esa capacidad de obrar a la luz del ordenamiento susceptible de limitarla o expandirla (normalmente la misma ley que determina la capacidad general de obrar y, a veces, aunque los supuestos sean raros, la ley que rige la tutela puesto que su regulación puede no coincidir con la ley personal). Finalmente, habrá de estarse a la ley que rige los efectos económicos para completar las especialidades que exige para la validez de los pactos y capitulaciones que se realicen." ESPINAR VICENTE J.M *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid 1996, p. 316.

Esta solución constituye en definitiva, un correctivo a la aplicación de la ley personal. Así, en esas concretas circunstancias se abrirá paso a la ley del régimen. Correctivos como este no son ajenos a los distintos ordenamientos jurídicos, basta pensar en la regulación del interés nacional (art. 10.8 CC desplazado por el art. 11 del Convenio de Roma de 1980), que viene igualmente, a flexibilizar la aplicación sistemática de la ley personal¹⁴⁹, en el ámbito contractual.

Desde esta perspectiva cabe afirmar, aunque sólo sea a nivel teórico, que resulta más deseable esta posición que la de aplicar sólo la ley personal. El objetivo no es otro que el de favorecer que los cónyuges autorregulen su economía familiar, intentando soslayar la aplicación de la ley personal de uno de ellos que lo considere incapaz a estos efectos.

Es interesante por último, resaltar el papel que el orden público puede desempeñar en el ámbito de la capacidad. Independientemente de la solución que ofrezca el ordenamiento jurídico esto es, aplicación de la ley personal o de la ley del régimen económico matrimonial, lo que queda claro es que será inaplicable cualquier disposición contraria al orden público¹⁵⁰.

Ello es especialmente importante en los supuestos de discriminaciones por razón de sexo que si bien, se han eliminado de la

¹⁴⁹ CALVO CARAVACA señala como "El llamado 'interés nacional' es un correctivo que entraña la sustitución de la ley personal, normalmente competente para regular las cuestiones de capacidad, por la ley del lugar donde se ha celebrado un contrato o se ha librado o transmitido un título-valor, con el fin de salvaguardar la buena fe comercial o, en general, de proteger la seguridad en el tráfico jurídico." v. sobre el interés nacional CALVO CARAVACA A.L. "La excepción del interés nacional" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 106 a 111.

¹⁵⁰ FERNANDEZ ROZAS J. C. "Capacidad y protección de los incapaces" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 98 a 140, en concreto p. 104 a 106 "... el orden público interviene en toda una serie de aspectos parciales de suerte que se consideran contrarias al mismo las leyes extranjeras que establezcan incapacidades basadas en discriminaciones raciales o religiosas o en motivos políticos."

mayoría de los ordenamientos, todavía subsisten en ciertos sistemas de inspiración islámica. El origen de tales disposiciones, se encuentra en la diferente concepción del matrimonio, y en la fuerte distinción sexual que caracteriza a la sociedad musulmana tradicional.

En el tema que aquí interesa, es difícil concretar las restricciones que la capacidad de la mujer casada, sufre en las legislaciones de inspiración islámica, por cuando la capacidad de la mujer, este o no casada, esta por lo general limitada. Sin embargo, es durante el matrimonio cuando con más claridad se manifiestan las desigualdades, desde la creación del vínculo matrimonial (prohibición de matrimonio entre musulmana y no musulmán, no al revés), derechos y deberes de los cónyuges, ruptura¹⁹⁰...

Basta, en este punto, poner el ejemplo de la institución llamada *wali*, que no es más que una especie de tutor matrimonial que cumple la función de mandatario, y representa a la mujer en la conclusión del contrato de matrimonio. En el fondo de esta institución, está la idea de que la mujer no puede expresar el consentimiento al matrimonio por ella misma, y como consecuencia necesita un mandatario, siendo la utilización del mismo obligatoria¹⁹¹.

Respecto de la capacidad de la mujer para celebrar capitulaciones, cualquier norma que la limite por razón de su sexo, quedará inmediatamente excepcionada por el juego del orden público. Tales normas extranjeras se entienden contrarias a aquél que, en

¹⁹⁰ Para una aproximación a los problemas jurídicos v. VERWILCHEN M. "les problèmes juridiques soulevés par l'immigration musulmane" en VVAA *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles 1992, p. 21 a 33, en especial p. 30 a 33.

¹⁹¹ Sobre esta institución v. MERNISSI S. "quelques aspects de la codification du statut personnel marocain" en VVAA *Le statut personnel des musulmans. op. cit.* p. 111 a 142, en especial p. 123-124.

estos supuestos, deberá de intervenir en aras a promover la igualdad entre hombre y mujer¹⁵².

5. POSIBILIDAD DE ORDENAR MEDIANTE PACTO EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

La determinación de la ley aplicable a la posibilidad de ordenar mediante pacto el régimen económico matrimonial, dio lugar, antes de la reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo¹⁵³, a un clásico debate doctrinal. Este tuvo su origen, en las diferentes interpretaciones que se daban a las expresiones que configuraban el anterior artículo 9.3º: *capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos*.

Parte de la doctrina¹⁵⁴ consideró que con esa formula se hacía alusión, no sólo al concreto contenido del pacto sino también, a la posibilidad o no de que se pactara; la ley personal de cualquiera de los cónyuges, determinaría la admisibilidad del régimen pactado y el contenido concreto de las capitulaciones.

¹⁵² FERNANDEZ ROZAS J. C. "Capacidad y protección de los incapaces" en VVAA *Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 98 a 140, en concreto p. 104 a 106 "Sobre la base del principio de igualdad de sexos reconocido a nivel internacional por la normativa de derechos humanos (art. 2.1º de la Declaración Universal, Pactos, Convenios sobre los derechos políticos de la mujer de 1953, Convenio sobre la nacionalidad de la mujer casada de 1957, etc...) parte integrante de nuestro Derecho interno, no sólo ha desaparecido del sistema español el tradicional supuesto de incapacidad por razón de sexo, sino que el orden público interviene para promover la igualdad entre el hombre y la mujer."

¹⁵³ Ley 11/1990, de 15 de octubre B.O.E. nº 250 de 18-10-90.

¹⁵⁴ V. PEREZ VERA E. *Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1980, p. 197 a 213 MIAJA DE LA MUELA A. *Derecho Internacional Privado II. Parte especial*, Madrid 1987, p. 452 a 479 (revisión de BOUZA VIDAL N.)

Frente a esta interpretación GONZALEZ CAMPOS¹⁰⁵ mantuvo que, con la formulación del artículo 9.3, no estaba resuelta la cuestión del derecho aplicable al contenido de las capitulaciones, pues el término *permitidas* sólo aludía a la posibilidad de regular mediante pacto el régimen económico matrimonial y por tanto, continuaba la laguna legal respecto de aquella cuestión. La solución que el autor proponía, era la de señalar al artículo 10.5º como la norma rectora del contenido de las capitulaciones, puesto que es la norma general de la autonomía conflictual y las capitulaciones matrimoniales no son, sino una manifestación de la autonomía negocial de los cónyuges¹⁰⁶.

Parece claro que esta segunda interpretación tenía un cierto carácter instrumental, ya que con ella se introducía ampliamente, la posibilidad de elección de la ley aplicable¹⁰⁷, así los cónyuges podían someterse expresamente a una ley siempre que tuviera alguna conexión con el negocio (art. 10.5 CC). Frente a ello el art. 9.3 en su interpretación amplia, es decir, aplicado tanto a la admisibilidad como al contenido concreto de los pactos, limitaba la posibilidad de aquellos en cuanto a su regulación, por la ley de cualquiera de los cónyuges.

¹⁰⁵ V. GONZALEZ CAMPOS "Relaciones entre los cónyuges y régimen económico matrimonial" en *VVAA Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Oviedo 1989, p. 173 a 200, en concreto p. 191 a 193, en el mismo sentido ABARCA JUNCO P. "Las relaciones entre cónyuges y el régimen económico matrimonial" en *VVAA Derecho Internacional Privado. vol II*, Madrid 1990, UNED p. 117 a 125 en concreto 123-124.

¹⁰⁶ GONZALEZ CAMPOS "Relaciones entre los cónyuges y régimen económico matrimonial" *op. cit.* Oviedo 1989 p. 192 "... conforme al tenor literal del precepto puede considerarse que la única cuestión tenida en cuenta por el legislador fue la de la facultad de los cónyuges de regular mediante pacto su régimen económico matrimonial ('permitidas', no regidas o reguladas)."

¹⁰⁷ AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 329 a 354 en especial p. 340 "Con esta última interpretación se pretendía paliar las notables insuficiencias de la antigua redacción del precepto, que no permitía más pactos que los admitidos por la ley nacional de algunos de los cónyuges."

La reforma del Código Civil hecha por Ley de 15 de octubre de 1990, dio nueva redacción al artículo 9.3; desaparece de su enunciado el término *permitidas* y establece que los pactos o capitulaciones *serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento*. La mayoría de la doctrina considera que con esta nueva redacción, se viene a poner fin a la cuestión objeto de debate, y ello por varios motivos.

Con base a una interpretación literal, el término *conformes* indica que la posibilidad de capitular y el contenido de los pactos se regirá por la misma ley aplicable⁹⁸; por otro lado, la escisión entre las dos cuestiones, con la consecuencia de que las leyes aplicables a cada una de ellas pueden ser diferentes, llevaría a una disociación "contraria a la lógica"⁹⁹; aparte de que la limitada autonomía que consagraba el antiguo 9.3º, ha sido, en gran medida, paliada en su nueva redacción al incluir como puntos de conexión: la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes, y la ley que rige los efectos del matrimonio¹⁰⁰.

⁹⁸ BORRAS A. "No discriminación por razón de sexo: Derecho Internacional Privado español" en A.D.C XLIV fasc. I enero-marzo 1991 p. 233 a 249, en especial p. 240-241 "La exigencia de que las capitulaciones sean 'conforme' a la ley reguladora de los efectos conduce a entender que la ley aplicable lo es tanto a la misma posibilidad de capitulaciones como al contenido de las mismas."

⁹⁹ AGUILAR BENITEZ DE LUGO señala como "... se produciría una disociación entre dos planos estrechamente vinculados entre sí, el de la existencia y el de la validez del contenido de las capitulaciones, contraria a la lógica." AGUILAR BENITEZ DE LUGO M. "Los efectos del matrimonio" en VVAA *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid 1996 p. 146 a 171, en concreto p. 164.

¹⁰⁰ AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en VVAA *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 340 "Superada, aunque no del todo, esa insuficiencia, al admitirse ahora los pactos conforme con la ley nacional o de la residencia habitual de cualquiera de los otorgantes, además de los conformes con la ley rectora de los efectos del matrimonio, no parece haber ya motivos para seguir manteniendo esa disociación."

Pero todavía, en este punto, cabe señalar la existencia de lo que se podría denominar: dos opciones de interpretación alternativa¹⁴¹. La primera, continuando la interpretación que GONZALEZ CAMPOS hacía antes de la reforma, y con base en las pocas diferencias que supone la sustitución del término *permitidas* por *conformes*, sostiene que la función del artículo 9.3 es la de determinar las normas imperativas que condicionan el otorgamiento del contrato. Será sin embargo, el artículo 10.5 el que contendrá las previsiones a las que quedan sometidas los pactos entre cónyuges¹⁴²; todo ello sin negar, que el contenido de los pactos debe ser válido según la ley determinada por el 9.3¹⁴³.

A salvo de lo que indudablemente resultaría más deseable, unidad en la ley que regula la admisibilidad y el contenido de las capitulaciones, cabe entender, al lado de aquella argumentación, que el artículo 9.3 sólo se refiere a la validez de los pactos, pues es eso lo que expresamente indica: los pactos o capitulaciones *serán válidos* ...¹⁴⁴

¹⁴¹ Es éste el término que utiliza ESPINAR VICENTE para definir la tesis que, sobre el particular, susienta. ESPINAR VICENTE J.M. *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid 1996, p. 310 a 314, en concreto p. 313.

¹⁴² ESPINAR VICENTE J.M. *El matrimonio...* *op. cit.* p. 312. "Limitada la función del artículo 9.3 a determinar el marco de normas imperativas que condicionan el otorgamiento del contrato, su ámbito de eficacia quedó agotado en esta fase. Desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español, a partir de aquí estos acuerdos interconyugales quedarían sometidos a lo previsto en el artículo 10.5, por cuanto los regímenes matrimoniales se hallan excluidos del ámbito de aplicación del Convenio de Roma de 1980."

¹⁴³ ESPINAR VICENTE J.M. *El matrimonio...* *op. cit.* p. 313 "... entendemos que el marco imperativo de la ley a la que nos remite el 9.3 envuelve a la ley del contrato o del cuasicontrato en la misma medida en que lo hace la ley reclamada en el número 3 del artículo tercero del Convenio de Roma.", ESPINAR VICENTE considera que las dos interpretaciones pueden valer y que ninguna excluye a la otra v. p. 314.

¹⁴⁴ AMORES CONRADI señala como "... el término 'conformes', el que ahora utiliza el precepto, parece exigir en todo caso que la ley que considera válidos los pactos no puede pararse en determinar que sea lícita una abstracta posibilidad de pactar, sino que es el contenido concreto de los pactos que celebren los cónyuges el que debe ser válido o no para alguno de los ordenamientos que se mencionan." AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en VVAA *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 340.

Con este enunciado se trata de determinar la ley aplicable a unos pactos o capitulaciones, con el fin de verificar su validez, y por tanto, una vez superada la cuestión de si las partes pueden mediante pacto ordenar el régimen económico matrimonial. Como es obvio, sólo cuando los pactos o capitulaciones existen, esto es, se han celebrado, cabe analizar la validez de los mismos.

El planteamiento del problema, que con carácter principal se suscita, determinación de la ley aplicable a la posibilidad de ordenar mediante pacto el régimen económico matrimonial, debe de partir, del análisis del principio que consagra la libertad de capitulación en la legislación, ya que será este principio el que de indicios acerca de la ley que determine si será o no posible pactar.

El artículo 1315 señala como el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código. Es de esta forma como se consagra, en el Código Civil, el principio jurídico de libertad de estipulación capitular del régimen económico matrimonial¹⁶⁵. Así pues, la posibilidad de pactar aparece recogida en la primera de las "Disposiciones Generales" que integran el llamado régimen primario y por tanto, será la ley aplicable a este, la que nos determinará la admisibilidad de los pactos en el Derecho Internacional Privado español. Y ello, en cuanto que la determinación de la norma de conflicto se realiza, según la calificación *lege fori* (art. 12.1 CC).

El régimen primario¹⁶⁶ está compuesto por "el conjunto de aquellas normas que, refiriéndose a la economía del matrimonio,

¹⁶⁵ V. HERRERO GARCIA M.J. "artículo 1315 del Código Civil" en *Comentario del Código Civil. Tomo II*, Madrid 1991, Ministerio de Justicia p. 571 a 574.

¹⁶⁶ El régimen primario está compuesto por una serie de normas, que en el Código Civil aparecen reguladas bajo la rubrica "Disposiciones generales" y comprenden del artículo 1315 al 1324, siendo su origen la reforma introducida por la Ley 11/1981 de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, B.O.E 119, de 19 de mayo de 1981.

se aplican a todos y a cada uno de los celebrados, independientemente de si se rigen por un estatuto de comunidad o uno de separación¹⁸⁷. El régimen primario ha sido también, objeto de una cuestión tradicional, en el sentido de que se planteaban importantes dudas a cerca de su regulación; así, si los efectos incluidos en él, formaban parte del ámbito de efectos personales, era el antiguo artículo 9.2 el aplicable, pero si, por el contrario, formaban parte de los efectos patrimoniales entonces, lo era el antiguo 9.3.

Las notas de generalidad, en cuanto que las normas integrantes del régimen primario se aplican a todos los matrimonios, y de obligatoriedad, en cuanto, que no aparecen como disponibles por los cónyuges¹⁸⁸, lleva a algún autor a postular la inclusión de estas disposiciones en el supuesto de hecho del artículo 9.2. Sin embargo, y frente a este argumento, se ha señalado, como no puede predicarse un carácter imperativo de unas normas que vienen a configurar un ámbito de libertad de pacto, y que tampoco son de general aplicación en nuestro país, si se tiene en cuenta su coexistencia con disposiciones propias de derechos civiles autonómicos¹⁸⁹.

¹⁸⁷ LACRUZ BERDEJO J.L. "El régimen matrimonial primario" en *VVAA Elementos de Derecho Civil, IV Derecho de familia vol. I* Barcelona 1990, p. 279 a 297, en concreto p. 279.

¹⁸⁸ ABARCA JUNCO P. señala como existe un estatuto general de los casados que estaría integrado por los derechos y deberes de los cónyuges y las normas comprendidas bajo el epígrafe "Disposiciones generales" "incluyen una serie de normas que no pueden incluirse bajo el régimen económico por las dos siguientes características que las diferencian de aquel: primero por su generalidad, ya que son aplicables a todos los casados, sea cual fuere su régimen de bienes; segundo, por su obligatoriedad, ya que no están dentro del campo de elección de los cónyuges ni pueden ser derogadas mediante capitulaciones." ABARCA JUNCO P. "Sobre los efectos o relaciones personales entre los cónyuges en Derecho Internacional Privado" en *R.E.D.I. Vol. XXXV n.º 1* 1983 p. 43 a 60 p. 52. En el mismo sentido v. ABARCA JUNCO P. "Las relaciones entre cónyuges y el régimen económico matrimonial" en *VVAA Derecho Internacional Privado... op. cit.* p. 117 a 121, en especial 118.

¹⁸⁹ AMORES CONRADÍ M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 343.

La cuestión ha venido a resolverse por vía del artículo 9.2 actual, ya que su redacción no distingue entre efectos personales y patrimoniales, sino que establece una ley única que regula todos los efectos del matrimonio y por tanto, el régimen primario está incluido en su ámbito de aplicación¹⁷⁰. Pese a esto, el problema no parece que este totalmente resuelto, en lo que se refiere al régimen económico matrimonial pactado; si los cónyuges celebran capitulaciones matrimoniales ¿por qué ley va a regirse su régimen primario? ¿por la ley determinada de acuerdo al art. 9.2 o por la que regula el régimen pactado?¹⁷¹.

Se ha de partir de la idea, de que estas disposiciones se han de aplicar a todos lo matrimonios, con independencia de su régimen económico matrimonial¹⁷². Es este carácter imperativo, ciertamente atenuado en nuestra legislación, si se tiene en cuenta que hay disposiciones no imperativas y otras objeto de regulaciones más específicas¹⁷³, el que va a originar que la ley aplicable al régimen primario sea la determinada por el artículo 9.2. Como por otro lado no podía ser de otra manera, si se observa que sobre estas normas los cónyuges no pueden pactar y, el artículo 9.3 se aplica a los pactos. A salvo de soluciones diferentes, que tratan de paliar la posible descoordinación entre las leyes aplicables al régimen primario y al régimen económico matrimonial, las cuales se estudiarán más adelante.

¹⁷⁰ BORRAS A. "No discriminación por razón de sexo... *op. cit.* p. 237. "De ahí que deba ser alabado el hecho de que en la actual redacción introducida por la nueva ley en el apartado 2 del art. 9. se prescinde de tal distinción, superándose el problema sobre la base de que se establece una ley única para regular todos los efectos del matrimonio, salvo la posibilidad incluida en el apartado 3 en relación a que los cónyuges celebren capitulaciones matrimoniales."

¹⁷¹ V. en este punto el análisis que sobre la determinación de la ley aplicable al régimen primario y su coordinación con la ley aplicable al régimen económico matrimonial se hace en el apartado dedicado a los límites a la autonomía de la voluntad.

¹⁷² WATTE N. "Les régimes matrimoniaux dans les relations internationales" en *VVAA Relations familiales internationales*, Bruxelles 1993, p. 237 a 275 "Ils s'imposent aux époux par le seul fait du mariage, quelles que soient les dispositions de leur régime secondaire et sans que les époux puissent y déroger." p. 255.

¹⁷³ LÓPEZ y LÓPEZ A.M "matrimonio y régimen económico matrimonial" en *VVAA Derecho de familia*, Valencia 1991, p. 173 a 187, en especial p. 177-174.

El problema de cual es la ley aplicable al régimen primario, ha sido ampliamente debatido en la doctrina y jurisprudencia. Dos son las posiciones de partida para hallar la ley aplicable¹⁷⁴. Mientras que para un sector de la doctrina, las normas del régimen primario forman "un todo" coherente al que debe de aplicársele una norma única, otros entienden que es necesario distinguir los preceptos que lo componen, no teniendo por qué ser iguales las leyes aplicables a unos o a otros. Entre los primeros no existe acuerdo respecto de qué ley, ha de aplicarse al conjunto de las normas que integran el régimen primario. En este punto puede distinguirse hasta 3 posturas.

Algunos autores consideran que debe de aplicarse la ley rectora de los efectos personales del matrimonio pues, mediante la creación de ese régimen, el legislador consagra una cierta concepción del matrimonio¹⁷⁵ y debe de aplicarse cualquiera que sea el régimen económico matrimonial de los esposos¹⁷⁶. Es este mismo argumento, el que lleva a otro sector a entender que deberían ser normas de aplicación inmediata, en cuanto que persiguen un determinado fin social, encuadrado siempre en el bien superior encarnado en la protección de

¹⁷⁴ Para el estudio de las diferentes posturas doctrinales v. en general SIMON-DEPITRE M. "Unité ou pluralité de rattachement du régime matrimonial primaire en droit international privé français" en *Festschrift für J. Zajtay*, Tübingen, 1982 p. 439 a 451. WATTE N. "Les régimes matrimoniaux dans les relations internationales" en *Relations familiales...* op. cit p. 255 a 257. ZABALO ESCUDERO E. *La situación jurídica del cónyuge viudo. Estudio en el Derecho Internacional Privado y Derecho interregional*, Pamplona 1993, p. 61 a 63.

¹⁷⁵ COUCHEZ G. *Essai de délimitation du domaine de la loi applicable au régime matrimonial*, Paris 1972, n° 165 "Le législateur a entendu consacrer une certaine conception du mariage".

¹⁷⁶ Así HOLLEAUX Y FOYER señalan como "... la tendance dominante est de considérer le régime primaire comme relevant de la loi applicable aux effets personnels du mariage et non de la loi applicable au régime matrimonial au sens strict, parce que le régime primaire joue précisément quel que soit le régime matrimonial des époux." HOLLEAUX D. Y FOYER J. *Droit international Privé*, Paris 1987, p. 560.

la familia¹⁷⁷. Es significativa la línea jurisprudencial francesa según la cual, las normas del régimen primario eran de aplicación territorial¹⁷⁸.

Constatados los inconvenientes que supondría que el régimen primario, se rigiera por una ley diferente a la rectora del régimen económico matrimonial de los cónyuges¹⁷⁹, y en aras a la simplicidad que supondría la sumisión a una única ley, otro sector apunta la posibilidad de que fuera la ley del régimen económico matrimonial la aplicable al régimen primario; y ello por la propia naturaleza de éste, al estar en él comprendidas normas que son indisociables de las propias reglas del régimen económico matrimonial¹⁸⁰.

¹⁷⁷ DROZ G. Régimes matrimoniaux. *Rep. Dalloz Droit international*, n° 198 y ss, en concreto n° 213 p. 747. DROZ G. "les régimes matrimoniaux en droit international privé" en *R. des C.* 1974, III, p. 89-90 "En effet elles répondent à un besoin évident du crédit public, de politique de logement et de protection de la famille du pays considéré et il y a lieu de s'y référer directement."

¹⁷⁸ La sentencia de la *Cour de cassation* 20 de octubre de 1987 decía "les règles relatives aux devoirs et droits respectifs des époux énoncées par les articles 212 et suivants du Code civil sont d'application territoriale". v. HUET A. "Note" en *Journ. dr. int.* 1988, 2 p. 446 a 457. LEQUETTE Y. "note" en *Rev. crit. dr. internat. privé*, 77 (3) juill.-sept. 1988 p. 540 a 546. Respecto a esta sentencia ANCEL M. señalaba "Ce qui m'a amusé c'est la formule de la Cour de cassation qui couvre sous le manteau de l'application territoriale l'article 212 alors que la même Cour de cassation ne s'effraie pas tellement des mariages polygamiques en France. L'obligation de fidélité serait imposée aux polygames, ce qui paraît être quelque chose d'assez compliqué. Enfin, la formule m'a étonné encore. Et je pense qu'elle n'est pas destinée à durer indéfiniment." v. "Debat" en *travaux Com. fr. dr.int.pr. années 1986-1987 1987-1988* p. 239.

¹⁷⁹ Resulta significativa, en este punto, la afirmación de WIEDERKEHR "Plus généralement, régime primaire et régime matrimonial proprement dit doivent être en accord: ils ne doivent rien contenir d'incompatible et, au-delà de l'absence de contradiction, ils doivent ensemble réaliser une certaine harmonie et un certain équilibre des relations pecuniaires des époux. Ces conditions sont normalement réalisées lorsqu'une même loi s'applique aux deux." WIEDERKEHR G. "Comentario a la sentencia de la Cour d'appel de Paris de 23-1-1974 en *J.-Cl. dr. int.* 1975 p. 822 a 833, p. 828.

¹⁸⁰ WIEDERKEHR G. "problèmes d'actualité en matière de droit international privé des régimes matrimoniaux" en *Travaux Com. fr. dr.int.pr. années 1986-1987, 1987-1988* p. 223 a 235, p. 234 "On voit donc que certaines dispositions du régime primaire sont indisociables des règles qui gouvernent le régime matrimonial. Elles ont été étudiées pour aller ensemble. Si les règles du régime primaire sont, en principe, impératives, leur portée peut être restreinte et, en tout cas, doit être étudiée en fonction des règles du régime matrimonial."

Los autores partidarios de un estudio individualizado de las normas, consideran que la determinación de la ley aplicable dependerá de los valores que el legislador haya pretendido proteger con aquellas, siendo normas de policía o de aplicación inmediata, las que reflejan un interés de la colectividad cristalizado en la protección de la familia y de los terceros¹⁹¹. En este punto, es interesante señalar la existencia de normas que podrían tener aquel carácter¹⁹², como ocurre con el llamado patrimonio familiar en la legislación de Quebec, pero cuya calificación y carácter imperativo, siguen siendo objeto de importantes debates doctrinales¹⁹³.

¹⁹¹ V. la distinción de RIGAUX y FALLON entre elementos del régimen primario "Les solutions de conflit de lois applicables au régime primaire se partagent selon deux directions: la plupart manifestent les liens étroits entre le régime et les effets du mariage; ayant en vue les relations entre les époux et les tiers, les autres se caractérisent par leur territorialité" RIGAUX y FALLON *Droit international privé*, T.II, Bruxelles 1993, n° 1452 a 1457. WATTE N. "Les régimes matrimoniaux dans les relations internationales" en *Relations familiales... op. cit.* p. 256-257. "... certaines dispositions s'inspirent, dans une mesure plus o moins accentuée, des intérêts de la collectivité, ce qui nous a conduit à leur reconnaître un caractère d'application immédiate, de telle sorte qu'elles s'appliquent d'elles-mêmes non seulement dans les relations internes, mais qu'elles étendent aussi leur domaine d'application aux relations internationales prédisant un rattachement avec le territoire belge." En la doctrina española v. la posición de BOUZA VIDAL y ABARCA JUNCO respecto de determinadas normas que integran el régimen primario y que deben estar sometidas a la ley española, por ser normas materiales imperativas. MIAJA DE LA MUELA A. *Derecho Internacional Privado II. Parte especial*, Madrid 1987, p. 456 a 457 (revisión de BOUZA VIDAL N.) ABARCA JUNCO, P. "Sobre los efectos o relaciones personales entre los cónyuges en Derecho Internacional Privado" en *R.E.D.J.* Vol. XXXV n°1 1983 p. 58. GONZALEZ CAMPOS sostuvo, frente a esta postura, que el orden público español era el cauce que permitiría la exclusión de aquellas normas de derecho extranjero contrarias a la igualdad de los cónyuges. GONZALEZ CAMPOS "Relaciones entre los cónyuges y régimen económico matrimonial" en *VVAA Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Oviedo 1989, p. 180-181.

¹⁹² V. DROZ G. "Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé" en *R. des C.* 1991 IV, p. 222-223.

¹⁹³ Para un acercamiento a esta problemática, v. GROFFIER E. *La réforme du droit international privé québécois. Supplément au précis de droit international privé québécois*, Québec 1993, p. 65 a 72 p. 66. "La Cour ne se prononce pas sur la qualification du patrimoine familial si ce n'est qu'elle déclare qu'il s'agit d'une 'loi d'ordre public' et que 'les parties domiciliées au Québec, au moment de leur divorce, doivent partager leurs biens selon les critères fixés par cette loi'."

En el ordenamiento jurídico español, es la regulación unitaria de los efectos del matrimonio, junto con la naturaleza imperativa del régimen primario, la que lleva a que la determinación de la ley aplicable al mismo, se haga conforme a los puntos de conexión recogidos en el artículo 9.2. No obstante, y como también se ha señalado, aquel carácter imperativo está bastante atenuado. Por ello, es importante estudiar cual es el motivo de qué las normas que integran el régimen primario tengan ese carácter, para comprobar, en última instancia, si la libertad de estipulación capitular comparte tal condición.

El origen de este carácter imperativo, se encuentra en la finalidad que el legislador pretende conseguir, mediante la aplicación de este tipo de normas y que se puede dividir en dos¹¹⁴: por un lado se pretende conseguir una cierta unidad en los intereses pecuniarios del matrimonio, que no pueden ser obviados en los pactos matrimoniales, cualquiera que estos sean (ej. levantamiento de las cargas del matrimonio, derechos sobre la vivienda habitual...) y por otro lado, se trata de asegurar que la autonomía de la voluntad, de la que gozan los cónyuges, es realmente observada en los pactos (regulación general del consentimiento dual).

No parece, no obstante, que la libertad de estipulación capitular que consagra el artículo 1315, encaje bien en lo que se ha considerado era la finalidad del régimen primario. Así, la autonomía que corresponde a los dos cónyuges y que tal régimen trata de asegurar, es la que integra la libertad de pacto. Es por ello, que hay que llamar la atención sobre este precepto, pues si bien su ubica-

¹¹⁴ V. en este punto COLOMER A. *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, Paris 1995, p. 33-34, en concreto p. 33 "Quels sont les objectifs du législateur et, partant, le contenu de ce statut impératif de base? Tous les commentateurs ont été frappés par la double préoccupation qui s'y manifeste d'assurer ce minimum d'association des intérêts pécuniaires que le mariage ne peut pas ne pas engendrer sous la diversité des régimes matrimoniaux, mêmes séparatistes, et, à l'inverse, d'asseoir sur des bases solides l'autonomie des époux qui s'observe même en régime communautaire."

ción sistemática en el Código civil, denota un carácter imperativo (primera de las disposiciones generales que integran el régimen primario), el artículo en sí, ordena una amplia libertad estipular para los cónyuges, que cristaliza en que las partes puedan pactar o no, esto es, se estaría ante un precepto imperativo que contiene, en sí mismo, una regulación dispositiva¹⁸⁵.

Parece pues que, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, la solución a que la ubicación en el Código Civil de este precepto lleva, no es la más adecuada, ya que al formar parte del régimen primario se impone una regulación conforme al artículo 9.2, dando lugar a una posible escisión con la ley que rige el régimen económico matrimonial, cuando éste es pactado. Así la norma que resulta aplicable para determinar la admisibilidad o no de pactar, seguirá las conexiones del 9.2, y puede no coincidir con la norma aplicable al régimen económico matrimonial, determinada conforme al 9.3. No obstante, la problemática sobre la admisibilidad de los pactos, no sólo vendría dada por esta cuestión, sino que es, principalmente, la propia redacción del artículo 9.3 la que constituye el origen de aquella.

Como ya se ha señalado, la determinación de la admisibilidad o no de los pactos, de acuerdo al ordenamiento jurídico que resulte aplicable según los casos, se plantea como una cuestión apriorística al propio análisis de la validez intrínseca de aquellos. Sin embargo estas dos cuestiones no tienen por qué aparecer separadas, pues conforman el sistema del régimen económico matrimonial característico de un determinado ordenamiento.

¹⁸⁵ Sobre ello AMORES CONRADI señalaba como "difícilmente puede entenderse que posean un acusado carácter imperativo las normas del 'régimen matrimonial primario', pues éstas (todas las contenidas en los arts. 1315 a 1335, y no solo parte de ellas) no hacen sino configurar un amplísimo ámbito de libertad de pacto para los cónyuges." AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 343.

En otras legislaciones, es el régimen matrimonial el que se regirá por la ley elegida por los cónyuges, de acuerdo a las pautas que el propio ordenamiento señale. Así, cuando la ley suiza sobre el Derecho Internacional Privado¹⁸⁶ señala que *el régimen matrimonial se rige por el derecho elegido por los esposos*, o el Convenio de La Haya sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales¹⁸⁷ determina que *el régimen matrimonial está sometido a la ley interna, designada por los esposos antes del matrimonio*, se proporciona a los cónyuges la posibilidad de elegir una ley conforme a la cual se podrá pactar o no. En el primer caso, será esa ley la que determine si los pactos serán válidos y en el segundo determinará el concreto régimen legal aplicable.

En el Derecho Internacional Privado español, la propia redacción del 9.3, impide esta interpretación, por cuanto sólo se refiere a la validez de los pactos o capitulaciones matrimoniales, y por tanto, a la validez del contenido de aquellos. No obstante, y pese a la argumentación seguida hasta aquí, la única manera de soslayar la falta de conexión que se produce, si la admisibilidad de los pactos y el régimen económico matrimonial se rigen por leyes diferentes, es la de entender que la ley aplicable (artículo 9.3) lo es a la posibilidad de pactar y al contenido de los pactos; y ello sólo por razones operativas, que son las que, en definitiva, deben de primar a la hora de buscar soluciones a los problema que la realidad plantea.

De *lege ferenda* la solución quizás, se encaminaría a la modificación del texto protagonista de esta problemática, adoptando una redacción que permitiese que la determinación de la ley aplicable a la validez de los pactos, presuponga la admisibilidad de aquellos, es decir, que una misma ley rigiera el régimen económico matrimonial en su conjunto.

¹⁸⁶ Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado (LDIP) de 18 de diciembre de 1987 art. 52 en *Rev. crit. dr. internat. privé*, 77 (2) avr.-juin 1988 p. 409 y ss.

¹⁸⁷ Convenio sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales de 14 de marzo de 1978 v. *Actes et documents de la treizième session* tome II, La Haya 1978.

Capítulo II. LA PENETRACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS PACTOS O CAPITULACIONES MATRIMONIALES

1. INTRODUCCIÓN

1.a) Aproximación histórica

La introducción de la autonomía de la voluntad en Derecho Internacional Privado, no tiene lugar hasta el siglo XVI. Con anterioridad, y ya desde los canonistas, el principio de territorialidad tuvo gran arraigo. No obstante, aquella idea estaba ya latente en el siglo XV con ROCHUS CURTIUS por ello, no es de sorprender, que la única explicación que diera a la hegemonía de la *lex loci actus*, era la de entender que las partes implícitamente habían consentido la aplicación de aquella¹. Las investigaciones históricas

¹ V. LAINE A. *Introduction au droit international privé*, vol I, Paris 1888-1892, p. 205, 229 y 256 y ss. sobre ROCHUS CURTIUS v. en concreto p. 203 a 207. QUERO J. "El principio de la autonomía de la voluntad en Derecho Internacional Privado" en *R.J.C.* 1932 p. 214 a 279. BATIFFOL H. "Le rôle de la volonté en droit international privé" en *Archives de philosophie du droit* 1957 p. 71 a 86, en concreto p. 72.

han revelado igualmente, como la idea de la autonomía tuvo plasmación práctica en algunas ocasiones, con gran anterioridad.

Una de las normas de conflicto más antiguas que se conocen, data del Egipto ptolemaico. Aquella disponía que a los contratos que se celebraban entre egipcios y griegos, se les aplicaba la ley correspondiente al idioma en que el contrato fue redactado. Por tanto, se podría elegir la ley aplicable al contrato, mediante la correspondiente elección de la lengua de redacción¹.

Otra disposición que introdujo la autonomía de la voluntad, fue la relativa a las arras que el Cid otorgo a Doña Jimena con ocasión de su matrimonio. Aquellas fueron otorgadas "por fuero de León", con lo que se le aplicaba su propia ley, pese a que en ellas figuraban heredades y villas sitas en Castilla².

La temprana recepción de la autonomía de la voluntad, también se proyectó en antiguos capítulos matrimoniales. En concreto en 1490 se celebraron capítulos entre un bernes y una aragonesa, en ellos destaca la amplia libertad para pactar reconocida a las familias, con ocasión del matrimonio de sus hijos. Se optó por elegir la legislación y jurisdicción aragonesas como directrices de sus relaciones³.

¹ V. Esta norma fue encontrada en uno de los papiros que fueron utilizados para embalsamar cocodrilos momificados que se hallaron en la provincia de Fayoum v. LEWALD H. "Conflits de lois dans le monde grec et romain" en *rev. crit. dr. internat. privé* 1968 p. 419 a 440, en especial p. 438 a 440 y CASANOVAS Y LA ROSA O. "La autonomía de la voluntad en Derecho Internacional Privado" en *A.D.C.* XXIX año 1976 p. 1003 a 1020, en concreto p. 1018-1019.

² KLEFFENS E. van *Hispanic law until the end of the middle ages*, Edimburgo 1968 p. 141 a 143 MIAJA DE LA MUELA A. *Derecho Internacional Privado I, introducción y parte general*, Madrid 1981, p. 94 JUANGER E. K. "Balance y perspectiva de la década en Estados Unidos" en *VVAA Principios, objetivos y métodos del Derecho Internacional privado. balance y perspectivas de una década. Cuartas Jornadas de Derecho Internacional privado, Madrid 4-5 de junio de 1993*, Madrid 1995 p. 35 a 75 en concreto p. 38.

³ DELGADO ECHEVERRÍA J. "Unos capítulos matrimoniales tensinos de 1490" en *Revista de Derecho Civil aragonés* III 1997 n° 2 p. 11 y s.s.

Habrà que esperar sin embargo, a las consultas formuladas al abogado francés DUMOLIN⁶ y singularmente el *Consilium LIII*, para que se haga una formulación teórica de la idea de la voluntad. Se trataba de determinar, si debería de aplicarse a todos los bienes del matrimonio DE GANEY, domiciliado en París y casados sin contrato, la costumbre de aquel lugar que señalaba como régimen legal el de la comunidad de bienes, aún a los bienes adquiridos en provincias de derecho escrito, donde se desconocía legalmente ese sistema⁷.

Es la idea del pacto tácito la que introduce DUMOLIN, con la solución al problema⁸. Así, considera que si no se ha pactado expresamente mediante la redacción de un contrato, es porque los esposos esperan que los bienes futuros se rijan por la ley del domicilio, en el caso: la costumbre de París⁹. La introducción de la voluntad de

⁶ Charles Dumolin (1500-1566), para un acercamiento a este autor v. en general ORTIZ DE LA TORRE T. *Derecho Internacional privado. Parte general. Vol. I. Introducción, Historia doctrinal y codificación*, Madrid 1992, p. 325 a 332 y MIAJA DE LA MUELA A. *Derecho Internacional Privado I, introducción y parte general*, Madrid 1981, p. 118 a 123.

⁷ LAINE A. *Introduction au...* op. cit. p. 228 y ss, en especial 234 a 236.

⁸ Si bien, la idea de pacto tácito estaba ya presente, con anterioridad, en la obra de RODRIGO SUAREZ. SIMO SANTONJA V. L. señala al respecto: "Sin duda el mérito primordial de RODRIGO SUAREZ hay que cifrarlo en la formulación de la teoría del contrato tácito con anterioridad a DUMOULIN (el francés nace en 1500, mientras que el español vive de lleno en el reino de los Reyes Católicos)" SIMO SANTONJA V. L. *Capacidad y regímenes matrimoniales de extranjeros (Derecho comparado y conflictual)*, Madrid 1970, p. 42-43. Para una referencia a esta cuestión v. los apartados dedicados al "origen histórico de la actual regulación en Derecho internacional privado español: art. 9.2 y 9.3 reforma de 1990 y a "la ley del lugar de celebración del matrimonio" Capítulo III de este trabajo.

⁹ CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles 1992, p. 56 "Elle procède d'un double présupposé: d'abord l'universalité des biens des époux à faire régir par une seule coutume, ensuite le choix tacite de cette coutume au lieu du domicile conjugal. Ce dernier présupposé est moins novateur qu'il n'y parait. Il ne fait qu'appliquer la règle habituelle, locus regit actum, à un acte hypothétique localisé au domicile des époux. L'idée d'universalité des biens soumis à un régime matrimonial est peut être plus importante chez Dumolin, rattachant certains biens, non plus tant au lieu qu'à la personne."

las partes como fuente distinta de la ley y por tanto, con fuerza reglamentaria, es la mayor aportación del autor en este ámbito⁹.

No obstante, no debe entenderse que ésta formulación constituye una teoría o principio de la autonomía de la voluntad. Las partes no determinan de forma absoluta, la ley aplicable a su régimen económico matrimonial. En realidad, la voluntad no hace sino robustecer la aplicación de una determinada ley (domicilio conyugal). Es por ello que lo que realmente introduce DUMOLIN, es la idea de la autonomía configurada en el pacto tácito¹⁰, siendo el punto de partida la propia interpretación de la voluntad¹¹.

Quien por primera vez, da una formulación teórica a la regla de la autonomía de la voluntad en relación a los regímenes matrimoniales, es el representante de la escuela estatutaria holandesa: JEAN VOËT¹². Frente al limitado papel que DUMOLIN daba a la autonomía de la voluntad, VOËT señala como ciertas costumbres no son imperativas, y por tanto, pueden ser excluidas mediante

⁹ CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles 1992, p. 57.

¹⁰ CALEB M. *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, París 1927, p. 134 a 142 NIBOYET J.-P. "La théorie de l'autonomie de la volonté" en *R. des C.* 1927. I p. 1 a 116, en concreto p. 12. CURTI GIALDINO A. "La volonté des parties en droit international privé" en *R. des C.* 1972. III p. 743 a 921, en concreto p. 811. AGUILAR NAVARRO *Derecho Internacional privado*. Vol. I T.I. *Introducción y fuentes*, Madrid 1979, p. 211-212 (revisión GONZALEZ CAMPOS J.) SURVILLE M. "Du rôle de la volonté dans la solution des questions de droit international privé que soulève le contrat de mariage" en *Rev. crit.* 1988 p. 158 a 180, en concreto p. 165-166.

¹¹ QUERO J. "El principio de la autonomía de la voluntad en Derecho Internacional Privado" en *R.J.C.* 1932 p. 265 "La doctrina de la autonomía de la voluntad... recibió su contenido de DUMOLIN, que trasformó un problema jurídico, el de la determinación de la ley aplicable a las obligaciones, en un problema de hecho, de interpretación de la voluntad, que ofrecía al jurista un expediente fácil en la resolución del conflicto planteado por la coexistencia de varias legislaciones interesadas en la regulación de una misma obligación."

¹² Jean Voët (1647-1714), *Commentarii ad Pandectas*, XXIII, Titre II, n° 85 y ss. Para un acercamiento a este autor v. ORTIZ DE LA TORRE T. *Derecho Internacional privado. Parte general*. Vol. I. *Introducción, Historia doctrinal y codificación*, Madrid 1992, p. 344 a 346.

una convención expresa o tácita. Los cónyuges, mediante su contrato de matrimonio, podrán excluir el régimen de derecho común e incluso referirse a leyes distintas¹³.

En definitiva, los cónyuges que redactan su contrato matrimonial, tienen entera libertad para reglamentar sus intereses privados y únicamente, se procederá a la interpretación razonable de su voluntad, en el caso de que aquel no exista¹⁴. Así, la doctrina de VOËT reconoce el verdadero juego de la autonomía de la voluntad en los pactos matrimoniales¹⁵.

Durante el siglo XIX, se produce el desarrollo de este concepto. En Derecho Internacional Privado, comienza a utilizarse el término "autonomía" por los autores alemanes¹⁶. Los internacionalistas

¹³ WIEDERKEHR señala como VOËT fue el primero en formular la regla de la autonomía de la voluntad "Pour lui, les coutumes sont souveraines en leur ressort, c'est par courtoisie qu'une nation admettra parfois de donner compétence à une loi étrangère. Mais toutes les coutumes ne s'imposent pas impérativement aux individus, certaines sont facultatives et peuvent être écartées par une convention expresse ou tacite. Ainsi en est-il du régime matrimonial: les époux peuvent écarter le régime du droit commun par leur contrat de mariage. Ils peuvent aussi implicitement se référer à une autre loi qui ne s'impose pas alors comme loi, mais comme convention des parties." WIEDERKEHR G. *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial*, Paris 1967, p. 85 a 90, en especial 85.

¹⁴ SURVILLE M. "Du rôle de la volonté dans la solution des questions de droit international privé que soulève le contrat de mariage" en *Rev. crit.* 1988 p. 158 a 180, en concreto p. 173 "Si celles-ci rédigent un contrat de mariage elles doivent avoir une entière liberté pour le règlement de leurs intérêts privés; si elles n'en rédigent pas un, c'est alors et uniquement à l'interprétation raisonnable de leur volonté qu'il faut songer".

¹⁵ SURVILLE señala el posible motivo de que esta teoría pasara inadvertida "Telle fut cette remarquable théorie du réaliste hollandais, le seul des vieux auteurs qui ait reconnu véritablement l'autonomie de la volonté et qui ait, à mon avis, indiqué la solution exacte de la question que soulèvent les conventions matrimoniales. Cette solution passa pourtant inaperçue, soit parce qu'elle était noyée dans un vaste commentaire sur les *Pandectes*, soit peut-être parce, qu'elle ne dut être considérée que comme un expédient ingénieux destiné à refuser au statut personnel la véritable portée que les jurisconsultes statutaires, qui ne voulaient que deux catégories de lois, s'efforçaient de lui reconnaître." SURVILLE M. "Du rôle de la volonté dans ...*op. cit.* p. 173-174.

¹⁶ V. RANOUIL V. *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Paris 1980, p. 19 a 61.

crean una acepción nueva que respeta la significación etimológica del término, pero que tiene su plasmación en materia de conflicto de leyes. En concreto, se utiliza el término "autonomía" para designar la posibilidad de elección de la ley aplicable. Tal expresión será importada por FOELIX¹⁷ a Francia, extendiéndose a toda la doctrina.

El primer autor que relaciona los términos autonomía y voluntad es BOCHER¹⁸ en 1883, pero no será hasta 1886, cuando la expresión autonomía de la voluntad penetra en el vocabulario internacionalista y ello por la influencia de otro autor, WEISS¹⁹. A partir de aquí se produce una generalización del uso de la expresión, marcada por su introducción en el *Journal de droit international*,²⁰ con ocasión de la publicación de un extracto de una sentencia de 15 de enero de 1892²¹, la cual curiosamente no contenía el término que, sin embargo, va a ser introducido por los redactores en el *sommaire*.²² Pese a ello la expresión, debida a los internaciona-

¹⁷ FOELIX M. utiliza el término de autonomía, así como, el de autonomía del hombre o de los ciudadanos. *Traité du droit international privé*, Paris 1866, (cuarta ed.)

¹⁸ BOCHER CH. *Cours de droit international privé*, t. II, Paris et Genève 1883, p. 67.

¹⁹ WEISS *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris 1886.

²⁰ *Journ. dr. int.* 1894 p. 154-155, Table analytique p. 1187.

²¹ El extracto señalaba como "La loi applicable aux rapports de droit qui naissent d'un contrat droit, en principe, être déterminée d'après la volonté des parties contractantes. Lorsque cette volonté n'a été manifestée ni expressément ni tacitement, la loi applicable est celle du lieu de l'exécution du contrat et non celle du lieu de la passation de ce contrat.

Note- Cette solution est généralement admise par la doctrine et par la jurisprudence allemandes. Cf. de Bar, *Theorie des internationalen Privatrechts*, t. 2, p. 3 et s."

²² RANOUIL V. *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Paris 1980, p. 45 a 47, en concreto p. 46 "... Les rédacteurs du journal de droit international privé, dans le sommaire la précédant écrivent: 'principe de 'autonomie de la volonté - Loi du lieu de l'exécution'. Ces termes d'autonomie de la volonté sont repris dans la table analytique sous le mot 'obligation', à propos de l'indication de cet arrêt. Leur usage n'est pas anodin: il est destiné à nommer une des règles fondamentales du droit international privé, mais il est assurément nouveau dans le vocabulaire internationaliste usuel."

listas, no aparece en la doctrina civilista hasta 1891 con WORMS, y en especial en 1899 con GENY²¹.

Es en el SXIX, cuando la jurisprudencia empieza a consagrar el principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratos y también, en materia de regímenes matrimoniales²², siendo muy rica la doctrina que desarrollan el tema desde diferentes puntos de vista.

Una de estas perspectivas era ofrecida por SAVIGNY²³, el cual prefería el concepto de sumisión voluntaria al de autonomía. Partía del reconocimiento de la importancia de la sumisión voluntaria a un derecho, para la determinación del propio derecho local. Para éste autor, sólo podrá ser descartada la ley del lugar de ejecución, (justificada ésta por la voluntad presumida de las partes), en caso de declaración contraria expresa, y en el caso de que la legislación competente este en contradicción con una ley *rigoureusement obligatoire* (orden público internacional)²⁴.

La concepción de MANCINI²⁵, partiendo de otros presupuestos, señala a la autonomía de la voluntad como principio rec-

²¹ WORMS R. *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, Paris 1891, p. 191 y GENY F. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1899, p. 144 y 173 v. en este punto el estudio que hace RANOUIL sobre la aparición de la expresión "autonomía de la voluntad" en la doctrina civilista. RANOUIL V. *L'autonomie de la volonté. Naissance et ...* op. cit. p. 92 a 96.

²² CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ...* op. cit. p. 62 a 67.

²³ SAVIGNY (1779-1861) *Derecho Romano actual*, Berlín 1840-1849. v. ORTIZ DE LA TORRE T. *Derecho Internacional privado. Parte general. Vol I. Introducción, Historia doctrinal y codificación*, Madrid 1992, p. 397 a 412, QUERO J. "El principio de la autonomía de la voluntad en..." op. cit. p. 225 a 228, en especial 225-226 CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ...* op. cit. p. 60-61.

²⁴ SAVIGNY *Système de droit romain*, T VIII, Paris 1851, v. RANOUIL V. *L'autonomie de la volonté. Naissance et ...* op. cit. p. 27 a 29.

²⁵ MANCINI P. S. (1817-1897) v. "De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les états, sous la forme d'une ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles" en *Journal de droit international*. 1874 p. 221-239 y 285-304 en especial p. 294-297. Para un acercamiento a este autor v. ORTIZ DE LA TORRE T. *Derecho Internacional privado...* op. cit. p. 413 a 423.

tor en materia contractual, a la vez que diferencia dos partes en Derecho privado, una necesaria (el estado personal, el orden y las relaciones de familia) y otra voluntaria (formación de los contratos, obligaciones...), pudiendo las partes en esta esfera de relaciones, conformar sus actos a otras reglas distintas de las nacionales. La influencia de este autor, tiene su reflejo en varias de las codificaciones de su tiempo²⁸.

Pero, es en la primera mitad del siglo XX, cuando la autonomía de la voluntad en Derecho Internacional privado, va a sufrir graves ataques por la doctrina²⁹. En esta línea se sitúan las obras de CALEB y NIBOYET. La primera limita notablemente el juego de la autonomía de la voluntad así, toda materia imperativa escapa al dominio de la autonomía³⁰; y la segunda reconoce protagonismo, no a la autonomía respecto de la cual afirma que no existe, sino a la libertad de convenciones en materia contractual³¹. La jurisprudencia

²⁸ Además de en el Código Civil italiano "...su doctrina de la autonomía de la voluntad, fue reconocida en el artículo 9 de las 'preleggi, y de él paso al artículo 11 de la ley del Congo de 20 de febrero de 1891, al artículo 7º de la ley japonesa de 15 de junio de 1898 y al artículo 13 del Dahir marroquí de 12 de agosto de 1913" QUERO J. "El principio de la autonomía de la voluntad en... op. cit. p. 229 a 233 cita en p. 232.

²⁹ V. el estudio de RANOUIL sobre la crisis de la autonomía de la voluntad en la doctrina internacionalista RANOUIL V. *L'autonomie de la volonté. Naissance et ... op. cit.* p. 97 a 127, p. 126 "Dans la doctrine internationaliste, l'agonie de l'autonomie de la volonté a commencé en 1894, avec Pillet; mais la mort n'est survenue qu'en 1927, avec Niboyet."

³⁰ En caso contrario, "L'individu serait plus libre en droit international privé qu'en droit interne" y la loi compétente serait "la loi du moindre effort" CALEB M. *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Paris 1927, p. 85 v. la parte dedicada a "Des lois impératives" p. 79 a 108.

³¹ NIBOYET J.-P. "La théorie de l'autonomie de la volonté" en *R. des C.* 1927. p. 15 "... il n'y a pas de théorie de l'Autonomie de la Volonté parce qu'il n'y a pas d'Autonomie de la volonté, et qu'on a été amené à faire une vaste confusion entre deux conceptions juridiques très différentes: celle d'une pseudo-autonomie de la Volonté, et celle de la simple liberté de Conventions en matière de contrats."

dencia por contra, continua considerándola como el principio mejor adaptado a las materias contractuales³².

El refuerzo de este concepto tiene lugar en la segunda mitad del siglo XX. Las codificaciones más recientes mantienen y aumentan el protagonismo de la autonomía, que es considerada como uno de los principios de base del Derecho Internacional Privado actual³³, como por otro lado, demuestra la jurisprudencia a través de las múltiples aplicaciones de aquella, que tienden a la objetivación de la voluntad cuando ésta no es expresa³⁴.

Corresponde a esta parte, el estudio de la penetración de la autonomía de la voluntad de las partes, en un ámbito muy concreto: el de los pactos matrimoniales. Como se ha visto, esta cuestión no es, en absoluto ajena a ella, como indica su propio origen marcado por lo que no es, sino la determinación de la ley aplicable al régimen matrimonial.

1. b) Significado de la autonomía de la voluntad y ámbitos de desarrollo

El sentido general de la autonomía de la voluntad, se corresponde con la concreta condición que gozan los individuos, al no depender de nada ni de nadie, para la determinación de las reglas

³² Es significativa, en este punto, una sentencia del Tribunal Supremo español de 1919 que hacía aplicación de la autonomía de la voluntad, a través del art. 1255 del Código Civil "No puede negarse el principio universal sancionado por el Derecho internacional Privado y especialmente consignado en nuestras leyes desde la del ordenamiento de Alcalá, que confirmó el artículo 1255 del vigente Código civil, según el cual la autónoma voluntad de los contrayentes es la fuente preferente para resolver las cuestiones afectadas a las convenciones, en todo lo que no se oponga al orden social, al imperio de leyes prohibitivas y a la soberanía del territorio donde se pide la ejecución." Sentencia de 1 de mayo de 1919. Col. leg. t. II p. 176 v. YANGUAS MESSIA J. *Derecho Internacional Privado. Parte general*, Madrid 1971, p. 336-337.

³³ V. Proyecto de resolución del Instituto de Derecho internacional Anuario IDI *session de Bâle, Travaux préparatoires*, vol. 64-I 1991, p. 77.

³⁴ CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ... op. cit.* p. 78 a 82.

conforme a las cuales van a regirse; esto es, la autonomía de la voluntad es "la libre determinación de las reglas a las cuales someterse"²⁵.

El significado contemporáneo de este término en la ciencia jurídica, viene inmediatamente limitado por el respeto a las norma imperativas, y por la diferente formulación que presenta en los distintos ámbitos en los cuales se desarrolla. Así, en Derecho Internacional privado la autonomía de la voluntad, puede definirse como la facultad de elección del derecho aplicable a una situación privada internacional.

La interacción que las distintas materias de Derecho Internacional Privado presentan, incide en la determinación de la ley aplicable²⁶. Las relaciones *forum* y *ius* así lo manifiestan; las partes con base en la autonomía de la voluntad, eligen un tribunal y éste aplica sus propias normas de conflicto y no otras. También puede observarse la influencia de la autonomía de la voluntad, aún de manera indirecta, en el reconocimiento y ejecución de sentencias, pudiendo ello depender de la aceptación de la sentencia por la parte contra la que se pide la ejecución o se invoca la cosa juzgada²⁷. Esto es lo que está ocu-

²⁵ V. el estudio que CARLIER hace del concepto de la autonomía de la voluntad en las ciencias humanas CARLIER J-Y. *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles 1992, p. 15 a 27. La definición señalada por el autor "l'autonomie de la volonté est la détermination libre des règles auxquelles se soumettre", es recogida del diccionario Quillet p. 26-27.

²⁶ Para un estudio de las relaciones *forum* y *ius* y la correlación entre las distintas materias de Derecho Internacional Privado v. GONZALEZ CAMPOS J. D. "Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé" en *R. des C.* 1977 (156) p. 227 a 372 y FERNANDEZ ROZAS J.C y SANCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional privado*, Madrid 1996 p. 195 a 202.

²⁷ En este punto CARLIER señala como "Quoique non formellement inscrite dans les critères de reconnaissance ou d'exequatur, la volonté apparaît fréquemment dans la jurisprudence comme facteur de précision des notions d'ordre public international et droits de la défense inscrits dans les textes." o indica como "les tribunaux belges ont développé, dans les matières de statut personnel, une jurisprudence en ce sens pour la reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales si, expressément ou tacitement, même *a posteriori*, la femme y a consenti." CARLIER J-Y. *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles 1992, p. 130 sobre este tema v. p. 349-351, bibliografía reseñada en nota 942, CARLIER J-Y La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public répudié? en *Journ. Trib.* 1985 p. 101 a 108, en concreto p. 104, ROMMEL G. Quelques problèmes en matière de droit maghrébin: la répudiation, la garde et le rapt d'enfants, les pensions alimentaires. *J.J.P.*(journal de juges de paix et de police) 1982 p. 33.

riendo, respecto del reconocimiento de repudiaciones unilaterales, que en todo caso requerirán el consentimiento de la mujer.

Singularmente, el principio de la autonomía de la voluntad ha jugado en Derecho Internacional Privado casi exclusivamente, en el campo de los contratos. Es por ello que en él, la autonomía de la voluntad ha tenido un gran desarrollo. No obstante, otras materias no habían recibido apenas, el influjo de este principio, a saber, matrimonio, filiación, sucesión..., excepción hecha de los regímenes económico matrimoniales³⁸.

Hay que señalar sin embargo, la evolución que el Derecho Internacional Privado contemporáneo ha experimentado y que se concreta, en este punto, en la penetración de la autonomía de la voluntad en materias relativas al derecho sucesorio y de familia. La autonomía pasa a intervenir a título principal, en el derecho patrimonial de la familia: regímenes económico matrimoniales y, aunque de una manera subsidiaria, en los efectos personales del matrimonio y su disolución³⁹, así como en materia sucesoria.

La introducción de la autonomía de la voluntad en este último ámbito, es muy significativa. Aparece como una de las principales características del Convenio de La Haya sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte⁴⁰ y a su vez, representa una gran innovación en este ámbito⁴¹. Si bien, Suiza recogía la *professio*

³⁸ La Conferencia de La Haya admitió el principio de la autonomía de la voluntad para los regímenes matrimoniales en 1976.

³⁹ GANNAGE P. "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille" en *Rev. crit. internat. privé*, 81(3) juill.-sept. 1992 p. 425 a 454, en especial p. 425 a 432 y p. 441.

⁴⁰ 1 de Agosto de 1989 v. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE J.A. *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Evolución histórica y convenciones adoptadas*, Madrid 1993, p. 319 a 329.

⁴¹ V. WATERS "Rapport explicatif de M. Donovan W. M. Waters" en *Actes et documents de la seizième session. Tome II, successions- loi applicable* p. 526 a 616, en concreto "Principales caractéristiques de la Convention" n° 26 p. 534-535. LAGARDE P. "La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions" en *Rev. crit. dr. internat. privé* p. 249 a 275, en especial p. 260 a 263.

juris en una larga tradición en la regulación de materias sucesorias, no cabe decir lo mismo del resto de países, que hubieron de esperar al Convenio para acoger aquel principio⁴² propuesto por DROZ, como solución a los graves problemas que en esta materia se planteaban⁴³ y que rápidamente, se abrió paso entre los principios inspiradores de esta codificación⁴⁴.

Por lo que respecta al Derecho español, el Convenio no ha sido objeto de ratificación y la regulación ofrecida por el artículo 9.8 del Código Civil, no permite la designación de una ley como rectora del conjunto de la sucesión. Ahora bien, conservarán su validez las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios celebrados por el testador o disponente, aunque sea otra la ley que rija la sucesión.

La solución del artículo 9.8, consagra la unificación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio y a los derechos del cónyugu-

⁴² V. WATERS "Rapport explicatif de M. Donovan W. M. Waters" en *Actes et documents de la Seizième session. Tome II, successions- loi applicable* p. 526 a 616, en concreto p. 534 Señala respecto de la nacionalidad y la residencia habitual que "La Conférence a reconnu que ces deux facteurs de rattachement sont ceux qui, à l'exclusion des autres (le domicile mis à part), sont employés aujourd'hui à des fins successorales et, comme le principe d'une *professio juris* en matière testamentaire représente une innovation pour presque toutes les juridictions (à l'exception notable de la Suisse), on a estimé qu'il était à la fois sage et pratique delimitar à ces deux-là le choix des testateurs."

⁴³ DROZ proponía una solución "simple, pratique, efficace, serait tout simplement de permettre au principal intéressé, c'est-à-dire au de cujus de donner son avis sur le rattachement de sa succession" y esta solución "que certains trouveront utopique, mais pourquoi ne pas la lancer dans le débat pour lui faire subir un galop d'essai" v. DROZ "la codification du droit international privé des successions. Perspectives nouvelles" en *travaux Com. fr.dr.int.pr.* 1966-1969 p. 319 y s.s en concreto p. 323 a 326.

⁴⁴ LAGARDE lo explicaba así "Aussi fût-ce une heureuse surprise de constater à La Haye que l'idée avait fait son chemin et qu'un accord put être trouvé assez rapidement, même de la part des pays attachés à la réserve successorale et à l'application de la loi nationale, sur le principe d'une *professio juris* enfermée dans des limites raisonnables," LAGARDE P. "La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions" en *rev. crit. dr. internat. privé* p. 249 a 275, en especial p. 260.

ge superstite⁶⁵. Desde esta perspectiva, la penetración de la autonomía de la voluntad tiene lugar, en cuanto que la elección de la primera determina también, su aplicación a los derechos del cónyuge sobreviviente⁶⁶.

Es en definitiva, por vía convencional por la que la autonomía de la voluntad penetra en un campo hasta entonces vetado, y acoge la posibilidad de que una persona designe la ley de un Estado determinado para regir su sucesión. Esta opción se concreta en hasta 4 leyes de referencia, a saber, la de la nacionalidad en el momento de la designación o del fallecimiento, o la de la residencia habitual en el momento de la designación o del fallecimiento⁶⁷.

Se ha podido observar como la penetración de la autonomía de la voluntad, aparece como un proceso con múltiples ámbitos de desarrollo y con una importante perspectiva de futuro, que esta llamada a producir sus frutos en diferentes legislaciones y normativas. En lo que respecta al ámbito económico matrimonial esa penetración es ya, una realidad.

1. c) Autonomía material y autonomía conflictual

La aproximación al significado de la autonomía de la voluntad, realizada en el apartado anterior, ha de completarse con el

⁶⁵ Esta cuestión estuvo presente también, en los trabajos preparatorios del Convenio *v.* WATERS "Rapport explicatif de M. Donovan W. M. Waters" en *Actes et documents de la Seizième session...* *op. cit.*, p. 554 "Mais la cause essentielle du changement d'attitude semble avoir été que l'on s'est rendu compte que, si la date de désignation était admise, le de cuius pourrait organiser librement ses dispositions matrimoniales et sa succession, en s'assurant quelle loi s'appliquerait dans chaque cas et en pouvant faire en sorte que la même loi s'applique dans les deux cas."

⁶⁶ V. apartado dedicado al ámbito material de la norma de conflicto, en concreto "materias excluidas".

⁶⁷ Art. 5 del Convenio "Una persona puede designar la ley de un Estado determinado para regir el conjunto de su sucesión. La designación no tendrá efecto más que si esa persona, en el momento de la designación o en el momento del fallecimiento, poseía la nacionalidad de ese Estado o tenía en él su residencia habitual."

estudio de los dos aspectos que aquella presenta, que aún estando íntimamente relacionados, son absolutamente diferentes⁴⁸.

La libre determinación de las reglas a las cuales someterse en que consistía la autonomía de la voluntad, tiene en Derecho Internacional Privado una doble significación; puede referirse a la libre determinación de la normativa aplicable y por tanto, a la elección de la ley aplicable (al régimen económico matrimonial, en el objeto de estudio) o puede referirse a la libertad contractual que en el derecho nacional tienen las partes y que se concretaría, en la determinada regulación que aquellas quieran hacer (del régimen económico matrimonial, en este estudio)⁴⁹.

La autonomía conflictual se identificaría con la elección de la ley aplicable y la autonomía material, con la libertad contractual de que las partes disponen en un determinado derecho. Tal distinción, no es nueva si bien, identificada con otras expresiones, puede encontrarse en la obra de ZITELMANN, y es también formulada por PERASSI que distingue "autonomía contractual": facultad de establecimiento de normas materiales, y "autonomía de la voluntad": elección de la ley aplicable, así como en la tesis de HAUDEK que diferencia la remisión contractual a una ley extranjera, como complemento de la voluntad de las partes, de la cláusula que determina la ley aplicable⁵⁰.

⁴⁸ V. la nítida distinción que hace GOLDMAN de los "deux aspects entièrement différents de l'autonomie de la volonté des parties" "Observations de M.B. Goldman" en "L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées" *Annuaire de l'institut de droit international, session de Bâle* vol. 64-1 p. 26 a 28, en especial p. 26.

⁴⁹ VIRGOS SORIANO M. "Obligaciones contractuales" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 143 a 207, en concreto p. 148-149.

⁵⁰ ZITELMANN E. *Internationales Privatrecht*, Tomo II, Leipzig, 1897 p. 270 y s.s. PERASSI T. "Sull'autonomia dei contraenti" nota a la sentencia de 21 de enero de 1928 del Tribunal de Casación italiano en *Riv. dir. int.* 1928 p. 516-520. HAUDEK W. *Die Bedeutung des Parteivollens im internationalen Privatrecht*, Berlin 1931. Para una referencia de todos ellos v. CASANOVAS Y LA ROSA O. "La autonomía de la voluntad en Derecho Internacional Privado" en *A.D.C.T.* XXIX año 1976 p. 1003 a 1020, en concreto p. 1004-1005. Este autor también hace la distinción "... entre autonomía privada -facultad de reglamentación que opera respecto de las normas dispositivas- y autonomía de la voluntad, específica del Derecho internacional privado, como poder de elección de la ley aplicable." p. 1005.

Una vez identificados los dos aspectos de la autonomía de la voluntad de las partes, conviene hacer hincapié en la íntima relación que aquellos presentan. Se parte para ello, de un supuesto paradigmático de la materia objeto de estudio: un matrimonio mixto, compuesto por nacional español y nacional francés, deciden celebrar capitulaciones matrimoniales conforme a la ley nacional española, eligen el régimen de separación de bienes, e incluyen una cláusula en el articulado, por la cual, los inmuebles se registrarán por el derecho francés⁵¹, esto es, expresan su voluntad de que queden sometidos, por ejemplo al sistema de *communauté légale* propio de la ley del lugar de situación (que en el supuesto concreto es Francia).

Este ejemplo permite observar la clara superioridad⁵² de la autonomía conflictual sobre la material y ello por dos motivos: el ejercicio de la autonomía material, está absolutamente condicionado por el ejercicio de la autonomía conflictual. Sólo cuando se ha determinado la ley aplicable a las capitulaciones, se podrá establecer el concreto contenido de las mismas que, como es obvio, deberá de respetar los límites y condiciones impuestos por aquella. Por

⁵¹ Como se verá más adelante el Derecho Internacional privado francés permite la designación de la ley de la situación de los bienes inmuebles. "Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents, ils peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés." art. 3 del Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978, que deviene derecho aplicable a Francia, con la entrada en vigor el 1 de septiembre de 1992. Convenio publicado por Decreto de 21 de septiembre de 1992 en JO de 25 de septiembre de 1992 p. 13324.

⁵² ESPLUGUES MOTA C. expresaba esta superioridad, en relación con los contratos, siendo ésta afirmación claramente aplicable a los pactos o capitulaciones matrimoniales: "La autonomía conflictual presupone y supera a la material: quien tiene capacidad para vincular un contrato con un ordenamiento -autonomía conflictual- tiene con posterioridad, plena capacidad para, dentro de los límites fijados por dicho ordenamiento, configurar el clausulado del contrato-autonomía material." ESPLUGUES MOTA C. "Régimen jurídico de la contratación en el derecho del comercio internacional" en VVAA *Contratación internacional*, Valencia 1994, p. 27 a 183 en especial p. 38-39.

otro lado, el ejercicio de la autonomía conflictual presupone la existencia de una situación internacional, que posibilita una más amplia regulación que la derivada de una situación interna.

No es difícil deducir del análisis realizado hasta aquí, que la singularidad del Derecho Internacional Privado respecto de la autonomía de la voluntad, tiene su reflejo inmediato en la autonomía conflictual³³, hasta el punto de poder considerarla como un concepto propio de la disciplina³⁴.

En el supuesto planteado anteriormente, la ley aplicable a las capitulaciones conforme al Derecho Internacional Privado español, es la española. La determinación de esta ley es correcta pues, coincide con la de la nacionalidad de uno de los cónyuges y puede ser designada según el artículo 9.3 del Código Civil español.

Las partes deciden pactar el régimen de separación de bienes del Código Civil, siendo esta decisión constitutiva del contenido material de la capitulación. Para analizar la validez de este contenido bastará con comprobar si el sistema español, en efecto, permite la ordenación de los bienes matrimoniales de acuerdo al régimen de separación; siendo afirmativa la respuesta. El Código Civil dedica el capítulo VI del libro IV del Título III al régimen de separación de bienes.

³³ BATIFFOL H. "Le rôle de la volonté en droit international privé" en *Archives de philosophie du droit* 1957 p. 71 a 86, en concreto p. 71 "Les volontés individuelles ont été appelées en droit international privé à un rôle que le droit interne n'a jamais envisagé pour elles: celui de déterminer la loi applicable aux contrats." JACQUET J-M. *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris 1893, p. 7. "L'originalité dans notre discipline, et en matière de contrats, réside dans l'objet qui peut être imputé à cette volonté: la désignation d'une loi à laquelle il apparaît ainsi que les contractants se soumettent volontairement."

³⁴ BORRAS, cuando analiza el papel de la autonomía de la voluntad en el actual artículo 9.2 y 9.3 CC español, señala "Actualmente,..., la función que a la autonomía de la voluntad se concede es mayor y plenamente situada en el concepto propio del Derecho Internacional Privado, en cuanto autonomía conflictual." BORRAS A. "No discriminación por razón de sexo: Derecho Internacional privado español" en ADC T. XLIV enero-marzo 1991 p. 233 a 249, en concreto p. 237.

La remisión al derecho francés, para la determinación de la ley aplicable a los bienes inmuebles, puede ser objeto de dos diferentes interpretaciones, a saber, que se trate de una cláusula que viene a integrar el contenido material de contrato mediante la remisión a una legislación extranjera. En este caso, nada habrá que objetar pues, en principio, no irá en contra de las limitaciones establecidas por el Código²⁵.

O bien, que la ley francesa se aplicase a esa concreta estipulación, como elección parcial de la ley aplicable, que consolidaría su validez a la luz del artículo 9.3 que admite la validez de los pactos o capitulaciones conforme a la ley nacional de cualquiera de los cónyuges, por tanto, conforme a la ley francesa, pues una de las partes es de esa nacionalidad²⁶.

Dejando para más adelante el análisis de esta concreta cuestión, lo que interesa señalar ahora, es como la conexión a diferentes ordenamientos que configura una situación privada internacional, permite una más amplia reglamentación de las capitulaciones matrimoniales, respecto de las situaciones estrictamente internas. Léase en el caso concreto, la posibilidad de que el conjunto de la capitulación se rigiese por el derecho francés, por ser la nacionalidad de uno de los cónyuges francesa, además de la opción elegida por la ley española coincidente con la nacionalidad del otro cónyuge.

²⁵ V. en este punto la diferencia entre cláusulas de "elección del Derecho aplicable" y cláusulas de "incorporación por referencia" VIRGOS SORIANO M. "Obligaciones contractuales" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 143 a 207, en especial p. 148-149.

²⁶ Podría producirse una importante fragmentación en la regulación, si las partes sometieran cada una de las estipulaciones de su régimen, a aquellos ordenamientos permitidos por el 9.3, buscando con ello la validez de las diferentes cláusulas. v. una referencia al *depeage* en AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 329 a 354, en especial p. 337-338 y el apartado de este trabajo correspondiente a los problemas que genera la autonomía de la voluntad "La autonomía de la voluntad y la fragmentación o *depeage*".

Este mayor campo de reglamentación presenta dos vertientes. La ya analizada, posibilidad recogida en el artículo 9.3 de estipular capitulaciones matrimoniales, que han de encajarse en alguna de las leyes de referencia de aquella norma, y la posibilidad, también recogida en este artículo, de elección de ley aplicable, esto es, pacto de elección de ley aplicable. Las dos ofrecen a los cónyuges, un importante mosaico de posibilidades para regular su régimen económico matrimonial.

1. d) Autonomía de la voluntad como expresión del principio de materialización

Dejando a un lado la posible limitación de la autonomía de la voluntad, las partes, en principio, y con base en ella, elegirán una determinada ley, directriz de su régimen económico matrimonial o de un contrato en general. ¿Cuales serán los criterios que les llevarán a elegir una y no otra ley? ¿atenderán al principio de los vínculos más estrechos o se guiarán por criterios totalmente arbitrarios?

Parece claro que las partes cuando disponen de esta facultad, más que buscar la proximidad con una determinada ley para elegirla como rectora de la situación, tendrán en cuenta interés materiales para la elección de tal ley⁵⁷, entendiéndose que el juego de los intereses materiales en la elección, se traduce en la designación de la ley aplicable que mejor responda a su propios intereses.

⁵⁷ VON OVERBECK A. lo expresaba así, "Il est artificiel d'assimiler, de façon générale, comme le font certains auteurs, la loi d'autonomie à la loi qui présente les liens les plus étroits avec une affaire. Le législateur ou le juge qui établit des règles de rattachement objectives s'efforce de trouver le critère qui, selon l'expérience générale, désigne la loi présentant les rapports les plus étroits avec l'affaire. Au contraire, une personne (...) qui à la faculté de désigner elle-même la loi applicable choisira la loi qui répond le mieux à ses intérêts. Ce sont donc bien des considérations matérielles qui interviennent dans la désignation de la loi applicable." VON OVERBECK A. "Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé" en *R. des C.* 1982 III p. 7 a 248, en concreto p. 87 y en el mismo sentido p. 74.

Serán igualmente, índices materiales los que lleven a los cónyuges a elegir la ley rectora de su régimen económico matrimonial. En este caso, el pacto en la determinación de tal ley, mirará probablemente, el amparo de la normativa que más favorezca las connotaciones económicas de su vida en común.

Son muchos los problemas que los índices materiales han generado a la doctrina, a la hora de clasificar las normas que recogen este punto de conexión. Así, se ha considerado por diferentes razones, que se trataba de normas materiales y por otras, que se trataba de normas de conflicto de carácter material o sustancial.

La consideración de la autonomía de la voluntad como norma de Derecho Internacional Privado material se debe a DEBY-GERARD. Este autor consideraba que aquella no puede cumplir ninguna función conflictual, puesto que la voluntad no puede fundamentar ninguna conexión objetiva, necesaria en la norma de conflicto, aparte de que la elección de la ley no constituiría ningún acto material de localización⁵⁵.

El carácter especial de la ley de la autonomía, en el supuesto de considerarla una norma de conflicto, está presente en la obra de MAYER. Este señala como la ley de la autonomía integra un aspecto sustancial, pues trata de facilitar las relaciones contractuales y respetar la creencia de las partes en cuanto al contenido de sus obligaciones⁵⁶.

⁵⁵ DEBY-GERARD F. *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris 1973, p. 255 "Or la volonté n'est pas et ne peut être le fondement d'un rattachement objectif tel qu'en nécessité toute règle de conflit: sous peine de nier le rôle de la volonté- contre le droit positif et les nécessités de la vie internationale- force est de reconnaître que le choix de la loi ne constitue pas une règle de conflit de lois."

⁵⁶ MAYER P. *Droit international privé*, Paris 1991, p. 442 "Il s'ensuit que la loi d'autonomie n'est pas une règle de conflit pure et simple. Elle comporte un aspect substantiel, d'une part parce qu'elle est conçue pour faciliter la réalisation des opérations contractuelles internationales, d'autre part parce qu'elle cherche à respecter la croyance des parties quant au contenu de leurs obligations."

La calificación de norma de conflicto de carácter material⁶⁰, requiere un análisis bidireccional centrado en la efectiva constatación de la autonomía de la voluntad como norma de conflicto, así como, el contenido del elemento material. Este último es el que las situaría en el ámbito de las normas de conflicto de carácter sustancial, también llamadas normas de conflicto materialmente orientadas o con finalidad material⁶¹.

No resulta difícil la calificación de estas normas como normas de conflicto, por cuanto la técnica de reglamentación utilizada por aquellas es indirecta, siendo éste el elemento estructural que las identifica como normas de conflicto y las diferencia de las normas materiales. Es por ello, que no parece que esta última sea la calificación más adecuada.

Una manifestación de la autonomía de la voluntad como norma de conflicto, se encontraría por ejemplo en el Convenio de

⁶⁰ V. en especial el estudio de PATOCCHI, el cual llega a la conclusión de que la autonomía de la voluntad es una norma de conflicto de carácter sustancial particular, y defiende su tesis frente a la calificación de DEBY-GERARD, de norma de Derecho Internacional Privado material. Se reproduce un párrafo en el cual el autor expresa con claridad su posición, que fue acogida por la doctrina posterior "Or, après avoir admis en général qu'une règle de rattachement n'est pas nécessairement localisateur, il n'est pas pour autant nécessaire de nier que la règle d'autonomie soit une règle de rattachement: ce serait confondre la détermination de la loi applicable avec les critères présidant à cette détermination. Le principe d'autonomie, en déléguant aux parties la libre détermination du statut contractuel, consacre la technique de réglementation indirecte propre à toute règle de rattachement et aboutit à la détermination de la loi applicable au contrat. Il ne se distingue donc nullement par sa fonction des autres règles de rattachement, et sa fonction conflictuelle est hors de cause: seulement la détermination de la loi applicable n'est pas dictée par l'idée générale du lien le plus étroit, mais par la prise en considération de l'intérêt des parties, que celles-ci expriment par leur choix." PATOCCHI P. M. *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève 1985, p. 119-120. v. KASSIS A. *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris 1993, p. 205 a 209.

⁶¹ Son términos utilizados por diferentes autores para referirse a estas normas, a saber, normas de conflicto de carácter sustancial PATOCCHI P. M. normas de conflicto materialmente orientadas BOGGIANO A. y normas de conflicto con finalidad material LAGARDE P.

La Haya sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales⁴²; *El régimen matrimonial está sometido a la ley interna designada por los esposos antes del matrimonio*. Siguiendo la estructura de cualquier norma de conflicto⁴³ se identifica el supuesto de hecho: regulación del régimen económico matrimonial, el punto de conexión: voluntad de las partes (ley designada por los esposos según su voluntad) y la consecuencia jurídica: aplicación de la ley, fruto de la elección de los cónyuges.

Respecto del elemento material que estas normas han de contener, para merecer la calificación de normas de conflicto de carácter sustancial, parece que, en las normas objeto de estudio, presenta un cierto carácter especial⁴⁴. Ello es así, en cuanto que los criterios que condicionan la selección de la ley aplicable, no aparecen claramente en la norma de conflicto⁴⁵.

Como ya se ha señalado, el carácter sustancial de estas normas, viene determinado por el interés de las partes en la elección de una concreta ley. Sin embargo, este criterio no aparece contenido en la norma de conflicto, la cual sólo concederá a las partes

⁴² Concluido el 14 de marzo de 1978. Artículo 3 "Le régime matrimonial est soumis à la loi interne désignée par les époux avant le mariage".

⁴³ PATOCCHI al analizar la función conflictual particular de la autonomía de la voluntad, señala como "si le principe d'autonomie est une règle de rattachement, la volonté des parties en est le critère de rattachement, et l'élection de droit constitue la concrétisation de ce critère." PATOCCHI P. M. *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève 1985, p. 119.

⁴⁴ PATOCCHI P. M. *Règles de rattachement...* *op. cit.* p. 121 "... ce n'est pas la faculté des contractants de choisir le statut contractuel - presque universellement reconnue - qui vaut à la règle son caractère substantiel, mais plutôt la faculté de choisir la loi à laquelle ils se soumettent selon leurs intérêts." p. 121.

⁴⁵ BUCHER A. "Sur les règles de rattachement à caractère substantiel" en *VVAA Liber Amicorum Adolf F. Schmitzer*, Genève 1979, p. 37 a 55 p. 37 "Elle consiste en une approche 'substantielle' ou 'directe' qui vise un certain résultat matériel et qui ne tient pas compte de la localisation de la situation juridique internationale ou ne le fait que subsidiairement."

la posibilidad de determinar la ley aplicable según su voluntad. No obstante, el autentico móvil de la elección se deduce automáticamente de la norma, pues responderá a los intereses privados de las partes.

Mientras que otras normas adoptan técnicas orientadas a conseguir un determinado efecto: conexiones alternativas, conexiones subsidiarias..., y que permiten una cierta previsión en la determinación de la ley aplicable, la autonomía de la voluntad en cuanto que faculta a las partes a elegir la ley que mejor responda a su interés, no permite, en principio, tal previsión pues, esa elección será diferente en los distintos supuestos que se planteen.

El análisis realizado hasta aquí, ha seguido el paradigma de la autonomía total de la voluntad que, sin embargo, no es el seguido por la mayoría de las legislaciones que recogen el principio de la autonomía de la voluntad, en la determinación de la ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales. Estas optan por una autonomía limitada de la voluntad, que se concreta en la restricción de las leyes a elegir, a aquellas que presentan vínculos objetivos con los cónyuges o su vida matrimonial⁶⁶.

No obstante, el interés de las partes aparece como elemento suficientemente revelador del carácter material de la autonomía limitada de la voluntad que, como normas de conflicto, adoptan muchos sistemas. Siendo además, otras las orientaciones materiales que podrían deducirse de su regulación: favorecer la validez de los acuerdos capitulares, mediante la introducción de la autonomía de la voluntad, aunque esta sea limitada; lograr que la ley aplicable al régimen económico matrimonial, tenga relaciones objetivas con el supuesto, para evitar posibles fraudes...

⁶⁶ V. análisis de Derecho comparado en el apartado dedicado a la autonomía como expresión de proximidad.

2. LIMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

2. a) Objetivismo y subjetivismo

Una objeción clásica hecha al principio de la autonomía de la voluntad, versa sobre la afirmación de que la elección de la ley aplicable no puede resultar de la voluntad de las partes. Esta afirmación parte de que debe ser una ley la que faculte a las partes a realizar la elección y aquella no puede ser la ley designada, pues de lo contrario se caería en un círculo vicioso⁶⁷.

La superación de esta objeción es sencilla, si entendemos que la voluntad de las partes tiene como objeto la elección de la ley aplicable, y que es una norma de Derecho Internacional Privado la que autoriza que las partes puedan acordar tal elección. No hay lugar, por tanto, para cuestionarse si la ley designada por la partes permite la opción, pues está ya planteada por la norma de la autonomía de la voluntad introducida por el legislador⁶⁸. Así, no plantea ninguna duda la afirmación de que la base legal del principio de la autonomía de la voluntad, está en la propia norma del foro.

⁶⁷ Estas junto con otras críticas, fueron formuladas en la segunda mitad del SXX por von BAR y PILLET. MAYER lo expresa así "la source d'une obligation ne peut se trouver que dans la loi qui la sanctionne; la volonté ne joue un rôle que dans la mesure où la loi le lui confie. Particulièrement, en droit international privé, il faudrait qu'une loi habilite les contractants à choisir un loi; or, sous peine de tomber dans un cercle vicieux, ce ne peut être la loi désignée elle-même; le choix de la loi ne peut donc résulter de la volonté." MAYER P. *Droit international privé*, Paris 1991, p. 432, en el mismo sentido KASSIS A. *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris 1993, p. 197-198.

⁶⁸ LAGARDE P. "Les principes du droit international privé hier, aujourd'hui et demain" en VVAA *Principios, objetivos y métodos del Derecho Internacional Privado. Balance y perspectivas de una década*. Cuartas jornadas de Derecho Internacional Privado. Madrid (Vicálvaro) 4 y 5 de junio de 1993, Madrid 1995 p. 15 a 33, en concreto p. 26. "C'est le législateur qui pose la règle d'autonomie de la volonté, donc qui habilite les parties à choisir la loi du contrat. Par conséquent, il n'y a pas à interroger la loi désignée pour savoir si elle permet ce choix. le principe du choix est permis par la règle de conflit qui s'en remet, généralement à la loi choisie pour en fournir la réglementation."

Siguiendo con esta premisa, es fácil deducir que será el Derecho Internacional Privado que articula la autonomía de la voluntad, el que ha de establecer los límites a su ejercicio. Es necesario, en este punto, partir de un importante debate doctrinal cuyo objeto se sitúa en la aproximación objetivista o subjetivista al principio de la autonomía de la voluntad⁶⁸ pues, sólo conociendo el papel que juega la autonomía de la voluntad en Derecho Internacional Privado, se podrá hacer un estudio de sus límites.

La valoración del principio de la autonomía de la voluntad, como factor de determinación de la ley aplicable al contrato, es el origen de la controversia entre objetivismo y subjetivismo⁶⁹. Ambas teorías no tratan sino de descubrir la ley del contrato, tomando como punto de partida la voluntad de las partes.

El subjetivismo puro prima la voluntad sobre la ley. Las partes están vinculadas al contrato que ha nacido del encuentro de sus voluntades, y si las partes eligen una ley, sólo pasa a tener fuerza obligatoria porque aquellas así lo determinan. En el supuesto de que la ley de referencia complete lo no dispuesto por la partes en

⁶⁸ V. en especial BATIFFOL H. "Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats" en *VVAA Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris 1976, "Le rôle de la volonté en droit international privé" en *Archives de philosophie du droit* 1957 p. 71 a 86, BATIFFOL H. y LAGARDE P. *Droit international privé T.II*, Paris 1983, GOLDMAN B. *Le contrat international en Renaissance du phénomène contractuel*, La Haye 1971 p. 443 a 475. DEBY-GERARD F. *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris 1973, MAYER P. *Droit international privé*, Paris 1991.

⁶⁹ En este punto es interesante no asimilar objetivismo y subjetivismo a la defensa de lo que se podía llamar "antiautonomismo" y "autonomismo". JACQUET J.-M. lo explica así: "...Préférons-nous opposer franchement la liberté internationale des conventions qui suppose une mise à l'écart de la règle de conflit et le subjectivisme qui suppose le rôle du principe d'autonomie dans le cadre de la règle de conflit. A l'inverse, nous refusons également d'inclure les théories qui dénie tout rôle au principe d'autonomie dans la catégorie de l'objectivisme pour qualifier seulement d'objectivistes des théories qui, tout en admettant le rôle du principe d'autonomie (elles ne sont donc pas "anti-autonomistes"), lui assignent une fonction, mais inférieure à celle que lui reconnaissent les thèses subjectivistes." JACQUET J.-M. *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris 1983, p. 178.

el contrato, aquella como cualquier otra disposición legal, pasará a ser una norma dispositiva que integrará el resto de las estipulaciones capitulares⁷¹.

En el polo opuesto está el objetivismo, el cual parte de la premisa contraria. Toda relación jurídica está sometida a las reglas de un ordenamiento jurídico⁷² por ello, la voluntad produce efectos jurídicos, en virtud de una norma preexistente. Siendo ello acorde con la idea de que todo contrato necesariamente, ha de estar sometido a la ley de un Estado⁷³.

Es curioso que siendo diferente la concepción de la que parten ambas teorías, llegan a una misma dificultad lógica: la voluntad no podrá determinar la ley aplicable, ya porque no se le reconoce ningún poder a la ley, ya porque no se le reconoce ningún poder a la voluntad⁷⁴.

El subjetivismo supone el abandono de la idea de la voluntad, como norma de conflicto. Como ya se ha señalado, la ley aparece subordinada a la voluntad, en cuanto que aquella se elige como cualquier disposición contractual o bien, no aparece ninguna referencia a la ley, pues el contrato es creación de la partes y la

⁷¹ BATIFFOL señala como, para el subjetivismo "...les parties choisissent la loi applicable comme elles choisissent la teneur de leurs conventions. Ces dernières ne sont pas à proprement parler soumises à la loi choisie; cette loi est l'objet des stipulations intervenues, elle prend le caractère d'une disposition contractuelle". BATIFFOL H. "Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats" en *VVAA Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris 1976, p. 249.

⁷² CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ... op. cit.* p. 93.

⁷³ PATOCCHI P. M. *Règles de rattachement... op. cit.* p. 90.

⁷⁴ CARLIER lo expresa así "Par excès soit dans l'importance accordée à la volonté autonome, soit dans son rejet, les deux théories conduisent à une aporie: la volonté ne peut jouer de rôle localisateur dans la solution du conflit en désignant la loi applicable tantôt parce qu'aucun pouvoir n'est reconnu à la loi (subjectivisme), tantôt parce qu'aucun pouvoir n'est reconnu à la volonté (objectivisme)". CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ... op. cit.* p. 94.

norma de conflicto no tiene ningún papel que jugar⁷⁵. Es, en definitiva, el hecho de que el contrato obligue porque así lo han determinado las partes y en consecuencia, no sea necesaria la ley para sancionar ese carácter obligatorio, lo que determina que la elección este desprovista del carácter conflictual⁷⁶.

El objetivismo también, impide el reconocimiento del carácter conflictual a la autonomía de la voluntad, pero desde otra perspectiva. El pequeño papel reconocido a la autonomía de la voluntad, y la necesidad de que el contrato se rija por una ley en virtud de puntos de conexión objetivos, hace que la consecuencia que se deriva sea la misma que el subjetivismo: la voluntad de las partes aparece desprovista de la función conflictual⁷⁷.

Entre el objetivismo puro y el subjetivismo puro, hay una gran variedad de concepciones intermedias. Entre ellas destaca la llamada teoría de la localización⁷⁸, compromiso entre ambas, que trata de combinar el respeto a la voluntad privada, con la primacía de la ley a la que necesariamente ha de estar sometido el contrato.

⁷⁵ V. DEBY-GERARD F. *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris 1973, p. 231.

⁷⁶ PATOCCHI P. M. *Règles de rattachement...* op. cit. p. 89.

⁷⁷ PATOCCHI P. M. *Règles de rattachement...* op. cit. p. 90-91 "...ni dans une perspective subjectiviste, ni dans une perspective objectiviste, considérées dans leurs expressions absolues, la volonté des contractants ne peut servir à la désignation de la loi applicable. Parce que dans la première hypothèse on se passe de la loi, dans la seconde de la volonté privée, et dans les deux cas la loi 'choisie' ne pourra que 's'incorporer' au contrat. Mais la différence est capitale entre les deux hypothèses, puisque dans la seconde la loi 'choisi' ne pourra déroger au statut contractuel, tandis que dans la première elle s'inclinera devant la volonté exprimée par les parties dans leur contrat."

⁷⁸ BATIFFOL H. y LAGARDE P. *Droit international privé T.II*, Paris 1983, p. 265 "...il faut chercher une voie moyenne. Cette voie paraît se trouver dans la notion que la loi applicable au contrat est déterminée par le juge, mais en raison de la volonté des parties quant à la localisation du contrat."

Con el término "localización", se indica la existencia de una vinculación con un determinado ordenamiento jurídico⁷⁹. Es a las partes a las que les corresponde localizar el contrato, y para ello la voluntad juega un papel muy importante. Sin embargo, no es la localización del contrato realizada por las partes, la que va a determinar de manera absoluta, la ley aplicable al mismo. Será el juez el que determine la ley, atendiendo a varios factores entre los que se encuentra la voluntad de las partes, pero sin estar necesariamente mediatizado por ella⁸⁰.

Dejando a un lado las consecuencias prácticas que de ésta teoría se derivan, lo que interesa señalar aquí es como la síntesis entre el objetivismo y el subjetivismo, tiene su más fiel reflejo en las legislaciones actuales, destacando singularmente el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 en el ámbito contractual⁸¹ y el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978⁸², en el ámbito de la economía matrimonial.

⁷⁹ BATIFFOL H. "Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats" en *VVAA Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris 1976, p. 260.

⁸⁰ BATIFFOL H. y LAGARDE P. *Droit international privé T.II*, Paris 1983, p. 268-269. "Mais il résulte de l'analyse adoptée que le juge n'est pas strictement lié par la clause de choix espérée comme si elle constituait, selon sa lettre, le principe de la solution de droit; elle n'est qu'un élément -capital assurément- de la localisation du contrat, mais non absolument obligatoire en droit parce que cette localisation reste une question de fait. Par conséquent les juges peuvent estimer, le cas échéant, que la clause n'exprime pas la localisation véritable du contrat, telle qu'elle résulte de l'ensemble de ses dispositions."

⁸¹ KASSIS A. *Le nouveau droit européen des contrats*...*op. cit.* p. 189 "La fameuse querelle du subjectivisme et de l'objectivisme en droit français est rangée dans le musée d'histoire du droit depuis l'entrée en vigueur de la Convention de Rome...la jurisprudence française, depuis le fameux arrêt du 5 décembre 1910 (American Trading Co.), a consacré comme règle principale le principe d'autonomie, sans percevoir aucune différence entre ce principe et la théorie de la localisation."

⁸² WATTE señala como éste Convenio adopta el sistema del subjetivismo moderado. WATTE N. "L'autonomie de la volonté dans les conventions de la Haye" en *Rev. belge dr. int.* 1991 vol. XXIV p. 413 a 437, en concreto p. 422 y s.s.

El papel que la autonomía de la voluntad juega en la actualidad, sigue en la práctica, el compromiso entre las dos tendencias doctrinales que era ya iniciado por la teoría de la localización. Ahora bien, con su propia configuración según la materia de la que se trate y el ámbito en que se va a desarrollar.

Desde la perspectiva objeto de estudio, la autonomía de la voluntad se presenta, en la gran mayoría de las legislaciones de Derecho Internacional Privado, como principio fundamental en la determinación de la ley aplicable a los regímenes económico matrimoniales. Este papel es completado por normas de conflicto que designan directamente la ley aplicable, en defecto de voluntad expresa. Sin olvidar por otra parte, que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, no aparece formulada la autonomía de manera absoluta sino que, como ya se ha señalado, se limita la posibilidad de elección de las partes a determinadas leyes, con las que el matrimonio se encuentra vinculado a través de conexiones objetivas⁸⁷.

Es éste el punto de partida para el estudio de los límites de la autonomía de la voluntad pues es, desde la concreta concepción que las distintos sistemas jurídicos tienen de la autonomía, desde donde ha de entenderse los límites impuestos a la libertad de elección de la ley aplicable, y a la libertad que el ordenamiento elegido dará para la configuración del concreto régimen económico matrimonial.

En general, se distingue junto a lo que se podría llamar límites externos, a saber, normas imperativas, régimen primario, orden público y fraude de ley⁸⁸, la autonomía como expresión de proximidad y de justicia, con las posibles limitaciones que el intento de alcanzar estos objetivos puede entrañar.

⁸⁷ V. el apartado dedicado a las "manifestaciones concretas de la autonomía de la voluntad: estudio de derecho comparado".

⁸⁸ V. CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ... op. cit.* p. 97-98

2.b) Límites externos a la autonomía de la voluntad

2.b) 1. Normas imperativas

Las llamadas normas materiales imperativas contienen una regulación material, que refleja ciertos valores considerados como fundamentales, por el ordenamiento que las contiene. Es esta caracterización la que justifica su directa aplicación y la exclusión de la localización del supuesto en otro Estado⁸⁵. Desde esta perspectiva, debe entenderse la limitación de la autonomía de la voluntad, en cuanto que el ejercicio de aquella no podrá evitar la directa aplicación de las normas imperativas.

La limitación de la autonomía de la voluntad en el ámbito de los regímenes económico matrimoniales, estará básicamente protagonizada, por el carácter imperativo que manifiestan determinadas normas pertenecientes al régimen primario. Las leyes imperativas que potencialmente pueden limitar la autonomía de los cónyuges, son las propias del ordenamiento jurídico elegido por las partes, las de los ordenamientos que no han sido elegidos por aquellas, pero respecto de los que existe vinculación, y las normas imperativas del foro.

Parece claro que la elección de una determinada ley, se entiende hecha al conjunto de ese ordenamiento. Por tanto, deberá de aplicarse tanto las reglas dispositivas, como las reglas imperativas con las que el legislador trata de perfilar la naturaleza de la institución, o plasmar valores y principios considerados como importantes⁸⁶. Ello responde al principio general de aplicación integral de Derecho extranjero.

⁸⁵ FERNANDEZ ROZAS J.C y SANCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional privado*, Madrid 1996 p. 314 a 317.

⁸⁶ GUARDANS CAMBO I. *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona 1992, p. 314 a 318.

Respecto de las normas imperativas del foro, éstas deberán ser tenidas en cuenta, aún en el supuesto en que sea aplicable una ley extranjera. Ahora bien, no todas las normas de carácter imperativo son de necesaria aplicación al tráfico externo. En general, se trata de normas que resultan de un interés tal para la sociedad estatal, que no llegarán si quiera, a colisionar con leyes extranjeras⁶⁷. Basta pensar, en las normas que tratan de garantizar el respeto a derechos fundamentales.

En la materia objeto de estudio un ejemplo puede encontrarse en los artículos 1320 y 1322 del Código Civil, que establecen el consentimiento dual para determinados actos de disposición o administración. Las partes no podrán estipular la libre disposición de uno sólo de los cónyuges, en aquellos actos que la ley exija que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro. La aplicación de esta norma, impide el pacto en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, de contenido contrario a ella.

Problemática distinta presentan las normas imperativas de un tercer Estado⁶⁸, bien entendido que se trataría de un Estado con el que existiera una importante vinculación. Piénsese en la normativa de un Estado en el que los cónyuges residen desde hace muchos años, pero cuyo régimen económico matrimonial, se rige por la ley de la nacionalidad de uno de ellos. ¿Podrán las normas imperativas del tercer Estado, influir en el concreto contenido material de las capitulaciones matrimoniales?

El Convenio de Roma recoge, en materia contractual, la posibilidad de que normas imperativas de terceros Estados pue-

⁶⁷ FERNANDEZ ROZAS J.C y SANCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional privado*, Madrid 1996 p. 315 "Se trata de aquellas disposiciones de la ley del foro cuyo interés para la sociedad estatal es demasiado relevante para que puedan entrar en concurrencia con leyes extranjeras"

⁶⁸ VIARENGO I "Le norme di applicazione necessaria di altri ordinamenti" en VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova 1996, p. 228 a 338.

dan tener efecto. En su artículo 7.1, dispone que al aplicar, en virtud del presente Convenio, *la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho*. El carácter internacional del contrato y su vinculación con varios Estados, distintos del foro o del que ha sido elegida su normativa, hace que puedan existir normas imperativas que no puedan ser eludidas, pese a no contenerse en el ordenamiento elegido, siendo ésta la justificación de tal precepto⁹⁰. Una disposición parecida contiene el artículo 19 de la ley federal Suiza, sin embargo no aparece en el Convenio de La Haya sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales.

Es difícil extrapolar esta problemática, a la materia de estudio y ello por varias razones. En primer lugar, no se puede olvidar que el tercer Estado, cuyas normas imperativas tienen vocación de aplicarse, debería presentar un vínculo estrecho con la situación. Como ya se ha señalado, el principio de la autonomía de la voluntad acogido por las diferentes regulaciones de los regímenes económico matrimoniales, se caracterizaba, en general, por una limitación que se traducía en que la determinación de la ley aplicable provenía de la elección de las partes entre una serie de normas, con

⁹⁰ VIRGOS indica como "para justificarlo no se duda ya en acudir a razonamientos basados en la idea de solidaridad y en la de efectividad, afirmándose que los Estados deben tomar en consideración mutuamente sus intereses, no ya sólo por *comitas gentium*, sino como expresión de un principio de reciprocidad positiva: se aplican normas extranjeras para que en el extranjero se apliquen las nuestras. Al mismo tiempo se resaltará que el artículo 7.1 del Convenio... se constituye (...) en un medio para propiciar la armonía internacional de soluciones." VIRGOS SORIANO M. "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales" en *VVAA Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, tomo III, Madrid 1986, p. 753 a 825, en concreto p. 815 a 825, p. 819. ESPLUGUES MOTA C. "Régimen jurídico de la contratación en el derecho del comercio internacional" en *VVAA Contratación internacional*, Valencia 1994, p. 27 a 183, en especial p. 87-88 GUARDANS CAMBO I. *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona 1992, p. 508 a 562. v. en general GIULIANO M. Y LAGARDE P. "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales" DOCE C 327, de 11 de diciembre de 1992.

una característica en común: todas presentaban vinculación con la situación. Así que, aún en el caso de que la ley elegida fuera la que menos vinculación presentase, esta de cualquier forma, existiría.

Al margen de ello, y de la posible arbitrariedad en la determinación del concreto ordenamiento, cuyas normas imperativas deberán de ser aplicadas, con la consecuencia de eliminar las disposiciones contrarias a aquellas leyes imperativas, se puede intuir las consecuencias que esta operación entrañaría. Junto al consecuente fraccionamiento de la regulación (además de la ley designada por las partes, entra en juego determinadas disposiciones imperativas), el importante grado de incertidumbre que ocasionaría la adopción de una medida así.

Entre las "ventajas" que supone la adopción de la autonomía de la voluntad en materia contractual, y en la regulación de los regímenes matrimoniales en particular, se encuentra la previsión en la regulación del contrato⁹¹ pacto o capitulación. La introducción de una medida semejante, se traduciría en incertidumbre respecto de la concreta regulación.

Son estas las razones⁹² que aconsejan que en principio, no deberían de tener cabida las normas imperativas de un tercer Estado, en la regulación que las partes han hecho de su concreto

⁹¹ MAYER P. *Droit international privé... op. cit.* p. 431 "Elle assure aux parties qui ont expressément choisis une loi une parfaite prévisibilité, ce qu'aucun critère objectif véritablement significatif ne pourrait faire."

⁹² VIARENGO I "Le norme di applicazione necessaria di altri ordinamenti" en VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova 1996, p. 238 "Le osservazioni sin qui svolte mettono in evidenza che i rischi di imprevedibilità del diritto applicabile e di frazionamento della unitarietà di disciplina paiono particolarmente gravi in questa materia e soprattutto, in ragione delle diverse caratteristiche dei rapporti in esame rispetto a quelli contrattuali e della peculiare configurazione che assume al riguardo l'autonomia della volontà, non superabili secondo gli argomenti utilizzabili per i contratti; è quindi necessario che il giudice sia particolarmente prudente nel decidere se applicare la norma straniera al caso sottopostogli."

régimen económico matrimonial⁹³, y ello en aras de una mayor seguridad jurídica⁹⁴.

La problemática se torna distinta en materia contractual, en cuanto que la autonomía de la voluntad no aparece limitada, y puede ser este un argumento que aconseje la aplicación de normas imperativas de terceros Estados, y ello pese a que los inconvenientes antes señalados, a saber, discrecionalidad, incertidumbre, se manifiestan también aquí⁹⁵. De todas formas, es significativo que el artículo 22. a) del Convenio ofrezca la posibilidad, a los futuros Estados parte, de realizar una reserva a la aplicación de aquel precepto (art. 7.1)⁹⁶.

⁹³ El Convenio de La Haya sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales de 1978, no recoge ningún precepto en este sentido.

⁹⁴ No es este, sin embargo, el criterio seguido en el proyecto de Convenio sobre ley aplicable a las materias del estatuto personal que presenta CARLIER, el cual mantiene en el art. 7 la posibilidad de que el juez descarte las disposiciones de la ley aplicable *qui partent atteinte aux dispositions impératives ou à l'ordre public international de l'ordre juridique du juge saisi ou de l'ordre juridique de la loi non choisie, conformément à l'article 3, si la situation présente manifestement des liens plus étroits avec ces ordres juridiques*. CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ... op. cit.* p. 392.

⁹⁵ VIRGOS señala como "...la falta de previsibilidad es perjudicial y va en contra de un objetivo básico del Convenio, la seguridad jurídica. Por ello debe ser el art. 7º.1 objeto de una interpretación restrictiva en cuanto a sus efectos. En este sentido, todo recorte a las normas de derecho común debe exigir en todo caso justificar la solución. De ahí la necesidad de que el juez *motive* su decisión." VIRGOS SORIANO M. "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales" en VVAA *Tratado de Derecho Contractario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, tomo III, Madrid 1986, p. 753 a 825, en concreto p. 815 a 825, p. 825 GUARDANS insiste en la interpretación restrictiva del artículo 7 "... de forma que faltando alguno de los requisitos, o si no puede considerarse suficientemente probado, debería rechazarse la norma imperativa de que se trate, atendiendo sólo a los dispuesto por la *lex causae*." si bien, esto no debe entenderse como un fundamento del rechazo de tal artículo, GUARDANS señala como "rechazar el artículo 7 del Convenio de Roma... equivale a cerrar los ojos a la realidad, e introduce un grado de discrecionalidad- y, por tanto, de inseguridad- mucho mayor, dejando que el razonamiento y la solución del juzgador discurran sin cauce ni trazado conocidos de antemano GUARDANS CAMBO J. *Contrato internacional y ... op. cit.* p. 560 y 568.

⁹⁶ Reserva hecha por Alemania, Luxemburgo y Reino Unido.

El principio de aplicación integral de derecho extranjero, se hace extensivo, como se ha visto, a las normas materiales imperativas. El que las partes determinen la ley que va a regir su régimen económico matrimonial, tiene una clara consecuencia, antes señalada: el sometimiento a las disposiciones de tal ordenamiento, incluidas las normas imperativas. Así pues, parece claro que serán las normas imperativas de la ley elegida las que deberán de aplicarse.

Lo mismo ocurre respecto de las normas imperativas del foro, que exigen una aplicación directa que impide su exclusión. Esto, sin embargo, no significa que no exista ninguna vía para descartar la aplicación de las normas imperativas de la *lex causae*. Estas podrán ser inaplicadas en dos supuestos concretos: cuando vayan en contra del orden público o en supuesto probados de fraude de ley⁶⁶.

2.b)1'. Calificación de las normas integrantes del régimen primario

Al complicado debate doctrinal sobre la ley aplicable al régimen primario, al cual se aludía en el apartado dedicado a la posibilidad de ordenar mediante pacto el régimen económico matrimonial, se añade otra importante dificultad, que aparece íntimamente relacionada con aquella cuestión. Se trata del estudio del régimen primario como límite de la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

Las partes, a la hora de estipular los pactos o capitulaciones matrimoniales que regularán la vida económica de su matrimonio, no pueden desconocer las normas integrantes del régimen pri-

⁶⁶ CARLIER expresa así la cuestión "... les dispositions impératives de la loi choisie doivent l'emporter. Le système de l'option impose aux personnes de se soumettre à la loi désignée. Ce faisant, elles se soumettent aux normes impératives de l'ordre juridique présumé le plus proche. Celles-ci ne pourraient être écartées que par la notion d'ordre public ou de fraude." CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ... op. cit.* p. 271.

mario, en la medida en que éstas, como se verá, pueden prohibir la adopción de determinadas cláusulas e incluso la adopción de determinados regímenes matrimoniales; aparte de la posible calificación como normas imperativas, de algunos de los preceptos constitutivos de aquel.

El juego del régimen primario como límite de la autonomía de los cónyuges, se debe a dos de sus características fundamentales, a saber, la naturaleza de las normas que lo integran y al mencionado carácter imperativo, más o menos atenuado, de las mismas.

La expresión "régimen primario" no deja de ser equívoca⁶ si se tiene en cuenta la heterogeneidad de las normas que lo componen y que llevan a que aquél, no pueda ser considerado como una articulación de normas que completarían o en su caso, limitarían lo pactado por los cónyuges⁷ de forma automática. Sin embargo, si que estas normas tiene que ser tenidas en cuenta por los cónyuges, si no de una manera global, si al menos en su aspecto limitativo. No hay que olvidar en este punto que la intención última del régimen primario, es la de regular los aspectos básicos de la convivencia conyugal.

Es precisamente, la heterogeneidad de las normas que componen el régimen: normas relativas al levantamiento de las cargas familiares, regulación del consentimiento dual, disposiciones sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario⁸... la que va a determinar, que sólo aquellas disposiciones que pueden afec-

⁶ Así, se ha señalado que estas normas forman parte de una cierta "zona gris", en cuanto que "... entrent dans certains pays dans le régime matrimonial, alors qu'ailleurs, elles font partie du 'régime primaire' qui l'emporte sur le régime matrimonial proprement dit." VON OVERBECK "Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck" en *Actes et documents de la treizième session* tome II, La Haye 1978, p. 354-355 n° 113.

⁷ LOPEZ y LOPEZ A. M. "Matrimonio y régimen económico matrimonial" en *VVAA Derecho de familia*, Valencia 1991, p. 173 a 187, en especial p. 177-178.

⁸ Art. 1318, 1322, y 1320 del Código Civil

tar a la vida económica de la sociedad conyugal, tengan la facultad de limitar la autonomía de los cónyuges, en la regulación de su régimen económico matrimonial. Por tanto, no todas las disposiciones que integran el régimen primario tienen esa facultad limitativa, máxime cuando algunas de ellas admiten incluso pacto en contrario.

Si una pareja elige, mediante las conexiones establecidas por el artículo 9.3, una ley que les permite pactar que bastará el consentimiento de uno de los cónyuges para realizar cualquier acto de administración, sin necesidad de la confirmación del otro, es claro, que tal disposición será inaceptable¹⁰⁰, (siempre y cuando resulte aplicable al régimen primario la ley española según el artículo 9.2) y ello porque específicamente, el artículo 1322¹⁰¹ regula el consentimiento dual en términos opuestos al pactado.

Diferente será sin embargo, la influencia de otros preceptos también integrantes del régimen primario. Ejemplo de ello, puede ser la libertad de transmisiones y contratación entre los cónyuges (art. 1323¹⁰²). Este precepto puede o no, ser desarrollado por las capitulaciones matrimoniales. Como se verá después, existe la posibilidad de que de lugar a claras distorsiones con la regulación del régimen económico.

¹⁰⁰ La consecuencia será la anulabilidad "Que en el sistema actual la sanción de la falta de asentimiento se limita a la impugnabilidad y la correlativa validez claudicante de los actos de disposición de un sólo cónyuge se deduce además, a contrario, de la nulidad absoluta que el art. 1322.2º y el 1378 pronuncian para las donaciones y demás actos a título gratuito: sólo si la causa es liberal la nulidad se configura expresamente como absoluta, de donde es sólo relativa cuando la causa es onerosa." LACRUZ BERDEJO J.L. "El régimen matrimonial primario" en *VVAA Elementos de Derecho Civil, IV Derecho de familia* vol. I Barcelona 1990, p. 279 a 297, en concreto p. 288.

¹⁰¹ Sobre este artículo v. HERRERO GARCIA M.J. "artículo 1322" en *Comentario del Código Civil* tomo II Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 594 a 596.

¹⁰² Sobre éste artículo v. HERRERO GARCIA M.J. "artículo 1323" en *Comentario del Código Civil* tomo II Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 596 a 598.

El hecho de que el régimen primario esté compuesto por una serie de disposiciones, formando una categoría autónoma¹⁰³, justifica el que merezca un tratamiento separado del estudio de las leyes imperativas como límite de la autonomía de los cónyuges, y ello aún cuando comparta con éstas el carácter imperativo de alguna de las disposiciones que lo integran.

Precisamente, el argumento que justifica el carácter imperativo del régimen es, el de considerar que a través de él, el legislador impone su concepción del matrimonio¹⁰⁴, lo que justificaría el carácter no dispositivo de las normas que lo integran. Por ello se aplica a todos los matrimonios, con independencia del concreto régimen económico matrimonial que los rija¹⁰⁵.

Es, éste mismo argumento, el que lleva a afirmar que no podrá ser la ley aplicable a los pactos y capitulaciones, sobre el régimen económico matrimonial, la rectora del régimen primario, puesto que su carácter imperativo impediría cualquier tipo de pacto sobre las normas que lo integran. En consecuencia, aparece como inevitable, en el estudio del régimen primario como límite de la autonomía de la voluntad, el planteamiento de nuevo, del tema de la ley aplicable a aquel.

¹⁰³ WIEDERKEHR G. "problèmes d'actualité en matière de droit international privé des régimes matrimoniaux" en *Travaux Com. fr. dr.int.pr.* annes 1986-1987, 1987-1988 p. 223 a 235.

¹⁰⁴ WIEDERKEHR Señala como "Ou bien on trouve exposé un argument téléologique pour justifier l'érection du régime primaire en catégorie autonome. Cet argument consiste à dire que, par le régime primaire, le législateur entend imposer sa conception du mariage. Or un argument téléologique est évidemment insusceptible de constituer une définition ou de fournir un critère. Mais, dans la mesure où il s'agit pour un législateur d'imposer sa conception, on comprend qu'il procède par règles impératives." WIEDERKEHR G. "problèmes d'actualité en matière de droit international privé des régimes matrimoniaux" en *Travaux Com. fr. dr.int.pr.* annes 1986-1987, 1987-1988 p. 223 a 235, en concreto p. 232.

¹⁰⁵ LACRUZ BERDEJO J.L. "El régimen matrimonial primario" en *VVAA Elementos de Derecho Civil, IV Derecho de familia vol. I* Barcelona 1990, p. 279 a 297, en concreto p. 279.

Hasta aquí, se ha estudiado cómo el régimen primario, juega como límite de la autonomía de los cónyuges, en cuanto que aquel está compuesto por determinadas normas de carácter económico, que tienen la facultad de descartar pactos e incluso de impedir la elección de ciertos regímenes económicos, debido al carácter imperativo de las normas integrantes de dicho régimen. Corresponde ahora, estudiar el problema que se deriva de la dualidad de normas que pueden regular el régimen primario y el régimen económico matrimonial¹⁰⁶ que, con base en la autonomía conflictual, ha sido elegido por las partes.

El juego del régimen primario como límite es simple, cuando la ley aplicable al régimen económico es la misma que la aplicable al régimen primario. En efecto, si las conexiones del artículo 9.2 y 9.3 llevan a determinar como ley aplicable la española, los cónyuges tan sólo tendrán que hacer los pactos que estimen convenientes de acuerdo a esa ley. Esto es, teniendo en cuenta lo que el régimen primario establece, en lo que pueda afectar a lo pactado.

La situación es muy diferente cuando los cónyuges, de acuerdo a las conexiones del artículo 9.3, eligen una ley conforme a la cual estipulan sus capitulaciones siendo sin embargo, otra la ley que va a regir el régimen primario de acuerdo a las conexiones

¹⁰⁶ Los trabajos preliminares de la *treizième session* apuntaban la problemática, entre los problemas de calificación, en los siguientes términos "Il importe de souligner que toutes les questions d'ordre patrimonial entre époux n'entrent pas dans le domaine de la loi applicable au régime matrimonial. Il en est ainsi en particulier de ce que la doctrine française appelle... 'régime primaire'... En tout cas, elles semblent devoir régir tous les époux intégrés dans une certaine société, peu importe la loi que ceux-ci ont pu choisir pour leur régime matrimonial. La manière dont ces questions sont réglées diffère selon les systèmes et il a paru impossible de les définir et de les délimiter par rapport au régime matrimonial. Une telle mention eût aussi comporté le danger de conduire à une extension exagérée du domaine de ces règles au détriment du régime matrimonial." VON OVERBECK "rapport explicatif de l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux" Document préliminaire n° 5 agosto 1975 en *Actes et documents de la treizième session* tome II, La Haye 1978, p. 153 n° 68.

del 9.2. Esta dualidad de leyes aplicables puede dar lugar a graves distorsiones, necesitadas de rápida solución, en la medida en que es necesario que legislaciones diferentes se acoplen en la *creación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial*.

Si bien es cierto, que la redacción actual de estos preceptos pone fin a la problemática relativa a la calificación del régimen primario, que se generó antes de la reforma, al prescindir de la distinción entre efectos personales y efectos patrimoniales del matrimonio⁸⁷, no se puede decir de igual modo, que solucionara por completo, la problemática de la ley aplicable al régimen primario.

El nuevo texto permite determinar la regulación del régimen conforme al artículo 9.2, dando lugar a una regulación unitaria de los efectos del matrimonio en general y del régimen primario en particular. Con ello se logra simplicidad⁸⁸: una sólo norma se aplica a todos los preceptos integrantes del régimen primario y también, se consigue previsión. No obstante, tal regulación genera la problemática objeto de examen.

Un ejemplo vale para ilustrar la cuestión. Cónyuges de distinta nacionalidad desea celebrar capitulaciones matrimoniales, de acuerdo a la ley nacional de uno de ellos, que coincide con su residencia habitual. En principio, no habrá problema pues las con-

⁸⁷ V. BORRAS A. "No discriminación por razón de sexo: Derecho Internacional Privado español" en A.D.C XLIV fasc. I enero-marzo 1991 p. 233 a 249, en especial p. 236-237. AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en VVAA *Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 329 a 354 y en general v. apartado sobre la posibilidad de ordenar mediante pacto el régimen económico matrimonial.

⁸⁸ WIEDERKEHR G. "problèmes d'actualité ... op. cit. p. 233 "D'un point de vue théorique, le rattachement global du régime primaire semble présenter les avantages de la simplicité. Mais les inconvénients ne manqueront pas de se manifester lorsqu'il s'agira d'associer le régime primaire tel qu'il est prévu par une loi avec un régime matrimonial qui est sous l'empire d'une autre loi, car il est certain que quelques-unes au moins des règles du régime primaire se rapportent directement au régime matrimonial, par exemple, en prohibant certaines clauses dans un contrat de mariage ou en interdisant l'adoption de certains régimes."

xiones del artículo 9.3 así lo permiten. La ley aplicable a su régimen primario, conforme a las conexiones del 9.2 es la ley española, pues el matrimonio fijó su residencia habitual común, inmediatamente posterior a la celebración, en España país del que es nacional el otro cónyuge.

Los problemas de adaptación entre las diferentes legislaciones reguladoras de los regímenes, pueden aparecer: ¿qué ocurriría si la ley aplicable al régimen económico matrimonial, en virtud del pacto de ley aplicable, establece la prohibición¹⁰⁰ de que los cónyuges puedan celebrar contratos o transmitirse bienes? Esta cuestión, como es sabido, aparece regulada en el régimen primario español, siendo el artículo 1323¹⁰¹ el que, rompiendo la trayectoria histórica de prohibición de contratos entre cónyuges, introduce la libertad de transmisiones y contratación entre ellos.

En este caso se plantea un problema de adaptación, que obliga a que los cónyuges tengan en cuenta la ley aplicable a su régimen primario, en la medida en que va a condicionar la configuración de sus pactos o capitulaciones matrimoniales. En consecuencia, no bastará que las partes conozcan la ley a la que remite la regulación de su régimen económico, sino que, deberán conocer la legislación directriz de su régimen primario.

Son dos las conclusiones que se pueden derivar de la regulación aplicable a supuestos como el planteado. Cuando la reforma del Código Civil en materia de no discriminación por razón de sexo, introduce una importante ampliación de la autonomía de la voluntad en capitulaciones matrimoniales, que ha sido unánimemente valorada de forma positiva por la doctrina, se trataba

¹⁰⁰ Al ser una disposición de carácter general, podría estar prevista tal prohibición en el régimen primario correspondiente a esa ley. Pero, sin duda, traería consecuencias que se manifestarían en las disposiciones reguladoras del régimen económico matrimonial.

¹⁰¹ Sobre éste artículo v. HERRERO GARCIA M.J. "artículo 1323" en *Comentario del Código Civil* tomo II Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 596 a 598.

entre otros objetivos, de facilitar el que los cónyuges pudieran configurar su propio régimen económico matrimonial. No obstante, tal interés puede verse insatisfecho, pues una regulación como la analizada no hace sino entorpecer el deseo de los cónyuges de celebrar capitulaciones, debido a la falta de adaptación, a las distorsiones y demás desajustes que se pueden derivar de la existencia de dos leyes diferentes, aplicables al régimen primario y al económico matrimonial pactado.

Cabe también, destacar la desnaturalización que, en última instancia, sufrirá la elección que los cónyuges hacen en el supuesto de pactar una ley de referencia para su régimen matrimonial. Así, cuando en uso de su autonomía, la pareja decide remitirse a una concreta ley, y esa remisión se ve distorsionada por la interferencia de preceptos que impiden la aplicación automática de la ley elegida, parece que se produce una contradicción con el propio sentido de la elección: aplicación integral de las normas del ordenamiento extranjero¹¹¹.

Desde estas consideraciones, cabe postular que la ley aplicable al régimen económico matrimonial debería de ser la misma que rigiese el régimen primario¹¹², en todos aquellos casos en que

¹¹¹ FERNANDEZ ROZAS J.C y SANCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional ... op. cit.* p. 413 "En términos generales, cuando el ordenamiento extranjero resulta designado por la norma de conflicto del foro, debe procederse a la aplicación integral de sus normas materiales, incluidas sus normas materiales imperativamente aplicables a los supuestos de tráfico externo, con el fin de no desnaturalizar la remisión."

¹¹² "Le principal avantage de cette solution réside dans sa simplicité: la même loi régira toujours, en principe, l'ensemble du régime (primaire et secondaire), qu'il y ait ou non contrat de mariage. On évitera ainsi les contradictions entre deux législations..." VERWILGHEN M. et VAN DEN EYNDE P. *Traité pratique des régimes matrimoniaux. T. II droit international*, Bruxelles 1985 p. 22. La postura mantenida en este tratado, sin embargo, no somete todas las disposiciones del régimen primario a la ley del régimen matrimonial p. 23 "en principe, la loi applicable au régime matrimonial régira les éléments classés traditionnellement dans le régime primaire, qu'il y ait eu contrat de mariage ou non. Toutefois, certaines particularités du régime primaire postulent qu'à cette loi du régime se substituent parfois d'autres droits..."

los cónyuges se limitan a elegir una ley de referencia, y siempre que la aplicación de esa norma no resulte contraria al orden público español. De esta forma se consigue evitar la desnaturalización de la elección, además de que se da coherencia al conjunto normativo de aplicación.

En los supuestos en que las partes idean su propio régimen matrimonial subsumiéndolo, para darle validez, a una determinada ley o a una pluralidad de leyes (fraccionamiento), se deberá de mantener como ley aplicable a su régimen primario, la determinada por el artículo 9.2. La razón es que en estos casos, no se produce una elección en sentido estricto, y por tanto, con todas sus consecuencias.

En realidad, lo que se produce es una instrumentación de la elección de la ley o leyes para conseguir un determinado fin: la validez de las capitulaciones. Por ello, no parece aconsejable que sea esa ley, respecto de la cual sólo se tiene un interés instrumental, la que rijan el régimen primario que aunque, sólo sea de forma atenuada, presenta cierto carácter imperativo. Todavía, cabe aducir una motivación más. En el supuesto en que se acepte el *depeçage*, no parece posible la fragmentación también, de la ley aplicable al régimen primario pues es obvio, que este intento resultaría inoperativo.

Lo que se propone por tanto, es un tratamiento dual en la regulación del régimen primario, que resolvería los problemas prácticos de forma sencilla. En el supuesto en que se configure un régimen económico matrimonial original, que sólo se remita a una o varias leyes para darle validez, le será aplicable al régimen primario la ley designada al amparo del artículo 9.2. Si por el contrario, se realiza un pacto de ley aplicable o se pacta el régimen económico matrimonial en el marco de aquel ordenamiento, entonces el régimen primario se regirá igualmente, por esta normativa.

Para que esta solución sea satisfactoria, se requiere que sea debidamente modulada, a la luz del carácter imperativo de alguna

de las normas que integran el régimen primario y del eventual juego del orden público, en el supuesto en que la normativa de aplicación, fuera en contra de alguno de los principios fundamentales del ordenamiento español.

Esta consideración no es en absoluto, superflua. Como ya ha quedado dicho, existen disposiciones que en la medida en que reflejan una determinada concepción del matrimonio, deberán de ser observadas aún, en el caso en que la ley aplicable al régimen primario no las recoja. Ello puede ocurrir por ejemplo, con la regulación del consentimiento dual, que trata de mantener un equilibrio básico en la relación económica matrimonial.

Es significativo a este respecto, la posición de la jurisprudencia y de la doctrina belga, respecto de determinadas normas del sistema primario de aquel ordenamiento. En concreto, se señala como el artículo 224 párrafo cuarto del Código Civil belga¹²³ que declara que son anulables, a petición del cónyuge, las garantías personales dadas por uno de los esposos y que ponen en peligro el interés de la familia, tiene por finalidad proteger no sólo los intereses privados de la familia sino también, los de la colectividad que requieren la cohesión y la estabilidad de todas las que la componen.

Este argumento sirve para postular la necesaria aplicación de esta norma, con la exclusión del mecanismo del conflicto de leyes. La sentencia de 25 de mayo de 1992 de la *Cour de cassation*¹²⁴, tuvo ocasión de pronunciarse sobre la determinación de la ley aplicable al régimen primario en Derecho Internacional Privado, respecto del art. 224. El supuesto de hecho versaba sobre la apertura

¹²³ Art. 224 "Sont annulables à la demande du conjoint et sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts:

4. Les sûretés personnelles données par l'un des époux et qui mettent en péril les intérêts de la famille" *Codre Civil Belge. Texte officiel, Belgique 1997.*

¹²⁴ *Revue générale de droit civil, 1994 n° 2 p. 125 a 127.*

de un crédito a un club deportivo belga por un banco belga. Varios maridos belgas e italianos presentan los respectivos avales, ocultando tal compromiso a sus esposas. Varias de estas esposas belgas e italianas, interponen una acción de nulidad fundada en aquel precepto.

Se parte de la consideración de que se trata de una norma de aplicación inmediata¹¹⁵ y por tanto, se aplica a todos los cónyuges instalados en Bélgica aunque sean extranjeros y tengan nacionalidad común. Se aplicará igualmente, a cónyuges belgas que viven en el extranjero o cuando el contrato de matrimonio es regido por Derecho belga¹¹⁶. Lo mismo se predica respecto del artículo 215 del Código Civil belga¹¹⁷, sin obviar el atenuado carácter imperativo de las normas del régimen primario, en la medida en que seguirán siendo de obligada observación, pero tendrán como nexo de unión con el régimen económico matrimonial, responder a la concepción que el legislador tiene del matrimonio y que se corresponderá con la legislación aplicable a dicho régimen.

¹¹⁵ WATTE N. "La loi du régime primaire de couples mixtes est-elle définitivement déterminée?" en *Revue générale de droit civil* 1994 n° 2 p. 127 a 133 en concreto p. 133 "Le législateur belge ne peut tolérer qu'une loi étrangère régissant le régime secondaire qui ne contiendrait pas de mesures correspondantes porte atteinte aux objectifs qu'il s'est fixés. Il faut donc voir dans l'article 224, 1 alinéa 4 une disposition de loi d'application immédiate, qui s'applique à l'exclusion de tout mécanisme de conflit de lois, dès que les époux étrangers se sont installés dans notre pays et ce même s'ils jouissent d'une nationalité commune."

¹¹⁶ El Tribunal concluye "Attendu qu'en décidant que l'article 224, 1, alinéa 4 du Code civil, constitue une loi de police avec les conséquences qu'il en déduit, l'arrêt viole cette disposition, ainsi que l'article 3, alinéas 1 et 3 du même Code;" *Revue générale de droit civil*, 1994 n° 2 p. 125 a 127 y WATTE N. "La loi du régime primaire de couples mixtes est-elle définitivement déterminée?" en *Revue générale de droit civil* 1994 n° 2 p. 127 a 133.

¹¹⁷ También esta norma es considerada de aplicación inmediata v. ref. en WATTE N. "La loi du régime primaire de couples mixtes est-elle définitivement déterminée?" en *Revue générale de droit civil* 1994 n° 2 p. 127 a 133 en concreto p. 133 y nota 16.

2.b.) 2. Orden público

La excepción de orden público¹¹⁹, permite descartar la aplicación de una norma extranjera, cuando ésta atenta contra los principios fundamentales del foro¹²⁰, bien entendido que se trata del orden público internacional y que por tanto, se aplica a situaciones internacionales¹²¹.

En el supuesto de que las partes elijan, para su régimen económico matrimonial, una ley que resulte contraria al orden público, aquella deberá ser descartada, pues atentará contra los principios que reflejan los valores esenciales de la sociedad en un determinado momento¹²².

La cuestión que se plantea en este punto, es la de examinar en qué términos la norma extranjera elegida por las partes deberá ser contraria al orden público, para que éste se presente como una excepción. Resulta para ello esencial, estudiar la disposición paradigmática del Convenio de la Haya que prevé el juego del orden público, pues ayudará a resolver el problema planteado al delimitar las condiciones de actuación del aquel, que serán las exigibles en general, al juego de esta excepción, con independencia de que medie o no tal Convenio.

¹¹⁹ V. en general VVAA *L'ordre public concept et applications. Les conférences du centre de droit privé et de droit économique*, vol. III, Bruxelles 1995.

¹²⁰ LEQUETTE Y. "Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales" en *R. des C.* 1994-II (246) p. 9 a 234, en concreto p. 187-188.

¹²¹ La expresión "orden público internacional" se utiliza con frecuencia, con el fin de señalar la distinción con el orden público interno". v. BUCHER A. "L'ordre public et le but social des lois en droit international privé" en *R. des C.* 1993-II (339) p. 9 a 116 sobre la noción de orden público internacional p. 23-24.

¹²² Así, el orden público en sentido amplio, puede ser definido como "el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado." FERNANDEZ ROZAS J.C y SANCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional privado*, Madrid 1996, p. 381.

El artículo 14 del Convenio de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, dispone que *la aplicación de la ley determinada por el Convenio no puede ser rechazada más que si ella es manifiestamente incompatible con el orden público*. Es, con esta fórmula clásica, con la que se enuncia la reserva del orden público. No obstante, en la historia de estos Convenios, no siempre se ha utilizado fórmulas semejantes.

A partir de 1951 una cláusula general de orden público va a ser incluida en todos los Convenios¹²². Así, ésta misma cláusula es reproducida en términos idénticos, por el Convenio de 1 de agosto de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte.

Con anterioridad, en la primera generación de Convenios de La Haya sobre familia, no se especificaba ningún precepto similar. Se optaba por incluir disposiciones específicas, que daban solución a cuestiones que podrían haber dado lugar a la intervención del orden público¹²³. En esta línea se situaba el Convenio sobre matrimonio de 1902, que mediante previsiones concretas regulaba cuestiones que podían ser de orden público, como los impedimentos religiosos al matrimonio.

Son muchas las dificultades que una regulación específica del orden público ocasiona¹²⁴. Así, la ley elegida por las partes

¹²² Salvo en el Convenio relativo al procedimiento civil de 1 de marzo de 1954. v. VON OVERBECK A. "La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé" en *R. des C.* 1992 II. (233) p. 11 a 98, en especial p. 47-48.

¹²³ LEQUETTE Y. "Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales" en *R. des C.* 1994-II (246) p. 9 a 234, en concreto p. 187-188, en el mismo sentido OVERBECK A. "La contribution de la Conférence de La Haye..." *op. cit.* p. 47.

¹²⁴ LEQUETTE señala como "... le méthode a ses limites. Ne se concevant pas en présence de règles de conflit présentant un caractère universel car elles peuvent désigner le droit d'un Etat non partie à la Convention, elle ne paraît guère pouvoir convenir que dans le cas d'une union régionale regroupant un nombre limité de pays aux droits relativement proches... Cela étant, alors même que ces préalables sont remplis, le raisonnement apparaît un peu court; il est, en effet, impossible de pronostiquer ce que sera l'évolution à moyen terme du droit des Etats membres."

puede referirse al derecho de un Estado no parte en el Convenio, quedando sin efecto las disposiciones específicas, y por otro lado la propia evolución de la sociedad y consecuentemente, de los derechos de los Estados, aparece como una realidad imposible de prever¹²⁵. Por todo ello, éste método no parecía el más adecuado.

Los Convenios de La Haya de la segunda mitad de siglo adoptan la cláusula general, respecto de la cual hay que hacer hincapié en dos matices¹²⁶: la posibilidad de rechazar la ley determinada por el Convenio, sólo jugará en el supuesto de que fuera *manifiestamente incompatible* con el orden público. Esto es, la aplicación de la ley es la que debe ser contraria al orden público, no bastando que la ley elegida fuera, en general, contraria al mismo. Así, aparecería como una exigencia para el juego de la excepción, el que el resultado al que la ley elegida condujese, fuera contrario al orden público.

La expresión que utiliza el Convenio: *manifiestamente incompatible* es también, significativa del intento de restringir el criterio de orden público a su núcleo esencial¹²⁷, de forma que la incompatibilidad con el orden público debe de ser clara y evidente.

Estas dos observaciones se presentan como fundamentales, pues vienen a delimitar las condiciones en que la excepción de

¹²⁵ AGO R. "Règles générales des conflits de lois" en *R. des C.* 1936-IV (58) p. 452. "Il est matériellement impossible qu'un législateur puisse prévoir et fixer dans des normes particulières toutes les hypothèses dans lesquelles l'insertion d'une règle étrangère dans son ordre juridique produirait, à son point de vue, une atteinte indésirable aux principes d'ordre moral et social qui y sont affirmés."

¹²⁶ WATTE formula las dos observaciones, en estos términos "Ce n'est pas le loi désignée elle-même mais son application qui doit être contraire à l'ordre public. Il ne suffit pas que la loi désignée soit *in abstracto* contraire à l'ordre public; il faut que son application *in concreto*, le résultat auquel elle conduit, y soit contraire. Cette application de la loi étrangère désignée doit ensuite être 'manifestement incompatible avec l'ordre public.'" WATTE N. "L'autonomie de la volonté dans les conventions de la Haye" en *Ren. belge dr. int.* 1991 vol. XXIV p. 413 a 437, en concreto p. 436.

¹²⁷ OVERBECK A. "La contribution de la Conférence de La Haye..." *op. cit.* p. 49.

orden público debe ser aplicada y no sólo en el caso de que el Convenio sea aplicable, sino en todos aquellos casos en que la autonomía de la voluntad de los cónyuges se vea limitada por el juego del orden público. Siendo, por lo demás, coherente con el hecho de que la observación de tal excepción, ha de ser un recurso extremo¹²⁹.

De todo ello, cabe concluir que la excepción de orden público, estará limitada a los casos de incompatibilidad manifiesta con alguna disposición de la ley elegida por los cónyuges, como aplicable a su régimen económico matrimonial. Siendo necesario, que el resultado concreto al que conduciría la aplicación de esa disposición, fuera contrario al orden público del foro. Origen, por tanto, de una incompatibilidad clara y evidente con aquél.

Esto mismo, ha de predicarse del orden público en Derecho Internacional Privado español, que ha merecido un tratamiento expreso en el Código Civil. Así, el artículo 12.3, con una formulación que se aleja bastante de la seguida por los diferentes Convenios de La Haya, establece: *En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.*

Entre las características¹³⁰ que caben señalar del orden público tales como la territorialidad esto es, la exclusión del derecho extranjero tendrá como base el orden público del foro, relatividad en el espacio, la proximidad de la relación jurídica con el foro determinará la actuación de aquel, relatividad temporal, los valores configuradores del orden público pueden variar y por ello se estará a la actualidad del orden público, interesa destacar la excepcionalidad.

Conforme a lo que se ha señalado, y siguiendo la concreta regulación que los diferentes Convenios de La Haya hacen del

¹²⁹ WATTE N. "L'autonomie de la volonté dans les conventions... *op. cit.* p. 436.

¹³⁰ V. GONZALEZ CAMPOS J. D. y FERNANDEZ ROZAS J.C. "Artículo 12 apartado 3" en *Comentarios... Etersa op. cit.* p. 894 a 926, en concreto p. 918 a 920.

orden público (en muchos de los cuales es parte España), debe entenderse que la contradicción a que el artículo se refiere, se concreta en que la ley objeto de exclusión sea manifiestamente incompatible¹²⁰ con el orden público del foro, en este caso español.

Se adelantaba cual era el efecto negativo del juego del orden público: la exclusión de la ley extranjera aplicable, pero deberá determinarse como se produce tal exclusión. En concreto, si afectará a la aplicación íntegra de la ley extranjera o esta podrá seguir regulando aquellas cuestiones, respecto de las cuales no presenta contradicción con el orden público español.

En concordancia con lo que ha de ser la aplicación estricta de la excepción de orden público, deberá entenderse que sólo se excluirán aquellas disposiciones de la ley aplicable contrarias a aquél, manteniéndose para el resto la referencia a la ley designada. Sin embargo, hay que señalar que la solución que el ordenamiento ofrece respecto de esta excepción, no acoge esta posibilidad. Además, la solución tradicional del Tribunal Supremo se basa en la aplicación de la *lex fori*, esto es, de la ley material española¹²¹.

En derecho comparado, el Código Civil portugués establece que en el supuesto planteado, deberá aplicarse las normas más apropiadas de la legislación extranjera competente o subsidiaria-

¹²⁰ GONZALEZ CAMPOS J. D. y FERNANDEZ ROZAS J.C. "Artículo 12 apartado 3" en *Comentarios...Ejército op. cit.* p. 894 a 926, p. 918-919 "Es cierto que el artículo 12. 3º, del Código Civil no incluye la expresión 'manifiestamente incompatible', pero la participación de España en un importante número de Convenios de Derecho Internacional Privado (principalmente de la Conferencia de La Haya y de la C.I.E.C.), que incorporan esta cláusula, atenúan el rigor originario de la norma. Ello muestra una evidente descoordinación entre el legislador interno a la hora de construir el sistema de Derecho Internacional Privado autónomo y de adherirse a los textos de carácter internacional".

¹²¹ Para un acercamiento general a esta cuestión v. GONZALEZ CAMPOS J. D. y FERNANDEZ ROZAS J.C. "Artículo 12 apartado 3" en *Comentarios...Ejército op. cit.* p. 925-926. CALVO CARAVACA A-L Y CARRASCOSA GONZALEZ J. *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Granada 1997 p. 456 a 460, en especial p. 469.

mente, la normas de derecho interno portugués¹³². Esta solución parece la adecuada al tema de estudio pues, se respetaría la voluntad de los cónyuges que han celebrado pactos o capitulaciones, salvo en lo que resultara contrario al orden público. Por contra, la aplicación automática de la *lex fori* supone olvidar que los cónyuges, acogidos a la posibilidad que el ordenamiento español les brinda, han decidido regular su vida económico matrimonial.

En el supuesto que los esposos, no hayan celebrado capitulaciones matrimoniales y la ley aplicable a los efectos del matrimonio resulte contraria al orden público, podría evitarse también, la aplicación inmediata de la ley del foro. Esta es la innovación que ha introducido la ley italiana de reforma del Derecho Internacional Privado, en su art. 16.2¹³³. En concreto, establece que cuando la ley extranjera no pueda ser aplicada (al ser sus efectos contrarios al orden público), se aplicará la ley determinada mediante otros criterios de conexión eventualmente previstos para la misma hipótesis normativa y por defecto, se aplicará la ley italiana.

Hay que señalar, por lo demás, que en principio es escaso el ámbito de posible actuación del orden público, al menos, en lo que se refiere a conflictos entre ordenamientos propios de nuestra área cultural¹³⁴. Sin embargo, es frecuente su intervención, en situacio-

¹³² Art. 22. 2 "São aplicáveis, neste caso, as normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente ou, subsidiariamente, as regras do direito interno português." *Código civil português* (anotado RODRIGUES BASTOS J.), Coimbra 1996.

¹³³ V. VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova 1996, p. 225 a 228, GAROFALO L. *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Torino 1997 p. 172 a 175.

¹³⁴ DROZ G. "Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux (entré en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux" en *rev. crit. dr. internat. privé*, 81 (4) oct.-déc. 1992 p. 630 a 680, en concreto p. 672 "On signalera que l'ordre public a fort peu à intervenir en matière de régime matrimonial, surtout depuis que la Suisse a remplacé son régime discriminatoire d'union des biens par un régime plus respectueux de l'égalité des époux."

nes que dan lugar a una cohabitación de derechos de civilizaciones diferentes, como ocurriría en el caso de matrimonios polígamos¹²⁵.

Es en el ámbito del llamado conflicto de civilizaciones, en el que el orden público puede convertirse en un sistema de protección, que converge con el arbitrado por el Convenio europeo de derechos del hombre. Ambos tratan de asegurar el respeto a los derechos fundamentales y en aras a él, limitan la autonomía de la voluntad, aspirando con ello a la consecución del principio de justicia a que todo ordenamiento jurídico debe de aspirar¹²⁶.

2.b) 2'. Orden público y Convenio europeo de los derechos del hombre como sistemas de protección.

El respeto a los derechos fundamentales de la persona, forma parte del substrato básico del Derecho Internacional Privado¹²⁷, acorde con el principio de justicia que ha de regir la necesidad de sociabilidad de los seres humanos y que constituye la justificación de todo orden jurídico¹²⁸.

¹²⁵ GANNAGE P. "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille" en *Rev. crit. dr. internat. privé*, 81(3) juill.-sept. 1992 p. 425 a 454, en especial p. 427 "Il est significatif à cet égard de constater que la réglementation de ces relations, dans le droit international privé de la famille, ait été souvent établie sur le terrain de l'ordre public, c'est-à-dire sur un mécanisme fondé sur l'examen de la teneur des droits en présence. L'ordre public, moins exigeant sur le terrain de la reconnaissance des droits, que sur celui de leur création, a été utilisé d'une manière constructive et a permis d'assurer la cohabitation difficile souvent artificielle de droits de civilisation différente."

¹²⁶ Respecto al objeto de Derecho Internacional Privado v. ALVAREZ GONZALEZ S. "Objeto del Derecho Internacional Privado y especialización normativa" en *A.D.C.* 1993, 3, en especial 1141 a 1149.

¹²⁷ YANGUAS MESSIA J. *Derecho Internacional Privado. Parte general*, Madrid 1971, p. 224-225.

¹²⁸ RIGAUX F. "Le situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours générale de droit international privé." en *R. des C.* 1989-I (213) p. 13 a 407, en concreto p. 97. El principio de justicia sería la mejor organización de "besoin de sociabilité des êtres humains [qui] constitue la justification ultime de tout ordre juridique et des rapports de systèmes qu'ils entretiennent."

Desde esta perspectiva, se distingue dos aspectos del principio de justicia¹³⁹. El primero sería el intrínseco al Derecho Internacional Privado, en cuanto surge a partir de una concurrencia de ordenamientos jurídicos, potencialmente aplicables a una determinada situación. Este principio se orienta a la armonía internacional de soluciones, y parte de la protección de la persona y del respeto a la autonomía de la voluntad¹⁴⁰. Son objetivos de derecho material los que guían al segundo aspecto del principio de justicia, que tiende a preservar la dignidad humana en la *sociabilité*¹⁴¹.

La teoría de la justicia material e internacional ha sido desarrollada por la doctrina a partir de SAVIGNI, siendo muchos los autores que estudian las diferencias entre ambas¹⁴². Fundamentalmente, se viene a constatar como los criterios que determinan la conexión a una determinada ley, son diferentes de los que determinan la justicia material¹⁴³. No obstante, puede señalarse como se

¹³⁹ V. diferencia entre "justice in substantive private law or substantive justice and justice in private international law or conflicts justice" en *Int. Enc. Comp. L.* vol. III C. 3 1986, en especial p. 15. "justice du droit international privé et justice matérielle" en HANOTIAU B. *Le droit international privé américain (du premier au second Restatement of the Law. Conflict of Laws)*, Bruxelles 1979, p. 77-78, "justice du choix et justice de la solution matérielle" VITTA E. "Cours général de droit international privé" en *R. des C.* 1979 I (162) p. 9 a 243, en especial p. 38 a 41.

¹⁴⁰ CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ... op. cit.* p. 106 "Dans la solution des 'collisions' d'ordres juridiques dans l'espace, il tend à l'harmonie des solutions internationales, à la protection de la personne et au respect de l'utilité privée, c'est-à-dire de l'autonomie de la volonté."

¹⁴¹ CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ... op. cit.* p. 106 "le deuxième degré, intuitif, ramène à des objectifs de droit matériel. Il tend à préserver la dignité humaine dans la sociabilité."

¹⁴² Para v. un breve estudio del tema a través de distintos autores, a saber, SAVIGNY, KEGEL, WENGLER, ZWEIGERT, BEITZKE, NEUHAUS, v. SCHWIND F. "Cours général de droit international privé" en *R. des C.* 1984 IV (187) p. 42 a 49.

¹⁴³ SCHWIND F. "Cours général de droit international privé" en *R. des C.* 1984 IV (187) p. 43. "On dit que les critères pour un rattachement à une loi déterminée sont bien différents des critères qui déterminent la justice matérielle. En réalité il s'agit de deux aspects d'une même justice indivisible. Le résultat provient de l'interaction des deux aspects. La signification et la valeur de deux éléments dépendent évidemment de l'appréciation qu'on donne à chacun d'eux."

trata de dos grados o aspectos de un mismo principio de justicia, al que la estructura y contenido del Derecho Internacional Privado ha de tender¹⁴⁴. Es, a partir de esta consideración, que hay que comprender la existencia de determinadas excepciones a la autonomía de la voluntad, por aplicación del principio de justicia.

El máximo exponente de la limitación de la autonomía, se encuentra en las codificaciones y su objetivo fundamental es la protección de la parte débil de la relación¹⁴⁵. En esta línea ha de encuadrarse también, las excepciones que al principio de la autonomía de la voluntad va a imponer el respeto a los derechos humanos, con la consecuencia de descartar la aplicación de una ley, que puede dar lugar a una eventual conculcación de los derechos y/o libertades fundamentales.

Los diferentes sistemas jurídicos introducen mecanismos de flexibilidad que tratan de encontrar, en el caso concreto, la mejor

¹⁴⁴ Teniendo en cuenta que la verdadera justicia ha de ser concreta y especial "La justice, en tant que constante de la réglementation appropriée (qui, elle, constitue ... le but de toute codification et de toute élaboration de règles juridiques), est une justice 'abstraite' et 'générale'. Elle est établie et satisfaite- dans la mesure où elle est établie et satisfaite- après qu'on ait tenu compte *in abstracto* de divers intérêts et des conditions hypothétiques. Mais la vraie justice ne peut être rendue qu'après avoir tenu compte de toutes les éléments 'significatifs' de l'affaire. La vraie justice ne peut être que 'concrète' et 'spéciale'." v. VRELLIS "La justice 'matérielle' dans une codification du droit international privé" en *VVAA E PLURIBUS UNUM Liber Amicorum Georges A. L. Druz. Sur la unification progressive du droit international privé*, Hague Boston London 1996, p. 541 a 561, en concreto p. 445-446.

¹⁴⁵ Valga como ejemplo el art. 5 y 6 del Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 (BOE nº 171, de 19 de julio de 1993; corr. de errores, BOE nº 189, de 9 de agosto de 1993), que tratan de proteger al consumidor y al trabajador respectivamente. v. en general CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ...* op. cit. p. 107-108, POCAR F. "La protection de la partie faible" en *R. des C.* 1984- V (188) p. 343 a 409, en concreto CIII "Le principe de l'autonomie des parties et la protection du faible" p. 372 a 383.

solución¹⁶. Destaca a los objetivos que aquí interesan, la excepción del orden público internacional en la medida en que coincide, en su campo de actuación, con el ámbito de aplicación del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Se trata de dos mecanismos de control, que velarán porque el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales sea efectivo, limitando la autonomía de la voluntad a estos efectos.

El contenido del orden público viene fundamentado por ésta concepción de justicia¹⁷, y su ejercicio, como se vio anteriormente, trae como consecuencia la exclusión de la aplicación de una norma extranjera contraria a él. No hay que olvidar sin embargo, la existencia de otro tipo de control que jugará en el caso de conculcación de los derechos humanos y por tanto, en supuestos de actuación del orden público. Este control tiene su origen en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos¹⁸, y reproduce la misma tensión que se plantea respecto del orden público: conciliar el respeto a los derechos y libertades y el respeto al interés general y los derechos del otro¹⁹. Como se verá, éste control puede verse entorpecido

¹⁶ SCHWIND F. "Cours général... *op. cit.* p. 126 "Si on passe encore une fois en revue toutes les subtilités de la doctrine américaine et les possibilités du droit continental telles que l'ordre public, la fraude à la loi, le rattachement au droit plus favorable, l'autonomie des parties, le rattachement alternatif, etc., on voit que l'on maintient en principe le système, mais en réalité on trouve toujours et partout une échappatoire qui permet malgré le système de trouver une solution qui paraît plus équitable."

¹⁷ CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ... op. cit.* p. 106 "C'est le principe de justice ainsi entendu qui permet de fonder en son contenu, non plus en son exercice, l'ordre public."

¹⁸ Roma 4-XI-1950, Servicio de edición y documentación del Consejo de Europa, Francia 1995.

¹⁹ ROMAIN J.-F. "L'ordre public et les droits de l'homme" en VVAA *L'ordre public concept et applications*, Bruxelles 1995, p. 5 a 61, en concreto p. 57 "Apparaît alors une tension remarquable qui oppose, puis réconcilie, les deux composantes de l'ordre public, et en conséquence, les deux composantes de l'Etat démocratique, la première exprimant pour l'essentiel le respect des droits et libertés, la seconde le respect de l'intérêt général et des droits d'autrui.

Cette même tension est inhérente à l'économie générale de la Convention européenne de sauvegarde ...".

do u obstaculizado por la actuación del orden público internacional¹²⁹.

El núcleo de la problemática se encuentra en el caso concreto en que un juez, deba de aplicar una norma contraria a los derechos o libertades fundamentales, cuando pertenece a un Estado parte del mencionado Convenio¹³⁰. Trasladar esta cuestión a la dimensión práctica del objeto de estudio no es difícil, basta pensar en supuestos en que las conexiones de los artículos 9.2 y 9.3, determinan como aplicable una norma contraria a los derechos fundamentales, como puede ser al principio de igualdad. Este supuesto marcará el campo de actuación de los posibles controles.

El sistema garante de los derechos consagrados en el Convenio y reconocidos a toda persona dependiente de su jurisdicción¹³¹, ofrece la posibilidad a toda parte contratante de denunciar a la Comisión, el incumplimiento de las disposiciones del Convenio que pueda ser imputado a otra parte contratante¹³². Dos conclusiones se pueden extraer de tal prevención¹³³: el Estado parte tiene la facultad, no la obligación de formular la denuncia, por lo que no ha de sancionar el mismo la violación. Por otra parte, el

¹²⁹ COHEN D. "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 78 (3) juill.-sept. 1989 p. 451 a 483, en particular el apartado titulado "L'ordre public international français entravé par la Convention européenne" p. 478 a 480.

¹³⁰ V. el planteamiento y análisis del problema en MAYER P. "La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères" en *Rev. crit. dr. internat. privé*, 80 (4) oct.-déc. 1991 p. 651 a 665.

¹³¹ Art. 1 del Convenio "Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio".

¹³² Art. 24 del Convenio "Toda Parte Contratante puede denunciar a la Comisión, a través del Secretario General del Consejo de Europa, cualquier incumplimiento de las disposiciones del presente Convenio que crea poder ser imputado a otra parte contratante."

¹³³ MAYER P. "La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères" en *Rev. crit. dr. internat. privé*, 80 (4) oct.-déc. 1991 p. 651 a 665, en especial p. 654-655.

Estado será libre de descartar la ley extranjera, invocando el orden público internacional¹⁵⁵.

El Estado, en cuanto que es parte del Convenio, no podrá cometer ninguna violación de los derechos del hombre, por lo que si la aplicación de una ley extranjera pudiera conllevar tal infracción, ese Estado deberá de descartar la aplicación de esa ley. De todo ello resulta, que si la norma de conflicto del foro remite a una norma extranjera como ley aplicable, y ésta es contraria al Convenio, tal norma deberá de ser inaplicable, so pena de que sea el propio Estado del foro el que cometa la violación de los derechos fundamentales¹⁵⁶. No podrá, en principio y de acuerdo al sistema descrito, tenerse en cuenta aspectos particulares que pudiera presentar el caso concreto.

Connotaciones muy diferentes tiene esta problemática, cuando es enfocada desde el punto de vista de un mecanismo propio del Derecho Internacional Privado, esto es, el orden público internacional. La legitimidad de la intervención de ésta excepción, en el tema de estudio, viene de la consideración general de que los derechos fundamentales forman parte del concepto de orden público¹⁵⁷ y por tanto, ésta técnica permite evitar la aplicación de leyes contrarias a él¹⁵⁸. La introducción

¹⁵⁵ v. WEIL P. "Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité internationale des actes des états étrangers" en *A.F.D.J.* 1977 p. 9 a 52.

¹⁵⁶ MAYER expone la cuestión en los términos siguientes "Peu importe que la loi contraire à la Convention soit étrangère, et que la règle de conflit du for ne soit pas en elle-même contraire à la Convention; en appliquant ces deux règles- la seconde conduisant à la première- le juge rend une décision qui est imputable à l'Etat au nom duquel il statue; or c'est cette décision qui réalise concrètement la violation d'un droit de l'homme." MAYER P. "La Convention européenne des... *op.cit.* p. 656.

¹⁵⁷ ROMAIN J.-F. "L'ordre public et les droits de l'homme" en *VVAA L'ordre public concept et applications*, Bruxelles 1995, p. 5 a 61, en concreto p. 57 "En effet, les droits et libertés fondamentaux des individus, reconnus par les principes généraux de droit, écrits ou non écrits, tels que les principes énoncés para la Convention européenne de sauvgarde, ainsi que les autres principes généraux à la base de l'ordre politique et juridique d'un Etat, constituent l'ordre public fondamental et définissent la première composante de la notion d'Etat démocratique."

¹⁵⁸ LABRUSSE C. "Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal Constitutionnel fédéral du 4 mai 1971)" en

de los derechos fundamentales en la noción de orden público, confiere a este un carácter específico que requiere, como se verá, la adaptación de las condiciones de desencadenamiento de la excepción¹⁹⁹.

En este punto, es inevitable aludir a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 4 de mayo de 1971²⁰⁰, en cuanto que va a declarar la superioridad de las normas constitucionales sobre la norma extranjera, introduciendo cierta relajación en la observación de posibles violaciones de los derechos fundamentales, pues señala la necesidad de tener en cuenta los particularismos en la materia²⁰¹.

La Sentencia resuelve un recurso de inconstitucionalidad planteado por un español soltero y establecido en Alemania y una alemana casada con una alemán y divorciada, en virtud de una sentencia de un Tribunal alemán. El objeto del recurso es la decisión en la que se niega conceder al demandante español la dispensa del certificado de capacidad matrimonial, que no había sido emitido por las autoridades españolas, pues un español no podía contraer, incluso en el extranjero, válidamente matrimonio si uno de los futuros cónyuges era divorciado²⁰².

El Tribunal en su resolución, descarta la norma española por ser incompatible con el respeto a un principio fundamental, como

Rev. crit. dr. internat. privé 1974 p. 1 a 46, en concreto p. 29 "Il s'agit pour la Haute juridiction de faire admettre de façon générale que les droits fondamentaux sont d'ordre public international et que l'exception d'ordre public de l'article 30 EGBGB est la technique permettant de faire échec à l'application des lois étrangères contraires."

¹⁹⁹ HAMMJE P. "Droit fondamentaux et ordre public" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 86 (1) janvier-mars 1997 p. 1 a 31.

²⁰⁰ *Rev. crit. dr. internat. privé* 1974 p. 56 a 72.

²⁰¹ *Rev. crit. dr. internat. privé* 1974 p. 67.

²⁰² Ello era así, porque en ese momento en España no se admitía el divorcio de matrimonios civiles, y tampoco se reconocía el divorcio extranjero, por ser contrario al orden público. Es, precisamente, en este sector donde se ha manifestado uno de los cambios más radicales de la noción de orden público FERNANDEZ ROZAS J.C y SANCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional* ... *op. cit.* p. 385 "Por lo que al matrimonio se refiere, la ruptura ha sido tal que de la consideración de su indisolubilidad como principio fundamental se ha querido pasar a la inclusión del divorcio en el seno del orden público...".

es la libertad matrimonial¹⁶³ y ser los Tribunales garantes del respeto a las normas constitucionales, lo que les impide observar una regla contraria a ellas. Además, como se ha señalado, va a prevalecer la norma constitucional sobre la norma extranjera¹⁶⁴.

Las pautas de interpretación vertidas por el Tribunal en esta sentencia, son claramente aplicables al tema de interés, pues el problema presenta la misma naturaleza. De lo que se trata es de compatibilizar aquellos principios fundamentales con los principios de Derecho Internacional Privado¹⁶⁵. El resultado, coincide plenamente con el obtenido a partir del control del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos. Estos dos mecanismos, en el supuesto de violación de los derechos humanos, actúan descartando la norma culpable de tal violación.

A partir de aquí, puede constatararse la existencia de un fenómeno de superposición de controles¹⁶⁶ que, en principio, no ofrece-

¹⁶³ "Le droit fondamental prévu par l'article 6, alinéa 1^{er} de la loi fondamentale (= GG) garantit à toute personne, même étrangère, la liberté d'épouser la personne de son choix (liberté du mariage). v. Sentencia 4-mayo-1971 en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1974 p. 57 y decisión p. 58.

¹⁶⁴ LABRUSSE señala como "Le véritable apport de la décision est, en effet, d'avoir considéré, dans l'espèce soumise au Tribunal, que la règle matérielle espagnole prohibant le mariage avec une personne divorcée édictait un empêchement bilatéral incompatible avec le respect de la liberté matrimoniales que les autorités publiques allemandes sont tenues de respecter et qu'en conséquence la règle constitutionnelle devait prévaloir sur la règle étrangère." LABRUSSE C. "Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal Constitutionnel fédéral du 4 mai 1971)" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1974 p. 1 a 46, en concreto p. 28-29.

¹⁶⁵ MAYER lo expone así "Les directives d'interprétation données par le Tribunal constitutionnel allemand peuvent être transposées, car le problème est exactement de même nature: il s'agit de concilier les principes du droit international privé avec des principes substantiels fondamentaux posés par des normes de niveau très élevé." MAYER P. "La Convention européenne des..." *op.cit.* p. 661.

¹⁶⁶ COHEN D. "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 78 (3) juill.-sept. 1989 p. 451 a 483 en concreto p. 482.

rá mayores problemas por ser similares los resultados alcanzados, a salvo que los supuestos en que un juez nacional se ha de pronunciar sobre la conformidad de un derecho extranjero a los principios fundamentales de los derechos humanos, van a ser escasos¹⁶⁷. Ahora bien, las situaciones generadoras de la problemática ofrecen muchos más matices que quizás, debieran de ser tenidos en cuenta, a la hora de tomar una resolución que respete el principio de justicia material.

Desde esta perspectiva, es fácil comprender las "ventajas" de la utilización de un mecanismo propio de Derecho Internacional Privado. Cuando a través del orden público, se descarta la ley contraria a los derechos humanos, por ser estos parte integrante de aquel, se cumplen dos objetivos básicos¹⁶⁸: se impone el respeto a los principios considerados como valores esenciales de la sociedad, y se cumple con el compromiso de asegurar los derechos humanos y las libertades fundamentales, tal y como corresponde a todo Estado signatario del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos.

No hay que olvidar sin embargo, que no siempre la excepción de orden público va a ser observada, en atención a su relatividad en el espacio, esto es, en supuestos de falta de conexión con el foro. La jurisprudencia alemana y suiza, la doctrina francesa y parte de la española por ejemplo, considera que la condición para

¹⁶⁷ WEIL refiriéndose al control de tribunales nacionales sobre la licitud internacional de determinados actos de otros Estados extranjeros señala que "... la question de pouvoir des juges nationaux de se prononcer sur la conformité au droit international des actes d'un Etat étranger se présente rarement dans la pratique à l'état pur, avec la simplicité linéaire d'une hypothèse d'école." WEIL P. "Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité internationale des actes des états étrangers" en *A.F.D.I.* 1977 p. 13.

¹⁶⁸ MAYER P. "La Convention européenne des..." *op.cit.* p. 665 "... c'est qu'en évitant la loi ou le jugement étranger, le juge d'un Etat partie accomplit deux choses: il défend son ordre public, qui intègre les droits de l'homme, et il assure le respect, par l'Etat dont il est l'organe, de son engagement international."

observar el juego del orden público es la existencia de vínculos con el foro¹⁶⁹. La consecuencia no es otra, que la excepción del orden público puede ser descartada en el caso de falta de conexión con el foro¹⁷⁰. Ello obedece a dos motivos fundamentales: el respeto a las expectativas y previsiones de las partes, y el respeto a concepciones diferentes, cuando a ellas pertenecen las situaciones conectadas a ordenamientos jurídicos extranjeros¹⁷¹.

Así pues, la pregunta que en este punto se plantea es ¿Se puede, a través de los efectos atenuados del orden público, permitir la aplicación de una ley extranjera que conlleva una cierta conculcación de los derechos humanos? y en caso afirmativo ¿intervendrá, en este supuesto, el control del Convenio europeo y en qué condiciones?

En principio, no resulta difícil pensar en supuestos de posible violación de derechos humanos, en el tema objeto de estudio¹⁷².

¹⁶⁹ FERNANDEZ ROZAS J.C y SANCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional ...* op. cit. p. 382 "La conexión espacial del supuesto con el foro es una condición que la doctrina francesa, por ejemplo, y parte de la doctrina española, considera consustancial al correctivo de orden público internacional, en sentido general. Se afirma la relatividad en el espacio del orden público: a mayor conexión, mayores posibilidades de aplicación del orden público." BUCHER A. "L'ordre public et le but social..." op. cit. p. 52 "En Suisse et en Allemagne, il est de jurisprudence constante que l'intervention de la clause d'ordre public est subordonnée à l'exigence de certains liens avec l'Etat du for, condition appelée 'binnenbeziehung' en Suisse et 'Inlandsbeziehung' dans la pratique allemande."

¹⁷⁰ V. EKELMANS M. "Ordre public et ses effets atténués" en VVAA *L'ordre public concept et applications*, Bruxelles 1995, p. 283 a 303.

¹⁷¹ MAYER P. "La Convention européenne des..." op. cit. p. 659-660.

¹⁷² Un ejemplo puede ser el matrimonio de dos argelinos que residen en España. En el supuesto de que pudieran pactar (para los que consideran que tal posibilidad se recoge en el art. 9.3 pocos problemas se plantean, pues la ley de su residencia habitual: la española así lo permite. Si por el contrario se considera que tal posibilidad está recogida en el art. 9.2, habrá que atenerse a la ley argelina), estos cónyuges podrían hacerlo conforme a la ley que rige los efectos personales, esto es, conforme a la ley argelina y sus capitulaciones podrían recoger pactos claramente contrarios al principio de igualdad. Una muestra del carácter discriminatorio de este derecho se encuentra en el propio Derecho Internacional privado argelino; así, los efectos del matrimonio se regirán por la ley nacional del marido al momento de la conclusión del matrimonio. art. 12 CC v. MEBROUKINE A "Le droit international privé algérien de la famille" en VVAA *Le statut personnel des musulmans*, Bruxelles 1992, p. 199 a 243, en concreto p. 220 a 222.

La cuestión girará principalmente, en torno a la posible discriminación a la hora de establecer el régimen económico rector de la vida matrimonial y procederá especialmente, de países en los cuales la mujer deviene prácticamente incapaz a raíz del matrimonio, estando toda su vida marcada por la sujeción al marido¹⁷³. Así pues, un pacto que supusiese una clara discriminación entre los cónyuges, sería contrario al artículo 14 del Convenio europeo y por ende al artículo 5 del Protocolo n° 7 que establece el principio de igualdad entre los cónyuges en el matrimonio y a su disolución¹⁷⁴.

Esos pactos pueden ser hechos a la luz de una norma extranjera que así los admite, y la situación de referencia puede ser claramente extranjera, de forma que se cumplen los requisitos de la actuación de los efectos atenuados del orden público. No obstante, éste puede ser considerado como uno de los supuestos en los que se ha de aplicar la excepción del orden público, pese a que la situación no presente conexión con el foro¹⁷⁵. Ello no sólo por el impe-

¹⁷³ En este punto es importante recordar que el Corán consagra el dominio del hombre sobre la mujer. (2:228) "Ellas (las mujeres) tienen derechos equivalentes a sus obligaciones, conforme al uso, pero los hombres están un grado por encima de ellas." (4:34) "Los hombres tienen autoridad sobre las mujeres en virtud de la preferencia que Dios ha dado a unos más que a otros y de los bienes que gastan." ALDEEB S. "Conflits entre droit religieux et droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe" en *R.I.D.C.* 4- 1997 p. 813 a 834, en especial p. 832 "Musulmans en terre européenne. Conflit entre foi et droit " en *Aktuelle juristische Praxis* 1996 p. 42 a 53, en especial p. 49.

¹⁷⁴ Art. 14 del Convenio: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación." art. 5 del Protocolo n° 7 (Estrasburgo, 22-XI-1984, STE n° 117): "Los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de su disolución...".

¹⁷⁵ BUCHER A. "L'ordre public et le but social... *op. cit.* p. 53-54 "Lorsque l'ordre public incorpore, en effet, des principes généraux du droit, reconnus par la communauté des nations et relevant du droit des gens, il n'y a pas lieu de faire des distinctions selon les liens qu'entretient la situation avec l'Etat du for. Tel est nécessairement le cas des droits de l'homme qui ont une vocation universelle."

rativo del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y otros Tratados internacionales sino también, por imperativo constitucional¹⁷⁶ (Las diferentes Constituciones recogen el principio de igualdad, como uno de los principios fundamentales de su articulado).

No obstante, no se puede concluir sin hacer una mención a la posible flexibilidad en la observación del respeto a los principios fundamentales. La mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, se acerca a esta problemática señalando como una justa interpretación de los derechos fundamentales, requiere tener en cuenta los particularismos en la materia¹⁷⁷. Propone el estudio en cada caso particular de la aplicación de la norma, esto es, si la norma debe ser aplicada o si debe de hacerse diferenciaciones en cuanto que la situación presenta elementos de extranjería¹⁷⁸.

¹⁷⁶ FERNANDEZ ROZAS J.C. y SANCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional ... op. cit.* p. 382-383 "Los Tribunales españoles, ..., pueden enfrentarse a determinados supuestos que, sin presentar conexión alguna con el foro, le obliguen por imperativo constitucional a hacer intervenir la corrección de orden público. Este puede ser el supuesto de la aplicación a un matrimonio concluido bajo el rito musulmán de su ley nacional en lo que atañe a la capacidad nupcial o a las relaciones personales entre los cónyuges, si la aplicación de dicha ley extranjera resulta gravemente contraria a la dignidad de la persona o atenta al principio de no discriminación e igualdad de sexos (...). En este caso, es difícil que el interprete pueda evitar, por imperativo constitucional y de los tratados internacionales suscritos por España en materia de derechos humanos, la aplicación del correctivo de orden público, independientemente de la ausencia de conexión del supuesto con el ordenamiento del foro."

¹⁷⁷ Sentencia 4-mayo-1971 en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1974 p. 67 "Une juste interprétation des droits fondamentaux admet qu'il faille tenir compte du particularisme de la matière." "... un droit fondamental peut supposer de façon essentielle au sein du domaine d'application de la Constitution, un certain lien avec l'ordre social, de sorte qu'une application illimitée de ces droits dans toutes les situations intéressant l'étranger manquerait son but."

¹⁷⁸ Sentencia 4-mayo-1971 en *op. cit.* p. 67 "Il convient plutôt de déterminer dans chaque cas particulier par une interprétation de la norme constitutionnelle en cause, d'après ses termes, son esprit et son but, si cette norme doit être appliquée en République fédérale d'Allemagne dans tous les cas par les autorités allemandes ou si on peut ou l'on doit faire des différenciations pour les situations présentant plus ou moins d'éléments d'étranéité."

En este línea debe de entenderse la sistemática aplicación de los efectos atenuados del orden público, en cuestiones como la repudiación. La conservación de la identidad nacional de los marroquíes que viven en Francia, y a cuya consecución se dirige el Convenio franco-marroquí¹⁰¹, hace difícil la exclusión de la repudiación¹⁰² por vía del orden público. Pese a que esta figura contradice el principio proclamado en el Convenio¹⁰³.

No se trata de imponer la concepción occidental abstracta, de igualdad entre los cónyuges, sin atender a las circunstancias concretas que son las que, en definitiva, revelarán si esa desigualdad ha tenido o no, consecuencias reales¹⁰⁴. El desarrollo de un orden público específico de defensa de los derechos fundamentales, exige su actuación con carácter excepcional¹⁰⁵,

¹⁰¹ Convenio franco-marroquí de 10 de agosto de 1981 v. MONEGER F. "La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire" en *Rev. trit. dr. internat. privé* 1984 p. 29 y s.s y 267 y s.s.

¹⁰² V. sobre el particular MONEGER F. "Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmans par le juge français? en *Journ. dr. int.* 1992 2. p. 347 a 355. Respecto de los problemas de la repudiación en Derecho belga v. ROMMEL G. "Quelques problèmes en matière de droit maghrébin: la répudiation, la garde et le rapt d'enfants, les pensions alimentaires" en *J.J.P.* p. 32 a 39.

¹⁰³ Sobre esta cuestión v. ABARCA JUNCO P. *Proyecto decreto e investigador*, Madrid 1995 inédito p. 186-187.

¹⁰⁴ En el supuesto de la repudiación, la exigencia de determinadas condiciones como los derechos de defensa, la aceptación de la mujer... puede compensar la desigualdad que supone la iniciativa exclusiva masculina de aquella. LAGARDE aboga por una solución concreta "Pour la répudiation, il suffirait d'une disposition déclarant sans effet en France, sauf à la demande de la femme, la répudiation d'une femme ayant sa résidence habituelle en France. La solution franco-marocain, comme on l'a vu ne prévoit cette solution que lorsque la femme est française, mais le haut Conseil à la intégration n'a pas manqué d'en demander sur ce point la révision." LAGARDE P. "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation" en *VVAA Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles 1993, p. 262 a 282 en concreto p. 281.

¹⁰⁵ BORRAS A. "La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe." en *VVAA El islam jurídico y Europa*, Barcelona 1998, p. 163 a 243, en concreto p. 196 "Las soluciones deben de dejar al margen el viejo fantasma de la excepción del orden público y pasar por una flexibilización del sistema que no atente contra los valores constitucionales, tratando en cada caso de encontrar soluciones materialmente justas y que faciliten la vida en la sociedad multicultural."

respetando la primacía de los valores fundamentales pero, partiendo de una apreciación concreta de las circunstancias del caso que determine las condiciones *de déclenchement* de la excepción¹⁶⁴.

El Convenio europeo introduce una consideración especial a su aplicación en determinados territorios. En concreto el artículo 63.3¹⁶⁵ señala que en la aplicación del Convenio se tendrán en cuenta las necesidades locales, en aquellos territorios de cuyas relaciones internacionales es responsable el Estado parte. Con ello se trata de propiciar la adaptación, a las diferencias socioculturales que ellos presentan¹⁶⁶. En este contexto MAYER ha indicado que sería cuando menos paradójico, el que no se tuviera en cuenta las particularidades y necesidades propias de territorios extranjeros, totalmente ajenos a los Estado parte¹⁶⁷.

¹⁶⁴ HAMMJE P. insiste en la necesidad de un orden público específico de los derechos fundamentales "En definitive, le développement d'un ordre public spécifique à la défense des droit fondamentaux permet de mettre l'accent sur le caractère exceptionnel de son intervention, qui pourra alors ne pas entraver les impératifs de justice du droit international privé, mais se conjuguer avec eux, tout en respectant la primauté qu'il convient d'accorder aux valeurs fondamentales." HAMMJE P. "Droit fondamentaux et ordre public" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 86 (1) janvier-mars 1997 p. 1 a 31 en concreto p. 18.

¹⁶⁵ Art. 63.1: "Cualquier Estado puede, en el momento de la ratificación o con posterioridad a la misma, declarar, mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, que el presente Convenio se aplicará a todos los territorios o a alguno de los territorios de cuyas relaciones internacionales es responsable."

Art. 63.3: "En los mencionados territorios, las disposiciones del presente Convenio se aplicarán teniendo en cuenta las necesidades locales."

¹⁶⁶ La Comisión atribuyó a este precepto una doble finalidad "Le but de l'article 63 est non seulement l'extension territoriale de la Convention mais aussi son adaptation au degré d'autonomie atteint par tels ou tels territoires non-métropolitains et aux différences socioculturelles qu'ils présentent: l'article 63(3) confirme cette interprétation." v. WOOD M. "Commentaire article 63" en *VVAA La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article para article*, Paris 1995 p. 915 a 921.

¹⁶⁷ MAYER P. "La Convention européenne des... *op.cit.* p. 661, en concreto nota al pie n° 11.

Además, parece que el Convenio introduce un margen de relatividad, en la valoración de la gravedad de las posibles restricciones a las libertades fundamentales, protagonizadas por derechos pertenecientes a Estados no partes de la Convención. Ello se manifiesta en el reconocimiento de que el mantenimiento de las libertades, requiere un *régimen político democrático*¹⁰⁶ y una *concepción y respeto común a los derechos humanos*¹⁰⁷; por lo que parte de una perspectiva diferente de Estados que tiene otra cultura y condicionamientos¹⁰⁸. Así, se trataría de legislaciones inspiradas en diferentes códigos morales, siendo consecuencia de tales diferencias, la propia divergencia respecto de la concepción de justicia¹⁰⁹.

Todo esto lleva a algún autor a expresar el deseo de que el control sea flexible, para permitir que cada Estado conserve el

¹⁰⁶ ROMAIN señala como es precisamente la noción de sociedad o de Estado democrático, la que puede ser considerada como una de las piedras angulares del régimen protector establecido por la Convención "cette notion intervient à un double titre, d'abord implicitement, en tant que source des droits et libertés énoncés par la Convention, ensuite explicitement, en tant que justification strictement réglementée de certaines des dérogations particulières qui peuvent être apportées à ces droits et libertés." ROMAIN J.-F. "L'ordre public et les droits..." *op. cit.* p. 55.

¹⁰⁷ Preámbulo del Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos.

¹⁰⁸ BUCHER lo explica así: "... la définition des droits fondamentaux consacrés par la Convention porte en elle-même la perspective d'une appréciation différenciée selon l'origine étatique, sociale et culturelle de la situation concrète. Des critères tels que les nécessités propres à une 'société démocratique' (art. 8) ou la prohibition de toute discrimination (art. 14) offrent une marge d'appréciation permettant de relativiser la gravité de certaines restrictions aux libertés fondamentales qui auraient pour origine le droit d'une Etat non contractant." BUCHER A. "L'ordre public et le but social..." *op. cit.* p. 54, en concreto nota al pie nº 88.

¹⁰⁹ VRELLIS "La justice 'matérielle' dans une codification du droit international privé" en *VVAA E PLURIBUS UNUM Liber Amicorum Georges A. J. Droc. Sur la unification progressive du droit international privé*, Hague Boston London 1996, p. 547 "Il est donc tout à fait possible, que deux législateurs étatiques (ou internationaux) s'inspirent de systèmes de morale différents et cette divergence ait comme conséquence la différence quant à la conception de juste et de l'injuste. Or une réglementation qui est considérée comme (la seule) juste dans un Etat A, peut ne pas l'être dans un autre Etat B."

dominio sobre las normas de conflicto de leyes y de jurisdicción. Además, de que el Estado ha de determinar los grados de particularismo, que va a permitir a la población inmigrante. Así pues, lo fundamental será que cada Estado parte respete los derechos y libertades en todas las situaciones internas, y sea éste el campo de actuación de la Corte Europea de derechos del hombre¹⁹². Por otra parte, las exigencias del Convenio europeo desde las consideraciones realizadas aquí, limitarían además la intervención del orden público a las injusticias más flagrantes¹⁹³.

Lo cierto es que introducir flexibilidad en el control, tampoco es una solución exenta de problemas, por cuanto el análisis de cada caso concreto¹⁹⁴ y la respuesta pormenorizada dará lugar *a priori* a incertidumbre. Aparte de que habrá límites marcados por los derechos y libertades, independientemente de las circunstancias del caso concreto, imposibles de franquear.

2.b) 3. Fraude de ley

El fraude de ley es otro de los límites externos de la autonomía de la voluntad, y es considerado como uno de los riesgos que

¹⁹² Esta es la posición de MAYER el cual señala como "Les Etats parties n'ont pas confié à la Cour de Strasbourg la tâche d'unifier les règles européennes relatives au problème de l'effet atténué de l'ordre public." y afirma que "L'essentiel est que chaque Etat respecte les droits de l'homme dans toutes les situations qui lui sont essentiellement internes. Là pourrait se borner le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme." MAYER P. "La Convention européenne des... *op.cit.* p. 665.

¹⁹³ HAMMJE P. "Droit fondamentaux et ordre public" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 86 (1) janvier-mars 1997 p. 1 a 31 en concreto p. 23.

¹⁹⁴ ROMAIN J.-F. "L'ordre public et les droits... *op. cit.* p. 59 "La problématique est ainsi déplacée, de l'affirmation des principes de base, à la difficile et progressive élaboration du régime des exceptions à ces principes, dont l'ampleur doit demeurer au risque de fragiliser et de ruiner les principes.

Mais n'est-ce pas là également le sens qui doit marquer le progrès d'un système juridique, la définition des principes, lorsqu'elle commence à être acquise, étant relayée par la définition des exceptions admissibles à ces principes."

la plasmación de esta puede tener, en especial en materia de estatuto personal¹⁹⁵. No obstante como se va a ver, es difícil que el fraude tenga lugar cuando la base del mismo, van a ser ordenamientos que ofrecen diferentes posibilidades de elección a las partes.

Para iniciar el tema, es fundamental, a parte de concretar el significado del fraude a la ley en la materia objeto de estudio, diferenciar éste límite del anterior, pues aunque puedan aparecer relacionados¹⁹⁶, son distintos los efectos que se derivan de cada uno de ellos.

El fraude a la ley consiste en la manipulación voluntaria de la condiciones de aplicación en el espacio de esa ley, provocando como consecuencia, la competencia de otra ley sin que estén creados los vínculos objetivos que la justifican¹⁹⁷. Así, la peculiaridad que ésta figura presenta en Derecho Internacional Privado, es la "eventualidad de burlar la aplicación de la ley designada por la norma del conflicto del foro"¹⁹⁸.

El artículo 12.4 del Código Civil español, es el encargado de formular esta excepción, así señala: *Se considerará como fraude de ley*

¹⁹⁵ BOULANGER F. "Le divorce en droit international privé" en *Traité Institut de Droit comparé*, 1980 p. 117.

¹⁹⁶ Ejemplo significativo de esta intensa relación es el sistema español de Derecho Internacional Privado "... en que el orden público ha devorado sistemáticamente la excepción de fraude de ley. No existe, en efecto, ningún precedente claro en que este correctivo haya operado aisladamente del orden público, aunque la jurisprudencia del T. S. y la doctrina registral aludan reiteradamente al fraude en las relaciones del tráfico privado externo (por ejemplo, *Sent. T.S. (Sala 1ª) de 5 de julio de 1965 y Res. D.G.R.N. de 14 de marzo de 1967*)." FERNANDEZ ROZAS J.C y SANCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional ... op. cit.* p. 356.

¹⁹⁷ LA PRADELLE M.G. de "Communication de M. Géraud de la Pradelle" en *Travaux Com. fr. dr.int.pr. 1971 1973* p. 117 a p. 133, en concreto p. 118 "... la manipulation volontaire des conditions d'application dans l'espace de cette loi." MAYER P. *Droit international privé... op. cit.* p. 442 "... le comportement destiné à provoquer la compétence d'une loi sans que soient créés les liens objectifs qui normalement la justifient."

¹⁹⁸ FERNANDEZ ROZAS J.C y SANCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional ... op. cit.* p. 458.

la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una norma imperativa española. De esta forma y siguiendo el concepto tradicional de fraude de ley, se incluyen los tres elementos configuradores de aquel: conducta fraudulenta, el ánimo de defraudar y el resultado fraudulento¹⁹⁹.

Dos son los puntos fundamentales que diferencian el fraude de ley del orden público, a saber, el fraude requiere de un elemento subjetivo que se concreta en la intención de conseguir un resultado prohibido por el ordenamiento, (será esto y no el determinado contenido del derecho extranjero, lo que servirá de base al fraude.) Por otro lado, la sanción del fraude supone la aplicación de la ley defraudada²⁰⁰.

La cuestión que se plantea es si las partes, en uso de la autonomía de la voluntad que les permite la determinación de la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, han podido cometer fraude²⁰¹, en cuanto que han modificado las circunstancias que fijaban los puntos de conexión, con el fin de conseguir la aplicación de otra ley diferente, a la que la norma de conflicto del foro hubiera llevado.

Si se parte de que los cónyuges son libres para elegir la ley aplicable a su régimen, parece difícil que puedan cometer un fraude en esta elección. Es por ello, que la autonomía de la voluntad y el fraude a la ley resultan, en principio, incompatibles²⁰². Ahora bien, en supuestos de autonomía de la voluntad limitada, la excepción de fraude de ley puede jugar. Lo cierto es que, pese a que la

¹⁹⁹ Para un estudio detallado v. CALVO CARAVACA A-L. "artículo 12 apartado 4" en *Comentarios...* Edersa p. 927 a 943.

²⁰⁰ V. LA PRADELLE M.G. de "Communication de M. Géraud de la Pradelle" en *Traité de Droit Int. Privé* 1971-1973 p. 117 a p. 133, en concreto p. 132-133, en el mismo sentido VON OVERBECK A. "Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé" en *R. des C.* 1982 III p. 7 a 248, en concreto p. 208-209.

²⁰¹ VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali op. cit.* p. 238 a 242.

²⁰² AUDIT B. *La fraude à la loi*, París 1974, p. 369.

aplicación del fraude no es habitual en Derecho Internacional Privado²⁰³ puede sin embargo, tener lugar con el fin de servir a intereses particulares de los cónyuges, que bien, se podían traducir en una legislación más favorable a su régimen económico.

La autonomía de la voluntad juega en general respecto del fraude, lo que se podía denominar "un papel limitado". Este se producirá con más entidad y frecuencia en aquellos supuestos en que la norma de conflicto designe una determinada ley, sin dar lugar a que las partes puedan elegir y ello porque en estos casos, la única manera de conseguir la aplicación de otra ley de la designada por la norma de conflicto, es mediante el fraude²⁰⁴.

En materia de régimen económico matrimonial, como se ha señalado reiteradamente, la autonomía de la voluntad aparece limitada, siendo habitual que los puntos de conexión utilizados por las norma de conflicto sean, la ley nacional y la ley de la residencia habitual. La constatación de este hecho lleva a deducir dos consecuencias: una, es la apuntada más arriba, el riesgo de que el fraude se produzca va a ser muy limitado, máxime cuando sean varios los puntos de conexión empleados.

En efecto, resulta difícil imaginar una situación de fraude en el supuesto de elección de la ley aplicable a las capitulaciones matrimoniales, tomando como base el artículo 9.3 del C.C, y ello, por la gran variedad de leyes que puedan ser elegidas a partir de

²⁰³ BATIFFOL H. *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris 1956 p. 70, AUDIT B. *La fraude à la loi*, Paris 1974, p. 370, v. JACQUET J.-M. *Principe d'autonomie et contrats...* op. cit. p. 261 a 267, donde señala como la excepción de fraude de ley es inadaptada en materia de contratos internacionales.

²⁰⁴ CARLIER señala al respecto "En permettant le choix entre la loi nationale et la loi de la résidence habituelle, le risque de vrai fraude est plus limité qu'en cas de désignation par la règle de conflit d'un seul facteur de rattachement, surtout s'il s'agissait de la résidence habituelle: la fraude serait alors le seul moyen d'obtenir l'application d'une autre loi." CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ...* op. cit. p. 274.

él. A salvo, de la tendencia que las partes manifiestan en elegir leyes con las que la situación presenta vínculos más estrechos²⁹⁵.

Por otro lado, la utilización de aquellas conexiones: nacionalidad o residencia habitual, permiten que una simple modificación de ellas, traiga como consecuencia, si las partes lo quieren así, el cambio de la ley aplicable. Se manifestará entonces, el problema de la prueba del elemento volitivo del fraude, esto es, de la intención de conseguir un "resultado no querido por el ordenamiento"²⁹⁶. Así pues, aún en el supuesto en que efectivamente el fraude tuviera lugar, deberían de darse las condiciones suficientes para que pudiera probarse, aplicándose, en su caso la debida sanción.

El fraude comporta un claro atentado contra el principio de justicia, en cuanto que rompe con el principio de igualdad entre los miembros que componen la sociedad, es por ello que tal comportamiento merece una sanción²⁹⁷. Esta, tomando como base la propia conducta fraudulenta, consistirá en la aplicación correcta de la norma de conflicto, y por tanto en la aplicación de la concreta norma material que hubiera intentado evitar²⁹⁸.

La sanción por tanto, consistiría en la aplicación de la ley defraudada. El problema será la comprobación de cual será esa ley. Para ello deberá de analizarse el caso concreto. En general, la elección de la ley de cobertura se fundará en un cambio de nacionali-

²⁹⁵ LALIVE P. en *Annuaire I.D.J.*, session du Caire, vol. 62, I, 1987, p. 158.

²⁹⁶ Es éste elemento de carácter volitivo, el que permite la distinción del llamado conflicto móvil v. FERNANDEZ ROZAS J.C y SANCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional ... op. cit.* p. 355.

²⁹⁷ CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ... op. cit.* p. 274 "...la fraude, si elle est établie, sera considérée à partir du principe de justice: elle a porté atteinte à l'égalité entre les membres du groupe social."

²⁹⁸ FERNANDEZ ROZAS J.C y SANCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional ... op. cit.* p. 356. CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ... op. cit.* p. 274 y Anexo 1 artículo 8 p. 392. CALVO CARAVACA A.-L. "artículo 12 apartado 4" en *Comentarios... Edersu* p. 927 a 943 en concreto p. 941 a 943.

dad o residencia, será pues, la ley determinada por la nacionalidad o la residencia anterior la que se entenderá defraudada y la que deberá de aplicarse, en el extraño caso en que el fraude haya tenido lugar y pueda comprobarse la intencionalidad.

3. AUTONOMÍA COMO EXPRESIÓN DE PROXIMIDAD

La evolución que los conflictos de leyes en materia de regímenes matrimoniales, ha experimentado en los últimos años, ha sido rápida y definitiva. Frente a las dos grandes tendencias que marcaban las líneas directrices de ésta materia hace dos décadas²⁰⁰, a saber, declive de la ley de la autonomía y progresión constante de la ley personal hoy, hay que constatar la progresión del principio de proximidad y la progresión sucesiva de la autonomía de la voluntad²⁰¹, clara manifestación de la conexión de estos dos principios.

El principio de proximidad se identifica con la conexión de una determinada situación jurídica, al ordenamiento del país con el cual presenta los vínculos más estrechos²⁰². Esta idea ha orientado la política legislativa que han seguido muchos sistemas de

²⁰⁰ V. GAUDEMET-TALLON H. "Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux: tendances actuelles en droit comparé" en *Travaux Com. fr. de in. pr* 1969-1971, París 1972, p. 197 a 228, en concreto p. 207 a 212.

²⁰¹ LAGARDE P. "Les principes du droit international privé hier, aujourd'hui et demain" en *VVAA Principios, objetivos y métodos del Derecho Internacional Privado. Balance y perspectivas de una década*. Cuartas jornadas de Derecho Internacional Privado. Madrid (Vicálvaro) 4 y 5 de junio de 1993, Madrid 1995 p. 15 a 33, en concreto p. 19 a 28.

²⁰² LAGARDE da una definición exacta del principio "Ce principe exprime simplement l'idée du rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, du rattachement d'un litige aux tribunaux d'un Etat avec lequel il présente, sinon le lien les plus étroit, du moins un lien étroit, enfin d'une subordination de l'efficacité d'une décision à l'étroitesse des liens qui la rattachent à l'autorité qui l'a prise." LAGARDE P. "Cours général de droit international privé" en *R. des C.* 1986 I (196) p. 13 a 237, en concreto p. 25-26.

Derecho Internacional Privado, que tenían como objetivo la regulación del régimen económico matrimonial. Una de sus mayores virtudes es, la flexibilidad que va a introducir en la determinación de la ley aplicable y que, en definitiva, tiene como objetivo lograr una respuesta más justa para el caso concreto²¹².

Un ejemplo paradigmático de la penetración de este principio, se encuentra en el Convenio de La Haya sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales²¹³. En él, se prevé la posibilidad de modificación de los pactos a lo largo de toda la vida matrimonial y en la medida de que se produzcan cambios substanciales, en las circunstancias que determinan los puntos de conexión. Así, se logra que el principio de proximidad este presente en la regulación del régimen económico matrimonial, ajustándose los cambios de éste a aquel principio²¹⁴. Lo mismo es predicable de todos los ordenamiento jurídicos que, como se verá en el apartado correspondiente, aceptan la modificación del contrato matrimonial o del pacto de ley aplicable.

El Convenio de La Haya facilita también, la penetración del principio de proximidad, en el supuesto en que los cónyuges no hayan designado la ley aplicable a su régimen económico. En defecto de residencia habitual común y de nacionalidad común, el régimen matrimonial se regirá por la ley del Estado con el cual, teniendo en cuenta todas las circunstancias, presente vínculos más estrechos (art. 4º 3 último párrafo).

²¹² FERNANDEZ ROZAS J.C y SANCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional privado*, Madrid 1996, p. 329 "La flexibilidad que puede introducir la formulación genérica del principio de proximidad (vínculos más estrechos, cláusulas de excepción...), y cualquiera otras técnicas de especialización, orientación material, etc., no tienen otra misión que dar una respuesta más justa del caso concreto."

²¹³ En esta línea se sitúan, igualmente, las legislaciones de nuestra área cultural; CC español, ley suiza de 18 de diciembre de 1987...

²¹⁴ LAGARDE P. "Les principes du droit international privé hier... *op. cit.*, p. 20.

Debe señalarse sin embargo, la existencia de un inconveniente²¹⁵ que se deduce directamente de la aplicación del principio de proximidad. Se trata de la imprevisión o indeterminación de la solución²¹⁶. Una situación jurídica puede presentar vínculos estrechos con más de un ordenamiento jurídico, y la aplicación concreta de este principio, no viene a determinar cual de ellos va a ser el que efectivamente, estará llamado a regular tal situación.

Es en este punto, en el que se va a justificar la intervención de la autonomía de la voluntad, en el tema objeto de estudio. La solución frente a la imprevisión y por ende, falta de seguridad jurídica al que la aplicación del principio de proximidad aboca, se encuentra en introducir la posibilidad de que sean las partes, las que determinen cual de esos ordenamientos próximos va a regir su régimen económico matrimonial²¹⁷.

La exigencia de que exista un vínculo entre la ley elegida por los cónyuges y el régimen económico matrimonial, revela la importancia del juego conexo del principio de proximidad y de la autonomía de la voluntad²¹⁸. Serán las partes las que, entre las dife-

²¹⁵ LAGARDE P. "Les principes du droit international privé hier... *op. cit.* p. 25. " Le reproche les plus souvent formulé à l'encontre de l'appréciation concrète de liens les plus étroits est qu'une telle méthode s'apparente à une non-règle et compromet toute sécurité juridique."

²¹⁶ LAGARDE P. "Cours général de droit international privé" en *R. des C.* 1986 I (196) p. 30.

²¹⁷ PATOCCHI P. M. *Règles de rattachement... op. cit.* p. 108 a 118, p. 116 "L'autonomie de la volonté est une règle qui favorise la sécurité et la prévisibilité du droit, d'avantage que bien de rattachements objectifs. Le contrat est soumis à la loi choisie, et le choix des parties est un critère dont la concrétisation est particulièrement aisée à déterminer." "Dans les systèmes de conflit consacrant des rattachements rigides, l'avantage de l'autonomie n'est pas tant la sécurité que sa faculté de prendre en considération les particularités du cas d'espèce; en revanche, dans les systèmes où le rattachement objectif assure la prévisibilité du droit de manière insuffisante, l'autonomie de la volonté manifeste sa supériorité sur ces rattachements même à cet égard."

²¹⁸ LAGARDE P. "Cours général de droit international privé" en *R. des C.* 1986 I (196) p. 61 "L'une des manifestations de cette liaison entre les deux principes était l'exigence, au moins théorique, d'un lien entre la loi choisie par les parties et le contrat. Cette exigence subsiste en matière de régimes matrimoniaux, comme le montrent la Convention de La Haye du 14 de mars 1978 (art. 3, al.2) et le nouvel article 15 de la loi d'introduction de Code civil allemand (rédaction de la loi du 24 juillet 1986), qui énumèrent limitativement les lois pouvant être choisies par les époux."

rente leyes que sean enumeradas en el precepto de referencia y las cuales revelan una vinculación, elegirán la que consideren más adecuada a su régimen económico, haciendo jugar, en su elección, razonables índices materiales.

En este tema, es interesante reproducir "el símil de la brújula" que CARLIER utiliza para explicar gráficamente, la relación entre éstos dos principios²⁰. Mientras que la brújula representa al principio de proximidad, el imán representa a la autonomía de la voluntad, y la aguja o flecha indica, entre las diferentes direcciones (puntos de conexión), el norte, que coincidirá con la ley aplicable al supuesto de hecho.

El imán puede efectivamente, cambiar la trayectoria de la aguja y señalar como aplicable una ley distinta de la que resultaría sin ser modificada la trayectoria de aquella. Sin embargo, no podrá desviarla sin límite, pues existirá un punto en el que volverá a su posición original, siendo el principio de proximidad el que marcará tal límite. Por consiguiente, el imán sólo orientará la dirección, pero no designará sin término la ley aplicable²¹.

Consecuencia de éste planteamiento, esto es, de la conexión que el principio de proximidad y la autonomía de la voluntad presentan en este tema, es la eliminación de posibles cláusulas de excepción²². Una vez efectuada la elección de la ley, y habiéndose

²⁰ CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ... op. cit.*, p. 256-257.

²¹ CARLIER señala como el imán no es más que un intermediario "Son rôle est de donner une direction, non de se désigner lui-même. Etant en possession de la personne, c'est toutefois celle-ci qui le place à l'endroit apte à désigner la direction souhaitée. abstraite dans son fonctionnement, l'autonomie de la volonté permet d'obtenir le résultat concret souhaité. Objective, parce que soumission volontaire a priori neutre et limitée, elle est subjective par le rôle laissé aux intéressés et l'objectif matériel de liberté et d'adhésion au droit que, ce faisant, elle promeut." CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ... op. cit.* p. 256-257.

²² LAGARDE P. "Les principes du droit international privé hier... op. cit. p. 25 "..., si la règle de conflit permet le choix des parties, dans les limites qu'elle fixe, elle ne peut ensuite prétendre corriger le choix une fois effectué sous prétexte qu'il ne correspondrait pas à la loi des liens les plus étroits. Les clauses d'exception sont toujours écartées lorsque les parties ont choisi la loi applicable."

cumplido todos aquellos límites que han podido ser señalados por la norma de conflicto, aquella pasa a ser la norma aplicable al régimen económico matrimonial, con independencia de que no se correspondiese con la norma que presentase realmente, los vínculos más estrechos.

En efecto, una vez expresada la voluntad de los cónyuges, no habrá lugar a plantearse la mejor localización de la relación, que bien podría señalar una ley diferente a la elegida por las partes. Es significativa en este ámbito, una sentencia de la *Cour d'appel* de París²²³ de 1995, que frente a las pretensiones de una esposa de que se le aplicará la ley francesa a su régimen económico matrimonial, por ser Francia el lugar en que los cónyuges fijaron su primer domicilio y donde siempre habían vivido, considero que el régimen de bienes se regiría por el derecho musulmán, pues la realización de un contrato ante autoridad musulmana y con estipulación del pago de dote, indica su intención de someter sus bienes al derecho musulmán.

Como la *Cour de Cassation* señaló en otra sentencia²²⁴, la aplicación de la ley del domicilio no juega más que en ausencia de voluntad expresa de las partes, esto es, sólo en defecto de voluntad expresa de los cónyuges, habrá lugar a indagar su voluntad presunta. En este último caso, el supuesto de hecho versaba sobre dos cónyuges marroquíes casados en Marruecos y que en ese mismo año, fijan su residencia en Francia y adquieren posteriormente, la nacionalidad francesa. El acto de *Kétouba*²²⁴ constataba la celebración del matrimonio y estipulaba que el matrimonio era

²²³ Cour d'appel de Paris (2 Ch. A.) de 14 de junio de 1995 en *Rev. crit. dr. internat. privé.* 86 (1) janvier-mars 1997 p. 41 a 46 v. comentario de GANNAGE P. p. 46 a 55.

²²⁴ Cour de Cassation (1^o Ch. civ.) 6 de junio de 1988 en *Rev. crit. dr. internat. privé* 78 (2) avr.-juin 1989 p. 360 a 362 v. Comentario de KHAIRALLAH G. p. 362 a 367.

²²⁵ Para un acercamiento a la *Kétouba* o contrato de matrimonio marroquí v. *J.-Cl. dr. int.* 2 1965 p. 4-5.

concluido bajo el régimen *Méghorachimes de Castille*, adoptado por los cónyuges de común acuerdo.

Desde esta perspectiva, puede señalarse la existencia de una cierta incompatibilidad entre el principio de proximidad y el de autonomía de la voluntad²³, presentando tal incompatibilidad, al menos dos vertientes: imposibilidad de variar la ley elegida por aquella que, en el caso concreto, presente los vínculos más estrechos e imposibilidad, a falta de voluntad de las partes, de cambiar la ley aplicable cuando las circunstancias que motivaron su sujeción a aquella, han cambiado radicalmente.

Ello puede llevar, en especial en el segundo supuesto, a plantear uno de los problemas clásicos que la utilización de la autonomía de la voluntad puede ocasionar: se trata de la lejanía de soluciones. El hecho de que las partes elijan una ley rectora de su régimen económico matrimonial, de acuerdo a una conexión que a lo largo de la relación se ha perdido: domicilio, nacionalidad, residencia... trae como consecuencia, en el supuesto de que las partes no opten por cambiar la norma, que aquella ley nada tendrá que ver con las aspiraciones de proximidad, que como se ha visto, van íntimamente unidas al principio mismo de la autonomía de la voluntad. Lo mismo ocurrirá si la falta de modificación, tiene su origen en una imposibilidad legal.

El análisis de esta cuestión debe centrarse también, en la protección de terceros. El supuesto de voluntariedad en la modificación de la ley, podría llevar a situaciones generadoras de indefensión, en tanto que la nueva elección puede ser desconocida por los terceros, siendo necesario examinar si aquellos, tienen posibili-

²³ LAGARDE P. "Cours général de droit inter... *op. cit.* p. 48. "Incompatibilité en ce sens que la volonté, une fois établie, que ce soit au moyen de cette localisation ou plus clairement par une déclaration expresse des époux, aura pour effet, sauf manifestation expresse d'une volonté contraire, de fixer définitivement la loi applicable, sans que cette détermination puisse être remise en cause par la preuve de liens plus étroits de la situation avec un autre pays."

dad de conocer esta incidencia y en este caso, a través de qué mecanismos.

El estudio pormenorizado de estos aspectos se verá en los apartados dedicados a la permanencia o mutabilidad de los puntos de conexión: conflicto móvil, y protección de terceros.

4. MANIFESTACIONES CONCRETAS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

El desarrollo del principio de proximidad, junto con el principio de la autonomía de la voluntad, tiene su manifestación en la penetración de ambos en los diferentes ordenamientos jurídicos, siendo diferente su repercusión, según las características que presenten las regulaciones de referencia. Así, en principio, puede señalarse diferentes gradaciones, en la penetración de éstos principios²⁸.

A. Autonomía total de la voluntad:

Las partes elegirán la ley aplicable sin ninguna limitación, por cuanto el ordenamiento jurídico consagra la total libertad en la determinación de la ley aplicable. No se exigirá por tanto, la existencia de ningún tipo de conexión con la ley, pudiendo existir o no tal relación. Esta técnica es utilizada singularmente en materia de contratos, siendo su paradigma el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980.

No es, sin embargo, la técnica utilizada por los ordenamientos en la regulación del régimen económico matrimonial. La excepción a tal precisión, la protagoniza la ley de Quebec de 18 de diciem-

²⁸ LAGARDE P. "Les principes du droit international privé hier... *op. cit.* p. 25 a 28
VON OVERBECK "L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé" en *VVAA Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles 1993, p. 619 a 636, en concreto p. 632 a 635.

bre de 1991²²⁷ la cual, mediante una técnica de remisión, viene a introducir la autonomía de la voluntad en la regulación²²⁸, y la ley austríaca de 15 de junio de 1978²²⁹ que, de una manera directa, introduce la autonomía en la designación del derecho aplicable.

Es el artículo 3122²³⁰ de la Ley de Quebec, el que determina la ley aplicable al régimen económico matrimonial, mediante la remisión a las normas generales aplicables al fondo de los actos jurídicos²³¹. Estas normas consagran el principio de la autonomía de la voluntad, al señalar que "el acto jurídico estará regido por la ley designada expresamente en él o cuya designación resulte de forma cierta de las disposiciones de éste acto"²³².

²²⁷ Ley de 18 de diciembre de 1991, codificando el Derecho Internacional Privado en un libro décimo del nuevo Código civil de Quebec en *Rev. crit. dr. internat. privé*, 81 (3) juill. sept. 1992 p. 574 a 584.

²²⁸ v. GROFFIER E. *La réforme du droit international privé québécois. Supplément au précis de droit international privé québécois*, Québec 1993, en especial p. 103-104 y 115 a 118 GOLDSTEIN G. y GROFFIER E. "Canada (Québec et Provinces anglaises)" en *J.-Cl. dr. int.* 2, 1996 Fac. 5. SABOURIN F. *Les effets patrimoniaux du mariage en droit international privé québécois*, Québec 1996.

²²⁹ Ley federal de 15 de junio de 1978 sobre el Derecho Internacional Privado en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1979 p. 176 a 185. y *Riv. dir. int. pr. proc.* 1981 p. 801 y ss.

²³⁰ Art. 3122 "La loi applicable au régime matrimonial conventionnel est déterminée par les règles générales applicables au fond des actes juridiques".

²³¹ Esto no resulta nuevo en la legislación de Quebec, por cuanto, con anterioridad a esta ley, los "contrats de mariage suivent, au Québec, les règles applicables aux contrats en général. Ils sont régis par l'article 8 du Code civil qui dispose que: Les actes s'interprètent et s'apprécient suivant la loi du lieu où ils sont passés, à moins qu'il n'y ait quelque loi à ce contraire, que les parties ne s'en soient exprimées autrement, ou que, de la nature del acte, ou des autres circonstances il n'apparaisse que l'intention a été de s'en rapporter à la loi d'une autre lieu; auxquels cas il est donné effet à cette loi, ou à cette intention exprimée ou presumée." V. GROFFIER E. y GOLDSTEIN G. "Canada (Québec et Provinces anglaises) Droit international privé" en *J.-Cl. dr. int. droit comparé* T. I Canada 2, 1988 p. 7.

²³² Art. 3111 "L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressement dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte. Néanmoins, s'il ne présente aucun élément d'extranéité, il demeure soumis aux dispositions impératives de la loi de l'Etat qui s'appliquerait en l'absence de désignation." On peut désigner expressément la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement d'un acte juridique."

Este precepto va a incluir, lo que se puede considerar una previsión: en el supuesto de que el acto no presente ningún elemento de extranjería, "permanecerá sometido a las disposiciones imperativas de la ley del Estado que se aplicarían en ausencia de designación". Esta norma relativa a los actos puramente internos²³³, está inspirada en el Convenio de Roma²³⁴.

La legislación de Quebec permite por tanto, el que las partes puedan designar la ley que estimen más conveniente para su régimen económico matrimonial, sin que exista ningún tipo de cortapisa a tal elección. En consecuencia, podrán elegir una ley que nada tenga que ver con el régimen, a salvo de la precisión señalada. Es por ello, que esta legislación acoge el principio casi universal de la autonomía de la voluntad.

En el supuesto de que los cónyuges no hayan celebrado capitulaciones matrimoniales, el régimen legal se regirá por la ley del domicilio en el momento del matrimonio²³⁵. Si los esposos están domiciliados en Estados diferentes, se aplicará la ley de su primera residencia común, en su defecto la ley de su nacionalidad común, o en su defecto la ley del lugar de la celebración del matrimonio.

El principio de la autonomía total de la voluntad²³⁶ también, es acogido en la legislación austríaca, por cuanto la Ley federal de

²³³ V. GROFFIER E. *La réforme du droit international privé québécois. Supplément au précis de droit international privé québécois*, Québec 1993, p. 104.

²³⁴ Art. 3.3: "La elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un Tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un sólo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas en los sucesivos "disposiciones imperativas".

²³⁵ Art. 3123: "Le régime matrimonial des époux qui se sont mariés sans passer de conventions matrimoniales est régi par la loi de leur domicile au moment du mariage. Lorsque les époux sont alors domiciliés dans des Etats différents, la loi de leur première résidence commune s'applique ou, à défaut, la loi de leur nationalité commune ou, à défaut, la loi du lieu de la célébration du mariage."

²³⁶ v. SCHWIND "Note introductive" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1979 p. 174 a 176.

15 de junio de 1978 sobre el Derecho Internacional Privado, establece en su artículo 19²⁹⁷, que el régimen matrimonial se regirá por el derecho que las partes designen expresamente. Así, al no establecer ningún tipo de límite a esa elección, cabra deducir de tal precepto que los cónyuges podrán designar la ley que quieran, siempre y cuando lo hagan expresamente.

No se exige ningún requisito formal para designar la ley, por lo que existe, en principio, la posibilidad de que aquella se designará mediante un acuerdo verbal²⁹⁸, siempre y cuando no hubiera duda en tal determinación. No se admitiría sin embargo, y a diferencia de la Ley de Quebec²⁹⁹, acuerdos implícitos de los que se podría deducir la elección de la ley.

Es precisamente, el carácter abierto de esta disposición que acoge la autonomía de la voluntad, el que ha suscitado ciertas dudas, sobre si la relación debe tener un carácter internacional o podía designarse una ley extranjera para regular una relación económico matrimonial de carácter interno, con base a esa inclusión total de la autonomía³⁰⁰. En principio, parece que esta posibilidad, que olvida la legitimación misma de la elección del derecho ex-

²⁹⁷ Art. 19: "Le régime matrimonial est régi par le droit que les parties désignent expressément; à défaut d'un tel choix par le droit qui, au temps de la célébration du mariage, était applicable aux effets personnels du mariage."

²⁹⁸ VIARENGO I, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali op. cit.* p. 183.

²⁹⁹ Como se ha señalado, el art. 3111, establece la posibilidad de que el acto pueda regirse por la ley cuya designación resulte de un modo cierto de las disposiciones del acto, esto es, no tiene que estar expresamente designada, basta que se pueda deducir, sin duda, de las ya mencionadas disposiciones.

³⁰⁰ VIARENGO I, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova 1996, p. 183 "Invero, in difetto di una precisa disposizione normativa al riguardo, vi è chi ha ritenuto possibile il richiamo di un ordinamento straniero per regolare fattispecie puramente interne, in base all'argomento che, essendo l'opzione del regime matrimoniale anche sul piano del diritto sostanziale rimessa alla libera disponibilità dei coniugi, non vi sarebbe ragione di escludere il riferimento ad una legge straniera."

tranjero, esta excluida³⁰, y la determinación de la ley estará limitada por el orden público y por el carácter internacional de la relación³¹.

Es relevante a estos efectos, la importancia que la legislación austríaca concede al principio de proximidad y que tiene su reflejo en la primera de las disposiciones generales (art.1). Así, se señala que las situaciones con elementos extranjeros, se rigen por el ordenamiento jurídico con el que exista mayor vinculación, y se considera que las normas de conexión de esa ley son expresión de ese principio.

En el supuesto de que las partes no hayan designado expresamente la ley aplicable, el régimen matrimonial se regirá "por el derecho que, al tiempo de la celebración del matrimonio, fuese aplicable a los efectos personales del matrimonio"³², esto es, por la ley nacional común actual, en su defecto, por la última ley nacional común. En los demás casos, por la ley de su residencia habitual actual y en su defecto, por la ley de su última residencia habitual. Las conexiones de la última ley nacional y la última residencia, se someten a la condición de que uno de los dos cónyuges la haya

³⁰ VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali* op. cit. p. 183 "Questa opinione - anche se probabilmente corretta rispetto alla conclusione, l'ammissibilità sul piano del diritto sostanziale della recezione negoziale di norme straniere - sembra però non tenere conto della distinzione... tra esercizio dell'autonomia privata nella determinazione della disciplina materiale del negozio e scelta del diritto applicabile."

³¹ Así se señala como único límite "... al suo ambito di operatività l'ordine pubblico e il carattere di internazionalità del rapporto regolato dalla legge designata dai coniugi: a quest'ultimo proposito ribadisce che l'internazionalità del regime matrimoniale, e la conseguente legittimazione della sua sottoposizione volontaria ad un diritto straniero, non può dipendere dal solo fatto che le parti hanno operato una scelta in tal senso." VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali* op. cit. p. 183.

³² Art. 18: "Les effets personnels d'un mariage sont régis:

1. par le statut personnel commun, ou, à défaut, par le dernier statut personnel commun des époux, à condition que l'un des deux l'ait gardé.
2. dans les autres cas, par le droit de l'Etat où les deux époux ont leur résidence habituelle et, à défaut, par le droit de l'Etat où les deux époux ont eu leur dernière résidence habituelle, à condition que l'un des deux époux l'ait gardée."

mantenido, garantizando así, la existencia de cierta conexión con el ordenamiento aplicable²⁴⁶.

El análisis realizado hasta aquí, no debe llevar al error de entender que estos ordenamientos se mantienen totalmente ajenos al principio de proximidad. Aparte de la referencia general a aquel principio de la ley austríaca, ambos contienen determinadas cláusulas de excepción o principios que no son, si no manifestaciones negativas del principio de proximidad²⁴⁷, que tienen por finalidad, lograr la aplicación de normas que efectivamente, revelan una estrecha conexión con la situación jurídica de que se trate²⁴⁸.

En la legislación de Quebec el artículo 3082²⁴⁹, contiene una cláusula de excepción similar a la prevista en el artículo 15 de la ley suiza. El objeto de la misma no es otro que excluir la ley designada, en el supuesto en que la situación presente un vínculo muy débil con esta ley, observándose sin embargo, una relación mucho más estrecha con la ley de otro Estado, y siempre que la ley no haya sido designada en un acto jurídico²⁵⁰.

²⁴⁶ Este supuesto parece no prever situaciones límites en las cuales los cónyuges nunca tienen una nacionalidad común y tampoco tienen una residencia habitual común.

²⁴⁷ LAGARDE P. "Les principes du droit international privé hier... *op. cit.* p. 20.

²⁴⁸ KOKKINI-IATRIDOU D. "Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions" en VVAA *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions - ou le principe de proximité, XIV Congrès international de droit comparé*, Netherlands 1994, p. 3 a 43, en concreto p. 4-5 v. apartado dedicado al estudio de la conexión "ley nacional común y su fijación temporal" en CIII.

²⁴⁹ Art. 3082: "A titre exceptionnel, la loi désignée par le présent livre n'est pas applicable si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la situation n'a qu'un lien éloigné avec cette loi et qu'elle se trouve en relation beaucoup plus étroite avec la loi d'un autre Etat. La présente disposition n'est pas applicable lorsque la loi est désignée dans un acte juridique."

²⁵⁰ GLENN P. "Codification of private International Law in Quebec- an Overview" en *IPRax* 1994, Heft 4 p. 308 a 318 en especial p. 309.

Esta cláusula no ha sido valorada muy positivamente por la doctrina, que considera que el principio de proximidad²⁵⁰ sólo debe de servir de fundamento a determinadas normas de Derecho Internacional Privado y en concreto, a aquellas correspondientes a situaciones en las que las necesidades de previsión y certidumbre son prioritarias (contratos, sucesiones). Constituyendo la contrapartida a la cláusula de excepción, la posibilidad dada a las partes de determinar la ley aplicable, y por tanto de reconstruir la previsión²⁵¹.

La codificación austríaca introduce un principio²⁵², que tiene por misión colmar las lagunas legales, y ser tenido en consideración para la interpretación de las reglas de conflicto²⁵³. No obstan-

²⁵⁰ CASTEL J.-G. "Commentaire sur certaines dispositions du Code civil du Québec se rapportant au droit international privé" en *Journ. dr. int.* 1992 n°3 p. 625 a 668, en concreto p. 651 y 630 a 632 "Un système de droit international privé dont toutes les règles seraient inspirées ou corrigées par le principe de proximité manquerait de cohérence. Ce principe ne doit servir de fondement principal ou subsidiaire qu'à certaines règles de droit international privé... à titre correctif, il est préférable d'avoir recours à une notion d'ordre public à effet positif plus large que le principe de proximité."

²⁵¹ CASTEL J.-G. "Commentaire sur certaines dispositions du Code civil du Québec se rapportant au droit international privé" en *Journ. dr. int.* 1992 n°3 p. 625 a 668, en concreto p. 631 "On ne doit introduire le principe de proximité que dans les cas où la certitude et la prévisibilité des solutions ne prévalent pas sur toutes autres considérations. Dans certains domaines comme les contrats ou les successions, le besoin de prévisibilité est prioritaire car les sujets de droit doivent pouvoir anticiper sur l'avenir avant de prendre des dispositions qui produiront leurs effets dans un période de temps éloignée. Ici la clause d'exception ne se justifie que si elle trouve sa contrepartie dans la possibilité pour les sujets de droit de rétablir la certitude par un choix de la loi applicable. Dans d'autres domaines, comme le divorce ou les délits, le besoin de sécurité n'est pas tel qu'il doive l'emporter sur la justice du rattachement.", en el mismo sentido KOKKINI-IATRIDOU D. "Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions" en *VVAA Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions - ou le principe de proximité*, XIV Congrès international de droit comparé, Netherlands 1994, p. 8-9.

²⁵² Principe du rattachement les plus fort art. 1: "Les situations qui présentent des liens avec l'étranger sont régies, en matière de droit privé, par l'ordre juridique avec lequel existe le rapport le plus fort."

Les règles spéciales sur l'ordre juridique applicable (règles de rattachement) énoncées dans la présente loi fédérale doivent être considérées comme expression de ce principe." v. OGRIS W. OBERHAMMER P. "Autriche" en *J.-Cl. dr. int.* 8, 1997 Fasc. 3, p. n° 273.

²⁵³ V. KOKKINI-IATRIDOU D. "Les clauses d'exception en matière... *op. cit.* p. 9-10

te, es otra cláusula²⁵³ la que reviste cierta originalidad, en cuanto que juega tan sólo en el caso de que se obtenga un determinado resultado: la validez del matrimonio, y va a afectar al régimen económico matrimonial²⁵⁴.

La ley austríaca que considera válido el matrimonio será descartada, en el supuesto de que los esposos tengan una vinculación más fuerte con otro Estado, siendo aplicable a los efectos personales el derecho de ese Estado, en lugar del austríaco. Esta disposición tiene vinculación clara con la ley aplicable al régimen económico matrimonial, en cuanto que en defecto de elección, el punto de conexión lo determina la ley aplicable a los efectos personales del matrimonio (art.19).

B. Autonomía limitada de la voluntad:

La mayor parte de las legislaciones introducen el principio de la autonomía de la voluntad, atemperado por el principio de proximidad. Para tratar de garantizar la observación del principio de proximidad, se designan determinadas leyes cuyos puntos de conexión, revelan la existencia de vínculos estrechos con el ordenamiento objeto de elección. Sin embargo, y como ya se ha señalado, queda un margen de indeterminación (¿qué conexión presenta los vínculos más estrechos, la residencia habitual, la nacionalidad...?) que se elimina, dando la posibilidad a las partes de que efectúen tal elección²⁵⁵.

El Convenio de La Haya de 1978, marca la tendencia de muchos otros ordenamientos que introducirán la autonomía limita-

²⁵³ Art. 18 (2): "si un mariage est valide pour la sphère juridique autrichienne sans l'être pour la sphère du droit désigné dans le 1^{er} alinéa, les effets personnels sont régis par le droit autrichien. Si les époux ont cependant un rapport plus fort avec un troisième Etat, d'après le droit duquel le mariage est également valide, le droit de cet Etat est applicable à la place du droit autrichien."

²⁵⁴ KOKKINI-IATRIDOU D. "Les clauses d'exception en matière... *op. cit.* p. 21-22.

²⁵⁵ LAGARDE P. "Les principes du droit international privé hier... *op. cit.* p. 26.

da de la voluntad¹⁸, en la forma descrita, a salvo de la tradición francesa que, en este ámbito, ya se caracterizaba por la aplicación de la ley de la autonomía¹⁹. Siendo en este punto indiferente las concretas conexiones utilizadas, que como se verá, variarán de unos ordenamientos a otros y serán objeto de estudio más adelante.

El Convenio introduce "una importante novedad"²⁰, aceptada por todos los Estados representados: la libertad de elección. En concreto, da la posibilidad a los cónyuges de elegir la ley aplicable a su régimen. La elección recae sobre dos leyes, a saber, la ley nacional o la ley de la residencia habitual de uno de ellos. Para los inmuebles pueden designar la ley del lugar en el que están sitos.

En esta línea se sitúa también, la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987²¹. Su artículo 52, ofrece la posibilidad a los esposos de elegir entre las siguientes leyes: la ley del Estado en el que están domiciliados ambos, la ley del Estado en la que estarán domiciliados tras la celebración del matrimonio o el derecho del Estado en el que uno de ellos tenga la nacionalidad.

Lo mismo cabe decirse de la Ley alemana de 1986²² (art. 15), que acoge las mismas normas, objeto de elección por las partes, que

¹⁸ Es lo que ocurre con las soluciones del artículo 15. 2 de la ley alemana de 1986 y del artículo 15 del *Marri* japonés que serán analizadas en capítulo posterior. VON OVERBECK A. E. "La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé" en *R. des C.* 1992 II p. 9 a 98, en concreto p. 79-80.

¹⁹ VON OVERBECK "Inrésistible extension de l'autonomie en droit international privé" en *VVAA Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rogaux*. Bruxelles 1993, p. 619 a 636, en concreto p. 632.

²⁰ Von OVERBECK "Rapport en Actes et documents de la treizième session tome II, La Haye 1978, p. 328 u 385 a 377, en concreto p. 335-336 y p. 357.

²¹ Ley federal sobre le Derecho Internacional Privado de 16 de diciembre de 1987 (LDIP); en *VVAA Le nouveau droit international privé suisse. Travaux des journées d'étude organisées par le Centre du droit de l'entreprise*, les 9 et 10 oct. 1988, Lausanne 1988, p. 267 a 318.

²² Ley de 25 de julio de 1986 de reforma de Derecho Internacional privado, *Bundesgesetzblatt*, 30 julio 1986, n.º 37 p. 1142 en *Rev. crit. de internat. privé*, 76 (1) jan.-mars 1987.

ya recogía el Convenio de La Haya: la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual, y para los inmuebles la ley de su situación.

La reciente reforma del sistema italiano de Derecho Internacional Privado de 1995²⁰¹ (art. 30) introduce asimismo, la autonomía de la voluntad, a condición de que los cónyuges estipulen por escrito la elección de la ley que, se verá limitada a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges.

Aunque limitadamente, la autonomía de la voluntad ha penetrado en la regulación ofrecida por el nuevo Código de familia ruso de 8 de diciembre de 1995²⁰². En él se establece que los esposos que no tengan ni nacionalidad ni residencia común, pueden elegir la ley aplicable a su contrato de matrimonio. Esta normativa, como puede observarse, se separa de las anteriores pues, el ejercicio de la autonomía está fuertemente limitado. Basta que los cónyuges tengan la misma nacionalidad o residencia, para que no puedan hacer elección de ley aplicable. No obstante, debe llamarse la atención sobre la posibilidad, aún limitada, de elección frente al *legeforismo* que caracterizaba la legislación anterior²⁰³.

²⁰¹ Ley de 31 de mayo de 1995 n° 218, en *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 3 juin 1995, supplément ordinaire n° 128-Série générale en *Rev. crit. dr. internat. privé*, 85 (1) janvier-mars 1996 p. 174 a 189.

²⁰² Art. 161 Code de la famille du 8 de diciembre de 1995 (*Rossiiskaia gazeta* du 27 janvier 1996) "Les époux n'ayant pas de nationalité commune ni de domicile commun peuvent choisir la loi applicable à leurs droit et obligations résultant de leur contrat de mariage ou d'un contrat de prestations alimentaire. En l'absence de la loi choisie dans le contrat de mariage ou dans un contrat de prestation alimentaire, les dispositions du § 1° du présent article sont applicables." *Rev. crit. dr. internat. privé*, 86 (1) janvier-mars 1997 p. 149.

²⁰³ BOGDANOVA N. "L'état actuel de la législation russe en matière de droit international privé" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 86 (1) janvier-mars 1997 p. 139 a 144, en concreto p. 142 "L'ancien principe général en matière de droit de famille qui soumettait les rapports internationaux de la famille aux droit soviétique dans la plupart des cas, a cédé la place à des véritables règles de conflit. Auparavant, tous les rapports internationaux entre les époux qui se réalisaient sur le territoire de la Russie, étaient soumis à la législation soviétique (la loi du for). Actuellement, le nouveau code de la famille prévoit que les conditions de fond, par exemple, sont soumis à la loi nationale des futurs époux."

También la autonomía de la voluntad, ha tenido reflejo en la nueva ley de Derecho Internacional Privado de Liechtenstein de 19 de septiembre de 1996. Respecto del régimen de bienes, el artículo 20 establece que será regido por el derecho que las partes estipulen por escrito, y los cónyuges podrán elegir entre la ley del Estado en que ambos tiene su residencia habitual y la ley personal de uno de los cónyuges²⁹².

Es esta la vía que igualmente, ha tomado la legislación española, pues la nueva redacción del artículo 9.3, permite elegir un variado número de leyes, ampliando notablemente el campo de elección. El juego de éste artículo, junto a la remisión al artículo 9.2, y por tanto, a sus conexiones, hace que los cónyuges puedan escoger hasta cinco leyes diferentes²⁹³: la resultante de la aplicación de los criterios jerárquicos contenidos en el artículo 9.2, más la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges al tiempo del otorgamiento.

C. Exclusión de la autonomía de la voluntad:

Como se ha señalado, las reformas que en los últimos años se han producido en esta materia, están orientadas a introducir el juego de los principios de proximidad y de autonomía en la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Pese a ello, hay que señalar la pervivencia de ordenamientos que, si bien tratan de mantener el criterio de proximidad, lo hacen estableciendo una conexión única o varias jerarquizadas que excluyen de raíz, la posibilidad de intervención de las partes en la elección. Desde esta perspectiva, cabe señalar la existencia de dos tipos diferentes de soluciones.

²⁹² Ley de Derecho Internacional Privado de Liechtenstein de 19-9-1996 (*Gesetz über das internationale Privatrecht*, LGBl 1996 Nr. 194) v. texto en *IPRax* 1997, Heft 5 p. 364 y s.s. en concreto p. 365.

²⁹³ AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *op. cit.* p. 341.

Por un lado, las legislaciones de ámbito no occidental que, como reflejo de su ámbito cultural e incluso religioso, optan por señalar un único punto de conexión para la determinación de la ley aplicable al régimen: la ley nacional del marido. Esta conexión era habitualmente utilizada por ordenamientos que tras ser reformados, introducen criterios de proximidad y de autonomía, léase Código civil español²⁶⁶, por ejemplo.

Legislaciones como la de Argelia, Egipto, Corea del Sur o Irak²⁶⁷ optan por señalar a la ley nacional del marido como rectora del régimen matrimonial, logrando seguridad, pues no habrá ninguna duda de cual será la ley, y proximidad pues esa conexión revela una obvia cercanía. No obstante, tal criterio aparece como claramente contrario al principio de igualdad, motivo fundamental que propició su desaparición de los ordenamientos de nuestra área cultural²⁶⁸.

El otro conjunto de soluciones, derivan de aquellas legislaciones que optan por incluir conexiones jerarquizadas, que revelan

²⁶⁶ El Código Civil español, con anterioridad a la Constitución de 1978, establecía que los efectos del matrimonio a falta de nacionalidad común de los esposos, se regían por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio. Pese a que esta normativa se vio derogada por la Constitución (art. 14 y 32. 1º), la modificación efectiva no tuvo lugar hasta la ley 11/1990, de 15 de octubre sobre reforma del Código Civil en materia de no discriminación por razón de sexo B.O.E. de 18 de octubre de 1990. v. BORRAS A. "No discriminación por razón de sexo: en *op. cit.* p. 233 a 236 y capítulo III de éste trabajo.

²⁶⁷ Argelia: Ordenanza n° 75-88, de 26 de septiembre de 1975, conteniendo el Código Civil *J.-Cl. dr. int.* 8, 1997, Egipto: Código Civil de 29 de julio de 1948 art. 13. 1 "Les effets du mariage, y compris ceux qui concernent le patrimoine, seront soumis à la loi nationale du mari, au moment de la conclusion du mariage" *J.-Cl. dr. int.* 2, 1996 Fasc. 2 n° 187. Corea del Sur: Ley de 15 de enero de 1962, sobre el Derecho Internacional Privado, n° 966, Irak: Código Civil de 4 de junio de 1951 v. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE J.A. *Legislaciones nacionales de Derecho Internacional Privado*, Madrid 1995.

²⁶⁸ V. en concreto caso español en BORRAS A. "No discriminación por razón de sexo: en *op. cit.* p. 232 a 249.

una clara proximidad, pero que impiden el juego de la voluntad en tanto que se avanzará en la lista de conexiones, sólo y en la medida que, la anterior o anteriores no se han podido aplicar.

En este grupo se encontraría el Código Civil portugués de 25 de noviembre de 1966²⁶⁹, el cual establece como ley aplicable la nacional de los contrayentes en el momento de la celebración del matrimonio. Sólo en el caso de no haber nacionalidad común, la ley aplicable será la de su residencia habitual común en el momento del matrimonio y en su defecto, la ley de la primera residencia conyugal tras el matrimonio²⁷⁰.

Dejando para más tarde el estudio del carácter más o menos próximo que estos puntos de conexión revelan, lo importante es señalar cómo la autonomía de la voluntad no juega en la determinación de la ley. Ahora bien, esta normativa deja cierto margen de elección en un supuesto concreto: en el caso de que la ley aplicable fuera extranjera (pues, así se deduciría de la aplicación de los puntos de conexión) y uno de los contrayentes tuviera su residencia habitual en Portugal, se permite pactar alguno de los regímenes que son admitidos por el Código²⁷¹.

La legislación rumana²⁷², responde también, a este criterio. Establece como leyes aplicables: la ley nacional común y, en

²⁶⁹ Modificado por Decreto-Ley n.º 496/1977, de 25 de noviembre Código civil português (anotado RODRIGUES BASTOS J.), Coimbra 1996.

²⁷⁰ V. FERRER CORREIA A. "Direito Internacional Privado Matrimonial" en FERRER CORREIA A. *Temas de Direito comercial e Direito internacional privado*, Coimbra 1989, p. 331 a 361, en concreto p. 352 a 361 LISBONE J. "Portugal" en *J.-Cl. dr. int.* 2, 1997 n.º 250.

²⁷¹ Art. 53.º 3 "Se for estrangeira a lei aplicável e um dos nubentes tiver a sua residência habitual em território português, pode ser convencionado um dos regimes admitidos neste código."

²⁷² Ley n.º 105 de 22 de septiembre de 1992, sobre la reglamentación de las relaciones de Derecho Internacional privado. Esta ley entró en vigor el 1 de diciembre de 1992. *Rev. crit. dr. internat. privé*, 83 (1) janv.-mars 1994 p. 172 a 195 v. (art. 20). v. CAPATINA O. "Roumania" en *J.-Cl. dr. int.* 8, 1995 n.º 361.

supuesto de nacionalidades diferentes, la ley del domicilio común. Así, de existir la primera conexión no habrá lugar a aplicar la segunda. El interés de que la determinación de la ley responda a criterios de proximidad, aparece con gran claridad en esta regulación, pues, prevé que en defecto de los anteriores puntos de conexión, las relaciones personales o patrimoniales se regirán por la ley del Estado en el que tengan o hayan tenido la residencia común o *con el que mantengan en común vínculos más estrechos*.

5. PROBLEMAS QUE GENERA LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: LA FRAGMENTACIÓN O *DEPEÇAGE*

Como se ha visto, la autonomía de la voluntad tiene un lugar significativo en la materia objeto de estudio. Se ha constatado como está circunscrita a ciertos límites y cual era la importancia de que fuera expresión de proximidad y de justicia. Sin embargo, todavía no se ha determinado si es posible, en este punto, que la autonomía pueda producir fragmentación en la regulación del régimen económico matrimonial. Es por ello que, debe plantearse el posible juego del *depeçage* como modo de realización de dicha autonomía, y en su caso, los posibles límites que tal fragmentación ha de respetar.

No resulta gratuita la inclusión de este tema dentro de los problemas que genera la autonomía de la voluntad, pues en el caso de que el *depeçage* tuviera entrada en la regulación de las relaciones económico matrimoniales entre cónyuges, daría lugar a una serie de problemas, que como se verá, bien pudieran aconsejar la adopción de una interpretación que abandonara esta posibilidad.

La cuestión se concreta en analizar si las partes, haciendo uso de la autonomía que los diferentes ordenamientos le otorgan, pueden designar como aplicable una pluralidad de leyes, en lugar

de someter el conjunto del régimen económico matrimonial a una única ley. En el primer caso, se produciría la ruptura de la unidad de la ley a aplicar y la desmembración, a estos efectos, de las diferentes relaciones jurídicas que integran el régimen económico matrimonial.

Este tema resulta muy problemático desde la perspectiva del Derecho Internacional español y ello, porque el artículo 9.3 impide una inequívoca interpretación, debido a la imprecisión de su redacción. En realidad, lo mismo puede postularse la admisión de la fragmentación, como el rechazo de esta posibilidad. Básicamente, dos son los argumentos que pueden ser utilizados para intentar dilucidar la cuestión.

Desde una interpretación literal del precepto, los dos argumentos antagónicos pueden mantenerse. Las conexiones recogidas en el artículo 9.3 tienen por única misión la de contrastar la validez de los pactos con ellas, de forma que los pactos o capitulaciones matrimoniales, en su conjunto, serán válidos si lo son de acuerdo a una de las leyes recogidas en el artículo²⁷³.

Es también, una interpretación literal la que sirve de tesis al argumento contrario. El artículo 9.3 emplea conjunciones distributivas, que no impone la necesidad de que toda capitulación matrimonial o pacto haya de ser válida conforme a una sólo ley, sino que el sentido de tal carácter distributivo, debe de circunscribirse a la *disyuntiva cuando se reitera aplicada a términos diversos*²⁷⁴, esto es,

²⁷³ MOYA ESCUDERO M. "efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional Privado español II Parte especial. Derecho Civil internacional*. Granada 1994 p. 147 a 167, p. 158 "Por tanto, un pacto o capitulación será válido en su conjunto si así lo estima una de sus leyes, sin que sea posible considerar por separado cada una de las cláusulas que componen el pacto o capitulación a fin de validar cada una de ellas por una ley diferente."

²⁷⁴ Conjunción distributiva. *Gram. La disyuntiva cuando se reitera aplicada a términos diversos. Diccionario de la Lengua Española*, Madrid 1992.

a una cierta alternativa en la elección de las leyes²⁷⁵ y por tanto, a la posibilidad de elección de una o de otra, siendo indiferente, desde esta perspectiva, el que se someta el conjunto de la regulación a una única ley o que se produzca una desmembramiento de tal unidad, permitiendo que diferentes aspectos se rijan por leyes también diferentes.

Es otro tipo de argumento el que sirve de base a la admisión de la fragmentación en nuestro Código²⁷⁶. Se trata de la posibilidad, abierta por el mismo artículo 9.3, de introducir modificaciones en los pactos o capitulaciones que pueden presentar un carácter parcial, y que se han de regir por algunas de las leyes designadas en el precepto. La consecuencia, es obvia: posible fragmentación de la regulación, en tanto que existen determinadas cláusulas o pactos que se regirán por leyes distintas, a la que en su momento se designó como aplicable al conjunto del régimen económico matrimonial.

A esta conclusión coadyuva igualmente, el hecho de que si las partes no han sometido alguno de los términos del régimen

²⁷⁵ ESPINAR VICENTE J.M. *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid 1996, p. 308 "Una segunda interpretación haría observar que el artículo 9.3 utiliza las conexiones '*ley rectora de los efectos del matrimonio*', '*ley de la nacionalidad de cualquiera de las partes*' y '*ley de la residencia habitual de cualquiera de ellos*' de forma alternativa y que se ocupa de dotar a las tres de un perfecto rango de equivalencia operativa." p. 309 "Sin embargo, con carácter general, nos adscribimos a la última interpretación -que por lo demás es la generalmente aceptada por la doctrina, con más o menos matices- y entendemos que las partes o los cónyuges pueden seleccionar su régimen económico con base en cualquiera de las tres leyes a las que nos remite el artículo 9.3 del Código Civil después de contraído el matrimonio."

²⁷⁶ AMORES lo explica así "...el dato de que quepan simples modificaciones del régimen económico (esto es, Pactos parciales) es un fuerte argumento para la admisibilidad de la fragmentación, en la medida en que cada modificación parcial será válida si lo es conforme a cualquiera de los ordenamientos contemplados, de manera que una sucesiva modificación parcial, aunque fuera en momentos temporales distintos, podría llevar a ese resultado." AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *op. cit.* p. 338.

económico matrimonial a la ley que designaron como rectora, o bien, tal ley no válida la concreta cláusula, jugará de forma automática las otras leyes señaladas en el artículo 9.3 y ello por el simple juego del *favor validatis*²⁷⁷.

Cabe por tanto, señalar la posibilidad de que el *depeçage* encuentre en esta materia una vía de desarrollo, bien entendido, que ha de estar sometido a los estrictos límites que aconseja la coherencia. A este respecto, será necesaria la adaptación de los ordenamientos en presencia, con el objeto de evitar desajustes en las regulaciones que podrían llevar a resultados no admisibles, por los ordenamientos llamados a regir los diferentes aspectos del régimen económico matrimonial²⁷⁸.

Una vez analizada la vía de introducción de la fragmentación, se deben señalar las razones que pueden ser aducidas en contra de la conveniencia de tal posibilidad. Entre ellas destaca, en el aspecto práctico, el interés de evitar situaciones fraudulentas²⁷⁹. El hecho de someter el régimen económico a una pluralidad de leyes conlleva un grado de complicación tal, que desanimaría a la mayoría de los cónyuges a los que tal posibilidad les es ofrecida y quizás, sea esto lo que

²⁷⁷ ABARCA JUNCO recoge esta posibilidad "Sólo excepcionalmente puede darse el caso de que las partes no hayan respetado conscientemente una ley. En este supuesto si es posible que accidentalmente una de las cinco leyes determinadas en el artículo que comentamos valide automáticamente las capitulaciones y estaríamos ante un supuesto injusto: un 'favor' para la validez. 'Favor validatis' injustificado ya que intereses igualmente legítimos pueden encontrarse tanto a favor de la validez como de la nulidad." ABARCA JUNCO P. "Los efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional Privado 2 UNED*, Madrid 1996, p. 113 a 124, en concreto p. 123-124.

²⁷⁸ AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *op. cit.* p. 338 "En definitiva, la necesaria coherencia del régimen de bienes del matrimonio hará necesaria una ulterior adaptación de los ordenamientos en presencia de modo que no se alcancen resultados no admisibles para ninguno de ellos."

²⁷⁹ ABARCA señala como hay que evitar "... que esta validez automática, aún en los casos marginales que pueda producirse, genere situaciones injustas o incluso fraudulentas..." ABARCA JUNCO P. "Los efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional Privado 2 UNED*, Madrid 1996, p. 113 a 124, en concreto p. 124.

de indicios de que abordar una tan complicada operación, bien puede estar incentivada por motivos, si no del todo fraudulentos, si cercanos al engaño (un motivo podría ser el conseguir determinados beneficios fiscales). De cualquier forma, es la fragmentación en sí y aplicada a esta materia, la que podría generar situaciones fraudulentas que estarían erradicadas, si tal posibilidad no existiese.

Es otra, sin embargo, la razón que subyace en el fondo de la exclusión del *depeçage* en esta materia. Se trata de la finalidad que el ejercicio de la autonomía de la voluntad cumple en la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Como ya se ha señalado, las capitulaciones matrimoniales tienen un carácter mixto, esto es, patrimonial y familiar y es su especial configuración la que reclama seguridad y previsión en la determinación de la ley²⁰¹. Así, la autonomía de la voluntad se presenta con una función principal: prevenir una localización incierta, dando lugar a la previsión en la determinación de la ley aplicable²⁰².

La aceptación de la fragmentación en esta materia, daría al traste con los objetivos señalados, no sólo podría dar lugar a desajustes que requerirían una ulterior adaptación de los ordenamientos, introduciendo una complejidad innecesaria sino que, al comprometer la previsión de la ley aplicable, crearía una importante incertidumbre frente a terceros²⁰³.

²⁰¹ V. Autonomía como expresión de proximidad en apartado anterior.

²⁰² VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali op. cit.* p. 203 a 207, en concreto p. 204-205.

²⁰³ VIARENGO señala como es difícil justificar la admisibilidad del *depeçage* voluntario en esta materia "... anche per motivi diversi dalla particolare configurazione che vi assume l'esercizio dell'autonomia della volontà; basti pensare alle contraddittorietà di disciplina nel caso in cui parte della relazioni economiche dei coniugi risultasse sottoposta, per effetto del richiamo a diritti diversi, al regime di separazione di beni e altra parte a quello di comunione. Inoltre, esso comprometterebbe la prevedibilità della legge applicabile, nel senso che renderebbe ancora più difficoltoso per i terzi fare affidamento su un certa disciplina giuridica per la regolamentazione dei loro rapporti con i coniugi." VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali op. cit.* p. 203 a 207, en concreto p. 206-207.

Por todo ello, sería aconsejable excluir el *depeçage*, de forma que la ley que se elige como aplicable lo sea al conjunto de la capitulación, siendo imposible la desmembración de las cláusulas que integran aquellas, a los solos efectos de someterlas a leyes diferentes²⁴. Es esta, por lo demás, la tendencia que se aprecia en Derecho comparado.

En efecto, de un breve análisis de Derecho comparado, cabe deducir que la posibilidad de fragmentación está excluida²⁵, y ello, a parte de los motivos que desaconsejaban la introducción del *depeçage* en esta materia²⁶, porque estos ordenamientos parten de una norma de conflicto, que remite la regulación a uno de los ordenamientos conectados, utilizando para ello criterios de conexión en orden jerarquizado o alternativo²⁷ e impide el juego conjunto de varias leyes²⁸.

En el supuesto de modificación de la ley aplicable, se entenderá de la ley aplicable a toda la regulación del régimen económico matrimonial, no habiendo lugar a plantearse la posible existencia del *depeçage*, a diferencia de lo que ocurre en el caso español. A salvo de legislaciones que como se ha visto, consagran la plena

²⁴ En esta línea v. ABARCA "... habrá que apoyar la tesis de que no es posible la consideración por separado de cada una de las cláusulas que forman el contrato de capitulaciones, con el objeto de validar cada una de ellas por una ley diferente, sino que todo el contrato se considerará válido atendiendo a uno sólo de los ordenamientos en presencia, que será a su vez el que determine las normas imperativas aplicables y la protección a los terceros." ABARCA JUNCO P. "Los efectos del matrimonio" en *op. cit.* p. 124.

²⁵ VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali op. cit.* p. 203 a 207, en concreto p. 206-207.

²⁶ V. respecto al Derecho italiano, el análisis de VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali op. cit.* p. 203 a 207.

²⁷ Para un estudio de las normas de conflicto multilaterales v. GONZALEZ CAMPOS J. D. "El paradigma de la norma de conflicto multilateral" en *VVAA Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez T.* IV Madrid (1996), p. 5339 a 5271.

²⁸ V. propuesta de adaptación de esta técnica al artículo 9.3 español, en AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *op. cit.* p. 341. "artículo 9 apartados 2 y 3" *op. cit.* Comentarios. EDERSA p. 193.

autonomía de la voluntad. La legislación de Quebec recoge expresamente esta posibilidad art. 1311 y lo mismo cabe decirse por vía interpretativa, de la legislación austríaca²⁹⁸.

Pese a lo señalado hasta aquí, debe de estudiarse lo que puede ser considerado como una excepción a la unidad de la ley aplicable, y que cuenta con una regulación legal expresa. Se trata de la disposición *lex rei sitae*, recogida en ordenamientos como el alemán y en el Convenio de La Haya de 1978. La plasmación práctica de aquella, va a dar lugar a una clara fragmentación del régimen, rompiendo por tanto, el principio que se apuntaba como inspirador de la regulación, esto es la unidad del régimen.

La ley alemana de 25 de julio de 1986 sobre Derecho Internacional Privado²⁹⁹, da la posibilidad a los cónyuges de elegir para la regulación de los bienes del matrimonio, y cuando se trate de inmuebles, el derecho del lugar de su situación³⁰⁰. De esta

²⁹⁸ El artículo 3111 permite el *dépeçage* del contrato "On peut désigner expressément la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement d'un acte juridique" v. SABOURIN F. *Les effets patrimoniaux du mariage en droit international privé québécois*, Québec 1996. En esta misma línea, podría encuadrarse el ordenamiento austríaco, en tanto que la autonomía total que caracteriza la determinación de la ley aplicable al régimen matrimonial (art. 19), da pie a deducir que si las partes lo desean, nada impedirá la fragmentación del régimen en el sentido de que una ley distinta rija los bienes inmuebles v. VIARENGO I. *Autonomia delle volontà e rapporti patrimoniali op. cit.* p. 183-184 y p. 206 nota al pie 3 "La medesima soluzione sembra seguita in via interpretativa nell'ordinamento austriaco, il quale, tuttavia, accoglie il criterio di collegamento costituito dalla volontà delle parti senza la restrizioni di cui qui si discute." Sobre estas legislaciones v. el apartado anterior de este trabajo.

²⁹⁹ Ley de 25 de julio de 1986 de reforma de Derecho Internacional Privado, *Bundesgesetzblatt*, 30 julio 1986, n°37 p. 1142 en *rev. crit. dr. internat. privé*, 76 (1) janv.-mars 1987.

³⁰⁰ Art. 15 (1) Le régime matrimonial est régi par la loi qui gouverne les effets généraux du mariage lors de sa célébration.
(2) Toutefois, les époux peuvent choisir:
1° la loi de l'Etat dont l'un d'eux est ressortissant,
2° la loi de l'Etat dans lequel l'un d'eux a sa résidence habituelle, ou
3° pour des biens immobiliers, la loi du lieu de leur situation.

forma, el ejercicio de la autonomía de la voluntad respecto de la ley aplicable²⁹³, presenta un ámbito más amplio que en el resto de legislaciones a salvo de las pertenecientes a países de *Common Law*.

En aplicación del artículo 15²⁹⁴, los cónyuges podrán elegir como aplicable la ley de situación de un bien inmueble y pueden también, no hacerlo o hacerlo sólo con respecto a determinados inmuebles. Por lo que pueden seleccionar leyes diferentes para los distintos bienes inmuebles integrantes de su patrimonio, aún en el supuesto de que aquellos estén situados en un sólo país²⁹⁵ produciéndose así, el fraccionamiento del régimen.

Esta medida es novedosa, pues tradicionalmente el ordenamiento alemán había seguido el criterio de la unidad del régimen patrimonial²⁹⁶ siendo, entre otras, razones prácticas las que aconsejaron la adopción de tal disposición. Entre ellas figura el deseo de facilitar la labor de notarios alemanes, respecto de compras y ventas de bienes inmuebles por o a extranjeros²⁹⁷.

²⁹³ V. PIRRUNG M. J. "La réforme du droit international privé en République fédérale d'Allemagne, spécialement dans le domaine des relations entre époux" en *Trauxaux Com. fr. dr. int. pr années 1986-87; 1987-88* p. 201 a 212, en concreto p. 206-207.

²⁹⁴ Junto al fraccionamiento convencional, el ordenamiento alemán recoge un fraccionamiento legal regulado en el art. 3.3 v. SONNENBERGER H.-J. "Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 76 (1) janv.-mars 1987 p. 1 a 31, en concreto p. 20-21.

²⁹⁵ V. STURM F. "Personnes, famille et successions dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand" en *Rev. crit. dr. internat. privé*, 76 (1) janv.-mars 1987 p. 33 a 75, en especial p. 55 y nota al pie 66.

²⁹⁶ VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali op. cit.* p. 174 a 178, en concreto p. 177.

²⁹⁷ STURM F. "Personnes, famille et successions dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand" en *Rev. crit. dr. internat. privé*, 76 (1) janv.-mars 1987 p. 33 a 75, en concreto, nota al pie 66 "Le législateur désireait faciliter la tâche des notaires allemands qui, lors d'achats et de ventes de terrains ou d'appartements par ou à des étrangers, ont été très très souvent fort embarrassés. En général, ceux-ci se traitaient d'affaire en faisant précéder le contrat de vente d'un contrat de mariage dans lequel le couple adoptait le régime de la séparation de biens. Ce procédé était fort préjudiciable à la femme en cas de divorce et en cas de décès de son mari."

El Convenio de La Haya, de forma similar a la legislación alemana, recoge en su articulado la posibilidad de que las partes puedan designar la ley del lugar donde los inmuebles están sitos, así como, disponer que los inmuebles adquiridos en adelante quedarán sometidos a la ley de su situación²⁹⁶. Con ello, se produce un abandono parcial de la indivisibilidad del régimen matrimonial²⁹⁷, en la medida en que sólo afecta a lo concerniente a los inmuebles siendo por lo demás, el principio de la unidad del régimen matrimonial el inspirador de esta materia²⁹⁸.

El origen de la inclusión de este precepto en el Convenio, se encuentra en el deseo de satisfacer a los delegados en la Conferencia de países anglosajones, de forma que si bien, no se acepta el que las partes puedan designar leyes diferentes para regular las distintas partes de su patrimonio, si se acepta, por el contrario, *la lex rei sitae*²⁹⁹. Con esta concesión se trataba de lograr

²⁹⁶ Art. 3 del Convenio "Sin embargo, hayan o no procedido los esposos a la designación prevista por los párrafos precedentes, pueden designar, en lo que concierne a los inmuebles o alguno de ellos, la ley del lugar donde estos inmuebles estén sitos. Pueden, igualmente, prevér que los inmuebles que sean adquiridos en adelante quedarán sometidos a la ley del lugar de su situación."

²⁹⁷ DROZ G. "Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux (entré en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux" en *rev. crit. de. internat. privé*, 81 (4) oct.-déc. 1992 p. 630 a 680, en concreto p. 644 a 646.

²⁹⁸ VON OVERBECK "Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck" en *Actes et documents de la treizième session* tome II, La Haye 1978, p. 337 n° 38 "La liberté de choix des époux trouve un limite dans le principe de l'unité du régime matrimonial. La seule dérogation à ce principe est la faculté, pour les époux, de soumettre chaque immeuble à sa *lex rei sitae*. Pour le reste, ils ne peuvent limiter la loi choisie ni à une partie de leur fortune, ni aux biens qu'ils acquerront après le choix."

²⁹⁹ VON OVERBECK "Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck" en *Actes et documents de la treizième session* tome II, La Haye 1978, p. 331 n° 13 "Alors que les Délégués de certains pays de *Common Law* eussent voulu permettre aux époux de soumettre de façon générale les différentes parties de leur patrimoine à des lois différentes, la Treizième session a maintenu de manière générale tant le principe de l'unité du régime matrimonial qu'à l'exception de faveur de la *lex rei sitae*, exception qu'elle a précisée et quelque peu étendue."

un acercamiento a estos países que quizás, pudiera culminar en una ratificación del Convenio³⁰⁰.

Lo cierto, es que la doctrina ha criticado fuertemente ésta decisión³⁰¹. Se señala la gran dificultad que entraña lograr una compromiso entre concepciones opuestas³⁰², aparte de que la escisión de la unidad traería como consecuencia, complicaciones respecto de la liquidación del régimen matrimonial³⁰³.

No obstante, también se ha apuntado como la necesidad de que sean las partes las que tomen la decisión de fraccionar el régimen, incentivará a aquellas a estudiar las consecuencias de su decisión, de forma que no se produzcan graves desigualdades originadas por los distintos regímenes aplicables a los bienes de cada uno de los cónyuges (por ejemplo comunidad a unos y separación a otros)³⁰⁴. Por otro

³⁰⁰ Lo que, de momento, no ha ocurrido.

³⁰¹ V. REVILLARD M. "La Convention de la Haye du 14 de mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux" en *Répertoire du Notariat Defrenois*, 15 mars 1992, 112^e années-n°5, n° 13, LOUSSOUARN Y. "La Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux" en *Journ. dr. int.* 1979 p. 5 a 20, en concreto p. 9-10, BATIFFOL H. "La Treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1977 p. 451 a 484, en concreto p. 456.

³⁰² LOUSSOUARN señala como "L'entorse ainsi apportée au principe de l'unité du régime matrimonial est, à notre avis, regrettable... En réalité, elle constitue une concession tendant à donner satisfaction aux délégués des pays anglosaxon dans lesquels la notion de régime matrimonial est très différente de la nôtre. C'est un des points sur lesquels la Convention s'est efforcée, dût sa cohérence en souffrir, de faire ouvrir de compris entre deux conceptions fondamentalement opposées." LOUSSOUARN Y. "La Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux" en *Journ. dr. int.* 1979 p. 5 a 20, en concreto p. 9-10

³⁰³ REVILLARD M. "La Convention de la Haye du 14 de mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux" en *Répertoire du Notariat Defrenois*, 15 mars 1992, 112^e années-n°5, n° 13.

³⁰⁴ BATIFFOL lo expresa así "Il leur appartiendra d'apprécier les risques d'inégalité que pourrait provoquer l'application d'un régime communautaire aux biens de l'un d'eux, et celle d'un régime séparatiste aux biens de l'autre. Ils pourront donc tenir compte de la situation présente ou de la probabilité à venir d'immeubles situés dans des pays de *commun law* dont gestion et la liquidation seront facilitées par une telle clause." BATIFFOL H. "La Treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1977 p. 451 a 484, en concreto p. 456.

lado, se ha justificado esta medida en punto a la protección del tráfico jurídico del lugar donde los inmuebles están situados²⁰².

En definitiva, la conclusión a la que este análisis aboca, no es otra, que la que ya se apuntaba anteriormente, es decir, la tendencia casi unánime de las distintas legislaciones de Derecho Internacional Privado a mantener la unidad de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Por tanto, a excluir de la regulación la divisibilidad del régimen, a salvo de las excepciones legalmente previstas. Parece que es esta la solución a la que el Derecho internacional Privado español debe de tender, y que, de momento, como se ha visto, sólo puede ser efectiva por vía interpretativa.

²⁰² PEREZ VERA E. "El Convenio de La Haya sobre ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales" en *VVAA Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor MIAJA DE LA MUJELA II*, Madrid 1979, p. 1167 a 1183, en concreto p. 1173.

Capítulo III.

LAS CONEXIONES EN LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS PACTOS O CAPITULACIONES MATRIMONIALES

1. INTRODUCCIÓN

1. Planteamiento general y evolución histórica de la regulación del Derecho español

El estudio de las concretas conexiones que la regulación de los pactos o capitulaciones matrimoniales tiene en el sistema de Derecho Internacional Privado español, ha de partir de una serie de consideraciones.

Como ya se ha indicado en la segunda parte de este trabajo, la autonomía de la voluntad se introduce en la legislación mediatizando la concreta operación de determinación de la ley aplicable a los pactos o capítulos. Consecuencia de ello es que el juego de las conexiones que determinaran la ley aplicable, tiene su origen en la voluntad de los cónyuges. Es desde esta óptica, desde la que debe afrontarse el concreto análisis de los puntos de conexión objetivos, que tendrán por misión ordenar aquella voluntad alrededor de

conexiones que, *a priori*, manifiestan una vinculación con la vida matrimonial. En este punto, debe destacarse, como ya se ha hecho anteriormente, el importante papel que el principio de proximidad tiene en materia de régimen económico matrimonial¹.

Respecto de los diferentes puntos de conexión que han sido utilizados por las distintas legislaciones de Derecho Internacional Privado, destaca de modo especial la nacionalidad y la residencia, a cuyas correspondientes leyes, las partes pueden reconducir la ordenación de su régimen matrimonial.

Prueba de ello, es que las recientes modificaciones de las distintas codificaciones europeas², han mantenido la nacionalidad como punto de conexión básico en la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial³. Este hecho, viene a confirmar la fuerza de este criterio que, desde tiempos muy lejanos, ha sido adaptado a la materia objeto de estudio⁴. Si bien, legislaciones como la suiza optan por aplicar el criterio domiciliario.

Es precisamente, el primer camino el que el sistema de Derecho Internacional Privado español, ha seguido a lo largo de la historia⁵. Se impone, como comienzo de este estudio, un pequeño análisis histórico que tiene por objeto un acercamiento a la realidad de aquella conexión, que ha sido férreamente acogida, no sólo en la legislación, sino también, en la doctrina y la jurisprudencia.

¹ V. en general LAGARDE P. "Cours général de droit inter... *op. cit.*

² Como la italiana v. VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali op. cit.* p. 54.

³ A excepción de Suiza que continúa aplicando la conexión del domicilio v. *Ley federal de 25 de junio de 1891 y la actual Ley federal de 18 de diciembre de 1987*

⁴ V. en general MIAJA DE LA MUELA A. *Derecho internacional Privado TH (Parte especial)*, Madrid 1973, p. 283-284.

⁵ Para un análisis de la codificación de Derecho Internacional Privado en España v. por todos AGUILAR NAVARRO *Derecho Internacional privado. Vol. I T.I. Introducción y fuentes*, Madrid 1979, p. 549 a 574. (revisión GONZALEZ CAMPOS J.)

Tal estudio, no ha de olvidar, las conexiones objetivas, que en tiempos mucho más recientes, se han incorporado a la legislación española directriz de este tema, y que, como ya se ha señalado, tendrán como "motor de arranque" la voluntad de los cónyuges.

Curiosamente, y pese a lo que se ha señalado hasta aquí, el origen más lejano de la legislación aplicable a esta materia, determina cómo tendrá aplicación la costumbre correspondiente al lugar de celebración del matrimonio, y no la ley personal. Se trata de la Ley XXIV, título XI de la Partida 4^a ⁶, que establece para el supuesto de que dos personas se casen y vayan a vivir a otra tierra de costumbre diferente a la primera, *la primacía de la costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento*⁷. Pronto, sin embargo, se argumentó tal norma, como efecto de la voluntad tácita acorde, por lo demás, con la propia teoría de DUMOLIN ya analizada⁸.

⁶ "Que deue ser guardado, quando casan algunos en una tierra, e fazen pleytos entre si; e despues van a morar a otra, en que es costumbre contraria de aquel pleyto." v. *Las Siete Partidas del Muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio* glosadas por el licenciado Gregorio López, Madrid 1843. El texto de esta partida puede consultarse en VVAA *Textos y materiales de Derecho internacional privado* vol. 1 *Derecho español-Derecho internacional privado comparado-Derecho internacional privado convencional*, Madrid 1970, p. 20.

⁷ "... E decimos, que el pleyto que ellos pusieron entre si, deue valer en la manera que se auinieron, ante que casassen, o quando casaron: e non deue ser embargado por la costumbre contraria de aquella tierra do fuessen a morar. Esso mismo seria, maguer ellos non pusiesen pleyto entre si: ca la costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento, deue valer, quanto en las dotes, e en las arras e en las ganacias que fizieron; e non los de aquel lugar de se cambliaron." *Las Siete Partidas del Muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio* glosadas por el licenciado Gregorio López, Madrid 1843, v. VVAA *Textos y materiales de Derecho internacional privado* vol. 1 *Derecho español-Derecho internacional privado comparado-Derecho internacional privado convencional*, Madrid 1970, p. 20.

⁸ V. esta cuestión en el apartado dedicado a "Ley del lugar de celebración del matrimonio" MIAJA DE LA MUELA A. *Derecho internacional Privado TII (Parte especial)*, Madrid 1973, p. 286 y MIAJA DE LA MUELA A. *Derecho internacional Privado TII (Parte especial)*, Madrid 1987, p. 470 "... pero desde GREGORIO LOPEZ se razona la competencia de esta ley como un efecto de la voluntad tácita, de acuerdo con las ideas de DUMOLIN."

La vía jurisprudencial será la encargada de introducir un importante cambio. El Tribunal Supremo declara, en varias sentencias, como los derechos personales, la capacidad de transmitir por testamento y abintestato, y el régimen de matrimonio y familia, se regularán por la ley personal de cada individuo. Es muy importante en este punto, el reconocimiento que hacen de la ley personal, en el sentido, de que será la del país a la que el individuo pertenece y le seguirá a donde quiera que se traslade⁹. Coherente con ello, resulta lo que ya se consideró doctrina propia de Derecho Internacional Privado, esto es, que al extranjero le acompañaba su estado y capacidad y por tanto, se le debían de aplicar las leyes personales de su país¹⁰.

Será precisamente, esta línea jurisprudencial la inspiradora de la regulación que el Código Civil de 1889 introdujo. El artículo 1325 era uno de los pocos preceptos que contenía una norma de Derecho Internacional Privado, y fue consagrado a la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial legal, de manera que *se entenderá cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales y cuando fuera española la esposa, que se casa bajo el régimen de derecho común en el país del varón.*¹¹

⁹ V. Sentencia del T.S. de 27 de noviembre de 1868 en *Gaceta de Madrid*, 6 de diciembre de 1868 p. 4 "Considerando que la ley personal de cada individuo, es la del país a la que pertenece, la cual le sigue a donde quiera que se traslade, regulando sus derechos personales, su capacidad de transmitir por testamento y abintestato, y el régimen de su matrimonio y familia:"

¹⁰ Sentencia del T.S. de 13 de enero de 1885 en *Boletín Jurídico Administrativo Aicubilla*, anuario 1885, p. 711 a 714, en concreto p. 713 o *Gaceta de Madrid* 11 de agosto de 1885 p. 31 "... es doctrina de Derecho Internacional Privado que al extranjero le acompañan su estado y capacidad y deben de aplicársele las leyes personales de su país para evitar los inconvenientes de no juzgarle por una sola ley, cuando esto no contradiga como en el caso presente los principios de orden público y los intereses de la nación en que hace sus reclamaciones."

¹¹ Art. 1325 "Si el casamiento se contrajere en país extranjero entre español y extranjera o extranjero y española, y nada declarasen o estipulasen los contratantes, relativamente a sus bienes, se entenderá cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales y cuando fuera española la esposa, que se casa bajo el régimen de derecho común en el país del varón." Para un análisis de este art. v. LASALA SAMPER J.M. "La norma española de conflicto sobre régimen legal de bienes del matrimonio" en *REDI* 1951 vol. IV n° 1 p. 17 a 29.

Este precepto¹² tenía además, la virtualidad de suponer un expreso reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad, pues su aplicación era subordinada al supuesto en que nada declarasen o estipulasen los contratantes, relativamente a sus bienes. Aparecía por tanto, conectado con otro precepto (art. 1315) que abría la posibilidad a aquellos de celebrar capitulaciones matrimoniales antes de contraer matrimonio, *estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código*¹³. Todo ello respondía en realidad, a la orientación que la ley de Bases de 11 de mayo de 1888¹⁴, consignó en la 22, estableciendo *que el contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio tendrá por base la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges*.

La aprobación del Código no obstante, no puso fin a todos los problemas¹⁵. Mientras que daba una clara solución relativa al régimen económico matrimonial legal, a saber, la ley nacional del marido, ninguna solución específica se dedicaba a la determina-

¹² RAMÍREZ DE ARELLANO MARCÓS V. *La estructura formal del artículo 1325 del Código Civil español*. Discurso pronunciado en la solemne apertura del curso académico 1973-1974, Salamanca 1973.

¹³ Art. 1315 "Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código".

¹⁴ *Gaceta de Madrid* de 22 de mayo de 1888.

¹⁵ GONZÁLEZ CAMPOS J. "Relaciones entre los cónyuges y régimen económico matrimonial" en *VVAA Derecho Internacional Privado. Parte especial Vol II*, Oviedo 1989, p. 176 "De otra parte, conviene tener en cuenta que las soluciones del C.C de 1889 dejaban abiertas distintas cuestiones importantes, lo que originó, lógicamente, interpretaciones divergente por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Entre ellas, fundamentalmente, la ausencia de regulación de la ley aplicable a las capitulaciones matrimoniales (...), del eventual 'conflicto móvil', por cambio de nacionalidad, y, asimismo, del tema de la mutabilidad o inmutabilidad del régimen económico matrimonial."

ción de la ley aplicable al régimen pactado, cuando esta posibilidad, como se ha visto, era claramente aceptada.

Este hecho, no debe de llevar a la conclusión de que la falta de regulación fue fruto de un desafortunado olvido. El anteproyecto de Código Civil de 1882-1888¹⁶, incluía un precepto que daba solución específica a esta cuestión. Se trataba del artículo 1341, que establecía que las capitulaciones otorgadas por súbditos españoles en país extranjero, *se registrarán por disposiciones de este Código*¹⁷.

La falta de previsión legal, llevó a que doctrina y jurisprudencia tuvieran que dar soluciones a los, por otra parte, escasos problemas que se planteaban, pues no era muy frecuente la celebración de capitulaciones matrimoniales en aquel momento¹⁸. El análisis conjunto de la legislación y de la jurisprudencia no dejaba no obstante, lugar a dudas sobre el imperio de la ley nacional¹⁹.

¹⁶ V. PEÑA BERNALDO DE QUIROS M. "El anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)" en *VVAA Centenario de la Ley de Notariado. Sección IV: fuentes y bibliografía*, vol. I, Madrid 1965, p. 7 y s.s.

¹⁷ Art. 1341 "Las capitulaciones o contratos a que se refieren los artículos anteriores del presente título (contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio), otorgados por súbditos españoles en país extranjero, se registrarán por las disposiciones de este Código, pudiendo, no obstante, extenderse bajo la forma externa auténtica que prescriba la legislación del país donde residan los contrayentes, o ante los agentes consulares de España que en la localidad existan" v. *VVAA Textos y materiales de Derecho internacional privado* vol. I *Derecho español- Derecho internacional privado comparado- Derecho internacional privado convencional*, Madrid 1970.

¹⁸ MARTINEZ RUIZ señalaba como "La jurisprudencia del Tribunal Supremo... ofrece escasa materia de examen respecto de las disposiciones de este capítulo"; lo cual, si cabe atribuirlo, en gran parte, al poco uso que en general se hace de este contrato, base indispensable de ulteriores contiendas judiciales, no puede menos de reconocer como causa principalísima la claridad y precisión con que están redactados sus preceptos." *se refería al capítulo primero del Título III "Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio" v. MARTINEZ RUIZ A. *El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo* T.IX, Barcelona 1908, p. 5 a 18, en concreto p. 13.

¹⁹ V. los distintos argumentos que apoyaban la competencia de la ley nacional del marido AGUILAR BENITEZ DE LUGO M. "Relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges" en *VVAA Lecciones de Derecho Civil Internacional español*, Madrid 1983, p. 248-249.

Un punto esencial para llegar a esta conclusión se encontraba en la correcta interpretación del artículo 9 del Código que, tomado del artículo 3 del Código napoleónico, establecía que *las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles aunque residan en país extranjero*. El reconocimiento de que los derechos y deberes de familia son personales, y lo que es más importante, la inclusión dentro de ellos del régimen de bienes de la sociedad conyugal, junto a la solución ofrecida por el artículo 1325, llevaba a la conclusión de que aquellos debían de regirse por la ley nacional de marido, que era el cabeza de familia²⁰.

La inserción del régimen económico de la sociedad conyugal en los derechos de familia se hace, básicamente, por vía jurisprudencial, siendo a estos efectos paradigmática la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1900²¹. En ella se reconoce como a aquel concepto *pertenece todo lo referente a la capacidad para adquirir y disfrutar por razón del matrimonio los bienes aportados por los cónyuges o ganados durante la sociedad conyugal*.

También conducía a aquella solución el artículo 12 del *Dahir* de 1914 sobre la condición civil de los españoles y extranjeros en el Protectorado español en Marruecos que, de una manera expresa, establecía que *la validez intrínseca del contrato y sus efectos se regularán por la ley nacional del marido al celebrarse el matrimonio, y si el con-*

²⁰ V. en este punto el análisis de LASALA LLANAS M. *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Madrid 1933, p. 307 a 310.

²¹ Concretamente la Sentencia establecía "... que los derechos de familia, entre los que se comprenden los relativos a la respectiva participación en los bienes de los individuos que la forman, y los de sucesión testada e intestada con ellos conexos, se regulan primordialmente por la ley de las personas, y que a este concepto pertenece todo lo referente a la capacidad para adquirir y disfrutar por razón de matrimonio los bienes aportados por los cónyuges o ganados durante la sociedad conyugal" en *Boletín Jurídico Administrativo Alcobilla*, anuario 1900, p. 898 a 900, en concreto p. 899.

*trato fue otorgado con posterioridad a este acto, por la ley nacional de cada uno de los esposos.*²²

Aún falta analizar, respecto de este tema, un controvertido precepto recogido en el Código de 1889 y que es aplicado extensivamente a esta problemática. Se trata de la prohibición de que los esposos se sometieran, de una manera general, a una legislación foral²³.

Tal prohibición pudo ser claramente extensible a la opción de sometimiento a una legislación extranjera, lo que remite de nuevo a la aplicación de la ley personal y por tanto la española, para el matrimonio cuyo cónyuge varón fuera de esa nacionalidad. Este precepto fue recogido de otros Códigos como el francés o el italiano que establecían que: *tampoco podrán los esposos estipular que su asociación se regirá por leyes extranjeras*²⁴.

Es otro sin embargo, el sentido con el que se acoge en el proyecto de Código Civil de 1851²⁵ y con posterioridad, en el texto definitivo. En realidad, con la pretensión de conseguir "la unidad constitucional", se trataba de lograr la exclusión de los regímenes forales²⁶.

²² Dahir de 1 de junio de 1914 v. VVAA *Textos y materiales de Derecho internacional priv.*, op. cit.

²³ Artículo 1317 del Código de 1889 "Se tendrán también por nulas y no puestas (...) las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a los fueros y costumbres de las regiones forales y no a las disposiciones generales de este Código."

²⁴ 1390 Francés, 1344 Napolitano, 1511 Sardo, 1045 de Vaud; el 198 Holandés dice: "tampoco podrán los esposos estipular que su asociación se regirá por leyes" v. GARCIA GOYENA F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza 1974, p. 666.

²⁵ El artículo del proyecto correspondiente al artículo 1317 del Código era el 1237 y establecía: "No pueden pactar los esposos de una manera general que sus bienes han de gobernarse por los fueros o costumbres que hasta ahora han regido en diferentes provincias o comarcas del reino"

²⁶ GARCIA GOYENA explicaba así esta medida "Referirse de una manera general a costumbres y Fueros abolidos, tendría visos de una resurrección: aquellos continuarían en el concepto vulgar como las leyes del Estado; seguiría la misma confusión que hasta aquí, y quedaría frustrado el objeto de este Código, o la unidad constitucional; sería echar nuevamente a los españoles al laberinto del que se les quiere sacar, y ensanchar el abismo que el Código civil debe cerrar." GARCIA GOYENA F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza 1974, p. 666.

En general, la doctrina no se mostraba partidaria de esta limitación²⁷, que por otra parte no podía ser considerada como una total prohibición, en cuanto que se excluía sólo aquellas cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, *determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a los fueros y costumbres de las regiones forales*. La solución, en el supuesto de que los cónyuges sometidos al derecho común, quisieran pactar un régimen económico matrimonial análogo a alguna región foral, vería dada por el principio de la libertad de estipulación. Bastaría con pactar específicamente tal cuestión, para que sea ese mismo acuerdo el que otorgue validez al pacto, sin necesidad de referencia a ninguna otra normativa²⁸.

Del análisis seguido hasta aquí, se constata fácilmente el triunfo de la ley nacional como criterio de aplicación, pasando a

²⁷ Valga la expresiva calificación que TRIAS DE BES dedica a tal precepto, al calificarlo de *impertinente*, o la afirmación de DURAN y BAS de que aquel precepto constituía una *malquerencia mal encubierta* v. TRIAS de BES *Sistema de Derecho español positivo*, Barcelona 1932, p. 80 y en general MIAJA DE LA MUELA A. *Derecho internacional Privado*, 1987 op. cit. p. 473, nota 32. Por su parte, LASALA LLANA señala "aquí solamente nos importa señalar el aspecto de esa ley, en cuanto en el Derecho interregional supone una restricción que, ni remotamente, se estimaría admisible en el Derecho internacional privado." LASALA LLANAS M. *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Madrid 1933, p. 314.

²⁸ MARTINEZ RUIZ lo explicaba así: "Lo que está prohibido es que los cónyuges se sometan de una manera genérica a un régimen foral determinado, con exclusión de las disposiciones del Código, lo que equivaldría a hacer extensiva la legislación especial, por la sola voluntad de los contrayentes, a territorios regidos por derecho común. Determinados y especificados los pactos, deberán su validez a la convención de las partes no a preceptos extraños a la legislación propia, por más que aquellos sean fiel trasunto de un determinado régimen foral, con el cual no está prohibido que coincida la voluntad libre de los contratantes;" MARTINEZ RUIZ A. *El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo T.IX*, Barcelona 1908, p. 15-16, en el mismo sentido GARCIA GOYENA E. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza 1974, p. 666 "No podrán, pues, los contrayentes pactar en términos generales que sus capitulaciones se regirán por los antiguos Fueros de esta o la otra provincia: si hay en ellos alguna disposición que se quiere que rija, habrán de pactarla especialmente, y transcribirla."

convertirse en un criterio tradicional y generalizado²⁰. Sin embargo, y en última instancia, son principios unilaterales y parciales los que primaban en esta época a la hora de buscar soluciones a los problemas de Derecho Internacional Privado, y venían, de alguna manera a romper la objetividad innata del imperio de la ley personal; ello, en gran medida, porque la sola perspectiva tenida en cuenta era la del Derecho español²¹. Sirva como prueba de esta afirmación, el que el Código en ningún momento alude al régimen económico matrimonial de los matrimonios de extranjeros en España²².

La situación, así descrita, continuará hasta el año 1974. En concreto, habrá que esperar a la reforma del Título Preliminar del Código Civil, para que la regulación relativa a las capitulaciones matrimoniales, desde la perspectiva internacional privatista, tuviera un lugar más importante en nuestro sistema. Dos son las nuevas normas de conflicto dedicadas a esta problemática, una relativa a las relaciones matrimoniales: artículo 9.2, que cuenta con un claro precedente legislativo y la otra es la dedicada a las relaciones patrimoniales que, como se ha visto, en su vertiente pactada merece recibir la calificación de *ex novo*: artículo 9.3.

La redacción de estas normas estuvo claramente influenciada por los Códigos civiles griego e italiano²³. Respecto de ello, es

²⁰ Criterio que, como se va a ver, es mantenido en el texto del Título Preliminar del CC v. Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil B.O.E nº 163, de 9 de julio de 1974.

²¹ Así, fue reconocido en la exposición de criterios seguidos en la enunciación de las normas de Derecho Internacional Privado del Título Preliminar, al señalar que "Las reglas aparecen configuradas no en términos unilaterales preocupados sólo del derecho español, sino de una manera completa con vistas a determinar, según nuestro ordenamiento, cual es el derecho propio o extranjero, aplicable." v. nota anterior.

²² En estos casos era de suponer, como señala LASALA LLANAS "... que ha de aplicarse la misma doctrina de la ley personal, conforme a la recta interpretación del artículo 9º del Código Civil." LASALA LLANAS M. *Sistema español de Derecho civil internacional e inter...op.cit.* p. 308.

²³ Art. 14 y 15 del Código Civil griego de 1940 y art. 18-19 del Código Civil italiano de 1942 v. referencia en GONZALEZ CAMPOS J. "Relaciones entre los cónyuges y régimen económico matrimonial" en VVAA *Derecho Internacional Privado...* Oviedo 1989 *op.cit.* p. 177.

interesante aludir a una de las razones prácticas que inspiraron la regulación italiana de 1942, y que no es otra que cumplir un objetivo de política legislativa: la aplicación del derecho italiano a las relaciones jurídicas de italianos en el extranjero³³.

El que una medida así fuera tan importante, respondía al momento histórico que estaban viviendo y que coincidía con el tiempo de las grandes emigraciones, que también vivía España, y a la que también le interesaba sobremanera, que la ley española se aplicase a las relaciones jurídicas de nacionales españoles en el extranjero. Este, como se verá, es un argumento más en el que apoyar la aplicación de la ley nacional a esta materia³⁴.

La reforma del Título Preliminar del Código Civil aportó, con estas normas y en lo relativo a las relaciones personales y *patrimoniales a falta o por insuficiencia de capitulaciones*, una solución que básicamente coincidía con la mantenida en la regulación anterior, esto es, ley nacional del marido. Ello, ha de entenderse así, pese a que el artículo 9.2 aludía, en primer lugar, a otro punto de conexión: última ley nacional común durante el matrimonio. La efectiva determinación de la ley aplicable siempre se vería condicionada por la ley del marido, pues como señala el precepto en defecto

³³ VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali op. cit.* p. 57-58 "Riguardo ai motivi di ordine pratico, occorre ricordare che il criterio della cittadinanza garantiva un preciso obiettivo di politica legislativa in uno Stato di emigrazione, quale era l'Italia al tempo dell'emanazione delle preleggi del 1942: mantenere cioè sotto il diritto italiano i rapporti giuridici relativi ad italiani all'estero."

³⁴ Ya en la situación anterior a la reforma del Título Preliminar se justificaba la competencia de la ley nacional del marido "Desde una consideración de política demográfica, hay que tener en cuenta que España ha sido un país de emigrantes, con una inmigración puramente turística y por lo tanto episódica y temporal." AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO M. "Relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges" en *VVAA Lecciones de Derecho Civil Internacional español*, Madrid 1983 p. 249.

de aquella, el juego correspondería a la ley del marido al tiempo de la celebración²⁵.

Con respecto a la regulación del régimen pactado, el avance fundamental lo ofrece el artículo 9.3 al remitir a una concreta ley: *capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos*. Este precepto en principio, cumplía un doble objetivo, a saber, incentivaba el juego de la autonomía de la voluntad (en continuidad con la regulación anterior), y favorecía la validez de las capitulaciones, utilizando para ello conexiones alternativas (ley de cualquiera de los cónyuges). Por otro lado, se lograba mitigar la situación de inferioridad, respecto del marido, que la mujer sufría, en especial, en el supuesto en que contrajera matrimonio con un extranjero cuya ley personal no admitiera las capitulaciones matrimoniales²⁶.

No obstante, tal precepto introducía un importante grado de incertidumbre así, por ejemplo, no se determinaba el momento en que se debía tomar en consideración el juego de la ley de cual-

²⁵ MIAJA DE LA MUELA A. *Derecho Internacional Privado*, 1987 *op. cit.* p. 478 "En ausencia de un conflicto móvil las diferencias con la legislación anterior son más aparentes que reales, ya que la última Ley nacional común y la Ley nacional del marido al tiempo de la celebración coinciden." GONZALEZ CAMPOS J. "Relaciones entre los cónyuges y régimen económico matrimonial" en *VVAA Derecho Internacional Privado*, Oviedo 1989 *op. cit.* p. 177 "Tampoco se justifica la conexión subsidiaria de la 'ley nacional común' de los casados, pues el recurso a la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio se basa en una concepción jerarquizada de la familia y posee un carácter discriminatorio para la mujer."

²⁶ AGUILAR BENITEZ DE LUGO explica ese doble objetivo "La transformación operada aparece inspirada por un doble objetivo: en primer término, favorecer el juego de la autonomía de la voluntad y la validez de las capitulaciones, mediante el empleo de conexiones alternativas (Ley del marido o de la mujer), y, en segundo lugar, contribuir a paliar la situación de inferioridad en que se encuentra la mujer, pensando especialmente en la española que se case con un súbdito extranjero, cuya ley nacional no admita las capitulaciones matrimoniales." AGUILAR BENITEZ DE LUGO M. "Relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges" en *VVAA Lecciones de Derecho Civil Internacional español*, Madrid 1983, p. 235 a 257, en concreto p. 243.

quiera de las partes. Debió de entenderse, que tal momento correspondería con el del otorgamiento⁷.

Son muchos los interrogantes que esta regulación introdujo y que fueron objeto de importantes debates doctrinales, basta aludir a la polémica, ya analizada, relativa a la interpretación del término *permitidas*. Mientras que unos autores defendían que el ámbito de autonomía reconocido en el precepto, se circunscribía a la designación del derecho aplicable a las capitulaciones, otro planteamiento señalaba cómo esta cuestión seguía sin ser resuelta, pues a lo que aquél artículo se refería no era sino a la facultad de regular mediante pacto el régimen económico matrimonial, rigiéndose el contenido de la capitulación por la norma sobre obligaciones contractuales recogida en el artículo 10.5 del Código⁸.

Pronto, se hizo necesaria una reforma de la legislación, cuyo objetivo fundamental era la eliminación de la clara desigualdad, que suponía la utilización como punto de conexión de la ley nacional de marido. Esta conexión desde la aprobación de la Constitución en 1978⁹, no resultaba aplicable, por ser manifiestamente contraria a dos de sus preceptos: artículo 14 y 32.1^o y así, lo entendió tanto la doctrina¹⁰ como la jurisprudencia¹¹. No obstante,

⁷ V. en general GONZALEZ CAMPOS J. "Relaciones entre los cónyuges y régimen económico matrimonial" en *VVAA Derecho Internacional Privado...* Oviedo 1989 *op.cit.* p. 190.

⁸ V. apartado dedicado a "la posibilidad de ordenar mediante pacto el régimen económico matrimonial" en C. I.

⁹ B.O.E. n^o311, de 29 de diciembre de 1978.

¹⁰ V. en general GONZALEZ CAMPOS J. "En la actualidad, consagrada la 'plena igualdad jurídica' de los cónyuges en los arts. 14 y 32.1^o de la Constitución de 1978 y desarrollado este principio en el articulado del Código Civil por las leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981, la referencia a la ley nacional del marido debe estimarse inaplicable." GONZALEZ CAMPOS J. en *VVAA Derecho Internacional Privado...* Oviedo 1989 *op.cit.* p. 177-178.

¹¹ V. con carácter de *obiter dicta*, Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1986 en *Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sala primera de lo civil*, B.O.E. 1986 (cuarto trimestre) n^o 555. Comentario de AMORES CONRADI M.A. en *R.E.D.I.* vol. XXXIX (1987) 1, p. 239 a 248.

y pese a la reconocida inconstitucionalidad de este punto, era necesario emprender la correspondiente modificación legislativa.

Como resultado de la reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo⁴, se dio nueva redacción a los apartados 2 y 3 del artículo 9, introduciendo nuevos puntos de conexión y manteniendo, la ley personal determinada por la nacionalidad.

2. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL PACTADO, TRAS LA REFORMA DE 1990. DESTINATARIOS DE LA NORMA

La técnica utilizada por el nuevo artículo 9.3 es sin duda, compleja. La extensión de la autonomía de la voluntad a nuevas conexiones, se ve arbitrada en torno a un sistema que exige la confrontación del contenido de la capitulación o el pacto, a los distintos ordenamientos que el precepto designa. Por tanto, no abre la posibilidad de elegir sin más, entre diferentes leyes, sino que los *pactos o capitulaciones serán válidos cuando sean conformes bien a..., bien a.... o ...*

La consecuencia directa de la ampliación a los cónyuges, de las posibilidades de articular el régimen rector de su economía conyugal (bien mediante la remisión a un ordenamiento jurídico o bien mediante la regulación material del mismo a la luz de un determinado ordenamiento), es la tendencia a favorecer la libertad de pacto que no obstante, no será absoluta pues se limitará a la conformidad con el catálogo de leyes abierto por el 9.3.

Precisamente, se debe de destacar de este precepto, la determinación temporal del momento en que juegan los puntos de conexión: *al tiempo del otorgamiento*, poniendo así, fin a la incerti-

⁴ Ley 11/1990, de 15 de octubre B.O.E. nº 250, de 18 de octubre de 1990.

dumbre creada por la regulación anterior²¹. Los pactos o capitulaciones serán válidos o no, si lo son conforme a los ordenamientos articulados en el 9.3 al tiempo de su otorgamiento, además de aquel que rige los efectos del matrimonio.

El análisis concreto de aquellas conexiones, exige el planteamiento de una cuestión apriorística. En la primera parte se analizó cuales eran los sujetos de los pactos y capitulaciones matrimoniales, y por tanto, quienes podían celebrar este tipo de contratos. Ahora, corresponde estudiar quienes son los concretos destinatarios de las normas objeto de estudio.

La cuestión gira en torno a la formulación de las siguientes cuestiones: ¿sólo podrán pactar o capitular, conforme a las indicaciones del artículo 9.3, los matrimonios mixtos formados por cónyuges de distinta nacionalidad? o ¿esta posibilidad estará igualmente abierta a cónyuges que tengan nacionalidad común ya sea española o extranjera?

En principio, todo parece apuntar a que los "legítimos destinatarios" de esta norma son los matrimonios mixtos, pues el precepto hace referencia a la nacionalidad "de cualquiera de ellos" además, de que la ley que rige los efectos del matrimonio (art. 9.2) les abre otro importante catálogo de puntos de conexión, al salvar el primer orden jerárquico correspondiente a la ley personal común de los cónyuges. En concreto, podrán también elegir en documento auténtico antes de la celebración del matrimonio o, la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos.

¿Qué ocurrirá en el caso del matrimonio entre cónyuges de la misma nacionalidad, siendo el elemento de extranjería de su relación, el lugar de su residencia? La ley rectora de los efectos, en tal caso, impide considerar otra ley distinta a la de la nacionalidad común, pero el artículo 9.3 considera válidas las capitulaciones que sean conformes a la ley de la residencia de cualquiera de los cónyuges. Bastará que se pacte, por tanto, de acuerdo a la ley de la

²¹ AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 340-341.

residencia de uno de ellos, o en su caso la común, para cumplir las particularidades de regulación de régimen económico. Esta solución encuentra un obstáculo, en la interpretación conjunta que puede hacerse entre las normas de referencia (9.2 y 9.3) y el artículo 16.3 del Código Civil, en el caso de matrimonio entre españoles.

El problema se centra en la posibilidad de aplicar al régimen matrimonial de españoles, una legislación civil extranjera. Es este el punto generador de la polémica así, en principio, se plantea una colisión con el artículo 16.3 que establece que *los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9*.

Un ejemplo, sirve para ilustrar esta cuestión. El supuesto de hecho es el matrimonio de dos españoles de diferente vecindad civil, que fijan su residencia habitual común, o por separado en el extranjero, concretamente en París. La aplicación del artículo 9.3, permitirá a las partes que mediante pactos o capítulos puedan estipular, modificar o sustituir su régimen económico matrimonial, de acuerdo a la ley de la residencia habitual de cualquiera de ellos, esto es, la francesa. No obstante, el artículo 16.3 es claro al establecer que sólo la ley española podrá regular los efectos del matrimonio entre españoles⁴⁴. ¿Significa esto la exclusión, en el caso concreto, de la ley francesa y la aplicación en todo caso, de la ley española?

⁴⁴ El Grupo Popular al fijar su posición, con respecto a las enmiendas emitidas por el Senado a la proposición de ley sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, ponía este ejemplo y planteaba la cuestión en los términos siguientes: "... cabe preguntarse si la introducción de este nuevo párrafo no implica un conflicto de normas o una colisión de normas entre los artículos 16.3 y 9.3 del Código Civil. Supongamos un ejemplo. Un español y una española con residencia habitual en París ambos. Conforme al artículo 9º apartado 3, pueden optar por pactar unas capitulaciones que sean conformes a la ley francesa. Sin embargo, si nos atenemos al nuevo apartado 3 del artículo 16, 'los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española...', parece evidente que aquí existe una clara confusión. ¿En qué quedamos? ¿Nos atenemos a la primera parte o nos atenemos a la segunda? ¿Por qué hacemos unas normas confusas? Es cierto que esta confusión, después, viene siendo aclarada o bien por la doctrina o bien por la jurisprudencia." DSC-P-60 (2851), 27 de septiembre de 1990, en concreto p. 2852.

El problema, como ya se ha podido intuir, se encuentra en que se trata de dos normas, que tratan de resolver dos diferentes tipos de conflicto. La cuestión es determinar el ámbito de actuación de cada una de ellas, para evitar la confusión a la que la interpretación conjunta da lugar.

Parece claro, que la aceptación de la imposibilidad de pactar conforme a una ley extranjera, en este supuesto, constituye un límite contrario a la autonomía de la voluntad que, como en repetidas veces se ha señalado, sirve de inspiración a esta normativa. Así pues, una limitación tal, debe basarse en una razón que justifique suficientemente esta exclusión.

Cuando el artículo 16.3^o se refiere a los efectos del matrimonio, no hace distinción alguna, como tampoco lo hace el 9.2, entre efectos personales y efectos patrimoniales. Respecto de los primeros, la doctrina reiteradamente ha señalado como el respeto a la autonomía de los cónyuges, debería de tener también su cristalización en la introducción de la posibilidad de autorregulación y por tanto, que la opción ofrecida en el artículo 9.2, fuera también abierta a aquellos que tuvieran la misma nacionalidad o vecindad civil⁴⁶.

⁴⁶ V. ZABALO ESCUDERO E. "artículo 16 apartado 3" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T.I vol. 2^o Edersa, Madrid 1995, p. 1304 a 1315, DELGADO ECHEVERRÍA J. "artículo 16" en *VVAA Comentarios al Código Civil* tomo I Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 166 a 172. ARECHEDEKRA ARANZADI L. "Artículo 16" en *VVAA Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, 1993, p. 526 a 547.

⁴⁷ BORRAS A. "No discriminación por razón de sexo: en *op. cit.* p. 237-238 "... debe señalarse el lugar que ocupa la autonomía de la voluntad, puesto que, si bien es ampliada en relación a su aplicación a todo tipo de efectos, y teniendo en cuenta la posibilidad de capitulaciones previstas en el apartado 3^o, su utilización respecto a los efectos en general, queda limitada a los supuestos de inexistencia de ley personal común, cuando hubiera sido más lógico, en un sistema de respeto a la autonomía de los cónyuges, admitir que esta opción pudiera realizarse aunque tuvieran la misma nacionalidad o la misma vecindad civil, tal como se propuso durante el debate parlamentario." BORRAS A. "Comentario al artículo 9.2" en *VVAA Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid 1993, p. 447 a 454, en especial p. 450 también

Esta propuesta, ya fue planteada en el trámite parlamentario de la proposición de ley de reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. En concreto, el Grupo Parlamentario Catalán presentó una Enmienda⁴⁷ en el Congreso, que establecía un sólo artículo para la regulación de todos los efectos del matrimonio, e incluía como primer punto de conexión la autonomía de las partes, dejando para un segundo lugar y en defecto de elección, la ley personal común de aquellos. La redacción propuesta era la siguiente:

"2. Los efectos del matrimonio se regirán, a elección de los cónyuges, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos al tiempo de la elección.

En defecto de elección, los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de la celebración de matrimonio; a falta de ésta, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior al matrimonio, en su defecto, por la ley de la última residencia habitual común de los cónyuges, si uno de los cónyuges conserva dicha residencia. En su defecto, se regirán por la ley del Estado con el que la vida matrimonial presente los lazos más estrechos."

Esta misma idea era recogida en la Enmienda⁴⁸ que presentó el Grupo Parlamentario Senadores nacionalistas vascos, que daba la posibilidad a las partes de elegir entre la ley perso-

⁴⁷ "La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe." en VVAA *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona 1998, p. 174-175. AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en VVAA *Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 349 "... admitido que el principio de base de la nueva regulación debiera ser la autorregulación por los cónyuges, no se entiende por qué esa posibilidad va condicionada a que no posean la misma nacionalidad." AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" p. 341, en "artículo 9 apartados 2 y 3" en *Comentarios... EDERSA op.cit.* p. 204. ZABALO ESCUDERO E. "artículo 16 apartado 3" en *Comentarios... EDERSA op.cit.* p. 1301 a 1315, en concreto p. 1307-1308.

⁴⁸ Enmienda nº 22 en B.O.C.G.: B-13-4, 26 de marzo de 1990 p. 16.

⁴⁹ Enmienda nº 11 en B.O.C.G. III B- 2(C), 20 de junio de 1990 p. 10.

nal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos antes de contraer matrimonio, o la ley de la nueva nacionalidad común o de la nueva residencia habitual común. En concreto la propuesta establecía:

“Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, y en su defecto, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración. A falta de dicha residencia, se aplicará la ley de la última residencia habitual común, y en su defecto se estará a la ley que tenga una vinculación más estrecha con la vida del matrimonio.

Sin embargo, ambos cónyuges podrán elegir la ley aplicable a los efectos del matrimonio sin constar en documento auténtico y ésta es, bien la ley personal o la de la residencia habitual de cualquiera de ellos antes de contraer el matrimonio, o bien la ley de la nueva nacionalidad común o de la nueva residencia habitual común.”

Estas Enmiendas no sólo no prosperaron, si no que el Grupo Socialista presentó en el Senado otra, cuyo objeto fue la adición al artículo 16 del mencionado apartado número tres, fundándose ello en la conveniencia de evitar que, por efecto del juego de las conexiones establecidas en el artículo 9 del Código Civil, pudiera aplicarse a un matrimonio entre españoles, en cuanto a los efectos del mismo, una legislación civil extranjera⁴.

El espíritu motivador de la aprobación de este precepto, parece circunscribirse al ámbito de los efectos personales en primer lugar, y ello por una razón de coherencia con el sistema español, que fue aducida por el Grupo Socialista, en la defensa de la Enmienda⁵.

⁴ B.O.C.G. B 13-9, 27 de septiembre de 1990 p. 32.

⁵ Así consideraron que “La consagración de la voluntad absoluta de los cónyuges para elegir la ley que rija los efectos del matrimonio entre la ley personal o la de la residencia habitual de cualquiera de ellos al tiempo de la elección, supone violentar, en nuestra opinión, el sistema español que se establece en el apartado primero, del

La disposición de que la ley personal determinada por la nacionalidad regirá los derechos y deberes de familia (art. 9.1), coacciona la propia regulación de los efectos personales del matrimonio, pues los derechos y deberes de los cónyuges parecen incluidos en aquellos³¹. Así, la posibilidad de que los cónyuges elijan una ley diferente a la nacional común para regular estos efectos, pasaría por una modificación de aquél precepto. Cosa distinta sería, sin embargo, que las partes tuvieran distinta nacionalidad. En este caso, y ante la necesidad de que una norma única regule estos efectos, habrá que acudir a otras conexiones para la determinación de la ley aplicable, que manifiesten una vinculación con la vida matrimonial.

Esta interpretación tiene amplias lagunas. La efectiva aplicación de artículo 9.1, ha quedado circunscrita al estado y capacidad de las personas, por cuanto la sucesión por causa de muerte y los derechos y deberes de la familia reciben un especial tratamiento en

artículo 9 del Código Civil, cuya modificación, por otra parte, no se propone en la enmienda, y que establece que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad." DSC-C 88, 8 de mayo de 1990 n° 88 p. 2634. En el mismo sentido se justifica la no conveniencia de establecer en primer lugar la posibilidad de elección de la autonomía de las partes "... porque supone violentar o ir en contra del sistema español, que establece en el párrafo primero del artículo 9 del Código Civil, qué es la nacionalidad, la ley personal en todos los supuestos. Este párrafo primero del artículo 9 no ha sido objeto ni de reforma, ni de enmienda por parte del Grupo Convergència i unió, que después altera este precepto en el artículo 9 para los efectos del matrimonio. Nosotros establecemos la posibilidad de la opción después de la automaticidad, y creemos que esto está en congruencia con el párrafo primero del artículo 9 del Código Civil." Dictámenes de Comisiones sobre Proyectos y Proposiciones de Ley remitidos por el Congreso de los Diputados D55-P-33, 19 de septiembre de 1990 n° 33 p. 1693.

³¹ "De los derechos y deberes de los cónyuges" Capítulo V, Título IV del libro I del Código Civil art. 66 a 72 (éste último suprimido). Sobre los efectos personales del matrimonio v. en general LACRUZ *Elementos de Derecho Civil, IV Derecho de familia* vol. I Barcelona 1990, p. 129 a 151 y CASTAN TOBEÑAS J. *Derecho Civil español, común y foral T.V Derecho de familia* vol. I *Relaciones conyugales* p. 254 a 290.

el Código⁵². Por otro lado, no se puede olvidar que también es posible la inclusión en aquellos derechos y deberes de lo que se considera el régimen económico matrimonial⁵³, debiendo limitarse, por tanto, éste a ser regido por la ley de la nacionalidad común. Consecuencia, esta última, que escapa del objetivo del precepto, como demuestra el artículo 9.3, al no establecer una prevención similar. Sin olvidar, que la extensión del artículo 9.1 afectaría igualmente, al matrimonio de extranjeros que deberían de pactar entonces, únicamente atendiendo a su ley personal común.

Hay que señalar además, que la consagración de la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable a los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, que fue propuesta en las enmiendas de CIU y PNV, fue rechazada (respecto de los primeros) utilizando además, otra argumentación: la falta de justificación para aceptar la posibilidad de que una pareja de nacionales españoles, se sustraigan, por su único y exclusivo arbitrio, a la aplicación del sistema imperativo español regulador de los efectos del matrimonio⁵⁴.

⁵² AMORES CONRADI señala como "... pese a su tener explícito, la norma del núm 1 no incluye en su supuesto alguna de las materias que menciona. Este es, obviamente, el caso de la 'sucesión por causa de muerte', regulada en el núm 8 con mayor detalle; tampoco puede decirse, en puridad, que la categoría 'derechos y deberes de familia' pertenezcan a su ámbito de aplicación, visto el contenido de los subsiguientes núms. de este mismo art.; con ello, en realidad, el núm 1º. sólo regula la 'capacidad y el estado civil' de las persona físicas..." AMORES CONRADI M. "artículo 9.1" en *VVAAComentario del Código Civil* tomo I Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 76 a 79, en concreto p. 77.

⁵³ Basta recordar, en este punto, la conclusión a la que llegaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1900, que se ha analizado en el apartado dedicado al origen histórico.

⁵⁴ En concreto, el Grupo Socialista formula un reproche contra el Grupo Catalán, así señala como éste "... trata de que los cónyuges puedan alterar su régimen económico matrimonial por cambio de la ley personal o de la residencia en los términos obviamente de lo que propone el apartado segundo. El Grupo Socialista se opone a tal propuesta, ya que no existe justificación alguna para permitir que una pareja, por ejemplo ambos españoles, se sustraigan, por su único y exclusivo arbitrio, a la aplicación del sistema imperativo español sobre los efectos del matrimonio, porque los cónyuges pueden, en todo caso, mediante pactos o capitulaciones, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio de acuerdo con lo propuesto en el artículo 9, apartado 3." v. *DSC-C 88*, 8 de mayo de 1990 n° 88 p. 2634.

En realidad, lo que subyace en esta cuestión, no es si no un cierto juego del principio de soberanía que justificaría, en última instancia, que el Estado quisiera someter imperativamente a su ley los efectos del matrimonio de nacionales españoles³⁵.

En definitiva, del análisis del origen del apartado 3 del artículo 16 se puede concluir, en efecto, que su ámbito de aplicación se circunscribe a los efectos personales del matrimonio de nacionales españoles y a los efectos patrimoniales de aquél, única y exclusivamente, en el supuesto de falta de elección³⁶.

Respecto de la imposibilidad del juego de la autonomía de la voluntad, en los supuestos de existencia de ley personal común (art. 9.2) valga aquí, reiterar la posición de la doctrina que reclama la posibilidad total de autorregulación por los cónyuges³⁷. Por lo

³⁵ LAGARDE P. "Les principes du droit international privé hier... *op. cit.* p. 28.

³⁶ Tal consideración, es aceptada por la doctrina ARECHEDERRA ARANZADI L. "Artículo 16" en *VVAA Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid 1993, p. 526 a 547, en concreto p. 541 "Una primera precisión -tal vez superflua- consiste en determinar si la remisión del artículo 16.3 al artículo 9º ha de entenderse al mismo en su totalidad, o únicamente al apartado, párrafo o número 2 de dicho artículo 9º. Ya que el problema que aborda el artículo 16.3 es el de los efectos del matrimonio, hemos de concluir que de los mismos se ocupa el artículo 9.2." ZABALO ESCUDERO E. "artículo 16 apartado 3" en *Comentarios... EDERSA op.cit.* p. 1307 "En materia de efectos del matrimonio es el artículo 9.2º, del Código Civil la norma de conflicto que va a determinar el derecho aplicable, salvo que, por lo que se refiere al régimen económico, se hayan otorgado capitulaciones, en cuyo caso es de aplicación el apartado 3 del mismo artículo. Si el problema se plantea en el ámbito de la dimensión interna, hay que tener en cuenta que el apartado 3 del artículo 16 establece criterios de cierre que operarán en el caso de que a través del artículo 9.2º, no pueda resultar determinada una ley española."

³⁷ AMORES CONRADI señala como "Esa limitación no puede tener más explicación que una ahistórica pervivencia de arcaicas concepciones-el 'vértigo de la ley nacional'-carentes de sentido en la actualidad." AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 349. LAGARDE explica la limitación "Mais pourquoi limiter l'autonomie de la volonté à ces cas de loi nationale commune et de résidence habituelle commune et ne pas l'admettre également en cas de loi nationale différente et de résidence habi-

demás, el artículo 16 trata de evitar, con una técnica muy criticada y que fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad⁸⁴, la aplicación de una ley extranjera al matrimonio entre españoles de distinta vecindad civil, que celebró su matrimonio fuera de España y que fijó su residencia habitual en el extranjero. La solución consiste en la aplicación del Código Civil, con la corrección del sistema de separación de bienes de éste, *si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubieran de regir un sistema de separación*.

Esta última previsión tiene por objeto evitar que el matrimonio de distinta vecindad civil (que celebró su matrimonio en el extranjero y que habitualmente reside en el extranjero), al que por una y otra ley personal le correspondiese un régimen de separación, pueda verse sometido, según la disposición del artículo 16.3, al régimen general de gananciales previsto en el Código Civil. Pese a que se logra, en parte, el objetivo que tal precepto perseguía, no hay que olvidar, que el resultado no puede ser calificado de satisfactorio. El régimen de separación aplicable, no será el de ninguna de las leyes personales de los cónyuges. A esto hay que añadir la preferencia que este artículo da al Código Civil y que supone una discrimina-

tuelle séparée? Cette limitation ne se justifie plus si l'on admet que l'autonomie de la volonté est un remède, non seulement à l'indétermination de la règle de conflit, mais aussi à la relative équivalence des rattachements. Mais l'on se heurte alors aux résistances de principe de souveraineté, qui peut justifier qu'un Etat veuille soumettre impérativement à sa loi le statut personnel de deux époux ayant sa nationalité." LAGARDE P. "Les principes du droit international privé hier... *op. cit.* p. 27-28

⁸⁴ Interpuesto por la Diputación General de Aragón, contra determinadas preceptos de la Ley de reforma del Código Civil de 15 de octubre de 1980, sobre la base de la Recomendación del Justicia de Aragón de 13 de diciembre de 1990 a las Cortes y a la Diputación, J.O.A. n.º 150, 21 de diciembre de 1990. Este recurso fue desestimado por el Tribunal Constitucional en Sentencia de 8 de julio de 1993 B.O.E. n.º 183, 2 de agosto de 1993. Sobre el mismo v. ZARALÓ ESCUDERO E. "artículo 16 apartado 3" en *Comentarios...* EDERSA *op.cit.* p. 1512-113

ción⁴⁹ con el resto de los ordenamientos coexistentes en España⁵⁰. Todo ello aconseja una reforma que pusiera fin a tales distorsiones⁵¹, y que atendiera a las tendencias generales de especialización, flexibilización y materialización, que condujeran a la necesaria modernización del sistema de Derecho.⁵²

⁴⁹ BORRAS A. "No discriminación por razón de sexo: en *op. cit.* p. 249 "Bien es verdad que a veces es difícil encontrar una solución que no discrimine ni entre los sexos ni entre los ordenamientos. También es cierto que los supuestos a que la norma se aplica pueden considerarse un tanto residuales. Pero ni así puede admitirse la discriminación introducida. El texto constitucional permite a las diferentes Comarcadas autónomas que coexisten en España un desarrollo legislativo propio y reconoce tal igualdad. El resultado de la actual disposición parece recordar posturas que se creían ya ampliamente superadas."

⁵⁰ Es, precisamente, la vulneración del principio constitucional de igualdad de los derechos civiles coexistentes en territorio nacional, uno de los principales motivos de la interposición del recuso. Fundamentalmente, su desestimación se apoya en la necesidad de certeza y seguridad jurídica que demanda el tráfico interregional, lo que justifica aquella solución de cierre que se adopta después de agotar la fijación de conexiones, según circunstancias abstractas o concretas. v. fundamento de Derecho nº 4 de la sentencia en *op. cit.* p. 97.

Hay que destacar, en este punto, el voto particular de GONZALEZ CAMPOS en el que señala que "... en última instancia, la exigencia de un 'igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles' que coexisten en España, directamente derivada del art. 149.1.8 CE queda sacrificada en beneficio de la seguridad jurídica." y mantiene que "... era obligado declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los preceptos de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, impugnados por la Diputación General de Aragón; suprimiendo así una injustificada preferencia en favor de la vecindad civil común y el llamado Derecho Civil común, al igual que el propio legislador estatal hizo respecto a la primera en la ley 18/1990, de 17 de diciembre..." v. voto particular de 12 de julio de 1993 B.O.E nº 183, de 2 de agosto de 1993 p. 99-100.

⁴⁴ BORRAS A. "No discriminación por razón de sexo: en *op. cit.* p. 249 AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 352-353.

⁵² GONZALEZ CAMPOS señalaba las exigencias que una reforma debía tener en cuenta "... de un lado, la 'optimización' de los valores jurídicos de la CE en las soluciones; de otro, una necesaria 'modernización' del sistema de DIPr. Lo que exige tener en cuenta las tendencias generales de especialización, flexibilización y materialización" v. GONZALEZ CAMPOS J. "la proposición de Ley de reforma parcial del Título Preliminar del Código Civil" en *R.E.D.I* vol XLI (1989), 2 p. 679 a 681, en concreto p. 681. Como indica ZABALO ESCUDERO respecto de la efectiva reforma "... no cabe duda de que de haberse adoptado, esta solución constituiría un fiel reflejo de las mismas." ZABALO ESCUDERO E. "artículo 16 apartado 3" en *Comentarios... EDESA op.cit.* p. 1310-1311. Por tanto serán estos valores los que efectivamente deberán de inspirar la reforma que en un futuro se aborde.

Respecto del artículo 9.3, debe señalarse que tiene como objetivo en el tráfico externo, la regulación de los pactos o capitulaciones celebrados por cónyuges de distinta nacionalidad o de la misma nacionalidad, sea española o extranjera, en los que concurre algún otro elemento de extranjería. En el tráfico interregional también, por remisión del artículo 16.1, tiene por objeto la regulación de los pactos o capitulaciones en este caso, entre españoles de distinta vecindad civil, o incluso de la misma, en el supuesto en que residan en otro lugar distinto del de su vecindad civil.

3. OPCIONES OBJETIVAS UTILIZADAS POR EL ARTÍCULO 9.3

3.a) Referencia a la Ley rectora de los efectos del matrimonio

La *professio iuris*⁴¹ a la que invita el artículo 9.3, se ve facilitada en cuanto que aquél remite a dos conexiones habituales en esta materia, a saber, ley de la nacionalidad y de la residencia habitual, siendo posible también, la elección de la ley rectora de los efectos del matrimonio.

El hecho de que este artículo utilice como primera opción la ley de los efectos del matrimonio, supone la interiorización, como propias, de las conexiones empleadas en la determinación de esta ley y que serán las establecidas en el artículo 9.2. Ello implica una importante ampliación en el catálogo de leyes, que pueden ser llamadas a regir el régimen económico matrimonial y que como tales, son ofrecidas a los cónyuges para realizar la correspondiente elección.

⁴¹ Por tal se entiende "le choix entre deux ou plusieurs législations désignées par des rattachements objectifs" VON OVERBÉCK "La *professio iuris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé" en *Liber Amicorum Emou Louis Frélicq II*. Gand. 1965, p. 1065 a 1112, en concreto p. 1067.

Esta disposición sin embargo, genera confusión. No se entiende cómo el artículo 9.3 remite a una legislación que por ser directriz del régimen económico matrimonial legal, será siempre aplicada en defecto de pacto, esto es, ¿qué sentido tiene elegir una ley que, de no producirse la elección, será aplicable, sin necesidad de hacer mediar tal pacto?⁶⁴. La confusión tiene su origen en la falta de delimitación de las posibilidades que el artículo 9.3 ofrece a las partes, en orden a la organización de su economía matrimonial.

En apartados anteriores⁶⁵ se ha estudiado como la autonomía de la voluntad de las partes constaba de dos aspectos que, pese a estar íntimamente relacionados, son absolutamente diferentes. Se trataba de la autonomía material y de la autonomía conflictual. Los dos tienen entrada en esta materia vía artículo 9.3, y es, precisamente, la confusión entre ambos la que da origen a la problemática.

De los términos del artículo 9.3, cabe deducir que las partes podrán remitirse a alguna de las legislaciones en presencia para regular su régimen económico matrimonial, en utilización de la autonomía conflictual. Sin embargo, del texto se deduce igualmente, y sin lugar a dudas, que las partes pueden constituir pactos que se adecuen a los términos materiales establecidos por la legislación de referencia.

Sólo con base en esta última posibilidad, cabe entender la remisión a la ley rectora de los efectos del matrimonio. Así, las partes, en uso de su autonomía material celebran una capitulación

⁶⁴ AMORES CONRADI lo plantea así: "a primera vista, el precepto parece decir algo notablemente inútil: si en defecto de pacto rige la ley de los efectos del matrimonio, ¿para qué se permite que los cónyuges pacten conforme a 'la ley que rija los efectos del matrimonio', si la ausencia de pacto implica precisamente la aplicación de esa misma ley? AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 341.

⁶⁵ V. capítulo II apartado dedicado a la autonomía material y autonomía conflictual.

que es válida en cuanto que respeta los cánones establecidos por la ley de los efectos, mientras que para el resto de cuestiones pueden simplemente pactar como aplicable aquella norma, sin especificar una concreta regulación material³⁶. No hay que olvidar, en este punto, que esta normativa permite una cierta combinación de la autonomía material y de la autonomía conflictual³⁷.

Desde el Derecho comparado, son muchas las legislaciones que adoptan la ley rectora de los efectos personales del matrimonio, como reguladora del régimen económico matrimonial si bien, la introducción de este criterio se hace mediante técnicas diferentes.

La Ley alemana somete los efectos del matrimonio sobre los bienes, a la ley que rija los efectos generales del matrimonio, dando la posibilidad a los cónyuges de elegir, entre determinadas leyes, la que regulará sus efectos patrimoniales³⁸. Con esta técnica se evita originar cualquier tipo de equivoco, en cuanto a la autonomía utilizada en el ámbito de la ley aplicable, pues el pacto tendrá en principio, como objeto único la elección de la ley y por tanto, se realizará en uso exclusivo de la autonomía conflictual.

Esta misma técnica es utilizada por la Ley italiana³⁹, que establece que las relaciones patrimoniales entre cónyuges se regu-

³⁶ Como AMORES CONRADI señala "... aquí no se prevé un pacto en cuanto a ley aplicable, sino dentro del ámbito de la ley aplicable, es decir un pacto en uso de la autonomía material, no de la autonomía conflictual" AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 341.

³⁷ AQUILAR BENITEZ DE LUGO M. "Los efectos del matrimonio" en *VVAA Lecciones de Derecho Civil internacional*, Madrid 1996, p. 146 a 171, en concreto p. 165 "En ocasiones, la autonomía material y formal se combinan en distinta proporción, en distinto grado, eligiendo las partes un concreto régimen dentro del ordenamiento extranjero declarado aplicable, o introduciendo determinadas modificaciones en el régimen legal en él previsto."

³⁸ Art. 15 de la ley alemana de Derecho Internacional Privado 25 de julio de 1986.

³⁹ Art. 30 de la ley italiana 31 de mayo de 1995.

larán por la ley aplicable a sus relaciones personales, permitiendo a los cónyuges elegir la ley aplicable entre las que especifica el precepto. En esta línea la ley austríaca⁷⁶ prevé, en defecto de elección, que el régimen matrimonial se rija por la ley aplicable a los efectos personales del matrimonio.

La diferencia sustancial que aleja estas legislaciones de la española, es que la remisión a la ley rectora de los efectos del matrimonio se hace como criterio base, en el supuesto de falta de elección, y no como una suerte de opción que las partes pueden elegir para la regulación de su régimen. De esta manera, la intervención de la autonomía material quedará circunscrita a su propio ámbito y será la autonomía conflictual, propia del Derecho Internacional Privado, la que abrirá las posibilidades de elección a las partes.

El sometimiento del régimen patrimonial a la ley rectora de los efectos del matrimonio, si bien en defecto de pacto, supone la victoria definitiva de este sistema frente a la antigua concepción francesa de la búsqueda de la voluntad de los cónyuges, cuyo origen se encontraba en la doctrina de DUMOULIN⁷⁷.

A finales del siglo pasado y principios de éste, se abrió un debate que llevo al enfrentamiento de dos diferentes sistemas, para la búsqueda de la solución a un único problema: En defecto de pacto ¿qué ley se aplicará al régimen económico matrimonial?⁷⁸

⁷⁶ Art. 19 de la ley austríaca de 15 de junio de 1978.

⁷⁷ V. apartado dedicado al origen de la autonomía de la voluntad C.II.

⁷⁸ V. el planteamiento de esta cuestión en AUDINET M. "Des conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage" en *R. des C.* 1932 II 40 p. 239 a 304, en concreto p. 256 a 265. p. 265 "... s'il faut choisir entre les système français, qui voit dans l'adoption du régime légal l'effet d'une convention tacite et la fait dépendre de la volonté présumée des époux, et celui qui soumet obligatoirement le régime des biens à la loi qui règle les effets personnels du mariage, nous reconnaissons que ce dernier système, suivi dans la grande majorité des pays, est le plus rationnel, bien qu'il soulève lui aussi de sérieuses objections."

El sistema de la voluntad presunta de los esposos, concebía la remisión al régimen legal como un efecto del pacto tácito de las partes y por tanto, dependía de la voluntad presunta de aquellos⁷⁵. El casuismo y la incertidumbre que este sistema introducía⁷⁶, era superado por la obligatoriedad del sometimiento del régimen económico a la ley reguladora de los efectos del matrimonio⁷⁷. Este, pasó a ser el sistema seguido por la mayoría de los países y, como se ha visto, así continúa siendo.

3.b) Nacionalidad

3.b) 1. *Análisis general de la conexión nacionalidad*

El artículo 9.2, al igual que el artículo 9.3 recogen aunque, como se verá, en distintos términos, un punto de conexión que, desde tiempos lejanos, ha estado unido a la regulación de esta materia. Se trata de la nacionalidad.

Al margen de las distintas justificaciones que la doctrina, a lo largo del tiempo, ha encontrado respecto de la virtualidad de esta conexión conviene aquí, hacer referencia a un argumento que, con un carácter práctico inminente, viene a revitalizar el principio

⁷⁵ V. en general SURVILLE M. "Du rôle de la volonté dans ...*op. cit.* p. 158 a 180.

⁷⁶ AUDINET señalaba como "si, pour déterminer le régime des biens des époux, il faut interpréter leur volonté d'après les circonstances de fait, ce régime restera incertain jusqu'au jour où une décision judiciaire interviendra pour trancher une contestation, soit entre les époux eux-mêmes, soit entre les époux et des tiers, soit entre le survivant des époux et les héritiers de l'autre;" AUDINET M. "Des conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage" en *R. des C.* 1932 II 40 p. 239 a 304, en concreto p. 260.

⁷⁷ AUDINET M. "Des conflits de lois relatifs aux effets..." *op. cit.* p. 260-261 "Dans le système générale adopté par les lois des différents Etats et par les conventions internationales, on considère le régime légal comme étant établi directement par la loi elle-même. C'est un effet du mariage au même titre et de la même manière que ceux qui se produisent dans les rapports personnels: les uns et les autres doivent être régis par la même loi."

de la nacionalidad⁷⁶ formulado, en su día, por MANCINI⁷⁷ y respecto del cual se llegó a anunciar su posible desaparición⁷⁸ del Derecho Internacional Privado.

Aparece como un hecho probado, que fueron razones de política legislativa las que, en un determinado momento histórico, motivaron la elección de la ley nacional como rectora del estatuto personal⁷⁹. Fueron países como Francia, Italia, España y Alemania los que se mostraron favorables a la teoría personalista. Sin embargo, países como Estados Unidos o Canadá adaptaron en sus legislaciones un criterio territorialista que se tradujo en la primacía de la ley local, determinada por el domicilio o residencia.

El motivo último que originó la divergencia entre éstas legislaciones, no fue otro que el de las diferentes situaciones que generaba una única realidad: los movimientos migratorios. La reacción de los distintos países dependía directamente, del papel que jugaban respecto de aquellos movimientos⁸⁰.

⁷⁶ JAYME E. "Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato" en *Riv. dr. int. priv. proc.* 1993 p. 295 a 304, en especial p. 300 y 304.

⁷⁷ MANCINI P. S. "La nazionalità come fondamento del diritto delle genti" Lección pronunciada en la universidad de Turin el día 22-enero de 1851, v. traducción CARRERA DIAZ M. *Sobre la nacionalidad*, Madrid 1985.

⁷⁸ SCHNITZER A. "Betrachtungen zur Gegenwart und Zukunft des internationalen Privatrechts" *Rebels Zeitschrift* 1974 p. 39, cit. por BALLARINO T. "Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé italien" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 85 (1) janvier-mars 1996 p. 21 a 40, en concreto nota 10.

⁷⁹ FERNANDEZ ROZAS J.C y SANCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional privado*, Madrid 1996, p. 348-349.

⁸⁰ WATTE explica como : "A l'origine, les solutions de droit international privé en matière de mariage reflétaient les situations migratoires vécues au sein de Etats. C'est ainsi que, lors de la rédaction du Code civil au XIX siècle, la France et la Belgique, pays d'émigration, ont été favorables à la théorie du personalisme qui leur permettait de suivre partout où ils résidaient leurs ressortissant. A l'opposé, les Etats-Unis d'Amérique, le Canada, terres d'immigration, se sont montrés partisans de la théorie de la territorialité, faisant régir par la loi locale tous ceux qui se trouvaient sur leur territoire." WATTE N. "Notes sous cass. belge/que 9 septembre 1993. Les régimes matrimoniaux, les conflits de lois dans l'espace et dans le temps" en *Rev. crit. jur. belge* 1994 p. 676 a 732, en especial p. 677-678.

Los países de emigración tales como España o Italia, tenían un claro interés, en que se aplicara su derecho a las relaciones jurídicas de sus nacionales en el extranjero. Los países de inmigración, por contra, centaban su interés en que se aplicase su derecho a aquellos que se encontraban en su territorio. Así, es como surgió la clásica polémica entre la ley nacional y la ley del domicilio, de la que se tratará más adelante. Por lo que ahora respecta, este argumento ha dejado de ser importante, en cuanto que las circunstancias han cambiado notablemente.

En realidad, los países de los que, en aquel momento, partían miles de emigrantes, se han convertido en países de inmigración, incluso se aglutinan en ellos dos dimensiones: son objetivo de la inmigración con, a su vez, una importante emigración⁴¹. Son, precisamente, las características de los grupos que protagonizan este fenómeno de la inmigración, las que justifican la oportunidad de la ley de la nacionalidad⁴².

Constituyen grupos étnicos, que conservan su lengua, costumbres, religión... y que difícilmente van a ser asimilados en la

⁴¹ Esto es lo que ocurre en España, BARBADILLO GRIÑAN explica este fenómeno "Si consideramos la evolución del fenómeno, en 1955 existían en España 66000 extranjeros residentes, en 1980 eran 230000, en 1990 unos 400000 y en 1992 llegaron a los 600000. (...)

Frente a estos datos, que en principio apoyarían la hipótesis de un cambio significativo en el que España pasaría a ser país de fuerte emigración a convertirse en objetivo de la inmigración, hemos de considerar que tenemos todavía fuera de nuestras fronteras a más de un millón y medio de españoles emigrantes. Por consiguiente, España puede ser considerada, hoy, tanto en una como en otra dimensión. Sigue siendo un país con una importante emigración, al tiempo que se convierte en objetivo de la inmigración." BARBADILLO GRIÑAN P. "Extranjería, racismo y xenofobia en la España contemporánea. La evolución de los setenta a los noventa, Madrid 1997 p. 180 En relación a este fenómeno, conviene recordar que la legislación española prevé el goce de derechos civiles por los extranjeros art. 27 C.C v. IRIARTE ANGEL J. L. Los Derechos civiles de los extranjeros en España. El artículo 27 del Código Civil, Madrid 1988.

⁴² V. sobre el fenómeno de la inmigración extranjera LABRUSSE C. "La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère" en *Traité de Com. fr. dr. int. pr.* 1975-1977 p. 111 a 133.

cultura del país de acogida, a diferencia de las inmigraciones intra-europeas que se caracterizan por la asimilación⁸³, y respecto de las cuales, como se estudiará más tarde, parece más adecuado abogar por la adopción de un criterio de conexión distinto.

Destaca precisamente, dentro de los distintos grupos étnicos, los pertenecientes al mundo islámico⁸⁴, no sólo por la importancia numérica de esta inmigración⁸⁵, sino por las características de su civilización que fielmente refleja su derecho y que tan alejadas están del mundo occidental, basta pensar en instituciones como el matrimonio polígamo, o la repudiación⁸⁶.

⁸³ Para un estudio de las características de los diferentes movimientos migratorios v. CARLIER J.-Y "De Schengen à Dublin en passant par Maastricht: Nouveaux itinéraires dans la circulation des personnes, leur incidence sur le droit international privé de la famille." en *VVAA Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles 1993, p. 131 a 151.

⁸⁴ Para un acercamiento a este tema v. en general DEPRESZ J. "Droit international privé et conflits de civilisation. Aspects méthodologiques (les relations entre systèmes d'Europe occidentale et système islamique en matière de statut personnel en *R. des C.* 1988 IV (211) p. 9 a 371. ELWAN O. "L'Islam et les systèmes de conflits de lois" en *VVAA Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles 1992 p. 313 a 341.

⁸⁵ Así, en Bélgica por ejemplo, representan el 25% de la población extranjera "Si cette dernière est évaluée à environ 870000 étrangers, les musulmans en représentent un quart, soit environ 230000: 135000 Marocains, 80000 Turcs, 10000 Algériens et 6000 tunisiens" v. D'HONDT-VAN OPDENBOSCH P. "Le statut personnel des musulmans en Belgique" en *VVAA Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles 1992 p. 3 a 11, en concreto p. 4. En España descienden los inmigrantes europeos, pero se experimenta un ascenso de inmigrantes africanos y árabes BARBADILLO GRINAN P. "Extranjería, racismo y xenofobia en la España contemporánea. La evolución de los setenta a los noventa, Madrid 1997 p. 180.

⁸⁶ CARLIER señala como "Les migrations de main-d'oeuvre extraeuropéenne, particulièrement celles venues de pays d'Islam, ont importé des notions de famille étrangères aux droits occidentaux: famille élargie, polygamie, répudiation, rejet de l'adoption. Certains pays d'Europe avaient connu ces notions avec un parfum d'exotisme lors des colonisation. La nouveauté est leur importation intra muros" CARLIER J.-Y "De Schengen à Dublin en passant par Maastricht: Nouveaux itinéraires dans la circulation des personnes, leur incidence sur le droit international privé de la famille." en *VVAA Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles 1993, p. 131 a 15, en concreto p. 146.

Las normas occidentales entran, con mucha frecuencia, en conflicto con las pertenecientes al Derecho musulmán. Este conflicto se manifiesta básicamente, en el plano ético-religioso y en el plano jurídico⁶⁷.

Precisamente, el ámbito en que quizás, mejor se manifieste el choque de civilizaciones es en el derecho de familia y el estatuto personal⁶⁸. Es en este ámbito, donde distintas nociones y estructuras de la familia, totalmente ajenas a los derechos occidentales, provocan serios problemas de adaptación. Así pues, la problemática se genera en cuanto que la asimilación de estos grupos no parece posible⁶⁹, y ello desencadena la respuesta del Derecho Internacional Privado que aboga por el respeto de la

⁶⁷ Para un acercamiento a esta cuestión v. ALDEEB S. "Conflits entre droit religieux et droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe" en *R.I.D.C.* 4- 1997 p. 813 a 834, en especial p. 828 a 834.

⁶⁸ VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali op. cit.* p. 58-59 D'HONDT-VAN OPDENBOSCH P. "Le statut personnel des musulmans en Belgique" en *VVAA Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles 1992 p. 6 "Ils évident que, à la différence d'autres branches du droit, comme par exemple le droit fiscal ou le droit commercial, le droit de la famille et le statut personnel des Musulmans reflètent plus directement la civilisation dont ils émanent, la civilisation islamique." En concreto v. la problemática derivada de los efectos generales del matrimonio ZABALO ESCUDERO E. "Efectos del matrimonio y sociedad multicultural" en *Jornadas sobre Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. 14 y 15 de mayo de 1999. Cátedra Mariano Aguilar Navarro de Estudios de Derecho (en prensa). Universidad Carlos III de Madrid

⁶⁹ ABARCA JUNCO P. "Nacionalismo cultural e inmigración en al Unión Europea: hacia la sociedad 'multicultural'" en *Proyecto docente e investigador*, Madrid 1995, p. 163 a 167, p.166 "Pero si bien la inmigración hasta ahora había seguido la pauta de ser absorbida por la cultura dominante y su integración en ella, la nueva inmigración, de los 70 en adelante, ya no busca la asimilación. ... pero en los últimos años, ..., empiezan a recabar derechos, autoafirmándose en el país de acogida. La mayor tolerancia de los occidentales a culturas alternativas, la facilidad para mantener su religión, costumbres etc., desincentiva el interés en la integración. De tal modo que dentro del mismo Estado conviven poblaciones con diversas identidades culturales"

minoría étnica y en consecuencia, por la garantía de cierta autonomía cultural⁹⁸.

Es importante diferenciar la asimilación que, como se ha visto, es muy difícil debido principalmente a la gran lejanía cultural con los países receptores, de lo que sería la integración⁹⁹. Aquella se caracteriza por una suerte de absorción por la cultura dominante y por tanto, por una integración en ella. Sin embargo, la integración no, necesariamente, implica asimilación, ya que lo que pretende, no es sino el respeto de la diversidad cultural y la implicación de estas minorías en las actividades y objetivos de los poderes públicos⁹⁹.

Es precisamente, el respeto a la identidad cultural de las minorías y el deseo de la consecución de la armonía en la convivencia y por tanto, el logro de cierta integración, las ideas inspiradoras del Derecho Internacional Privado actual⁹⁹. Prueba de ello, es la tendencia consistente en crear una normativa del derecho de familia para la sociedad multicultural⁹⁹.

⁹⁸ V. SALERNO "Sulla tutela internazionale dell'identità culturale delle minoranze straniere" en *Riv. dir. int.* 1990 p. 257 y s.s.

⁹⁹ V. sobre la integración JAYME E. "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé" en *R. des C.* 1995 (251) p. 9 a 268.

⁹⁹ D'HONDT-VAN OPDENBOSCH, se acerca a esta cuestión señalando que "...l'intégration suppose le respect sans équivoque de la diversité culturelle en tant qu'enrichissement réciproque et va de pair avec une promotion de l'implication structurelle des minorités aux activités et objectifs des pouvoirs publics." D'HONDT-VAN OPDENBOSCH P. "Le statut personnel des musulmans en Belgique" en *VVAA Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles 1992 p. 5.

⁹⁹ Del llamado Derecho Internacional Privado postmoderno "caractérisé par des phénomènes qui touchent les sentiments et la vie intérieure de l'individu. Le droit international privé a assumé comme nouvelle vocation la mission de protéger ces expressions de la condition humaine." JAYME E. "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé" en *R. des C.* 1995 (251) p. 9 a 268, en concreto p. 56.

⁹⁹ JAYME E. "Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato" en *Riv. dr. int. priv. proc.* 1993 p. 295 a 304, en concreto p. 302-303.

En este marco se sitúa la propuesta de elaboración de un Código de Derecho de familia para las personas de religión islámica que viven en Europa⁴, y determinadas manifestaciones prácticas como la regulación del Reino Unido sobre el matrimonio polígamo a través de una ley especial⁵ o la convención argelino-francesa relativa a los niños de parejas mixtas separadas⁶.

Visto esto, la cuestión debe de centrarse en determinar qué ley será la más adecuada para proteger la identidad cultural de esas personas, que han de convivir en una sociedad con cultura, costumbres y leyes muy diferentes a las suyas. La respuesta parece encontrarse en la ley personal, esto es en la de la nacionalidad⁷. La normativa

⁴ RIAD señala como "Le but principal est permettre la co-existence entre les membres de la communauté musulmane et les autres communautés en respectant la culture et les intérêts légitimes de cette communauté musulmane grandissante" RIAD F. "Pour un code européen de droit musulman" en VVAA *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles 1992 p. 379 a 382, MENHOFFER "Islamisches Recht in westlichen Staaten" en IPRay 1990 p. 419 y s.s. cit. en JAYME E. "Diritto di famiglia società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato" en *Riv. dir. int. priv. proc.* 1993 p. 295 a 304, en concreto p. 303 nota 40.

⁵ SAUDEKS y WALTER "The Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972", en I.C.L.Q.1972 p. 781 y s.s. v. *Private International Law (Miscellaneous provisions) Act 1995*, Chapitre 12, Partie 2 "La validité des mariages célébrés selon une loi qui autorise la polygamie" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 85 (2) avril-juin 1996 p. 378 a 379 v. un comentario a esta Ley en BOLZA VIDAL N. y QUINONES ESCAMEZ A. R I.C. 1997. I p. 172 a 175.

⁶ De 21 de junio de 1988 v. texto del Convenio en *Rev. crit. de internat. privé* 1968 p. 297. Para un estudio del mismo v. en general MEBROUKINE A. "La convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés. Le point de vue d'un Algérien." en *rev. crit. de internat. privé* p. 1 a 39.

⁷ FERNANDEZ ROZAS J.C. y RODRIGUEZ MATEOS P. "Artículo 9, apartado 9º" en VVAA *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T.I vol. 2º Edersa, Madrid 1995. p. 399-400 " ... la conexión nacional puede resultar adecuada si se expresa en sus justos términos y siempre que constituya un verdadero parámetro de vinculación con un Estado, sobre todo en los supuestos de movimientos migratorios temporales y sin arraigo en el país de acogida. Esta tendencia, que se aprecia actualmente en algunos países de tradición inmigratoria, puede suponer que el arraigo que normalmente se presume a la persona con el lugar de su residencia habitual no tenga un predicamento absoluto, sucediendo en ocasiones que este arraigo esté más cerca del lugar de su nacionalidad."

personal resulta idónea para regular aquellas cuestiones que, unas veces por provenir de instituciones ajenas a las occidentales, y otras veces por tener implicaciones directas con la civilización de origen, difícilmente encontrarán mejor solución en la ley del domicilio. Al margen de la eventual intervención del orden público que podrá ser, en determinados supuestos, atenuada.

Esta es también, la posición de juristas islámicos los cuales se han pronunciado a favor de la ley nacional en una materia concreta: la regulación del divorcio⁹⁹. El Convenio franco marroquí de 10 de agosto de 1981 incorpora la ley del domicilio común o la del último domicilio común en uno de los dos países firmantes¹⁰⁰. Frente a ello, se hace constatación de una realidad: la posición del juez marroquí para observar las circunstancias que derivan de instituciones como la poligamia o la repudiación, es mejor que la del juez francés¹⁰¹.

En lo que respecta a la materia objeto de estudio, se encuentra claramente afectada por la problemática que las nuevas situaciones generan en el Derecho Internacional Privado. La respuesta de éste pasa por una revitalización de la ley personal, como principio adecuado para la protección de la identidad cultural, (continuando, por otra parte, con la tradición histórica) y tiene su manifestación, en la inclusión que las recientes legislaciones hacen de aquella conexión¹⁰², en punto a la regulación del régimen económi-

⁹⁹ JAYME E. "Diritto di famiglia: società multiculturali...*op. cit.* p. 299-300.

¹⁰⁰ Art. 9 del Convenio de 10 de agosto de 1981.

¹⁰¹ V. MONEGER F. "La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1984 p. 29 y s.s y 267 y s.s, en concreto p. 66-67.

¹⁰² JAYME insiste en la idoneidad de la ley de la nacionalidad "in effetti, il vecchio principio manciniano di nazionalità si rivela più adatto alle attuali esigenze di protezione dell'identità culturale della persona rispetto al principio dell'applicabilità della legge del domicilio, sempre nell'ambito del diritto di famiglia." JAYME E. "Diritto di famiglia: società multiculturali...*op. cit.* p. 300.

co matrimonial. Ahora bien, la adopción de este criterio presenta unas características nuevas, en cuanto que responde a una dimensión, como se verá, más limitada y relativizada debido, en gran parte, a la penetración en este campo de principios como el de igualdad jurídica o el de proximidad.

La ley nacional es recogida en la legislación española aplicable al objeto de estudio, en diversas versiones: ley de la nacionalidad de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento (art. 9.3), ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo y ley personal de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio (art. 9.2). La primera y la última de estas conexiones son manifestaciones de la, ya estudiada, penetración de la autonomía de la voluntad. La segunda sin embargo, abre una escalera de conexiones jerárquicas, que quedan fuera del ámbito de la autonomía de las partes y genera una serie de problemas que, como a continuación se verá, son de difícil solución.

3.b) 2. Nacionalidad común de los cónyuges al tiempo de la celebración del matrimonio

La ley reguladora de los efectos del matrimonio contiene cuatro conexiones jerárquicamente ordenadas, entre las cuales la primacía recae sobre la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraer matrimonio. El análisis de esta conexión, debe centrarse en el estudio de su idoneidad para determinar la ley aplicable a los pactos y capitulaciones, y las repercusiones que la concreción temporal puede producir en orden, a la creación de un estatismo no deseado en este ámbito.

La ley nacional común como aplicable a los efectos del matrimonio, tiene su origen en una cierta presunción de la voluntad de los cónyuges que, en el momento del matrimonio, tienen la

misma nacionalidad. Aquella, ha sido recogida en muy diversas legislaciones como conexión básica en este tema.

Sin embargo, en tiempos no tan lejanos, la primacía de esta conexión tenía unas características que no son compartidas con las que tiene en la actualidad y ello por dos motivos fundamentales. Existía otra conexión que jugaba un papel muy importante en las diversas legislaciones, era la de la ley nacional del marido y ello, por una consecuencia del papel nuclear que aquél tenía atribuido en la familia (el cabeza de familia, *capofamiglia*). A ello había que añadir, la propia legislación de la nacionalidad que atribuía la del marido a la mujer, por el sólo hecho de contraer matrimonio.

En efecto, la legislación española seguía también, estas directrices. El primer punto de conexión utilizado por el antiguo artículo 9.2, era la última ley nacional común durante el matrimonio. Esta conexión estaba claramente mediatizada por la legislación de nacionalidad pues, dependía de ella en la medida en que la mujer debiera de seguir la nacionalidad del marido a partir del matrimonio. También, se establecía que en el supuesto de cambio de la nacionalidad del marido, la mujer necesariamente había de seguir esa nueva nacionalidad, salvo en el supuesto en que estuviera jurídicamente separada¹⁰³.

La consecuencia de esta regulación es doble. En todos aquellos países que, como España, tenían una regulación semejante, la ley nacional común de los cónyuges era siempre la ley nacional del marido. Por otro lado, para los supuestos en que la nacionalidad no fuera la misma, existía una conexión cuya aplicación resultaba ser un regreso práctico a la primera solución, esto es, ley nacional del marido al tiempo de la celebración, siendo la única diferencia con aquella, la concreción temporal de dichas conexiones.

¹⁰³ V. art. 21 CC antes de la reforma de la ley 14/1975 v. nota anterior.

La competencia de la ley nacional del marido propugnada por el antiguo artículo 9.3, por remisión a la ley de las relaciones personales, era aceptada no sólo por la jurisprudencia¹⁰⁸, si no por otras muchas legislaciones en Derecho comparado: Convenio de La Haya de 1905, Código Civil Griego o el italiano¹⁰⁹. En todas ellas, era el mantenimiento de la unidad de la familia el que justificaba esta discriminación¹¹⁰. Será necesario que se modifique la regulación de la nacionalidad y que el valor igualdad se haga efectivo, para que la conexión ley nacional común tenga atribuido el papel que juega en la actualidad.

¹⁰⁸ Ya, con anterioridad a la reforma del título preliminar, la jurisprudencia de una forma reiterada se mostro favorable a la aplicación de la ley nacional del marido STS de 1 de julio de 1955, STS de 30 de junio de 1962 v. AGUILAR BENITEZ DE LUGO M. "Relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges" en *VVAA Lecciones de Derecho Civil...op.cit.* p. 249-250 y PEÑA BERNALDO DE QUIROS M. "El régimen económico de la sociedad conyugal en el Derecho Internacional Privado" en *REDI* 1955 vol. VIII n° 3 p. 614 respecto de la primera Sentencia señala: "Que una vez más el T.S. desconsidera el lugar de celebración del matrimonio para la determinación del régimen aplicable y, a falta de capitulaciones matrimoniales, acoge el régimen ordinario conforme a la ley personal de marido."

¹⁰⁹ Art. 2 del Convenio de La Haya de 17 de julio de 1905, art. 15 del Código Civil griego de 1940 y art. 19 del Código Civil italiano de 1942. Para una referencia de todos ello v. AGUILAR BENITEZ DE LUGO M. "Relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges" en *VVAA Lecciones de Derecho Civil...op.cit.* p. 252.

¹¹⁰ Así en la exposición de motivos de la Ley 14/1975 de 2 de mayo, sobre la reforma de determinados artículos del Código Civil y el Código de comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges B.O.E n° 107, de 5 de mayo de 1975, se establecía que "La regla de una rigurosa unidad de la familia pudo tener un fundamento social en los momentos históricos en que las comunidades nacionales eran compartimientos muy replegados sobre sí y poco comunicados. Por ello se consideraba necesario que la familia, como cuerpo intermedio entre la sociedad y el Estado, fuera exponeente, también de la rigida unidad nacional." v. para Italia BALLARINO T. *Diritto internazionale privato*, Padova 1996 p. 400 a 418, en concreto p. 403 "L'utilizzazione di tale criterio, chiaramente discriminatorio, si giustificava con el perseguimento di un'impobabile conciliazione tra el principio di nazionalità e l'esigenza di sottoporre il rapporto coniugale ad una legge unica."

El abandono de la ley nacional del marido, se hace de forma paulatina en los diferentes sistemas¹⁰⁷. En 1971 el Tribunal Constitucional alemán, afirma que las normas de conflicto deben de respetar los derechos fundamentales garantizados por las normas constitucionales¹⁰⁸, y este mismo argumento es aplicado respecto del antiguo artículo 15 EGBGB que señalaba a la ley del marido al tiempo de la celebración del matrimonio, como rectora del régimen matrimonial¹⁰⁹. Será la ley de 25 de julio de 1986 la que hará efectivo, en la legislación, el abandono de aquella¹¹⁰.

Igualmente el Código Civil portugués aludía a la ley nacional del marido, lo cual devino inconstitucional por ser contrario a las disposiciones de la Constitución, que establecían la igualdad de los ciudadanos (art. 13 n.º 2) y la igualdad de los cónyuges, en cuanto a capacidad civil y a la manutención y educación de los hijos. Ello propició la aprobación del Real Decreto 496/77

¹⁰⁷ V. en general GAUDEMET-TALLON H. "La désunion du couple en droit international privé" en *R. des C.* 1991 p. 13 a 279, en concreto el apartado dedicado a "Abandon de la loi national du mari et adoption de rattachements égalitaires" p. 74 a 78.

¹⁰⁸ El supuesto que da pie a esta sentencia es la imposibilidad de contraer matrimonio un español con una alemana previamente divorciada, porque España, en ese momento no reconocía el divorcio. sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán 4 de mayo de 1971 *Rev. crit. dr. internat. privé* 1974 p. 57 y s.s v. LABRUSSE C. "Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (a propos de la décision du Tribunal Constitutionnel fédéral du 4 mai 1971) en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1974 p. 1 a 46.

¹⁰⁹ Sentencia de 22 de febrero de 1983 en *Journ. dr. int.* 1984 p. 648 y s.s v.

¹¹⁰ SONNENBERGER H.-J. "introduction à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 76 (1) janv.-mars 1987 p. 1 a 32, en concreto p. 13-14 "L'orientation nouvelle la plus importante est que dans le droit du mariage et de la famille la qualité de mari ou de père comme sujet de rattachement a été abandonnée et remplacée par ce que l'on appelle l'échelle de Kegel. Elle a trouvé sa place dans l'article 14 EGBGB (nouv.) sur les effets généraux du mariage et s'applique par référence aux régimes matrimoniaux, au divorce, aux enfants légitimes et à la légitimation par *subsequens matrimonium*."

que reviso la regulación y excluyo la competencia de la ley nacional del marido¹⁰.

El Derecho italiano también, establecía la competencia de la ley nacional del marido en defecto de nacionalidad común de los cónyuges. Será la jurisprudencia constitucional la que, siguiendo la posición de la doctrina que consideraba esa conexión como un privilegio injustificado para el marido, la declara inconstitucional en Sentencia de 5 de marzo de 1987¹¹. Tal inconstitucionalidad tiene su base jurídica en la contradicción con el principio de igualdad jurídica (art. 29 Const.), y en concreto, por contradecir el principio de igualdad ante la ley sin distinción de sexo (art. 3 Const). A partir de aquí, se produce una situación parecida a la española, pues habrá que esperar hasta la reciente reforma de 1995, para que esta conexión sea, definitivamente, excluida del texto legal.

La ley nacional del marido deviene contraria a los principios constitucionales españoles, pues suponía una vulneración clara de los artículos 14 y 32.1 de la Constitución. La integración de esa laguna legal, viene de la aplicación de la ley de la residencia habitual común de los cónyuges al tiempo de plantearse el litigio y en su defecto, por la aplicación de la ley española. Esta solución tiene su origen, en la analogía con el artículo 107 del Código que regulaba las cuestiones de separación y divorcio, y que presentan una clara conexión con las relaciones entre cónyuges, y de la función que el artículo 9.10º daba a la residencia habitual respecto de la nacionalidad¹².

¹⁰ Código Civil de 25 de noviembre de 1966, modificado según Decreto ley nº 496/1977, de 25 de noviembre. v. sobre este tema FERRER CORREIA A. "Derecho Internacional Privado Matrimonial" en FERRER CORREIA A. *Temas de Derecho consuetudinario e Derecho internacional privado*, Coimbra 1989, p. 331 a 361, en concreto p. 353 a 357.

¹¹ Cour constitutionnelle d'Italie- 26 février 1987 en *Rev. crit. dr. internat privé* 76 (3) juill.-sept. 1987, p. 263 y s.s. Respecto a la posición de la doctrina v. BALLARENO T. "La réforme du droit italien de la famille et le droit international privé en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1979 p. 281 a 305 en especial p. 287-288.

¹² V. en especial GONZALEZ CAMPOS J. en *VVAA Derechos Internacionales Privados*. Oviedo 1989 *op.cit.* p. 185.

Esta situación continuará hasta doce años más tarde, cuando la ley de 15 de octubre de 1990, suprime definitivamente la competencia de la ley del marido. Sin embargo, y pese a la incidencia constitucional, existe jurisprudencia que aún con posterioridad, sigue aludiendo a esta conexión¹⁰⁴. Al margen de ello, y desde este punto de vista, el valor positivo de la reforma es obvio, pues pone fin a la discriminación por razón de sexo, a la que aquella arbitraria conexión daba lugar. Otro tema a analizar, es si este mismo juicio merece todas las conexiones incluidas en el artículo 9.2.

La conexión principal utilizada por este artículo, una vez desligada del panorama discriminatorio que originaba la legislación anterior, resulta satisfactoria para determinar la ley aplicable, en tanto que garantiza, en principio, una vinculación del matrimonio con la ley aplicable al mismo. No obstante, esta conexión vista desde la realidad del Derecho Internacional Privado actual, ha sufrido una gran depreciación, en el sentido de que son muy numerosos los matrimonios mixtos, máxime a partir de la reforma de la nacionalidad, y por tanto, su aplicación va a ser menor, en el contexto de las relaciones internacionales de familia. La consecuencia de este fenómeno es la importancia paralela, que cobran las conexiones subsidiarias que jerárquicamente recoge el 9.2¹⁰⁵

Si bien, como se acaba de señalar, la valoración de la ley nacional de los cónyuges es positiva, no merece el mismo juicio la concreción temporal de la misma. En contra de los que disponía la anterior legislación: *última ley nacional común durante el matrimonio*, la actual fija temporalmente la conexión al inicio de la vida matrimonial: *al tiempo de contraerlo*.

El efecto inmediato de esta concreción, es la posibilidad de que resulte aplicable una norma lejana al matrimonio. Bastará un

¹⁰⁴ STS de 9 de diciembre de 1986 RAJ 1986 n°7224 o mención de la misma en Auto AP Cádiz de 5 de marzo de 1997 Auds. Prov. 1997 n° 2857.

¹⁰⁵ BORRAS A. "No discriminación por razón de sexo: en op. cit. p. 238.

cambio básico en las circunstancias de localización de la vida matrimonial, para que esto ocurra. Un supuesto extremo lo constituiría el cambio de la nacionalidad de los dos cónyuges, con posterioridad al matrimonio. Según el artículo 9.2 al haber habido una coincidencia de nacionalidades al inicio de la vida matrimonial, será esa ley la aplicable y ello, por tanto, aunque la nacionalidad de ambos cónyuges devenga diferente. Esto ocurrirá también, en el supuesto de matrimonios que en su origen fueran mixtos y que a lo largo de la vida marital, los cónyuges reunieran la misma nacionalidad.

En defecto de pacto, como ha señalado AMORES CONTRADI este resultado hubiera podido ser evitado recogiendo una cláusula de excepción, para aquellos supuestos en que se produzca una modificación tal, que aconseje que la ley aplicable sea la del ordenamiento con el que presenta la verdadera vinculación¹⁶⁶. Se trataría, en definitiva, de corregir el resultado al que la aplicación de la norma daría lugar y que no se consideraría satisfactorio, en cuanto que transgrediera el principio de proximidad¹⁶⁷.

La concreción temporal de las conexiones tiene como fundamento la seguridad, la certidumbre jurídica, que se traduce en el conocimiento del derecho aplicable a la situación, aunque las circunstancias hayan cambiado. La contrapartida de esta técnica es la lejanía de soluciones a la que puede dar lugar, que en esta materia

¹⁶⁶ En concreto AMORES señala como "una cláusula de excepción que permitiera la aplicación de la ley de la última nacionalidad o residencia habitual común si la vida matrimonial transcurrió de forma notablemente más vinculada con ésta que con una anterior nacionalidad o residencia habitual comunes, hubiera evitado este enojoso resultado."

¹⁶⁷ KOKKINI-IATRIDOU D. formula la siguiente definición: "La clause d'exception est une règle d'origine conventionnelle, législative ou jurisprudentielle ayant pour but d'attribuer au juge le pouvoir (discrétionnaire) de corriger une ou plusieurs règles de conflits de lois." KOKKINI-IATRIDOU D. "Le rapport general" en VVAA *Les Clauses d'Exception en matière de Conflits de Lois et de Conflits de Juridictions. XIV Congrès international de droit comparé*, Netherlands 1994, p. 3 a 43, en especial p. 4-5.

no parece deseable, pues ¿qué sentido tendrá la aplicación de una norma a los efectos personales y a las relaciones económicas e incluso a los derechos sucesorios de un matrimonio, cuya vida se ha desarrollado con total desvinculación del país cuya normativa debe de aplicarse?¹¹⁸

Otra solución que pondría fin a esa indeseada incertidumbre, y podría mantener el principio de proximidad, es el juego de la autonomía de la voluntad. Bastaría que las partes pudieran determinar el derecho aplicable a los efectos del matrimonio, si bien dentro de unos límites, para que se restituyese la certeza jurídica. No obstante, como ya se ha estudiado en un apartado anterior, el legislador excluye de este ámbito la autonomía. Esto tiene consecuencias en el régimen económico matrimonial, en la medida en que impide una mayor ampliación de las posibilidades de elección, ya que las conexiones del 9.2 mantendrán un criterio jerárquico y por tanto, cerrado a la voluntad de las partes¹¹⁹. Por otra lado, el problema seguiría subsistiendo cuando, aún admitida la autonomía, las partes no hacen uso de ella.

En este punto hay que recordar la posición de LAGARDE que admite la "eventualidad" de las cláusulas de excepción siempre que se introduzca, como contrapartida, la posibilidad de que las partes elijan el derecho aplicable, restableciendo así,

¹¹⁸ En el supuesto planteado por AMORES (nota anterior) la problemática se plantea en los mismos términos "¿Tiene algún sentido que los efectos del matrimonio, el régimen económico, y hasta los derechos sucesorios del superviviente se rijan, salvo pacto en contrario, por el Derecho Noruego?"

¹¹⁹ La hipótesis se basa en que el art. 9.2 abre sus conexiones a la voluntad de las partes, estableciendo la previsión de que a falta de tal elección aquellas serían aplicadas jerárquicamente (como establece la regulación actual). Puesto que el artículo 9.3 remite en primer lugar a la ley reguladora de los efectos del matrimonio, la consecuencia sería la ampliación del catálogo de conexiones con todas las incluidas en el 9.2 y que en la legislación actual no podrán jugar.

la certidumbre¹²⁰. Ahora bien, en el supuesto de que la norma de conflicto acepte la autonomía de la voluntad, dentro de ciertos límites, y los cónyuges efectúen la elección de ley aplicable, las cláusulas de excepción estarán siempre descartadas¹²¹. Todo ello, resulta coherente con su propia concepción de la autonomía de la voluntad, en cuanto que supone un complemento necesario del principio de proximidad. Tiene también, su origen en la desconfianza del papel del juez en la determinación de la ley aplicable¹²².

No obstante, desde todas estas consideraciones, cabe afirmar que la solución viene precisamente, de la adaptación de cláusulas de excepción, aún cuando no resulten acompaña-

¹²⁰ En concreto señala como "Les sujets de droit ont un besoin absolu de savoir à l'avance le droit qui régira ces dispositions, surtout lorsque leur situation est plurilocalisée et que les raisons de douter sont particulièrement grandes. Il en est ainsi en matière de contrats, de régimes matrimoniaux et de successions (en cas de disposition à titre gratuit faite par le futur *de vivos*). Dans ces domaines, la clause d'exception qui sacrifie la certitude à la proximité n'est acceptable que si elle trouve sa contrepartie dans la possibilité pour les sujets de droit de rétablir la certitude par un choix de la loi applicable, lui-même à l'abri de toute correction." LAGARDE P. "Cours général de droit inter... *op. cit.* p. 116-117.

¹²¹ LAGARDE lo expresa así: "... si la règle de conflit permet le choix des parties, dans les limites qu'elle fixe, elle ne peut ensuite prétendre corriger le choix une fois effectué sous prétexte qu'il ne correspondrait pas à la loi des liens les plus étroits. Les clauses d'exception sont toujours écartées lorsque les parties ont choisi la loi applicable." LAGARDE P. "Les principes du droit international privé hier... *op. cit.* p. 25.

¹²² LAGARDE hace hincapié en la importante relación entre autonomía de la voluntad y principio de proximidad, a la vez que manifiesta cierto recelo a la función correctora del juez. v. LAGARDE P. "Cours général de droit inter... *op. cit.* p. 64-65, en concreto n.º 51-52 "L'utilité la moins contestable de l'autonomie de la volonté est précisément de prémunir les parties contre l'incertitude dont ce pouvoir correcteur du juge menace la détermination de la loi applicable. A quoi servirait-il aux parties d'avoir elles-mêmes déterminé cette loi, si leur choix était lui aussi exposé au pouvoir correcteur, mais cette fois perturbateur, du juge?"

das de la autonomía de la voluntad¹²³; ello porque de los que se trata es de impedir un determinado resultado, y la utilización de aquella técnica aparece como idónea para ese fin, bien entendido que esta afirmación se predica de los efectos generales del matrimonio, respecto de la ley rectora del régimen legal, esto es del régimen económico matrimonial en defecto de pacto. En cuanto a la cuestión de que pudiera producirse incertidumbre a la hora de saber cual será el derecho aplicable, hay que señalar que, en principio, no tiene por qué darse. Todo dependerá del contenido de la cláusula de excepción y del caso concreto.

Resulta difícil entender, por qué el legislador español optó por tal concreción temporal, máxime cuando en los debates parlamentarios sí que estuvo presente la idea de lograr que el principio de proximidad, desplegara sus efectos en la legislación resultante¹²⁴. A esta finalidad fueron orientadas las enmiendas presentadas por CIU y PNV.

A parte de la conveniencia o no del contenido material de las propuestas, es importante destacar como su justificación se basó en lograr *una vinculación real y efectiva, y no puramente circunstancial*

¹²³ KOKKINI-IATRIDOU, respecto de la posición de LAGARDE señala "Reste que faire dépendre l'introduction des clauses d'exception spéciales ouvertes de l'octroi de l'autonomie de la volonté, nous paraît une restriction sévère. Nous faisons plus confiance au juge que notre éminent collègue Lagarde, pour déterminer dans le cas concret sur base d'une combinaison de critères objectifs et subjectifs le pays avec lequel une situation donnée a les liens les plus étroits." KOKKINI-IATRIDOU D. "Le rapport general" en VVAA *Les Clauses d'Exception en matière de Conflits de Lois et de Conflits de Juridictions*. XIV Congrès international de droit comparé, Netherlands 1994, p.3 a 43, en especial p. 27.

¹²⁴ Prueba de ello es la adopción, en las dos enmiendas, de una conexión flexible muy significativa a estos efectos: La ley del Estado con el que la vida matrimonial presente los lazos más estrechos. v. texto de las enmiendas en el apartado "Determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, tras la reforma de 1990. Destinatarios de la norma."

con el ordenamiento regulador de los efectos del matrimonio¹⁵. Sin embargo, las enmiendas tampoco ofrecían una solución eficaz al problema de la posible lejanía de soluciones, a la que podía llevar la aplicación de los preceptos propuestos, en cuanto a la concreción temporal de las conexiones.

Las dos recogen de forma jerarquizada las conexiones que regularán los efectos del matrimonio, en defecto de elección y las dos reproducen la conexión recogida en el 9.2, con su misma concreción temporal, esto es, *ley personal común de los cónyuges al tiempo de la celebración de matrimonio (CIU), al tiempo de contraerlo (PNV)*.

Sólo cabe mencionar como novedad, aparte de la utilización de una conexión flexible, que se estudiará más tarde, la inclusión de la *última residencia habitual común*. Una vez abierto el juego de las conexiones en cascada, por la inexistencia de ley personal común, se ensancha el marco de estas con una ampliación en la fijación temporal de una de ellas: residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración y última residencia habitual común.

Lo que resulta, en especial, interesante es la concreta regulación introducida en la enmienda de CIU. Concretamente, señala que en defecto de residencia habitual común, los efectos del matrimonio se regirán por *la ley de la última residencia habitual de los cónyuges, si uno de los cónyuges conserva dicha residencia*. De esta forma, esta garantizando que la ley que resulte aplicable, guarde relación con la vida matrimonial, pues los cónyuges residieron en el Estado cuya ley se quiera aplicar y uno de ellos, todavía, reside en él.

¹⁵ El Grupo Parlamentario Senadores Nacionalistas Vascos (GSNV), en la justificación de la enmienda, declararon como pretendían conseguir un doble objetivo; uno de esos objetivos era "... someter los efectos del matrimonio al ordenamiento con el que el mismo tenga una vinculación real y efectiva, y no puramente circunstancial." BOCG III B-2(C) p. 10.

En el supuesto de que ninguno de los cónyuges conserve esa residencia, se entiende que no hay suficiente vinculación, y por ello, se recurrirá a la última conexión: *ley del Estado con el que la vida matrimonial presente los lazos más estrechos*. Esta técnica, bien podía haber sido aplicada a los otros puntos de conexión. Como se verá, es un recurso empleado en determinadas legislaciones de Derecho comparado.

Por lo demás, cabe señalar, que esta problemática no va a afectar, en general, al campo de las capitulaciones matrimoniales, pues el artículo 9.3 permite su estipulación, modificación o sustitución en cualquier momento. Basta para ello, que las partes así lo quieran y que exista conformidad con la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo del otorgamiento, a salvo de la ley de los efectos que es utilizada como norma de referencia en ejercicio de la autonomía material de las partes.

Así pues, no se puede decir que la intención del legislador sea la de crear una unidad de efectos generados por el matrimonio, fijando un límite temporal, pues este objetivo es, claramente, roto por la regulación del 9.3¹²⁶. El dinamismo al que los pactos y capitulaciones matrimoniales están sometidos, choca con el estatismo que el artículo 9.2 impone a los efectos del matrimonio, y que podía haber sido suavizado mediante la inclusión de las mencionadas cláusulas de excepción. En este punto, es conveniente hacer referencia a las soluciones que los distintos ordenamientos jurídicos han incorporado a su regulación, y que pueden quizás, orientar una solución de *lege ferenda*.

¹²⁶ ESPINAR VICENTE J.M. *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid 1996, p. 298-299 "...., el sistema tampoco responde a la *policy*, más o menos discutible, de adscribir al matrimonio una unidad de efectos a lo largo de toda su vida." p. 298 "...., esta asincronía de estabilización temporal pone de relieve que al legislador español le preocupa la actualización de los efectos económicos, mientras que carece de un interés específico por los personales."

La legislación austríaca contiene una cláusula especial de carácter material¹², que se aplica a los efectos personales del matrimonio, y a los patrimoniales en defecto de elección de ley aplicable por las partes. El carácter material de aquella, viene dado por el concreto resultado que se persigue con la aplicación de esa cláusula. Se trata de conseguir una vinculación real con la ley aplicable, llegando incluso a excluirse la aplicación de la ley austríaca, cuando un tercer Estado presenta una conexión más fuerte¹³.

Tras establecer los puntos de conexión que determinarán la ley aplicable a los efectos personales, a saber, estatuto personal común, residencia habitual, se establece la siguiente previsión: en el supuesto en que el matrimonio fuera válido para el derecho austríaco y no lo fuera para el derecho que resulta aplicable según aquellas conexiones, los efectos personales se regirán por el derecho austríaco. Ahora bien, si los cónyuges mantienen una vinculación más fuerte con un tercer Estado, para el cual el matrimonio es igualmente válido, éste y no aquél, será el derecho aplicable¹⁴.

Esta cláusula cumple bien el papel de lograr una mayor vinculación pues en definitiva, no es sino una manifestación de una

¹² Para una clasificación de las cláusulas de excepción v. KOKKINI-IATRIDOU D. "Le rapport general" en VVAA *Les Clauses d'Exception en matière de Conflits* .op. cit. p. 4 a 6.

¹³ KOKKINI-IATRIDOU D. "Le rapport general" en VVAA *Les Clauses d'Exception en matière de Conflits*. op. cit. p. 21-22 "La codification autrichienne (18/2) contient une clause d'exception intéressante dans le sens qu'elle intervient seulement si la loi par elle désignée mène à un résultat matériel concret: la validé du mariage. La loi autrichienne d'après la quelle le mariage est éventuellement valide, est alors écartée en faveur de la loi étrangère. Cette même disposition, qui a trait aux effets personnels du mariage, s'applique aussi aux régimes matrimoniaux (19)."

¹⁴ Art. 16 (2) "Si un mariage est valide pour le sphère juridique autrichienne sans l'être pour la sphère du droit désigné dans le 1^{er} alinéa, les effets personnels sont régis par le droit autrichien. Si les époux ont cependant un rapport plus fort avec un troisième Etat, d'après le droit duquel le mariage est également valide, le droit de cet Etat es applicable à la place du droit autrichien." v. texto de la ley en *REV. CRÍ. DE INTERNAT. PRIVÉ* 1979 p. 176 a 185, en concreto 179.

conexión flexible: los vínculos más estrechos¹³⁰. En lo que aquí interesa, viene a corregir la lejanía de soluciones a las que la aplicación de precepto podría llevar, y ello, aún cuando cada punto de conexión va acompañado de ciertas previsiones que lo acercan a la vida marital de los cónyuges. Así, en defecto de estatuto personal común, se estará al último que hubiera tenido los cónyuges, a condición de que uno de ellos lo hubiera mantenido. Lo mismo ocurre respecto de la residencia habitual común, en su defecto, la ley será determinada por la última residencia, a condición de que uno de los esposos la haya mantenido.

Pese a lo señalado hasta aquí, el artículo 19 de la ley austríaca, establece una fijación temporal en la determinación de la ley aplicable al régimen matrimonial en defecto de elección, que viene de nuevo, a crear incertidumbre acerca de si el derecho aplicable será, en realidad, el más cercano a la vida matrimonial. En concreto, establece que el régimen matrimonial se regirá, en defecto de designación expresa de las partes, por el derecho que al tiempo de la celebración fuera aplicable a los efectos personales del matrimonio. De esta forma, se introduce un fuerte estatismo en el juego de las conexiones, que queda circunscrito al momento de la celebración del matrimonio.

Otras legislaciones han optado también, por establecer como primer punto de conexión la ley personal común de los cónyuges. Para evitar la posible falta de proximidad con la vida matrimonial, a que la aplicación de aquél puede dar lugar según sea su concreción temporal, han recurrido a soluciones diferentes.

La reciente reforma del sistema italiano de Derecho Internacional Privado, establece que las relaciones personales entre cónyuges, así como las relaciones patrimoniales (cuando no exista acuerdo entre aquellos sobre la ley aplicable), se regirán por

¹³⁰ SCHWIND "Note introductive" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1979 p. 174 a 176.

la ley nacional común¹⁴. No obstante, no fija el momento en que será tenido en cuenta el punto de conexión para determinar la ley aplicable. Así pues, sólo cuando haya necesidad de determinar cual será aquella, porque por ejemplo haya sobrevenido una situación de crisis, habrá lugar a plantearse la cuestión¹⁵.

La ventaja que ofrece la falta de concreción temporal de la conexión, radica en que la ley que resulte aplicable tendrá una mayor proximidad con la vida matrimonial. La pareja puede tener una nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio pero posteriormente, uno de los cónyuges puede cambiar de nacionalidad o pueden cambiar los dos, e incluso pueden adquirir otra nacionalidad común distinta de la que, al inicio del matrimonio, tenían. Todos estos supuestos, quedarán cubiertos por la conexión, pues será la última situación relativa a la nacionalidad de los cónyuges la que primará y, en principio, será esta la que más se acerque al desarrollo actual de la vida matrimonial, lográndose así, una estrecha relación.

Hay que señalar, en este punto, que el empleo de la ley nacional común sin mayor concreción temporal, no equivaldrá a la *última ley nacional común* (conexión utilizada antes de la reforma)¹⁶.

¹⁴ Artículo 29 Legge 31 maggio 1995 n. 216 "1. I rapporti personali tra coniugi sono regolati dalla legge nazionale comune.

2. I rapporti personali tra coniugi aventi diverse cittadinanze o più cittadinanze comuni sono regolati dalla legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata."

¹⁵ BALLARINO lo explica así: "Nell'art. 29 della legge di riforma manca ogni riferimento di carattere temporale, atto a precisare il criterio di collegamento della cittadinanza che è per sua natura variabile. Da tale silenzio, si desume che la legge nazionale comune cui il legislatore ha inteso dare rilevanza è quella attuale, cioè quella esistente nel momento in cui si pone la questione (avanti al giudice, ad un notaio, oppure anche in una rinuncia fatta dalle parti, privatamente)." BALLARINO T. *Diritto internazionale privato*, Padova 1996 p. 402.

¹⁶ V. art. 16 Código Civil italiano de 16 de marzo de 1942. Sobre este punto v. BALLARINO T. *Diritto internazionale...* op. cit. p. 402.

La explicación es clara, en el segundo supuesto sólo se atiende a la existencia de esa nacionalidad común y a que fuera, efectivamente, la última. Sin embargo, en el primer caso puede que hubiera habido una ley nacional común, pero si en el momento de determinación de la ley aplicable no existe, poco importa que en el pasado existiera, pues automáticamente, entraría en juego la conexión subsidiaria.

La falta de concreción de esta conexión puede dar lugar, no obstante, a ciertos problemas. En el supuesto de cambio en las circunstancias que determinan aquél, los efectos personales del matrimonio pueden verse sometidos a leyes diferentes. De esta forma, según sean las circunstancias que, en orden a la nacionalidad, rodee a la pareja durante su vida matrimonial, se podrá determinar leyes diferentes que, según el momento, serán llamadas a regular los efectos personales y patrimoniales en defecto de elección de los cónyuges. Todo ello puede dar lugar al planteamiento, en su caso, de determinados problemas de conflicto móvil.

La legislación alemana retiene también, como conexión central para la determinación de la ley aplicable a los efectos generales del matrimonio, la correspondiente a la nacionalidad común de los cónyuges. Al igual que hacía la ley austríaca, introduce ciertas condiciones que tiene por finalidad asegurar que la ley que resulte definitivamente aplicable, esté en verdadera conexión con el matrimonio. Para ello, se exigirá que en el supuesto de que los cónyuges no conserven la misma nacionalidad, uno de ellos todavía la mantenga, aunque el otro haya adquirido una nueva.

Mediante esta previsión queda garantizada la existencia de vinculación, y superado el problema que genera la fijación temporal de esta conexión al momento de la celebración del matrimonio, como ocurre en el sistema español, y que puede llevar a aplicar una norma que nada tenga que ver con el matrimonio porque, por ejemplo la pareja ha podido adquirir una nacionalidad común diferente.

Pese a ello no se puede olvidar, que con aquella previsión no se garantiza que la ley aplicable sea la que más relación tenga con la vida matrimonial, sólo se garantiza que la relación existe. Un ejemplo vale para ilustrar esta cuestión: se trataría de una pareja de la misma nacionalidad, que reside durante toda su vida matrimonial en otro país. Al principio de su matrimonio, uno de los cónyuges decide cambiar de nacionalidad para adquirir la del país de residencia porque por ejemplo, le es beneficioso en su ámbito laboral. ¿puede afirmarse que en este supuesto existe más relación con la ley de la nacionalidad que en su día fue común, que con la ley de la residencia?

No es, sin embargo, esta la cuestión que viene a plantearse, por cuanto queda claro que el sistema parte de la primacía de una conexión : la ley nacional, y trata de evitar la lejanía de soluciones. Todo ello lo logra por esta vía: uno de los cónyuges mantiene la que fue la nacionalidad común. La mayor o menor vinculación que las conexiones pueden presentar con la vida matrimonial, es algo que el legislador tiene en cuenta a la hora de introducir las conexiones subsidiarias que jerárquicamente desarrollaran su función, incluida la de los vínculos más estrechos.

En este punto, conviene analizar una cuestión que ya se adelantaba, en relación a la regulación austríaca. Todo lo dicho hasta ahora, se entiende referido única y exclusivamente a los efectos generales del matrimonio, en concreto para los efectos personales. El Derecho alemán al igual que el austríaco, fija imperativamente las conexiones para el supuesto que se trate de regular el régimen legal de los bienes del matrimonio. En este caso, la fijación temporal remite al concreto momento de la celebración del matrimonio.

Ello hace que se vuelva, de nuevo, a la problemática de la lejanía de soluciones. No parece necesario insistir en que esta fijación temporal puede producir desconexión, pero si que se debe de

estudiar cual es el motivo que lleva al legislador a incluir tal concreción, que sólo será llamada a jugar en defecto de elección.

La legislación española y por lo que se refiere a la conexión nacionalidad común, sigue también, esta fijación temporal: *ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo* ahora bien, ofrece una importante diferencia respecto de aquellas legislaciones. En el caso español, la conexión juega para los efectos del matrimonio en general, mientras que, como se ha visto, en las otras legislaciones tan sólo jugará la fijación *al tiempo de la celebración del matrimonio*, para el supuesto de falta de elección del derecho aplicable al régimen económico matrimonial.

El motivo de la fijación temporal parece encontrarse en lograr seguridad y evitar, por tanto, uno de los problemas que se apuntaban respecto de la legislación italiana, esto es, el conflicto móvil¹⁴. En aquella regulación, el conflicto se plantea porque no existe fijación temporal de los puntos de conexión. A ese mismo resultado, sin embargo, llevará el intento de lograr una mayor acercamiento, entre la norma aplicable y la vida matrimonial, a través de cláusulas como las estudiadas.

La última ley nacional común de los esposos, al igual que la última residencia habitual, ofrece un importante margen de flexibilidad en la precisión de la conexión. Si la determinación de la ley debe de hacerse en dos momentos distintos, porque la cuestión de origen se plantea en momentos sucesivos, bien puede ocurrir que la ley aplicable haya cambiado, puesto que ha podido producirse un cambio en la nacionalidad de los cónyuges. Esto no ocurrirá con la adopción de una concreción temporal que, imperativamen-

¹⁴ STURM señala respecto de la legislación alemana, "Les rattachement résultant de l'échelle de Kegel sont impérativement permanents: le moment de la célébration du mariage est seul pris en considération. Mis à part le choix conventionnel d'une autre loi, toute modification ultérieure du critère de rattachement ne conduit pas à un conflit mobile." STURM F. "Personnes, famille et successions dans la loi... *op. cit.* p. 55.

te, fije la conexión en un único momento, por ejemplo, celebración del matrimonio. La consecuencia, en este caso, es clara: la eventual modificación de las circunstancias que determinan el punto de conexión, no provocará conflictos móviles.

Esta cuestión ya se había planteado en el sistema español, respecto de la regulación anterior. El antiguo artículo 9.2 recogía como conexión primaria la de la *última ley nacional común*, lo que contrastaba con la fijación temporal del punto de conexión subsidiario: al momento de la celebración del matrimonio. La primera daba entrada así, al problema del conflicto móvil, pues planteaba la posibilidad de que el derecho aplicable pudiera sufrir mutaciones sucesivas¹³⁸.

La regulación actual viene a poner fin a esta cuestión, ya que las diferentes conexiones que recoge cuentan con una precisión temporal que no dará lugar al planteamiento del tema, a saber, *ley personal común al tiempo de contraerlo o residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración*. Es esta la solución por la que el legislador español ha optado también, en muchas otras materias.

El coste que supone evitar el conflicto móvil, no es otro que el de introducir una posible lejanía de soluciones, en cuanto a la determinación de la ley aplicable se refiere. No sólo la legislación española sino, como se ha visto, otras de derecho comparado lo asumen precisamente, en esta materia. Además, la posible falta de conexión de la vida matrimonial con la ley que, en definitiva, resulte aplicable según el artículo 9.2, puede ser claramente paliada, respecto del régimen económico matrimonial, con la opción que es ofrecida a los cónyuges de autorregulación de su propio régimen.

¹³⁸ *Derecho Internacional Privado...* Oviedo 1989 *op.cit.* p. 179 "En definitiva, se da primacía en los supuestos de 'conflicto móvil' derivado del cambio de ley nacional de los cónyuges a la última ley nacional común: lo que provoca, como ha señalado la doctrina, una mutabilidad automática del derecho aplicable a las relaciones entre los cónyuges." MIAJA DE LA MUELA A. *Derecho internacional Privado...* 1987 *op. cit.* p. 461-462.

Es quizás, este mismo motivo en sentido contrario, el que lleva a que la regulación de los efectos del matrimonio, con exclusión del régimen legal en las legislaciones analizadas, busquen una mejor localización, por cuanto esta vedada la posibilidad de elección. A ello hay que añadir el propio contenido de los efectos, que carecen de carácter económico y que en definitiva, como se ha señalado, quedan al margen de la acción de la voluntad de las partes.

No hay que olvidar sin embargo, que hay ciertas legislaciones que incorporan la autonomía de la voluntad en este tema. Si bien, lo hacen de una forma tan limitada o condicionada, que no pasa de ser una opción teórica de difícil aplicación práctica. Por lo que se reclamará igualmente, un buen sistema de conexiones subsidiarias que reflejen la mejor localización¹²⁶.

Aquella argumentación podría haberse tenido en cuenta a la hora de aprobar el artículo 9.2. En definitiva, de los que se trataría es de introducir cláusulas de excepción que tendrían como objetivo, lograr una más estrecha vinculación de la vida matrimonial con la ley que regule los efectos de esa unión. La legislación española introduce una posibilidad de elección tan debilitada, por las condiciones a las que esta sometida, que la mejor localización se erige en un valor fundamental que ha de inspirar esta concreta regulación.

En cuanto al régimen legal, bastaría fijar temporalmente aquellas conexiones, por ejemplo al momento de la celebración del matrimonio, para que se satisficieran las necesidades de seguridad, que en este supuesto sería el valor a potenciar, puesto que la voluntad de las partes puede, en cualquier momento, corregir una posible lejanía de soluciones.

¹²⁶ V. el apartado dedicado a la conexión "Ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio".

A parte de otras consideraciones, el motivo último que vendría a justificar tal solución, bien podía estar relacionado con la protección de terceros. En el supuesto que las partes no hayan celebrado capitulaciones matrimoniales será, en principio, más fácil para los terceros saber a qué ley estará sometido su régimen económico evitándose así, todos los graves problemas que generará el planteamiento de eventuales conflictos móviles.

3 b) 2'. Coincidencia de varias nacionalidades, supuestos de apatridia

Es conveniente hacer referencia a una cuestión que no recibe tratamiento específico, en relación a esta materia en la legislación española, pero que si es objeto de particulares preceptos en otras legislaciones. Se trata de determinar la ley aplicable, en el supuesto de que uno o los dos cónyuges posean varias nacionalidades.

Esta cuestión recibe una dimensión nueva, si es tratada desde el punto de vista del conflicto de nacionalidades e identidad cultural. En un planteamiento general, se trata de buscar soluciones en las que se tenga en cuenta la propia identidad cultural de la personas. Esta misma solución puede orientar la problemática de estudio¹²⁷.

La cuestión, de carácter inminentemente práctico, se concreta en los siguientes términos: puesto que, como se ha estudiado, son varias las legislaciones que parten de la primacía de la ley nacional común de los cónyuges, ¿Cómo podrá determinarse la ley aplicable cuando uno de aquellos tenga dos nacionalidades?, ¿bastará que coincidan los cónyuges en una nacionalidad común, para que sea esa la que determine la ley aplicable, o deberá de darse preferencia a la nacionalidad del foro en que se plantea la cuestión?

¹²⁷ V. JAYME E. "Identité culturelle et intégration: Droit... en op. cit. p. 175 a 178.

Son dos las hipótesis que se pueden formular, pudiendo presentar cada una de ellas dos variantes. La primera consistirá en que sólo uno de los cónyuges sea doble nacional y, en la segunda los dos serían dobles nacionales. Las variantes dependerán de si alguna de aquellas nacionalidades coincide con la del foro o bien, se trata de nacionalidades extranjeras.

Puesto que, como ya se ha señalado, nuestra legislación no ofrece una regulación específica, parece más oportuno comenzar por el estudio de las soluciones que otras legislaciones de Derecho comparado han dado al tema dejando, para un momento posterior, la solución que una interpretación en conjunto de la legislación española, da a la cuestión.

La ley alemana de 25 de julio de 1986 da una respuesta específica a este problema. En concreto, dispone que en el supuesto en que uno de los cónyuges posea la nacionalidad de varios Estados, podrán elegir el derecho de uno de esos Estados, exigiéndose para ello un sólo requisito: que el otro cónyuge posea también la nacionalidad de aquél Estado¹²⁸.

La solución por tanto, se concreta en dar la posibilidad a los cónyuges de elegir la ley que coincida con la nacionalidad común. De esta forma se resuelve la cuestión en las dos hipótesis. La única peculiaridad que podría presentar la segunda sería que en el caso de varias nacionalidades, los cónyuges podrían coincidir en dos de ellas, ampliándose así, la posibilidad de elección. En este punto, no se debe de olvidar, que todo esto resultará condicionado, en el supuesto de la regulación del régimen legal del matrimonio, esto es, en defecto de elección de ley aplicable, al momento de la celebración de aquél.

¹²⁸ Art. 14 (2): "Lorsque l'un des deux époux est ressortissant de plusieurs Etats, les époux peuvent, nonobstant l'article 5, alinéa 1°, choisir la loi de l'un de ces Etats, pourvu que l'autre époux possède également cette nationalité."

Esta específica regulación cuenta con dos características básicas. Como ya se ha podido deducir, la ley aplicable al régimen legal de bienes del matrimonio, puede no presentar una vinculación con la vida matrimonial. El precepto sólo exige la coincidencia en la nacionalidad que determinará la ley a aplicar y por tanto, no se exige ninguna suerte de vinculación, de lo que se deduce que la nacionalidad puede ser no efectiva¹³⁹. Esta característica distancia definitivamente, a esta regulación de la que la ley italiana ofrece en este tema.

Son muchas las legislaciones, incluidas la española, que parten de una clara superioridad de la nacionalidad del foro frente a la nacionalidad extranjera. Estas legislaciones incluyen un precepto que viene a hacer prevalecer a la ley nacional del foro en el supuesto de coincidencia con una nacionalidad extranjera¹⁴⁰. La exclusión de esta preferencia constituye la segunda característica de la regulación alemana.

En efecto, sólo se puede arbitrar una solución como la que predica el precepto alemán, si expresamente se ha excluido la preferencia, en este caso, por la nacionalidad alemana. La aplicación

¹³⁹ STURM señala como "Il n'est pas nécessaire que la nationalité choisie soit la nationalité effective. Même un ressortissant allemand peut opter pour la loi de l'Etat qui doit lui délivrer son second passeport. En effet, l'article 5, alinéa 1°, ECGBG est expressément exclu." STURM F. "Personnes, famille et successions dans la loi... op. cit. p. 53.

¹⁴⁰ El Código Civil español establece en su art. 9.9 "Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestra leyes o en los tratados internacionales." La ley alemana dispone art. 5 (1) "Lorsqu'est applicable la loi nationale d'une personne et que celle-ci possède plusieurs nationalités, il faut se reporter à la loi de l'Etat auquel la personne est le plus étroitement liée, notamment par sa résidence habituelle ou des événements caractéristiques de sa vie. Si la personne possède aussi la nationalité allemande, cette nationalité prévaut.", en el mismo sentido la ley italiana art. 19.2 señala "Se la persona ha più cittadinanze, si applica la legge di quello tra gli stati di appartenenza con il quale essa ha il collegamento più stretto. Se tra le cittadinanze vi è quella italiana, questa prevale.". Una excepción la constituye la ley suiza de 1978 v. art. 23.

práctica de esta exclusión se traduce en un mayor margen en las posibilidades de elección, y por tanto, en la oportunidad de que pueda elegirse la nacionalidad más significativa para la persona o personas implicadas pudiendo, de esta forma, tomarse en consideración la identidad cultural de aquellas¹⁴¹.

No obstante, la autonomía todavía estaría limitada. Un ejemplo, vale para ilustrar la cuestión. En el supuesto de matrimonio entre una doble nacional alemana y austríaca y un nacional austríaco, si se hiciera jugar la preferencia de la nacionalidad alemana, la ley aplicable se determinaría por la conexión: ley de la residencia habitual común art.14; sin embargo, al excluirse expresamente aquella preferencia, los cónyuges podrán elegir la ley austríaca, por ser esta la correspondiente a la nacionalidad que ambos cónyuges tienen¹⁴².

La legislación italiana también, va a dedicar un precepto a la problemática de la posible doble nacionalidad de uno o de ambos cónyuges. En concreto, el artículo 29.2 establece que *las relaciones entre cónyuges que tuvieran distinta nacionalidad o varias nacionalidades comunes se regularán por la ley del Estado en que la vida matrimonial esté prevalentemente localizada*.

Es sin duda, la utilización de una conexión flexible la característica más relevante de esta regulación, que se aleja notablemente de la alemana. En el supuesto en que las partes coincidieran en varias nacionalidades comunes, ya no se va a erigir las leyes correspondientes a esas nacionalidades, como posibles términos de una elección abierta a los cónyuges; por contra, se dejará paso

¹⁴¹ JAYME E. "Identité culturelle et intégration: Droit... en *op. cit.* p. 178 "Si l'on pense à l'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté des parties en droit international privé, l'on pourrait penser à une résolution des conflits de nationalité par le choix de la nationalité significative par la personne intéressée. Nous n'en sommes, pour l'instant, qu'aux prémices d'une telle solution."

¹⁴² V. este ejemplo en JAYME E. "Identité culturelle et intégration: Droit... en *op. cit.* p. 178

al análisis de los vínculos más estrechos, de forma que la ley que resulte aplicable será aquella con la que la vida matrimonial este más estrechamente relacionada. La legislación italiana pasa así, a otorgar gran relevancia a la nacionalidad efectiva.

El conflicto de nacionalidades ya no buscará una solución en la autonomía de la voluntad de los cónyuges concretamente, en la elección de una nacionalidad significativa. En este caso, se trataría de tener en cuenta la identidad cultural, a través de la efectividad de la nacionalidad. Existe para ello diversos cauces, piénsese por ejemplo, en la importancia de la lengua hablada del doble nacional en especial, en los supuestos en que esa persona vive en una Estado tercero¹⁰.

Más problemática resulta la solución que ésta regulación da a la primera hipótesis que se describía más arriba. En concreto, se trataría de determinar la ley aplicable cuando uno de los cónyuges es doble nacional, siendo una de sus nacionalidades la italiana pero, coincidiendo con su cónyuge en otra nacionalidad distinta de ella.

En principio, el artículo 29.1 no deja lugar a dudas al establecer que las relaciones personales entre cónyuges, se regularán por la ley nacional común. Bastará que las partes coincidan en una nacionalidad para que ésta determine la ley a aplicar. La solución sin embargo, se torna diferente, cuando en el conflicto entre nacionalidades entra en juego la italiana.

Como ya se ha señalado anteriormente, en este tema la legislación italiana recoge un precepto que da preferencia a la nacionalidad italiana en el caso de que una persona tuviera además, otras nacionalidades. A diferencia de lo que ocurría en el caso alemán, no existe una exclusión expresa de este precepto, con lo que la con-

¹⁰ Respecto de la efectividad de la nacionalidad y la identidad cultural v. JAYME E. "Identité culturelle et intégration: Droit...", en *op. cit.* p. 178-179.

secuencia inmediata no es otra que la imposibilidad de aplicar la ley nacional común, pues la situación de doble nacionalidad decae a favor de la ley italiana.

Son muchas las objeciones que la doctrina italiana hace a la existencia de este precepto y en concreto, a la influencia directa que ejerce en esta cuestión¹⁴⁴. Se ha postulado que este "inadecuado"¹⁴⁵ artículo no debe de aplicarse en el supuesto anterior, es decir, que no debe de prevalecer la nacionalidad italiana en el caso de que los cónyuges tengan una nacionalidad común y uno de los dos posea la italiana¹⁴⁶. De prevalecer aquella, se tendría que recurrir a la conexión del artículo 29.2: al no poder jugar la nacionalidad común, resultaría aplicable *la ley con la que la vida matrimonial está prevalentemente localizada*. Ello supondría excluir el recurso a la ley nacional común, dando preferencia a una conexión secundaria de carácter residual.

Se ha apuntado sin embargo, que el artículo 19 sí podría tener aplicación en el supuesto en que se poseyesen varias nacionalidades¹⁴⁷. En este caso, la preferencia de la ley italiana no

¹⁴⁴ V. el estudio de esta cuestión en BARIATTI S. *La disciplina giuridica della cittadinanza italiana, vol II: Legge 5 febbraio 1992*, Milano 1996 p. 64 a 67. VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali op. cit.* p. 60 a 64.

¹⁴⁵ BALLARINO T. *Diritto internazionale... op. cit.* p. 403.

¹⁴⁶ VIARENGO señala como "si se fa prevalere la cittadinanza italiana si dovrebbe applicare ai loro rapporti non la legge della cittadinanza comune bensì quella della localizzazione prevalente della vita matrimoniale, con la conseguenza che il semplice possesso della cittadinanza italiana da parte di uno dei coniugi determinerebbe l'esclusione del ricorso alla legge nazionale comune, in sede di applicazione di una norma di conflitto nella quale è appunto questo il collegamento previsto in via principale, mentre al criterio della localizzazione prevalente è attribuito un ruolo residuale." VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali op. cit.* p. 63 y v. en el mismo sentido BARIATTI *La disciplina giuridica della cittadinanza italiana, II, legge 5 febbraio 1992 n. 91*, Milano 1995 p. 64 a 67, en especial p. 66.

¹⁴⁷ V. VIARENGO "Nel caso in cui esse abbiano due cittadinanze comuni,... l'art. 19 può venire in rilievo - nonostante le considerazioni critiche già svolte - al fine de garantire la prevalenza della legge italiana sancita espressamente da questa norma." VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali op. cit.* p. 64.

impediría el juego de la conexión principal: ley nacional común. Así, se cumpliría el objetivo del artículo 19, sin producirse una grave distorsión en dicha conexión principal. Por otro lado, la preferencia por la ley italiana puede encuadrarse en el marco de la *ley del Estado en que la vida matrimonial esté prevalentemente localizada*, aún cuando ello suponga un ficción.

Por lo que se refiere a la legislación española, y como se ha indicado anteriormente en este punto, no hay ningún tipo de previsión específica. No obstante, al igual que las otras legislaciones estudiadas, el Código Civil español parte de una preferencia por la nacionalidad española frente a cualquier nacionalidad extranjera.

La consecuencia de la interpretación integrada del artículo 9.2 y 9.9, es que la conexión ley nacional común, no jugará en el supuesto en que la coincidencia se produzca en una nacionalidad distinta de la española y ésta *no estuviera prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales*,¹⁴ puesto que *prevalecerá en todo caso la nacionalidad española* del que ostentará otra de las características enunciadas.

Las conexiones utilizadas en el artículo 9.2 tratan de buscar unos vínculos reales que unan al matrimonio con la ley aplicable. La primera conexión: ley nacional común revela, indudablemente, una vinculación que en supuestos de doble nacionalidad, se va a obviar en favor de conexiones secundarias. La consecuencia de la aplicación de vínculos formales de nacionalidad, como los recoge

¹⁴ Respecto de la distinción de situaciones previstas y no previstas v. ESPINAR VICENTE J.M. "Aproximación crítica a la Proposición de Ley de Reforma del Derecho de la Nacionalidad" en *Revista de Economía y Sociología del Trabajo* n° 8-9 septiembre 1990 p. 70 y s.s. en especial p. 72 v. respecto de la distinción de situaciones de doble nacionalidad reconocidas y toleradas por el ordenamiento español ALVAREZ RODRIGUEZ A. "Binacionalidad en el ordenamiento español y su repercusión en la Unión europea" en *VVAA Estudios de Derecho europeo* primer Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid 1994 p. 27 a 119, en especial p. 61 a 80.

dos en el Código, puede ser la generación de situaciones en que el nexos con España sea sólo aparente¹⁴⁹.

Todo ello lleva a postular, como ya ha hecho la doctrina, el que resultaría preferible adoptar criterios que hicieran decaer la situación de doble nacionalidad a favor de la más vinculada y, con independencia de cual fuera la nacionalidad del foro¹⁵⁰. A ello coadyuva el Convenio de La Haya de 1930¹⁵¹ que establece la posibilidad de que un individuo que posea una o varias nacionalidades, sea considerado por cada uno de los Estados en los que tiene la nacionalidad como su nacional, aceptando, por tanto, que el Estado pueda optar por aplicar una solución contraria¹⁵².

¹⁴⁹ FERNANDEZ ROZAS J.C y RODRIGUEZ MATEOS P. "Artículo 9, apartado 9" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T.I vol. 2º Edersa, Madrid 1995, p. 392 a 429, en especial p. 411 a 417 p. 416 "en definitiva, la estimación de los vínculos formales de nacionalidad en detrimento de los vínculos reales no es correcta en un sistema de Derecho Internacional privado orientado a la continuidad y estabilidad del tráfico externo."

¹⁵⁰ FERNANDEZ ROZAS J.C y RODRIGUEZ MATEOS P. "Artículo 9, apartado 9" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T.I vol. 2º Edersa, Madrid 1995, p. 392 a 429, en especial p. 415 "..., siendo preferible estar a la nacionalidad más vinculada sin necesidad de especificar cuál sea ésta ni, por tanto, que sea necesariamente la del foro."

¹⁵¹ Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur nationalité, avril 1930 en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1930 p. 337 a 351 art. 3 "Sous réserve des dispositions de la présente Convention, un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré, par chacun des États dont il a la nationalité comme son ressortissant."

¹⁵² LAGARDE explica como "... l'emploi du verbe 'pourra' le laissait libre d'adopter la solution inverse et même, semble-t-il, de faire varier la solution en fonction de l'intérêt pratique en cause." LAGARDE P. "Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités (à propos notamment de l'arrêt Dujaque de la première chambre civile du 22 juillet 1987)" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 77 (1) janv.-mars 1988 p. 29 a 54, en concreto p. 31. v. en este punto referencia en FERNANDEZ ROZAS J.C y RODRIGUEZ MATEOS P. "Artículo 9, apartado 9" en *Comentarios... EDERSAop. cit.* p. 415.

Al margen del estudio de si sería conveniente una reforma del artículo 9.9, el cual excede el objeto de este trabajo, conviene señalar que la adopción de una solución parecida a la acogida en la legislación alemana, podría resultar satisfactoria en esta cuestión. Se trataría de excepcionar la aplicación de aquel precepto, para el supuesto en que deba jugar la primera conexión del artículo 9.2, y se produzcan situaciones de doble nacionalidad o coincidencia en varias nacionalidades.

En estos casos, se daría a los cónyuges la posibilidad de elegir la ley aplicable, lo cual no provocaría ninguna distorsión en la jerarquía de las conexiones, y podría seguir el mecanismo que el mismo precepto ha arbitrado para el segundo punto de conexión, a saber, *ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico, lográndose así, satisfacer la necesidad de certidumbre.*

La introducción de la autonomía de la voluntad, tiene la consecuencia inmediata de facilitar la solución del conflicto de nacionalidades, a través de la libertad de las partes para elegir la nacionalidad más significativa y acorde con su identidad cultural.

En el supuesto en que los cónyuges no elijan la ley aplicable, en el marco indicado, se podría postular una solución parecida a la que la doctrina italiana sugería. Una vez exceptuada la aplicación del artículo 9.9, bastaría la existencia de una nacionalidad común para que aquella jugara, con independencia de que uno de los cónyuges fuera doble nacional.

Esta solución vendría alentada por la clara primacía que la legislación otorga a la ley nacional común, respecto a la cual, parece no encontrarse motivos suficientes, en este supuesto, para su exclusión. De lo que se trataría en definitiva, sería de aplicar la primera conexión en un supuesto en que existe nacionalidad común, por más que aparezca complicado con la tenencia, por alguno de los cónyuges, de otra nacionalidad.

Si los cónyuges coincidieran en varias nacionalidades entonces, dos serían las posibles soluciones. Podría buscarse la nacionalidad con la que más relacionada estuviese la vida matrimonial, para ello se necesitaría introducir la conexión de los vínculos más estrechos; o bien, podría hacerse jugar la preferencia del artículo 9.9 por la nacionalidad española.

En principio, esta última solución parece más acorde con la regulación que el Código Civil hace de los efectos del matrimonio ya que, ninguno de los preceptos de referencia (9.2 y 9.3) recoge una conexión flexible. El juego de la ley nacional común, obliga a que se tenga en cuenta una sola de las nacionalidades y un posible criterio de selección, sería aceptar la mencionada preferencia por la nacionalidad española.

Sin embargo, el problema continuaría en el supuesto en que ninguna de las nacionalidades comunes fuera la española. En este caso no se hace posible el juego de la nacionalidad común pues, la ley personal pasaría a estar determinada por la ley de la residencia habitual, como así establece el artículo 9.10. Por tanto, si los cónyuges al tiempo de contraer matrimonio, poseían una residencia habitual común, la ley correspondiente a ella será la rectora de los efectos del matrimonio.

Esta solución también, se aplicaría al supuesto en que uno o ambos cónyuges fueran apátridas (Convenio sobre el estatuto de los apátridas Nueva York 28 sept.1954), puesto que se considera que la ley personal de los que carecen de nacionalidad, es la de la residencia habitual. Así, la ley personal común de aquellos, será la correspondiente a la residencia habitual de ambos. Si sólo uno de los cónyuges es apátrida entonces, cada uno tendrá una ley personal que se determinará de forma diferente: nacionalidad o residencia, pero en el caso concreto podrían coincidir, piénsese en que la nacionalidad de uno coincide con la del Estado en que el apátrida tiene su residencia.

En todos los supuestos en que se considera como ley personal, la determinada por la residencia habitual: apatridia o coincidencia de dos o más nacionalidades, ninguna de la cual es la española, se produce un cierto solapamiento de las opciones jerárquicas consagradas en el artículo 9.2, a saber, ley personal común al tiempo de la celebración del matrimonio y ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración.

3.b) 3. Nacionalidad de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento

El catálogo de conexiones alternativas ofrecido por el artículo 9.3 incluye en segundo lugar, la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges. Una vez eliminada toda discriminación por razón de sexo del ordenamiento jurídico, resultaba lógica la inclusión de tal conexión. Como se ha visto, la nacionalidad ha estado siempre presente en la regulación de los efectos del matrimonio, y conforme desaparecían de las distintas legislaciones, las cláusulas de adquisición de la nacionalidad del marido con ocasión del matrimonio, resultaba inevitable la alusión a la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges.

La legislación anterior, como ya se ha tenido ocasión de señalar, incluía la ley de cualquiera de los cónyuges, en cuanto a norma permisiva de las capitulaciones. Habrá que esperar sin embargo, a la nueva regulación para que esta conexión retome el protagonismo compartido con otras dos más.

Así pues, según se desprende el artículo 9.3 actual, los esposos podrán capitular conforme a la ley correspondiente a la nacionalidad de cualquiera de ellos, o simplemente elegir esa ley como rectora de su economía matrimonial. Esta conexión se acoge en la mayoría de los ordenamientos, alemán, suizo, italiano, español, Convenio de la Haya... Su inclusión debe valorarse positivamente pues, además de ampliar el catálogo de conexio-

nes, supone el reconocimiento de la individualidad de los cónyuges, que serán los que deberán de llegar a un acuerdo sobre la ley nacional a aplicar.

Uno de los criterios que podrían servir de orientación a aquella decisión, es la proximidad del matrimonio con el Estado del cual es nacional uno de los cónyuges. Esa proximidad puede concretarse también, en la residencia en aquél país de uno o de ambos cónyuges, o en la existencia de intereses económicos de la pareja. No obstante, la autonomía de la voluntad de los cónyuges, no se verá limitada por ningún requisito adicional a la sola posesión de la nacionalidad. Por ello, las capitulaciones podrán seguir la ley de la nacionalidad de uno de ellos, aunque no exista ninguna otra vinculación con el Estado correspondiente.

Una de las virtualidades que se han destacado de la actual regulación, es la fijación temporal de las conexiones al tiempo del otorgamiento. Los cónyuges podrán pactar conforme a la ley de la nacionalidad correspondiente a uno de ellos, en el momento en que decidieran otorgar capitulaciones. Será por tanto, irrelevante que esa nacionalidad cambie posteriormente pues, el régimen económico matrimonial estará fijado de acuerdo a aquella norma. Se requerirá de la voluntad de los esposos, específicamente manifestada en escritura pública, para que se produzca un cambio de ley, y un nuevo contrato capitular. La fijación temporal, es la misma para todas las conexiones empleadas en el artículo 9.3, a salvo de la remisión que incluye a su vez, la ley de los efectos.

La combinación de esta conexión con otras y en especial con la de la residencia habitual, amplía las posibilidades de pacto de los cónyuges, objetivo básico de las nuevas regulaciones. Lo cierto es que la virtualidad de la conexión "nacionalidad de cualquiera de las partes" que aquí se ha destacado, no sería completa si no estuviera acompañada del resto de conexiones. En efecto, la posibilidad de pacto se vería limitada, en defecto de aquellas, a dos

normas y supondría que sólo los matrimonios mixtos de distinta nacionalidad, pudieran pactar conforme al artículo 9.3.

Se excluiría por tanto, los supuestos de cónyuges de la misma nacionalidad que residen en el extranjero y la autonomía de la voluntad quedaría ciertamente, mermada. Por todo ello, debe concluirse que la introducción de esta conexión es importante, por la ampliación de las posibilidades de elección de ley aplicable que produce, pero dentro del marco en que se desarrolla, es decir, en combinación con el resto de conexiones, en especial la referida a la ley de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges.

3. C) RESIDENCIA HABITUAL

3.c) 1. Análisis general de la conexión residencia habitual

Junto con la nacionalidad, la residencia habitual es la conexión empleada por los diferentes sistemas conflictuales, para regular las relaciones entre cónyuges, tanto personales como patrimoniales.

Esta solución es acogida con carácter principal en Suiza¹⁹⁾, Rusia²⁰⁾ y países anglosajones y también, aunque en ocasiones acompañada de carácter subsidiario, en países en los que tradicio-

¹⁹⁾ Ya en el Proyecto suizo de 1982, y en la actualidad en la Ley federal de 18 de diciembre de 1987 v. art. 46. Resulta significativa la regulación de la ley aplicable al régimen matrimonial, a salvo de otras diferencias, los dos términos de la elección son: el domicilio y la nacionalidad (art. 52), al revés que las legislaciones que siguen el sistema de la nacionalidad, las cuales ofrecen como primer término de la elección la ley de la nacionalidad, ej. art. 9.3 CC español o art. 15 de la Ley alemana.

²⁰⁾ Esta regulación presenta además, la peculiaridad de recoger como último punto de conexión la ley del foro. v. art. 161 del Código de familia de 8 de diciembre de 1995 y art. 27 del Convenio de la CEI de 22 de enero de 1993 sobre asistencia judicial y relaciones en materia de Derecho civil, Derecho de la familia y Derecho penal *Rev. crit. dr. internat. priv.* 86 (1) [Janvier-mars 1997] p. 149 y 152-153.

nalmente la nacionalidad ha sido el eje central de la regulación. Respecto de estos últimos países, lo que comenzó a ser una tendencia, se ha consolidado en la actualidad como lo demuestran las distintas codificaciones.

La inclusión de la residencia en este ámbito se debió, en gran medida, a la necesidad de incorporar nuevas conexiones, que fue propiciada por la penetración y asentamiento del principio de igualdad de sexos y que, como anteriormente se ha estudiado, se tradujo en la desaparición de la ley nacional de marido de las diferentes legislaciones.

En el supuesto en que los cónyuges tuvieran nacionalidad diferente, la ley nacional del marido ya no podía ser utilizada para regular los efectos, y fue necesario recurrir a otra solución del conflicto de leyes, como es la aplicación de la residencia habitual, a salvo de la mencionada inclusión de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges.

En esta línea debe destacarse que ya en 1956, el Instituto de Derecho Internacional aprobaba una Resolución, por la que se introducía la residencia habitual como conexión reguladora de los efectos del matrimonio, entre cónyuges de nacionalidades diferentes en el orden personal. En cuanto a las relaciones patrimoniales, establecía la aplicación de la ley del primer domicilio conyugal o, en su defecto, la ley del lugar de celebración del matrimonio¹⁵⁵.

¹⁵⁵ La Resolución tenía el siguiente contenido.

"article premier.- Pour les effets du mariage sur les rapports du droit de famille d'ordre personnel entre des époux de nationalités différentes, on appliquera:

a) la loi de la résidence habituelle commune des époux;

b) en l'absence de résidence habituelle commune des époux, la loi de leur dernière résidence habituelle commune, ou, au cas où il n'y aurait jamais eu de résidence habituelle commune, la loi de lieu de la célébration du mariage.

article 2.- Pour les effets du mariage sur les rapports du droit de famille d'ordre patrimonial entre des époux de nationalités différentes, on appliquera la loi du premier domicile conjugal, ou, au cas où il n'y aurait jamais eu de domicile conjugal, la loi du lieu de la célébration du mariage." *Annuaire de IDI*, session de Grenade 1956 p. 176.

Más tarde la jurisprudencia francesa en Sentencia de la *Cour de Cassation* de 19 de febrero de 1963¹⁵⁶, la ley polaca de 1965 (art. 17.3)¹⁵⁷, el Código Civil portugués de 1966 (art. 52), la Ley austriaca de 1978 (art. 18), el Decreto-Ley húngaro de 1979 (art. 39)¹⁵⁸... acogieron estos criterios en su articulado, al igual que lo hizo el Convenio de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales (art. 3 y 4).

El clásico debate sobre la nacionalidad y residencia¹⁵⁹ o domicilio, trataba de señalar los méritos de cada una de estas conexiones, para proclamar su primacía respecto de la otra. Pronto, sin embargo, se llegó a la conclusión de que tanto las virtudes como los defectos tenían un carácter relativo y que cualquier intento de ensalzar la una respecto de la otra era, cuando menos, dudoso¹⁶⁰.

Se partía de la propia fundamentación de las conexiones, así la identificación de la nacionalidad con una *societas naturalis de homines conformados en comunidad de vida y de conciencia social por*

¹⁵⁶ Caso *Chemani*.

¹⁵⁷ Ley de 12 de noviembre de 1965, sobre Derecho Internacional Privado n°46, en *Diario Oficial de la República Popular de Polonia*, de 17 de noviembre de 1965.

¹⁵⁸ Decreto-Ley n° 13/1979 del Presidium de la República Popular Hungara sobre Derecho Internacional Privado, en *Diario Oficial húngaro* de 31 de mayo de 1979.

¹⁵⁹ V. en especial, el apartado que LOUSSOUARN dedica a "Mérites respectifs de la nationalité et du domicile envisagés comme critères de rattachement" en LOUSSOUARN Y. "La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé" en *Annuaire de IDI* vol. 62 T.I, session du Caire 1987 p. 295 a 381, en concreto p. 316 a 333 y DE WINTER L.J. "Nationality or domicile. The present state of affairs" *R. des C.* 1969 III p. 347 a 503.

¹⁶⁰ En las deliberaciones del IDI de 1956, ya se señalaba como "En réalité, ni le système de la loi nationale, ni celui de la loi du domicile ne sont des solutions absolument satisfaisantes, et il faudra arriver à un compromis. L'institut est ici saisi d'un problème où le compromis est possible." BATIFFOL H. VALLADAO H. "Les conséquences de la différence de nationalités des époux sur les effets du mariage" *Annuaire del IDI* 1956. Session de Grenade p. 124 a 177, en concreto p. 132.

la unidad de territorio, de origen, de costumbres y de lengua¹⁶¹, suponía la afirmación de la superioridad de la nacionalidad sobre la residencia o domicilio. La constatación de las diferentes realidades que dentro de una misma nación se viven: grupos con distinto origen, costumbres e incluso lengua, supone la relativización de aquel argumento¹⁶².

Otro de los argumentos más utilizados en favor de la nacionalidad es la estabilidad¹⁶³. La certidumbre de la nacionalidad de una persona parece ser mayor que la de su domicilio, máxime cuando aquella suele ser más permanente que el domicilio que, en principio, es más fácilmente mutable. También se señalaba como la prueba resultaba más fácil respecto de la nacionalidad que respecto del domicilio¹⁶⁴.

Todos estos razonamientos chocaban con un problema fundamental. Cada vez eran más frecuentes los matrimonios entre cónyuges de diferente nacionalidad y estas uniones mixtas daban lugar a un conflicto de leyes personales que aparecía como irresoluble, desde el punto de vista de la nacionalidad, sobre todo en un momento en que ya no existía ningún tipo de argumento que permitiera la primacía de una nacionalidad sobre la otra¹⁶⁵.

¹⁶¹ MANCINI P. S. "La nazionalità come fondamento del diritto delle genti" Lección pronunciada en la universidad de Turin el día 22-enero de 1851, v. traducción CARRERA DIAZ M. *Sobre la nacionalidad*, Madrid 1985, p. 37.

¹⁶² LOUSSOUARN Y. "La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé" en *Annuaire de IDI* vol. 62 T.I, session du Caire 1967 p. 317 a 319.

¹⁶³ BATIFFOL H. "Principes de droit international privé" en *R. des C.* 1959-II p. 498 a 512.

¹⁶⁴ V. respecto de la evolución del estatuto familiar, las ventajas de la ley del domicilio y su penetración en Derecho positivo y las dificultades a las que da lugar la ley nacional MAYER D. "Evolution du statut de la famille en droit international privé" en *Journ. dr. int.* 1977 p. 447 a 469 en concreto p. 451 a 457.

¹⁶⁵ LOUSSOUARN Y. "La dualité des principes de nationalité et de domicile..." *op. cit.* p. 327.

Por todo ello, como ya se ha señalado, se trató de buscar una solución introduciendo un criterio neutro que, debidamente combinado con la conexión ley nacional, ofreciera a los interesados la posibilidad de opción. Se incluye así, el criterio de la residencia o del domicilio con un nuevo fundamento, que se aleja del principio de soberanía tan arraigado a la nacionalidad. Se trata de la búsqueda del derecho más próximo, esto es, del principio de proximidad¹⁰⁶.

Es así, como "una nueva filosofía"¹⁰⁷ va a penetrar en las legislaciones, llegando a colmar el vacío que dejaba el recurso a la ley nacional del marido. La autonomía de la voluntad de los cónyuges será la que debidamente utilizada y dentro de los márgenes que supone los términos de tal elección: ley de la nacionalidad, ley de la residencia y, en algunos casos, ley del lugar de celebración del matrimonio, determinará la ley aplicable resolviéndose de esta forma, el conflicto de leyes personales.

Ante la dualidad de los principios de nacionalidad y domicilio en Derecho Internacional Privado, el Instituto de Derecho Internacional opta, esta vez, por hacer una Recomendación que tiene por finalidad lograr una armonización de las reglas de conflicto¹⁰⁸.

¹⁰⁶ LAGARDE P. "Cours général de droit inter... op. cit. p. 89 a 91.

¹⁰⁷ SANCHEZ LORENZO y JAYME poseen como ejemplo de esta nueva filosofía, al Código Civil español art. 9.2 y art. 9.3, por la introducción de la autonomía de la voluntad de las partes en las relaciones mixtas, en concreto en el tema de los conflictos de leyes personales v. SANCHEZ LORENZO S. "Postmodernismo y Derecho Internacional Privado" en *R.E.D.I.* 1994 n° 2 p. 557 a 585, en concreto p. 574 y "Postmodernismo e integración en el Derecho Internacional" en *VVAA Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, Madrid 1996, p. 149 a 173, en concreto p. 166-167 JAYME E. "Identité culturelle et intégration: Droit... en op. cit. p. 152-153. Para un análisis de la cuestión v. apartado dedicado a "la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, elegida por ámbos en documento auténtico antes de la celebración del matrimonio."

¹⁰⁸ V. Texto de la Resolución en *Annuaire de IDI* vol 62 II, Session du Caire 1987 p. 291 a 295.

Para ello y en lo que a regímenes matrimoniales se refiere, recomienda a los Estados ofrecer a los esposos una opción entre la ley de la nacionalidad y la ley del domicilio de uno de ellos. En materia de efectos personales del matrimonio también, recomienda ofrecer una opción entre la ley de la nacionalidad o la ley del domicilio, siempre que los esposos tengan una nacionalidad y un domicilio común¹⁶⁹.

Cualquier análisis de la conexión residencia habitual o nacionalidad quedaría incompleto, desde el punto de vista del momento actual, si no se aludiese a los ya mencionados fenómenos transnacionales. Estos se concretan en los movimientos migratorios, que afectan a distintos países, unos como países de acogida y otros como países de emigración. La solución a los conflictos que desde esta perspectiva se dará coincide, con la señalada aquí.

Respecto de la conexión ley nacional se afirmaba más arriba¹⁷⁰, como había experimentado una cierta revitalización al ser considerado un principio idóneo, para la protección de la identidad cultural de aquellos grupos que se caracterizaban por el mantenimiento de su lengua, costumbres, religión..., lo que hace muy difícil la asimilación con la cultura de los países de acogida. En especial, se trata de grupos étnicos pertenecientes al mundo islámico.

Esta conclusión era sin embargo matizada, ya que ante otros supuestos de emigración, resultaba más adecuada una

¹⁶⁹ "B. *Conflicts de lois*

3. En matière de régimes matrimoniaux, il est recommandé aux Etats dont la règle de conflit est fondée sur un rattachement objectif d'offrir aux époux une option entre la loi de la nationalité et la loi du domicile de l'un d'entre eux.

5. En matière d'effets personnels du mariage, de divorce et de séparation de corps, il est recommandé aux Etats d'offrir aux époux une option entre la loi nationale et la loi du domicile, lorsqu'ils ont une nationalité commune et un domicile commun, dans les cas où l'Etat national est différent de l'Etat où est situé le domicile."

¹⁷⁰ V. apartado dedicado a la ley personal determinada por la nacionalidad.

conexión diferente, en concreto la ley de la residencia o del domicilio, y ello porque debía estar presente el principio de proximidad.

En realidad, de lo que se trata es de la existencia de dos tipos de emigración, que requiere soluciones adecuadas a sus características y que, por otro lado, se verán claramente influenciadas por la política legislativa seguida en los distintos países¹⁷¹.

La diferencia esencial que aleja a estas dos tipos de movimientos migratorios, es la existencia o no de un posibilidad real de asimilación y por tanto, de igual tratamiento automático de los nacionales de los países de acogida y de los sujetos de la emigración. Junto a ella, existe muchas otras notas que viene a diferenciar una de la otra: carácter más o menos temporal de la emigración, espíritu de retorno...

Un ejemplo vale para ilustrar esta cuestión. Una pareja de alemanes adquiere una casa en España y deciden, a su jubilación, instalarse allí de una manera definitiva, sin renunciar a su nacionalidad alemana. Un magrebí decide ir a Francia donde trabaja con la intención de ahorrar lo suficiente para mantener a su familia y, conseguir la dote necesaria para lograr un buen

¹⁷¹ Así, VAN HECKE señala como una política de asimilación de inmigrantes será muy favorable a la adopción del domicilio como punto de conexión VAN HECKE G. "Principes et méthodes de solution des conflits de lois" en *R. des C.* 1969 (1) p. 399 a 569, en concreto p. 532- 533 y bastante reacia a la adopción de la nacionalidad, por los inconvenientes que presenta tal conexión desde aquella perspectiva, así DEPRez indica como: "... alors que de ce point de vue le rattachement par la nationalité présente l'inconvénient de soumettre l'étranger à une loi d'origine qui n'est plus celle du milieu où il vit, et aussi celui d'entretenir par la survivance du statut national une certaine psychologie d'extranéité incompatible avec la politique recherchée." DEPRez J. "Droit international privé et conflits de civilisation. Aspects méthodologiques (les relations entre systèmes d'Europe occidentale et système islamique en matière de statut personnel) en *R. des C.* 1988 IV (211) p. 9 a 371, en concreto p. 204.

matrimonio para sus hijas, por supuesto, en su lugar de origen y con un connacional¹⁷².

Es palpable que estas dos situaciones son diferentes¹⁷³. En la primera los protagonistas pertenecen a ámbitos culturales próximos, la integración en la cultura del país de residencia es fácil y falta espíritu de retorno. Todo ello aconseja, en principio, que la ley que mejor puede dirimir determinadas cuestiones relativas a la familia sea la más cercana a ellos, esto es, la de la residencia.

En el segundo supuesto la diferencia cultural con el país de acogida es tan grande, que difícilmente se va a producir una asimilación. Al mismo tiempo, el mantenimiento de sus peculiaridades culturales exige una protección, muy difícil de arbitrar desde la legislación del país receptor. En este supuesto, parece más adecuada la aplicación de la ley nacional.

¹⁷² ALDEEB explica el fuerte espíritu de retorno de los musulmanes "Un guide qui s'adresse au musulman vivant à l'étranger lui rappelle qu'en principe il ne devrait pas habiter en pays des mécréants sauf cas de nécessité. Une fois que la nécessité a disparu, le musulman devrait immédiatement revenir en pays d'Islam. Pendant son séjour chez les mécréants, les musulman doit s'efforcer de les convertir à l'Islam comme pénitence pour avoir enfreint la norme lui interdisant de séjourner parmi les mécréants. Dans tous les cas, il doit observer les obligations dictées par sa foi." ALDEEB S. "Conflits entre droit religieux et droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe" en *R.I.D.C.* 4-1997 p. 813 a 834, en especial p. 828.

¹⁷³ LABRUSSE los caracteriza, tomando como referencia a Francia, de la siguiente manera: "Le caractère temporaire du séjour, la persistance de l'esprit de retour, même chez ceux qui sont établis durablement, le respect de l'identité culturelle plaideraient pour un renouveau de la loi nationale dont le domaine d'application pourrait être plus ample, inclure les successions notamment ab intestat. Ceci impliquerait en outre un certain recul de l'ordre public et une plus large reconnaissance des institutions étrangères différentes des nôtres. Mais à l'inverse, l'intégration dans la société française de très nombreux étrangers, la prolongation parfois indéfinie de leur établissement en France, leur volonté de bénéficier des lois français sans pour autant renoncer à leur nationalité, militent en revanche en faveur d'une extension de la loi du domicile." LABRUSSE C. "La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère" en *Théorie Com. fr. dr. int. pr.* 1975-1977 p. 111 a 133, en concreto p. 131.

Sin embargo, no se debe pensar que estas soluciones tienen carácter absoluto¹⁷⁴. Así, la búsqueda de la igualdad de trato puede no ser contradictoria con el respeto a la identidad cultural y en última instancia, será el caso concreto el que deberá de ser examinado para saber si será más adecuada una conexión que otra, y ello fuera del "encasillamiento" en una u otra clase de migración¹⁷⁵. Además, deberá de tenerse en cuenta peculiaridades como la tenencia de un determinado estatus, originado por la migración procedente de países que fueron antiguas colonias de los hoy, receptores¹⁷⁶.

A todo ello hay que añadir un dificultad más. Si cada tipo de movimiento migratorio requiere la aplicación de una determinada norma de conflicto ¿cómo puede arbitrarse tal solución?. Parece difícil que una legislación pueda acoger dos soluciones diferentes para un mismo fenómeno por más, que éste presente características que permite subdividirlo en dos, máxime cuando la diferenciación no es automática y puede presentar muchos matices¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Basta fijarse en situaciones en que se "mezcla" estos dos tipos de inmigración en una misma familia, MAYER lo explica así: "En faveur du maintien de la législation d'origine, on a fait valoir, en effet que 'les travailleurs migrants ne sont pas les travailleurs "immigrés" d'entre les deux guerres: qu'ils conservent l'esprit de retour et leur enracinement dans la famille au sens large restée au pays. Il nous semble, cependant, que l'espoir de retour, plus ou moins lointain et plus ou moins vivace, selon les générations, ne fait pas obstacle à la volonté d'assimilation pour le moment présent, sentiment particulièrement développé chez les jeunes nés et scolarisés dans le pays d'accueil. Et c'est cette volonté d'assimilation qui justifie l'usage de la loi du domicile." MAYER D. "Evolution du statut de la famille en droit international privé" en *Journal de droit international* 1977 p. 447 a 469, en concreto p. 454.

¹⁷⁵ CARLIER J.-Y "De Schengen à Dublin en passant...*op.cit.* p. 148 "Le sens, la quantité et la qualité des migrations pèsent sur ce débat, tantôt en faveur de la permanence du statut personnel au-delà des frontières du point de vue des autorités des pays de départ, tantôt en faveur de l'intégration par application de la même loi que celle qui régit les autochtones du point de vue des autorités des pays d'accueil."

¹⁷⁶ Para un acercamiento al tema respecto de las antiguas colonias francesas en territorios africanos v. BA A.Y. "Du colonisé à l'immigré: les vicissitudes d'un statut" en *Rev. de int. dr. comp.* 1997 deuxième trimestre p. 139 a 182.

¹⁷⁷ CARLIER aboga por una vía intermedia "Alors que les États ne peuvent adapter leurs règles de conflit aux différents types de migrations, l'option de droit permet aux intéressés de s'adapter, dans l'espace, à leur propre migration" CARLIER J.-Y "De Schengen à Dublin en passant...*op.cit.* p. 149.

Ante esta problemática, lo más satisfactorio será acoger una solución intermedia. En concreto, se trataría de que fueran los propios protagonistas de la migración los que determinarán la ley aplicable, pudiendo de esta forma, adaptar aquella a sus propias necesidades.

En definitiva, la solución consistiría en introducir la autonomía de la voluntad, que aparecería limitada a la elección de dos conexiones: nacionalidad o residencia¹⁷⁶. Así pues, serán los interesados los que elegirán la ley que se adecue más a sus características, siendo posible además, que tal ley pueda ser cambiada, a medida que evoluciona su integración, y siempre bajo el criterio de aquellos¹⁷⁷.

La introducción de la mutabilidad supone la adaptación a un fenómeno que está expuesto a cambios, como lo demuestra el hecho de que muchas de las inmigraciones que comenzaron con un carácter meramente temporal, terminaron con su prolongación indefinida, la pérdida del espíritu de retorno e incluso, con la nacionalización en el país de acogida.

Como ocurre en todas aquellas regulaciones que incorporan la autonomía de la voluntad, el problema que se plantea es ¿que ocurrirá en el supuesto en que las partes no hagan una elección de

¹⁷⁶ LABRUSSE en este punto, hace las siguientes reflexiones "Il faut donc chercher de nouvelles conciliations entre le domicile et la nationalité. Sans bouleverser toutes les solutions actuelles, pourquoi ne pas envisager d'offrir aux étrangers de véritables options de législation entre la loi nationale et la loi du domicile? Ne serait-ce pas conforme à l'esprit libéral de notre politique, à l'esprit de notre droit de la famille? conforme à la variété des situations sociologiques et des opinions?" LABRUSSE C. "La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration..." en *op. cit.* p. 131-132.

¹⁷⁷ CARLIER J.-Y "De Schengen à Dublin en passant..." *op. cit.* p. 149 "La mutabilité de l'option, par la possibilité d'un choix nouveau, permet aux mêmes migrants de s'adapter, dans le temps, au gré des générations et de l'évolution de leur propre intégration."

la ley aplicable?. La previsión de esta posibilidad, lleva a tener que analizar qué conexión subsidiaria será la más adecuada.

Existen varios motivos que han sido alegados por CARLIER, en favor de adoptar como criterio subsidiario la residencia habitual¹⁰⁰. En principio, los Tribunales a los que se dirigirán los inmigrantes serán los de su lugar de residencia, y ello por una clara razón de proximidad. Desde una óptica práctica, esta conexión facilita notablemente la labor de los jueces que se verán así, libres de aplicar un derecho extranjero¹⁰¹.

Es precisamente, esta una de las razones que se aducen a favor de la superioridad de la conexión residencia-domicilio sobre la nacionalidad. En concreto los países que recogieron como punto de conexión el domicilio, singularmente E.E.U.U, consiguieron en gran medida la no aplicación de leyes extranjeras. Uno de los efectos directos de la utilización del domicilio, es la aplicación de la ley del foro en la mayoría de los casos¹⁰².

¹⁰⁰ LABRUSSE en este punto, aboga por la ley del domicilio, LABRUSSE C. "La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration..." en *op. cit.* p. 132.

¹⁰¹ En concreto CARLIER indica como: "A titre subsidiaire, l'application de la loi de la résidence habituelle paraît le mieux adaptée: en théorie ceux qui s'adressent aux tribunaux le font au lieu de leur résidence; en pratique, elle facilite la tâche des magistrats amenés à n'appliquer un droit étranger que lorsque ce choix a été expressément prévu. Le principe de l'option de droit ne suscite pas plus de situations boiteuses que l'application systématique de la *lex fori*." CARLIER J.-Y. "De Schengen à Dublin en passant..." *op.cit.* p. 149-150.

¹⁰² JUENGER F. "Balance y perspectiva de la década en Estados Unidos" en *VVAA Principios, objetivos y métodos del Derecho Internacional Privado. Balance y perspectivas de una década. Cuartas jornadas de Derecho Internacional Privado. Madrid (Vicalvaro) 4 y 5 de junio de 1993, Madrid 1995 p. 35 a 75, en concreto p. 55 "En vista de que el domicilio, y no la ciudadanía, siempre ha sido el punto de conexión, los Estados Unidos -país clásico de inmigrantes con una población altamente móvil- han evitado el influjo masivo de leyes extranjeras que han incomodado a los países en los cuales la *lex patrie* determina el estatuto personal." p. 75 del coloquio "En el Derecho de familia, ... , si ustedes escogen el domicilio no habrá problemas porque se aplica la ley del foro , en el 99% de los casos por lo menos."*

Las legislaciones actuales en materia de régimen económico matrimonial han sido, en su mayoría, ejemplo de la incorporación de esta filosofía. La autonomía de la voluntad, como se ha visto, ha penetrado en este ámbito, permitiendo a los cónyuges elegir la ley aplicable con base a dos conexiones: residencia y nacionalidad. Por otra parte, se ha introducido la residencia como criterio subsidiario, si bien esta conexión aparece, muy frecuentemente, combinada con la nacionalidad singularmente, en países de tradición personalista como España.

3.c) 2. *Residencia habitual: art. 9.2 y 9.3 CC español*

La regulación que el Código Civil español dedica a los regímenes matrimoniales, reserva un papel importante a la ley de la residencia. La configuración de esta conexión es diferente, según se trate del régimen económico matrimonial pactado, o se refiera al régimen legal.

En el primer caso aparece con carácter alternativo respecto de la ley de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges. En el segundo, siguiendo un criterio jerárquico, exige una elección expresa de los cónyuges en *documento auténtico antes de la celebración de matrimonio*, o en defecto de las conexiones anteriores jugará la residencia habitual, siempre que sea común e *inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio*.

El análisis de las diferentes configuraciones que recibe la residencia como conexiones utilizadas en los preceptos de referencia, hace necesario el estudio previo de cuál es el significado de la residencia, en concreto, se deberá determinar ¿que se entiende por residencia? ¿la residencia es igual que el domicilio o son conceptos diferentes y en su caso, cuál es la concreta relación entre ambos?, ¿qué medios de prueba son considerados idóneos? ...

Es la Ley 11/ 1990 sobre reforma de Código Civil en materia de no discriminación por razón de sexo, la que va a introducir la conexión de la residencia. Con anterioridad sin embargo, ya se había defendido la aplicación de la residencia habitual de los esposos, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

El devenir inconstitucional del antiguo artículo 9.2 en su conexión *ley nacional del marido al tiempo de la celebración* hizo, como ya se indicaba en un apartado anterior¹⁶¹, que fuera necesario colmar esa laguna legal. Para ello se propuso recurrir a las propias vías de autorregulación que ofrecía el ordenamiento jurídico.

Partiendo de la importancia que el artículo 9.10 otorgaba a la residencia habitual y haciendo una aplicación analógica de artículo 107 regulador de la separación y el divorcio, se concluyó que debería de ser aplicable la ley de la residencia común de los cónyuges al tiempo de plantearse el litigio¹⁶².

A nivel jurisprudencial resulta significativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1986, en la que aludía a la propuesta de este criterio alternativo, al que calificaba de objetivo y satisfactorio desde la perspectiva de la igualdad de trato entre los cónyuges¹⁶³.

Una de las notas caracterizadoras de las normas de Derecho Internacional Privado, contenidas en el Título Preliminar del Código Civil, es precisamente, el recurso en determinadas ocasiones, a la

¹⁶¹ V. "Nacionalidad común de los cónyuges al tiempo de la celebración del matrimonio"

¹⁶² GONZÁLEZ CAMPOS J. en *VVAA Derecho Internacional Privado... Oviedo 1989* op.cit. p. 185

¹⁶³ En concreto la Sentencia señalaba como "Sería este un punto de conexión objetivo y común a ambos consortes, con plena satisfacción del nuevo principio de igualdad en el tratamiento de las relaciones entre ellos. * *Antejuicio* 1986 III- 5327.

ley de la residencia habitual. La explicación de la utilización de esta conexión, en lugar de la ley de domicilio, es doble.

El Decreto 1836/1974 por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar de Código Civil¹⁸⁶, señala como la utilización de la ley de la residencia se debe a la propia definición de domicilio, contenida en el artículo 40: *el domicilio de las personas naturales es el de su residencia habitual y por ser la fórmula predominante en el Derecho Internacional*¹⁸⁷.

En efecto, la incorporación del criterio de la residencia, no sólo como criterio subsidiario, está en alza como lo demuestra la utilización sistemática de aquél en los Convenios de La Haya¹⁸⁸. Las características intrínsecas al concepto de residencia, hace que resulte más satisfactoria su adopción que la del tradicional domicilio.

En concreto, y sin mayor profundización en las similitudes y diferencias de estos dos conceptos¹⁸⁹, es una la diferencia básica que hace más atractiva la conexión de la residencia. Este es un concepto basado fundamentalmente en los hechos¹⁹⁰, son estos los que

¹⁸⁶ BOE nº 163, de 9 de julio de 1974.

¹⁸⁷ En concreto explica como "Precisamente se ha utilizado esta expresión, en lugar de la de domicilio, porque el artículo 40 del Código Civil define el domicilio como el lugar de la residencia habitual que es, por otra parte, la fórmula predominante en el Derecho Internacional e incluso la contenida en tratados suscritos por España."

¹⁸⁸ V. VAN HOOOSTRATEN "La codification par traité en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye" en *R des C.* 1967 III.

¹⁸⁹ Para un análisis de aquellos v. SCHNEIDER B. *Le domicile international*, Neuchâtel 1973.

¹⁹⁰ CASTANGIA señala como "L'unica differenza tra questi due criteri consisterebbe, quindi, nell'essere la residenza abituale configurata come una nozione di fatto, utilizzata al fine di superare le incertezze e le difficoltà legate al multiforme significato del concetto giuridico di domicilio. Senonché, si osserva anche che l'adozione del criterio della residenza abituale comporta l'irrelevanza del domicilio legale o dipendente e che nel caso, possibile, di contrasto tra domicilio e residenza abituale è a quest'ultima che si deve dare la prevalenza." CASTANGIA I, *Il criterio della cittadinanza nel diritto internazionale privato*, Napoli 1983, p. 207-208.

determinarán cual es la residencia habitual de una persona y desde este punto de vista, se deja a la jurisprudencia y a la doctrina que determinen los elementos configuradores de aquel¹⁹¹.

Frente a ello, el domicilio aparece con unas características jurídicas muy concretas, que varían de un país a otro y hacen prácticamente imposible la identificación unánime de aquel, en los distintos ordenamientos¹⁹².

La residencia habitual recibe también, una concreta configuración, dependiendo del sistema jurídico que se tome de referencia¹⁹³, pero al margen de una apreciación estricta desde categorías jurídicas determinadas. Por otra parte, su carácter fáctico permite ciertamente, una uniformización muy interesante. Así pues, desde estas consideraciones, es fácil entender por qué la conexión de la residencia habitual ha venido a sustituir a la conexión del domicilio,

¹⁹¹ CASTANGIA I. *Il criterio della cittadinanza nel diritto internazionale privato*, Napoli 1983, p. 209. Es significativo, que respecto de la residencia habitual utilizada como conexión en el Convenio de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales "La plupart des Délégués étaient d'avis que la notion 'résidence habituelle' avait fait ses preuves dans d'autres Conventions de La Haye et qu'il convenait de laisser à la doctrine et à la jurisprudence le soin de la préciser." VON OVERBECK "Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck" en *Actes et documents de la treizième session* tome II, La Haye 1978, p. 339 n° 46.

¹⁹² Piénsese por ejemplo en el llamado domicilio legal, que no ha de coincidir necesariamente con la residencia real en ese lugar. Muestra de ello es el domicilio de los diplomáticos residentes en el extranjero, respecto de cuales se presume que será el último que tuvieron en territorio español, aunque efectivamente residan en el extranjero v. art. 40 CC. Para un estudio general de la problemática v. MASMEJAN D. *La localisation des personnes physiques en droit international privé. Etude comparée des notions de domicile, de résidence habituelle et d'établissement, en droit suisse, français, allemand, anglais, américain et dans les Conventions de La Haye*, Genève 1994.

¹⁹³ Dentro de un amplio marco de discrecionalidad v. *Unification des concepts juridiques de "domicile" et de "résidence"* Resolution (72) 1 et annexe adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 18 janvier 1972 et *Exposé des motifs*, Conseil de l'Europe, Strasbourg 1972.

Una vez constatadas las "ventajas"¹⁵⁴ de esta conexión, debe emprenderse el estudio de la residencia habitual como punto de conexión de Derecho Internacional Privado, desde el sistema jurídico español y en concreto, desde su configuración en el ámbito del estatuto personal.

Lo primero que llama la atención en este tema, es la falta de delimitación del concepto jurídico de la residencia habitual en el ordenamiento. El Código Civil define el domicilio de las personas físicas, apoyándose en el concepto de residencia habitual, pero sin dar una explicación de que se entiende por esta.

En una primera aproximación, la residencia se identifica con "el centro de vida" de cada sujeto¹⁵⁵, esto es, el lugar en que una persona desarrolla su vida y con el cual presenta cierto arraigo. Sin embargo, es claro, que este concepto presentará unas características distintas, según sea el contexto en que deba ser examinado.

Desde este punto de vista, debe de entenderse la existencia de diferentes "conceptos" de residencia, en las distintas ramas del ordenamiento¹⁵⁶. En el marco del Derecho de extranjería o en el del

¹⁵⁴ ESPINAR resalta dos ventajas fundamentales frente al domicilio "... la de ser un concepto nuevo y, por ende, ajeno a definiciones legales precisas y la de definir una situación de hecho que no es preciso apreciar con base en categorías jurídicas." además que "... el significado y la mayor uniformidad del término residencia le convierte en un instrumento idóneo para expresar más calibradamente la respuesta jurídica de la norma de conflicto." ESPINAR VICENTE J. M. "El concepto de la residencia habitual en el sistema español de Derecho Internacional Privado" en *R.D.P.* 1980 LXIV p. 2 a 27, en concreto p. 3 y 24.

¹⁵⁵ VAN HOOGSTRATEN "La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye" en *R. des C.* 1967 III p. 355, DE WINTER señala que debería de entenderse como el domicilio social de una persona. DE WINTER L.J. "Nationality or domicile. The present state of affairs" *R. des C.* 1969 III p. 349 a 503, en concreto p. 431.

¹⁵⁶ V. el apartado que ESPINAR dedica a "El empleo de la noción de 'residencia' en la normativa material española" ESPINAR VICENTE J. M. "El concepto de la residencia habitual en el sistema español de Derecho Internacional Privado" en *R.D.P.* 1980 LXIV p. 2 a 27, en concreto p. 10 a 20.

Derecho fiscal o en el del Derecho mercantil por ejemplo, la residencia aparece configurada de una manera determinada, que no tiene por qué ser exactamente igual.

En realidad, estos "distintos conceptos" de residencia se identifican con lo que los civilistas han dado a llamar domicilios especiales, esto es, lugares que sólo para determinados asuntos, son considerados sedes de la persona¹⁰⁷, pudiendo ser otro su domicilio general, que será el que rija para la generalidad de los asuntos, en que entre en juego el domicilio.

En el campo de Derecho Internacional Privado y desde la consideración de la residencia como punto de conexión, debe señalarse que tiene también, un configuración diferente según que el contexto de referencia sea el estatuto personal u otro ámbito distinto.

En el primer caso, la residencia habitual se identifica con la relación de una persona con un Estado, manifestada en el arraigo que significa su vida en ese lugar, durante un periodo de tiempo revelador de aquel o respecto de la cual, es presumible al menos, su continuación. En contextos diferentes, la residencia habitual se identifica con la relación de una persona con el medio en que desarrolla, la determinada actividad constitutiva del supuesto de hecho de la norma¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Ejemplos de domicilios especiales son el domicilio fiscal, el domicilio procesal, el administrativo... y en especial ALBALADEJO GARCIA M. "Comentario al artículo 40 y 41 del Código Civil" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T. I vol. 3º Edersa, Madrid 1993. p. 922 a 943, en especial 923-924 CARRERENA LAPORTA J. "Comentario al artículo 40 del Código Civil" en *VVAA Comentario del Código Civil* tomo I (Ministerio de Justicia, Madrid 1991) p. 251 a 255.

¹⁰⁸ ESPINAR en el marco del estatuto personal define la residencia habitual como "... una dinámica de enraizamiento que se produce legal y progresivamente durante un periodo de tiempo significativo, en cuyo transcurso se ha ido poniendo de manifiesto, a través de índices de apreciación objetiva, la voluntad de arraigo del sujeto." mientras que "En el contexto de otros supuestos, la residencia habitual puede definirse como la relación existente entre una persona física y el medio socio-jurídico en que realiza de forma reiterada y estable el tipo de actividades al que se refiere el supuesto de hecho de la norma." ESPINAR VICENTE J. M. "El concepto de la residencia habitual en el sistema español... *op.cit.* p. 27 y 25.

La residencia habitual a la que se refiere el primer caso, es sobre la que se apoya el concepto de domicilio real de las personas físicas y que no es otro, que aquél lugar en que reside habitualmente la persona (artículo 40 CC). Mientras que el segundo recuerda a los mencionados domicilios especiales.

Pero para concretar el significado del domicilio real, habrá que determinar cuales son los elementos o las características que permiten catalogar una residencia como habitual. Respecto de esta cuestión son dos las posiciones mantenidas por la doctrina civilista¹⁹⁹.

Para algunos autores, el concepto de domicilio real se compone de dos elementos: el elemento material o *corpus*, que se concreta en la residencia en un lugar, y el elemento espiritual o *animus*, que consiste en la intención de la persona de residir de modo permanente en ese lugar²⁰⁰. El problema que plantearía la prueba del elemento intencional, es evidente.

Frente a esta opinión, otros autores mantienen que el artículo 40.1º tan sólo exige, residir en un lugar (estar de asiento) y que la residencia será la presumible para un futuro próximo. La habitualidad significaría también, permanencia "que se posee con continuación", lo que exigiría que hubiese pasado un tiempo para que la residencia fuera habitual y plantearía el problema de qué ocurriría en el supuesto de una persona que acaba de establecerse en un determinado lugar. Para superar estos inconvenientes, se ha propuesto entender la habitualidad como la residencia normal y de presumible continuación²⁰¹.

¹⁹⁹ V. estas posiciones doctrinales y la jurisprudencia del Tribunal Supremo correspondiente en ALBALADEJO GARCIA M. "Comentario al artículo 40 y 41 del Código Civil" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T.I vol. 3º Edersa, Madrid 1993, p. 925 a 929.

²⁰⁰ ALVAREZ VIGARAY "el domicilio" en *A.D.C* 1972 p. 554.

²⁰¹ ALBALADEJO GARCIA M. "Comentario al artículo 40 y 41..." *op. cit.* p. 928-929.

Se entenderá por tanto, que una persona tendrá su residencia habitual y por ende, su domicilio real en aquel lugar en el que resida normalmente y del que se presume que lo hace con continuación. Aquí es donde se manifiesta el carácter fáctico de este concepto. Se trata en definitiva, de una situación de hecho cuyos elementos tan sólo podrán ser apreciados mediante el análisis de las circunstancias concretas y esto será igual, sea cual sea el sistema jurídico en que se plantee esta cuestión.

Junto al llamado domicilio real, existe otro tipo de domicilio que se caracteriza, por ser establecido por la ley y que no tiene en cuenta la residencia habitual, con lo que podrá o no, coincidir con esta. El artículo 40 regula el domicilio legal de los diplomáticos y la Ley de Enjuiciamiento Civil a la que remite aquel artículo, señala otros, el del sometido a tutela, el de los empleados, el de los militares...

Uno de estos domicilios legales, es el domicilio de las mujeres casadas, que no estén separadas legalmente de sus maridos y que será el que éstos tengan. Este precepto, derogado desde la entrada en vigor de la Constitución por ser contrario al principio de no discriminación por razón de sexo²⁰, nos introduce en el tema del domicilio conyugal.

El domicilio conyugal, entendiéndolo por tal el lugar en que residen normalmente los cónyuges es, en principio, voluntario porque serán los cónyuges los que de común acuerdo lo establezcan, si bien a falta de acuerdo será el juez el que resuelva, *teniendo en cuenta el interés de la familia* (artículo 70). Desde esta perspectiva, el domicilio conyugal será un domicilio real que se basará en la residencia habitual de los cónyuges en él²¹.

²⁰ Artículo 64. 1 L.E.C. contrario al principio de no discriminación establecido por la Constitución en los artículos 14 y 32.

²¹ V. ALBALADEJO GARCÍA M. "Comentario al artículo 40 y 41... *op. cit.* p. 932-933

No obstante, el artículo 9.3 reconoce la posibilidad de que los cónyuges tengan distinta residencia habitual. Así, establece que podrán elegir la ley del lugar de la residencia habitual de cualquiera de ellos, aceptándose de esta forma, la ruptura de la presunción del art. 69 de que los cónyuges viven juntos.

En estos supuestos, ¿Como se calificará al domicilio conyugal?. Este, en principio no existe, o al menos no existe como un domicilio real, pues los cónyuges no residen habitualmente juntos, al contrario, mantienen residencias separadas. Sólo cabra por tanto, aceptar el juego del domicilio conyugal, siempre que se pueda llegar a determinar, a través del lugar en que los cónyuges han establecido su residencia habitual común. En defecto de tal residencia común, se deberá pasar a la conexión subsidiaria correspondiente.

Hay que señalar que las legislaciones de Derecho Internacional Privado optan por incluir en general, la conexión residencia habitual común, y no es usual la utilización del domicilio conyugal como conexión en las normas de conflicto. El tema podría ser diferente respecto de legislaciones que continúan ponderando la posición del marido, singularmente las pertenecientes al mundo islámico²⁰.

Una vez analizado el concepto de residencia habitual, y constatada la necesidad de determinar en cada caso concreto cuál será aquella, se ha de pasar a analizar cuales serán los medios de prueba idóneos para demostrar la residencia.

El ordenamiento no contiene ninguna previsión general respecto de la prueba de la residencia, por lo que en principio, se

²⁰ No hay que olvidar en este punto, que el Corán instituye la dominación del hombre sobre la mujer v. ALDEEB S. "Confits entre droit religieux et droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe" en *R.I.D.C.* 4- 1997 p. 813 a 834, en especial p. 832 "Musulmans en terre européenne. Conflit entre foi et droit " en *Aktuelle juristische Praxis* 1996 p. 42 a 53.

entenderá que es libre y por tanto, se podrá demostrar a través de cualquier medio de prueba aceptado en Derecho⁹⁴.

Sin embargo, sí que se puede señalar, a estos efectos, la existencia de un precepto especial contenido en el Reglamento del Registro Civil, que puede dar alguna pista en este punto. El artículo 336.2 del Reglamento establece que *el domicilio de los apátridas se acreditará por certificación municipal u información testifical*⁹⁵. Así que, estos dos medios puedan ser también, idóneos.

En definitiva, y al igual que sucede en los supuestos de derecho interno, serán los Tribunales los que valorarán los datos fácticos y jurídicos que estimen relevantes para determinar la residencia habitual⁹⁶.

3.c) 2°. *Residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, elegida por ambos en documento auténtico antes de la celebración del matrimonio*

Primera de las conexiones subsidiarias utilizadas por el artículo 9.2, que se amplía con la posibilidad de elección, en las mis-

⁹⁴ CAFFARENA enumera algunos datos que pueden ser relevantes para la prueba de la residencia habitual "el padrón municipal, tener en tal lugar el establecimiento mercantil, tener casa abierta, haber sido emplazado en otra ocasión judicialmente en tal lugar, acta notarial de declaración del portero del edificio, censo electoral etc." CAFFARENA LA PORTA J. "Comentario al artículo 40 del Código Civil" en VVA A Comentario del Código Civil tomo I Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 252-253.

⁹⁵ Si bien, con valor de simple presunción como establece el artículo 96 de la Ley del Registro Civil "En virtud de expediente gubernativo puede declararse con valor de simple presunción, 3º el domicilio de los apátridas."

⁹⁶ ESPINAR ha señalado que en los supuestos de Derecho Internacional Privado pueden tenerse en cuenta determinados índices objetivos de enraizamiento tales como el origen español, las relaciones de parentesco con nacionales. Si bien, para este índice tales índices objetivos de enraizamiento permiten (combinados con el tiempo de residencia) trabajar los períodos exigidos para apreciar la residencia habitual. Lo cierto es que tales índices podrían tener importancia para casos en los cuales la habitualidad no se pueda probar por el tiempo, porque la residencia se acaba de iniciar en ese lugar. ESPINAR VICENTE J. M. "El concepto de la residencia habitual en el sistema español..." op cit p. 26-27.

mas condiciones, de la ley personal de cualquiera de los cónyuges. Jugará sólo en el caso en que los esposos no tengan una ley personal común al tiempo de contraer matrimonio.

La inclusión de esta conexión constituye una interesante novedad en nuestro sistema²⁰⁸. Con tal previsión, se esta promoviendo la penetración de la autonomía de la voluntad en un tema que hasta ahora, había estado vedado a tal posibilidad.

Al permitir a los cónyuges elegir, aún limitadamente, la ley que regirá los efectos del matrimonio, se introduce la posibilidad de que aquellos determinen la ley aplicable no sólo a los efectos económicos del matrimonio, sino también, a los personales, siendo la primera vez que se incluye una previsión tal.

Desde la sola perspectiva del importante avance de la autonomía en todas las esferas del Derecho, esta previsión debe ser valorada positivamente. Sin embargo, un análisis más profundo permite ver que tal conexión limita su virtualidad a una esfera meramente teórica, y ello por al menos, dos tipos de razones.

La posibilidad de celebrar capitulaciones matrimoniales y por tanto, de regular los efectos económicos del matrimonio, esta especialmente prevista en el artículo 9.3. Si una pareja, por diferentes motivos, decide intervenir activamente en la regulación de su régimen económico matrimonial parece lógico, que lo haga

²⁰⁸ Y uno de los ejemplos más progresistas de lo que SANCHEZ LORENZO denomina "reprivatización del Derecho Internacional Privado" como fruto de la cultura post-moderna, es decir, del progreso de la autonomía conflictual en instituciones de Derecho no patrimonial que cuentan sin embargo, con alcance económico, lease régimen económico matrimonial y sucesiones. v. SANCHEZ LORENZO S. "Postmodernismo y Derecho Internacional Privado" en *R.E.D.I* 1994 n° 2 p. 557 a 585, en concreto p. 574 y SANCHEZ LORENZO S. "Postmodernismo e integración en el Derecho Internacional" en *VVAA Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, Madrid 1996, p. 149 a 173, en concreto p. 166-167 en el mismo sentido JAYME E. "Identité culturelle et intégration: Droit..." en *op. cit.*, p. 152-153. V. También SAPB de 6 de abril de 1989 en *R.G.D.* 1989 n° 340 p. 5855 a 5857.

a la luz del precepto que de una manera especial, regula esta posibilidad. La consecuencia de ello, no es otra que la de aceptar que la eventualidad de utilizar esa conexión, quedaría abierta sólo para determinar la ley aplicable a los efectos personales del matrimonio²⁸⁷

Independientemente de lo interesante o no que puede ser tal posibilidad, la cuestión se ha de centrar ahora, en analizar si las condiciones exigidas por la regulación para el ejercicio de tal elección, la facilitan o la entorpecen.

Son tres las condiciones que deben concurrir para ejercer la autonomía conflictual en este ámbito, a saber, que los cónyuges no posean la misma nacionalidad, que las partes decidan la elección de la ley antes de la celebración del matrimonio y que lo hagan en documento auténtico.

La imposibilidad de elección, en el supuesto de que los cónyuges tengan la misma nacionalidad, era ya objeto de una crítica más general que la doctrina hacía respecto del artículo 9.2 y 16.3²⁸⁸. El núcleo de aquella, versaba sobre el rechazo de la autonomía de la voluntad en esos supuestos, esto es, cuando los cónyuges tuvieran la misma ley personal o la misma vecindad civil. Frente a ello se reclamaba la posibilidad de autorregulación por los cónyuges, sin ese tipo de limitaciones.

En este punto, todavía se puede señalar una cuestión más, que enlaza directamente con la solución intermedia que se propo-

²⁸⁷ AMORÉS CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado Parte especial*, Madrid 1995, p. 348, en el mismo sentido ESPINAR VICENTE J.M. *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid 1996, p. 301-302.

²⁸⁸ V. esta posición doctrinal en el apartado dedicado a "La determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, tras la reforma de 1990. Destinatarios de la norma."

nía respecto del debate ley nacional ley de la residencia²¹¹. Al imponer a los cónyuges que tengan la misma nacionalidad, la ley correspondiente a esta, no sólo se les coarta su libertad, si no que se puede estar generando soluciones que entrañen una importante lejanía, con las vinculaciones reales que el matrimonio ha desarrollado en un determinado lugar.

Estas consecuencias pueden deducirse de situaciones tales como las de matrimonios de extranjeros que residen en España perfectamente integrados, y que desearían regirse por el derecho español, al ser el de la residencia y, por sus circunstancias personales, el más cercano a su vida matrimonial. Esto mismo puede ocurrir respecto de cónyuges españoles que residan en otros lugares²¹².

Desde esta perspectiva, hubiera sido mucho más oportuno introducir la posibilidad de elegir la ley aplicable, aún en el supuesto de que los cónyuges tuvieran una ley personal común, pudiendo remitirse, en este caso a la ley de la residencia.

No obstante, esta solución no ha sido acogida tampoco, a nivel comparado. En concreto, la Ley alemana de Derecho Internacional Privado posibilita la elección de la ley aplicable a los efectos generales del matrimonio, dentro de unos márgenes más estrictos que el Derecho español. El juego de la autonomía de la voluntad se limita a la elección de la ley nacional de uno de los cónyuges.

²¹¹ La penetración de la autonomía de la voluntad quedaría limitada a la elección de la ley de la nacionalidad o de la ley de la residencia, pero no sufriría una limitación de origen al impedir su ejercicio a los cónyuges de igual nacionalidad. v. apartado dedicado a la ley de la residencia habitual.

²¹² SANCHEZ LORENZO S. "Postmodernismo y Derecho Internacional Privado" en *R.E.D.I.* 1994 n.º 2 p. 557 a 585, en concreto p. 574 y SANCHEZ LORENZO S. "Postmodernismo e integración en el Derecho Internacional" en *VVAA Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, Madrid 1996, p. 149 a 173, en concreto p. 167.

En efecto, los cónyuges sólo podrán elegir una de sus leyes nacionales, siempre que no hayan tenido ni nacionalidad ni residencia habitual comunes o sin tener nacionalidad común, ninguno de ellos posea la nacionalidad del Estado en que ambos tienen su residencia habitual. Además, la elección queda condicionada a que los cónyuges no adquieran una nacionalidad común, pues la ley elegida dejara inmediatamente de aplicarse en el momento en que adquieran la misma nacionalidad²¹.

Este precepto constata el auge que experimenta la autonomía de la voluntad en instituciones de Derecho que tradicionalmente, han estado al margen de tal fenómeno. No obstante, y con ser progresista, esta regulación aparece fuertemente unida a una concepción que se basa en la preponderancia de la nacionalidad e impide incluso, la apertura a la ley de la residencia, a diferencia de la regulación española, pero que comparte con esta el bloqueo de toda posibilidad de elección, en el supuesto de coincidencia en la nacionalidad de los cónyuges.

Como algún autor ha señalado, con esta regulación no sólo se debilita la presencia de la autonomía de la voluntad, si no que denota una desconfianza del legislador²² que sólo parece justificarse por la necesidad de que la regulación sea la que presente realmente, los vínculos más estrechos y ¿qué conexidad más estre-

²¹ Article 14 (3) Les époux peuvent choisir la loi de l'Etat dont l'un d'eux est ressortissant, si les conditions de l'alinéa 1^o, chiffre 1, ne sont pas remplies et que:

1^o aucun des époux n'est ressortissant de l'Etat dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle, ou que

2^o les époux n'ont pas leur résidence habituelle dans le même Etat

Les effets de ce choix prennent fin lorsque les époux acquièrent une nationalité commune."

article 14 alinéa 1^o, chiffre 1, "Les effets généraux du mariage sont régis

1^o Par la loi de l'Etat dont les deux époux, durant le mariage, sont ressortissants ou l'étaient en dernier lieu, pourvu que l'un d'eux possède encore la nationalité de cet Etat..."

²² STURMF "Personnes, famille et successions dans la loi... op. cit. p. 54.

cha, desde aquella perspectiva, que la proporcionada por la ley nacional común de los cónyuges?

Otra de las condiciones requeridas para la elección, era la exigencia de que deba de hacerse antes del matrimonio, lo cual no parece muy afortunado. Por un lado, requiere una gran previsión por parte de los cónyuges y por otro, conlleva un fuerte estatismo temporal. En el supuesto nada extraño, de que cambien las circunstancias de la pareja en momento posterior al matrimonio, tales cambios no podrán tener reflejo en la modificación de la ley elegida en su día. De esta forma, se impide la adaptación a las nuevas situaciones.

Por otro lado, la exigencia de seguridad, que puede justificar la fijación temporal para el resto de las conexiones del artículo 9.2, aparece en gran medida cubierta, en este caso, por la exigencia de documento auténtico. Este último requisito acerca notablemente esta conexión a la regulación misma del artículo 9.3 para las capitulaciones matrimoniales, la que no impone la necesidad de que se hagan previamente al matrimonio.

La exigencia de que la elección deba de hacerse cumpliendo ciertos requisitos formales, es común a la regulación alemana que sin embargo, a diferencia de la española, es más específica. Mientras que el artículo 9.2 se limita a señalar que la elección de la ley deberá de hacerse en documento auténtico, la Ley alemana determina que la elección debe de protocolizarse notarialmente y en el supuesto de que no se realice en territorio nacional, sólo requiere que reúna las condiciones de forma exigidas por el Derecho elegido para el contrato matrimonial, o por el Derecho del lugar en que se lleve a cabo la elección¹¹⁵.

¹¹⁵ Article 14 (4) "Le choix de la loi applicable doit être fait par acte notarié. Lorsqu'il n'intervient pas sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne, il suffit qu'il satisfasse aux conditions de forme prévues pour la conclusion d'un contrat de mariage, soit par la loi choisi, soit par la loi du lieu où le choix est intervenu."

En principio, la exigencia de documento auténtico no equivaldrá a la necesidad de escritura pública, que sí que exige el artículo 1327 para las capitulaciones matrimoniales. Bastará un documento público o privado (una vez realizada la acreditación correspondiente), en el que conste la elección de la ley por los cónyuges de común acuerdo²¹.

Del análisis realizado hasta aquí, cabe concluir que la introducción de esta conexión, permite la penetración de la autonomía conflictual tanto en el campo de los efectos personales, como en el campo de los patrimoniales, por ello ha sido calificada de progresista. No obstante, las condiciones que la legislación exige para el ejercicio de la opción de legislación, la convierten en una solución más interesante en la teoría que en la práctica.

3.c) 2ª. Residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio.

Es esta la conexión con más vocación de aplicación de todas las jerárquicamente, recogidas en el artículo 9.2. Esto es así, por dos tipos de razones. Los matrimonios mixtos, de distinta nacionalidad, que no hayan hecho uso de la posibilidad de elegir la ley aplicable a los efectos del matrimonio y, que como se ha visto, serán la mayoría de ellos, se les aplicará la ley determinada por esta conexión.

Por otra parte, la mayoría de las parejas establecen una residencia común después del matrimonio, con lo que no será habitual tener que pasar a la última de las conexiones previstas por el artículo 9.2, esto es, la ley del lugar de celebración. A ello hay que añadir la posibilidad de que los cónyuges realicen capitulaciones en

²¹ En este punto v. ESPINAR VICENTE J.M. *El matrimonio y las familias en el sistema español de* op cit p. 299 a 301.

uso de su autonomía material, para regular su régimen económico matrimonial, a través del juego del 9.3²¹⁷.

Antes de realizar una valoración de esta conexión, conviene analizar como se debe hacer la determinación real de la residencia habitual, inmediatamente posterior al matrimonio ya que, en determinados supuestos, puede dar lugar a problemas.

Parece claro, que esa exigencia de rapidez no será tan urgente como para tener que determinar la residencia el día después de la celebración del matrimonio. Sin embargo, si que exigirá un periodo de tiempo relativamente corto²¹⁸. El problema se planteará respecto de los matrimonios que, por diferente motivos, tardan un tiempo en fijar su residencia común.

Como se ha señalado más arriba, la residencia habitual será el lugar en que se vive normalmente y del que se presume que se hace con continuación. De acuerdo a este concepto ¿cual será la residencia habitual de una pareja que durante varios meses, reside en lugares diferentes en espera de que uno de los cónyuges reciba el traslado laboral necesario para reunirse con el otro? y ¿la de aquel matrimonio que sólo por motivos laborales residen en un lugar durante algunos meses, después de la celebración del matrimonio?²¹⁹.

En el primer caso no existe residencia común. Lo que ocurre es que las partes han fijado residencias diferentes, por más que no

²¹⁷ V. esta cuestión en el apartado dedicado a "la ley rectora de los efectos del matrimonio"

²¹⁸ VON OVERBECK "Rapport de la Commission spéciale" en *Actes et documents de la treizième session* tomeII, La Haye 1978, p. 156 n° 86.

²¹⁹ DROZ apuntaba los problemas de orden práctico que se podían plantear en la determinación del primer domicilio matrimonial "Il faudra donc rechercher dans ces cas limites si le lieu où les époux habitent après le mariage constitue bien pour eux un véritable domicile matrimonial ou s'il ne s'agit que d'une résidence temporaire dans l'attente d'une installation plus définitive." DROZ G. "Les régimes matrimoniaux de droit international privé" *R. des C.* 1974 III p. 1 a 137 en concreto p. 38.

sean habituales pues, al menos uno de ellas cambiará en un plazo breve. En este supuesto la conexión no jugará y ello, aunque en poco tiempo establezcan la residencia común. La fijación, en momento posterior a la celebración del matrimonio, de la residencia habitual común es intrascendente a estos efectos.

El segundo supuesto puede plantear más dudas. La residencia común de los cónyuges existe, sin embargo falta un requisito esencial para que aquella se torne habitual: la vocación de continuidad. Dos serían las posibles soluciones a considerar en este caso. Se toma como referencia el sólo hecho de la residencia sin atenderse a otro tipo de consideraciones o bien, se entinde que no existe residencia habitual y por tanto, se aplica la siguiente conexión subsidiaria.

Desde un aspecto meramente práctico, el estudio de las circunstancias concretas y la aplicación escrupulosa del concepto de residencia habitual, entraña ciertas dificultades que probablemente no sean asumidas por el aplicador del derecho. Con lo que la solución pasará, por aplicar la ley del lugar en que viven juntos los cónyuges después del matrimonio, dejando aparte cualquier otro razonamiento²⁰.

La virtualidad que fue destacada por la doctrina respecto de esta conexión, es la de permitir la aplicación de una ley cercana a la realidad de la vida matrimonial²¹. No obstante, este objetivo se

²⁰ En este punto y como señala VON OVERBECK "... convient-il à ce propos de rappeler que les règles générales des conventions ne sauraient résoudre de façon satisfaisante des cas tout à fait exceptionnels et que toute disposition peut être réduite à l'absurde au moyen de cas d'école judicieusement choisis." VON OVERBECK "Rapport de la Commission spéciale" en: en *Actes et documents de la treizième session* tome II, La Haye 1978, p. 156 n.º 86.

²¹ En esta línea BORRAS señala como "... merece ser bien recibida esta conexión que, por su naturaleza fáctica y su mayor vinculación a la realidad, ha tenido amplia aceptación en los diferentes ordenamientos internos y en los convenios internacionales." BORRAS A. "No discriminación por razón de sexo: en op. cit. p. 238-239.

ve obstaculizado por la fijación temporal, al momento inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio.

Con independencia de los problemas que la determinación de aquel pueda dar lugar, lo más llamativo es cómo lo que en principio, se destaca como virtud, aparece inmediatamente empañado por la consecuencia del estatismo al que lleva el límite temporal, esto es, la lejanía de soluciones.

Esta cuestión enlaza directamente con la propuesta de la doctrina de introducir cláusulas de excepción, que corrigieran la lejanía a la que podía llevar la aplicación de conexiones como esta o la de *la ley personal común al tiempo de contraer el matrimonio*.²²² El tema, como ya se estudio en apartado anterior, se torna distinto según se trate de determinar la ley aplicable a los efectos del matrimonio, o la ley aplicable al régimen legal²²³.

En el primer caso, el valor a proteger debe de ser la mejor localización de la relación jurídica, para conseguir la aplicación del ordenamiento más estrechamente vinculado con aquella. El carácter, en principio, no económico de los efectos personales del matrimonio, la poca implicación de los terceros en esta temática, junto con el atenuado, y a veces, inexistente papel de la autonomía de la voluntad, vienen a justificar tal solución.

Bastaría por tanto, introducir cláusulas de excepción tales como la última residencia habitual común o la última nacionalidad común que permitiesen la aplicación de estos ordenamientos, siempre que presentaran una más estrecha relación con la vida matrimonial²²⁴. En esta línea podría también, establecerse como

²²² AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 349.

²²³ V. el análisis de esta cuestión en el apartado "Nacionalidad común de los cónyuges al tiempo de la celebración del matrimonio."

²²⁴ AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 349.

han hecho otras legislaciones, la previsión de que uno de los cónyuges mantuviese la nacionalidad o la residencia que en su día, fue común²².

En el supuesto de la determinación de la ley aplicable al régimen legal, se debe tratar de evitar el planteamiento del conflicto móvil. El valor a proteger debe de ser la seguridad, pues aquí la cuestión del régimen económico matrimonial aparece claramente relacionada con la protección de los terceros. Además, la posible lejanía a la que puede dar lugar la fijación de las conexiones al momento de la celebración del matrimonio, puede ser inmediatamente corregida por el juego de la autonomía de la voluntad, que en este caso, sí que tiene una real e importante vía de aplicación (artículo 9.3).

3.c) 2^o Residencia habitual de cualquiera de los cónyuges al tiempo del otorgamiento

Última de las conexiones introducidas por el artículo 9.3. Con ella y al margen de la conexión "efectos del matrimonio", se abre la posibilidad de pactar o capitular a los cónyuges de la misma nacionalidad que residen en país extranjero, alguno de ellos o ambos, y a los que teniendo distinta nacionalidad, residen habitualmente en Estados diferentes.

El primer punto a destacar de esta conexión es la referencia a la ley de cualquiera de los cónyuges. Con independencia de su nacionalidad los cónyuges, someten su régimen económico, mediante pacto o capitulación, a la ley del lugar de su residencia o de la residencia de cualquiera de ellos. Con esta conexión, se está reflejando una realidad social, como es que los cónyuges no tienen obligación de vivir juntos por el hecho de haber contraído matri-

²² Como contiene la legislación alemana art. 14.

monio. Esta conexión supone por tanto, la aceptación de que la presunción establecida en el artículo 69 del Código civil, puede no corresponder a la realidad.

La determinación temporal de la conexión al tiempo del otorgamiento debe ser valorada, igual que se hacía respecto de la conexión nacionalidad de cualquiera de las partes, positivamente pues genera seguridad jurídica y permite el cumplimiento de la voluntad de los cónyuges.

La elección por parte de los cónyuges de la ley de la residencia de uno de ellos, como rectora de sus capitulaciones o como marco de los pactos materiales que instituyan, puede responder a muy variadas motivaciones; pero se intuye que respecto de ella, las partes tendrán una vinculación mayor, bien por la posesión de bienes inmuebles u otros intereses económicos. De cualquier forma, el precepto de referencia no establece ningún límite, con lo que bastará que uno de los cónyuges tenga su residencia habitual en un Estado, para que puedan elegir la ley correspondiente aquel, como rectora de su régimen económico.

Pese a que el precepto resulte muy previsor en esta cuestión, no serán muy abundantes los casos en que los cónyuges tengan distinta residencia, con lo que las capitulaciones o pactos se realizarán conforme a la residencia habitual de ambos. Respecto de la residencia habitual común de los cónyuges al tiempo del otorgamiento, debe introducirse una cuestión que plantea muchos problemas en el ámbito multicultural actual.

Se ha indicado ya en otro lugar, el hecho de que las migraciones²³ procedentes de países cultural, religiosa y jurídicamente diferentes a los occidentales, esta dando lugar a graves conflictos,

²³ Para un análisis de la imagen social de la extranjería v. BARBADILLO GRIÑAN P. *Extranjería, racismo y xenofobia en la España contemporánea. La evolución de los setenta a los noventa*, Madrid 1997 p. 158 y s.s.

necesitados de solución²²⁷. El marco en que quizás más se acentúan en esas diferencias sea el familiar y una parte de él lo constituye sin duda, el ámbito económico matrimonial.

Cuando tiene lugar un matrimonio entre cónyuges de diferente nacionalidad y más cuando alguno de ellos procede de países musulmanes, resulta primordial la articulación de las reglas que regirán la economía familiar. Esta medida es especialmente ponderada, por la doctrina suiza que ha tratado en profundidad esta cuestión²²⁸.

En concreto, se recomienda a las parejas mixtas de estas características, que celebren capitulaciones matrimoniales de acuerdo al Derecho suizo, por ser Suiza el país en que se encuentran domiciliados. En realidad, se trata de evitar que la mujer resulte fuertemente perjudicada en sus derechos económicos, si resulta aplicable la ley musulmana²²⁹.

No se debe olvidar en este punto, que el derecho musulmán establece un sistema legal de separación de bienes, que supone que cada cónyuge es propietario de los bienes adquiridos antes y

²²⁷ Respecto de los llamados por BORRAS 'conflictos ocultos' resultantes de la existencia de una sociedad multicultural en Europa v. BORRAS "Les ordres plurilégislatifs dans le Droit International Privé" en *R. des C.* vol. 249 1994-V p. 145 a 368 y "La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe." en *VVAA El islam jurídico y Europa*, Barcelona 1998, p. 163 a 243.

²²⁸ Singularmente por ALDEEB S. *Mariages mixtes entre suisses et étrangers musulmans. enjeux de normes légales conflictuelles*, Lausanne 1996 y en *Revue de l'état civil* 1996 p. 238 a 256, "Conflicts entre droit religieux et droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe" en *R.I.D.C.* 4- 1997 p. 813 a 834, en especial p. 832 "Musulmans en terre européenne. Conflit entre foi et droit " en *Aktuelle juristische Praxis* 1996 p. 42 a 53.

²²⁹ Como se ha tenido oportunidad de indicar, la regulación de las relaciones conyugales esta presidida por la preeminencia del hombre, lo que justifica la división sexista del trabajo en el seno de la pareja. MERNISSI S. se acerca a esta cuestión "El estatuto de la mujer en Marruecos" en *VVAA El islam jurídico y Europa*, Barcelona 1998, p. 103 a 121 en especial p. 110-111.

durante el matrimonio, sin establecer ningún tipo de compensación económica, en caso de liquidación. Ello implicará que la mujer que queda al cuidado del hogar no recibirá remuneración ni compensación posterior alguna, con lo que se producirá respecto de ella, un importante desequilibrio económico. El marido en el contexto musulmán, puede prohibir a la mujer trabajar.

Parece claro que el pacto o capitulación conforme a la ley suiza, ofrecerá una solución a esta cuestión, siempre que la residencia se fije allí²⁰. Esta solución puede ser perfectamente trasposable al resto de las legislaciones occidentales, en cuanto que los diferentes regímenes establecidos en ellas, garantizan una igualdad patrimonial y proporcionan unas reglas directrices de la economía matrimonial, que evitan el planteamiento de desigualdades.

Desde estas consideraciones, puede observarse como la residencia habitual, es una conexión que puede llegar a evitar problemas como los planteados, lo que debe ser un argumento más para valorar positivamente su inclusión en la regulación española.

3.d) Lugar de celebración del matrimonio

Última de las conexiones utilizadas por el artículo 9.2, ha sido objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina; hasta el punto, en que en los debates parlamentarios para la aprobación de esta normativa, se "lanzaron" firmes alternativas a aquella.

²⁰ ALDEED S. elabora un contrato tipo de matrimonio, que deberá de ser firmado ante notario y que tendrá el siguiente texto "Le mari et la femme contribuent sur une base d'égalité, chacun selon ses moyens, aux dépenses du ménage et à l'éducation des enfant. Ils décident conjointement des affaires du couple. Le régime matrimonial est soumis au droit suisse. le mari et la femme optent pour le régime..... (nommer le régime). ALDEEB S. *Mariages mixtes entre suisses et étrangers musulmans. enjeux de normes légales conflictuelles*, Lausanne 1996 p. 26 y en *Revue de l'état civil* 1996 p. 238 a 256, en concreto p. 252.

La presencia de este tipo de conexión no es una novedad en la legislación española. Es precisamente, el antecedente histórico más remoto de la regulación objeto de estudio, el que incorpora tal conexión. En concreto, la Ley XXIV, título XI de la Partida 4^a, establecía como a falta de pacto entre los cónyuges se aplicará la ley del lugar en que se contrajo el matrimonio³¹.

Pronto surgieron discrepancias entre la doctrina³² a cerca de la interpretación de esta norma. Frente a los que sostenían que debían de aplicarse las costumbres del lugar de celebración del matrimonio, estaban otros autores que daban una interpretación diferente. Consideraban que la ley que debía de aplicarse era la ley del domicilio del marido.

Destaca en especial, el estudio de RODRIGO SUAREZ, el cual considera que será de aplicación la Ley XXIV y por tanto, la ley del lugar de celebración del matrimonio, siempre que el contrato se hiciera *animo ibi permanendi*, esto es, con la intención de permanecer en ese lugar. En el supuesto en que el matrimonio se celebrase y la pareja se instalase inmediatamente en otro lugar, "debe atemperarse a la costumbre o estatutos de éste último lugar en virtud de la *ley exigere dotem*"³³.

En esta misma línea GREGORIO LOPEZ, señalaba como la ley del lugar de la celebración no debía aplicarse, en el supuesto en que el matrimonio se contrajese con el ánimo de cam-

³¹ V. texto en nota correspondiente al apartado "Plantamiento general y evolución histórica del Derecho Internacional Privado español".

³² PEÑA BERNALDO DE QUIROS M. "El régimen económico de la sociedad conyugal en el Derecho Internacional Privado" en REDI 1955 vol. VIII nº 3 p. 607 a 623, en concreto p. 620 a 621.

³³ V. estudio de RODRIGO SUAREZ en SLMO SANTONJA V. Capacidad y regímenes matrimoniales de extranjeros. Derecho comparado y conflictual, Madrid 1970, p. 41-42.

biarse a otro domicilio. En este caso el marido contraía como extranjero²³⁴.

De esta argumentación destaca, entre otros aspectos, la formulación de la teoría de la voluntad tácita²³⁵. En efecto, el comportamiento del marido que se traslada inmediatamente a su domicilio o a otro lugar tras la boda, llevándose a su mujer, se asimila al que contrata como extranjero. La interpretación de la voluntad del marido, es que se aplique la ley de su domicilio, pues la contratación como extranjero, para marchar a otro lugar, demuestra el interés del sujeto en que se le aplique su propio fuero: el de su domicilio.

Se puede observar, como el concepto de domicilio se identifica con el concepto que, en apartado anterior, se ha dado de residencia habitual o domicilio real²³⁶. *La costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento*, sólo recibirá aplicación cuando coincida con el domicilio real del marido y por tanto, con el domicilio conyugal²³⁷. En el caso en que sea transitorio o casual, no recibirá aplicación y dejará paso a la ley del lugar en que se reside normalmente y respecto del cual se presume que se hace con continuación.

Será a partir de la segunda mitad del siglo pasado, cuando se introduce por la jurisprudencia del Tribunal Supremo el princi-

²³⁴ SIMO SANTONJA V. *Capacidad y regímenes matrimoniales de extranjeros. Derecho comparado y conflictual*, Madrid 1970, p. 43-44, PEÑA BERNALDO DE QUIROS M. "El régimen económico de la sociedad conyugal en el Derecho Internacional Privado" en REDJ 1955 vol. VIII nº3 p. 607 a 623, en concreto p. 621 "... del mismo literal de la ley de las Partidas se desprende que la remisión a la ley del lugar del marido se hace cuando el matrimonio se contrajo 'animo commorandi in loco contractus matrimonii' pero no cuando se contrajo 'animo se transferendi statim in aliud domicilium'".

²³⁵ SIMO SANTONJA V. *Capacidad y regímenes matrimoniales de extranjeros. Derecho comparado y conflictual*, Madrid 1970, p. 42-43.

²³⁶ V. apartado "Residencia habitual: art. 9.2 y 9.3 CC español."

²³⁷ LASALA SAMPER J.M. "La norma española de conflicto sobre régimen legal de bienes del matrimonio" en REDJ 1951 vol. IV nº 1 p. 13 a 58, en concreto p. 16-17.

pio de la ley personal. En diferentes sentencias aquel declara como la ley nacional se aplicará a las cuestiones relativas al derecho de familia, incluyendo entre ellas el régimen del matrimonio²⁹⁸.

La reaparición de la conexión de la ley del lugar de celebración del matrimonio, no tendrá lugar hasta mucho tiempo después. La ley de reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo de 1990, la incorpora en el artículo 9.2.

Esta conexión entronca con su predecesora, en la medida en que se aplicará en defecto de pacto entre los cónyuges. Sin embargo, la previsión del artículo 9.3, que permite pactar conforme a la ley de los efectos del matrimonio, y el curioso juego que desarrolla en este punto la autonomía material y conflictual, lleva a que eventualmente, pueda tener repercusión en el régimen económico matrimonial pactado.

La doctrina²⁹⁹ de forma prácticamente unánime, destaca como mayor inconveniente de la adopción del lugar de celebración, su carácter fortuito y circunstancial. No sólo la vinculación con la vida matrimonial puede ser inexistente, sino que la con-

²⁹⁸ V. apartado dedicado a "Planteamiento general y evolución histórica de Derecho Internacional Privado español"

²⁹⁹ BORRAS A. "No discriminación por razón de sexo: en *op. cit.* p. 239 y 247-249 AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 349-350 ESPINAR VICENTE J.M *El matrimonio y las familias en el sistema español de ... op. cit.* p. 302 a 304 AGUILAR BENITEZ DE LUGO M. "Los efectos del matrimonio" en *VVAA Lecciones de Derecho Civil internacional*, Madrid 1996, p. 157-158 MOYA ESCUDERO M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional Privado español II. Parte especial, Granada* 1994 p. 154-155. En la doctrina extranjera es significativo que ya en 1932, y desde la perspectiva de la teoría de la voluntad tácita se señalaran los inconvenientes de la conexión AUDINET M. "Des conflits de lois relatifs aux effets... *op. cit.* p. 257-258 "... mais quand il s'agit du choix d'un régime matrimonial, le lieu de célébration du mariage ne fournit pas une présomption suffisante. Les conventions matrimoniales expresse ou tacites établissent entre les époux des relations permanentes; elles règlent leurs rapport pécuniaires pendant toute la durée de leur union; or, il se peut que le hasard seul ait choisi le lieu de la célébration du mariage, que les époux n'aient conservé avec ce pays aucune relation, que le centre de leurs intérêts ne s'y trouve pas; il est peu rationnel de croire, en toute hypothèse, qu'ils ont voulu en adopter la loi."

xión impide cualquier tipo de adaptación a la evolución que la relación matrimonial puede experimentar. A ello hay que añadir la imposibilidad de incorporar alguna cláusula correctora.

El motivo último que lleva a acoger una conexión tal, hay que buscarlo en el intento de conseguir soluciones totalmente objetivas. Como se señalaba anteriormente, uno de los motivos que habían propiciado la adopción de la ley de la residencia era su carácter neutro²⁹. Es esta misma característica la que aboga por la adopción de la ley del lugar de celebración.

La incorporación de este punto de conexión además, se vio favorecida por el marco legislativo en que se aprobó. Se trataba de abolir toda discriminación y en concreto, la que suponía la aplicación de la ley nacional del marido. Para ello se buscaron conexiones objetivas ya analizadas, ley de la residencia, ley de la nacionalidad... Pero era necesario acoplar una solución de cierre. El lugar de celebración del matrimonio parecía idóneo, desde esta sola perspectiva.

Esta solución ya fue adoptada en la Resolución del Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Granada de 1956³⁰, sobre la misma base de conseguir soluciones objetivas. Por otra parte, se consideraba que los inconvenientes que se derivan de esta conexión eran mínimos, si se tiene en cuenta que la ley del lugar de celebración jugaba sólo en defecto de domicilio conyugal, lo que remitía a supuestos muy residuales³¹.

²⁹ V. Apartado dedicado a la residencia habitual.

³⁰ Consultar texto en nota anterior nº 155.

³¹ En este punto es interesante reproducir una parte de las deliberaciones de la tercera sesión plenaria del Instituto. VALLINDAS señala como "il sonait grotesque de se référer à la loi du lieu de célébration de mariage, dont le choix peut dépendre du hasard ou être purement fortuit" BATIFFOL por contra "reconnait les inconvénients du lieu de célébration du mariage en ce qu'il est souvent très accidentel par rapport à la situation ultérieure des époux. Mais ici, il s'agit d'un mariage qui n'a pas existé en fait; les inconvénients de ce rattachement sont donc minimes et c'est la seule solution objective." v. BATIFFOL H. y VALLADAO H. "Les conséquences de la différence de nationalités des époux sur les effets du mariage" en *Annuaire de IDI*, session de Granada 1956 p. 124 a 177, en concreto p. 173-174.

Esto mismo puede predicarse del último de los puntos de conexión del artículo 9.2. Sólo será llamado a regular los efectos del matrimonio de cónyuges de distinta nacionalidad, que no han hecho elección de ley aplicable y que no establecen una residencia común con posterioridad al matrimonio (salvo el supuesto de elección en uso de la autonomía material, al abrigo del 9.3). Por tanto, el carácter de su aplicación será residual, pues es difícil que no juegue alguna de las conexiones anteriores.

Los inconvenientes que representa esta conexión fueron ya vislumbrados en el debate parlamentario y, sin atender al carácter más o menos residual de su aplicación, propiciaron la formulación de dos enmiendas que contenían a su vez, criterios alternativos.

La desconexión con la vida matrimonial que hacía devenir esta conexión inadecuada, tiene una proyección doble. En un primer nivel internacional, es fácil imaginar una situación que lleve a ese resultado. Matrimonio de español con extranjera, en por ejemplo Teherán, que no establece una residencia común por razones profesionales. La aplicación de las conexiones jerárquicas recogidas en el artículo 9.2, conduce a la aplicación de la legislación iraní²⁴³.

Desde una perspectiva conflictual interna, la ley del lugar de celebración va a resultar igualmente, inconveniente. La remisión que hace el artículo 16.3 al artículo 9 del Código, para la regulación de los efectos del matrimonio entre españoles, supone que pueda producirse situaciones como la siguiente. Matrimonio entre cónyuges pertenecientes a sistemas que establecen el régimen legal de separación de bienes (catalán y mallorquina por ejemplo), que no establecen una residencia común y que deciden celebrar su matri-

²⁴³ Este mismo ejemplo fue utilizado por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió. DSS-P-33 (1692).

monio en Madrid. El juego de la conexión de cierre supone en principio, la aplicación del régimen legal de gananciales²⁴⁴.

La alternativa a esta conexión era contenida en las enmiendas presentadas por el PNV y CIU²⁴⁵. Básicamente, consistía en la introducción de una conexión flexible que garantizase la vinculación con la vida matrimonial. Se trata de *la ley que tenga una vinculación más estrecha con la vida del matrimonio (PNV), la ley del Estado con el que la vida matrimonial presente los lazos más estrechos (CIU)*.

La inclusión de esta conexión como cláusula de cierre, garantizaría que la ley aplicable tuviera relación con la vida matrimonial. Además, pondría fin al problema que se planteaba respecto de los conflictos internos. Sin embargo, la no adopción de este criterio se justificó con base a un motivo fundamental.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado y como tal, podría introducir inseguridad jurídica, siendo este un tema en el que debería prevalecer los criterios objetivos²⁴⁶. En realidad, lo que se trasluce de esta interpretación no es sino un temor a que sea el análisis del caso concreto, el que perfile la ley a aplicar y que por ende, el papel protagonista se adjudique al juez.

²⁴⁴ Ejemplo utilizado por *Convergència i Unió* en el debate parlamentario *D55-P-33* (1695-1696) y respecto del cual BORRAS indica que "... demuestra la incorrección de la conexión de cierre contenida en el art. 9 apartado 2." BORRAS A. "No discriminación por razón de sexo: en *op. cit.* p. 248.

²⁴⁵ BOCC: B-13-4 BOCC III B-2 (c) p. 9-10 y 11-12.

²⁴⁶ Este es el argumento que se defendió en el debate sobre las enmiendas "Nos parece que es un concepto absolutamente indeterminado, que no viene sino a introducir inseguridad jurídica entre los españoles, ya que según quien fuera el juez que estuviera interpretando qué se ha de entender por vinculación más estrecha, estaría diciendo en un caso que fuera un tipo de normas y en otro, que fuera otro. Creemos que en un asunto como éste de norma de Derecho Internacional Privado, que afecta a relaciones privadas, a los efectos económicos y personales del matrimonio, no es conveniente introducir una cláusula de carácter tan general como ésta que regulan sus señorías." *D55-P-33* (1693), en el mismo sentido (1697).

monio en Madrid. El juego de la conexión de cierre supone en principio, la aplicación del régimen legal de gananciales²⁴⁴.

La alternativa a esta conexión era contenida en las enmiendas presentadas por el PNV y CIU²⁴⁵. Básicamente, consistía en la introducción de una conexión flexible que garantizase la vinculación con la vida matrimonial. Se trata de *la ley que tenga una vinculación más estrecha con la vida del matrimonio* (PNV), *la ley del Estado con el que la vida matrimonial presente los lazos más estrechos* (CIU).

La inclusión de esta conexión como cláusula de cierre, garantizaría que la ley aplicable tuviera relación con la vida matrimonial. Además, pondría fin al problema que se planteaba respecto de los conflictos internos. Sin embargo, la no adopción de este criterio se justificó con base a un motivo fundamental.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado y como tal, podría introducir inseguridad jurídica, siendo este un tema en el que debería prevalecer los criterios objetivos²⁴⁶. En realidad, lo que se trasluce de esta interpretación no es sino un temor a que sea el análisis del caso concreto, el que perfile la ley a aplicar y que por ende, el papel protagonista se adjudique al juez.

²⁴⁴ Ejemplo utilizado por Convergència i Unió en el debate parlamentario D55-P-33 (1695-1696) y respecto del cual BORRAS indica que "... demuestra la incorrección de la conexión de cierre contenida en el art. 9 apartado 2." BORRAS A, "No discriminación por razón de sexo: en op. cit. p. 248.

²⁴⁵ BOCG: B-13-4 BOCG III B-2 (c) p. 9 -10 y 11-12.

²⁴⁶ Este es el argumento que se defendió en el debate sobre las enmiendas "Nos parece que es un concepto absolutamente indeterminado, que no viene sino a introducir inseguridad jurídica entre los españoles, ya que según quien fuera el juez que estuviera interpretando qué se ha de entender por vinculación más estrecha, estaría diciendo en un caso que fueran un tipo de normas y en otro, que fuera otro. Creemos que en un asunto como éste de norma de Derecho Internacional Privado, que afecta a relaciones privadas, a los efectos económicos y personales del matrimonio, no es conveniente introducir una cláusula de carácter tan general como ésta que regulan sus señorías." D55-P-33 (1693), en el mismo sentido (1697).

Esta es no obstante, la conexión que se ha introducido en esta materia en los ordenamientos jurídicos europeos. Alemania (art. 14), Austria (art. 18), Suiza (art. 48) optan por incluir como conexión de cierre la ley de los vínculos más estrechos. Es esta también, la posición adoptada en la reciente reforma del sistema de Derecho Internacional Privado italiano y que tiene su traducción en la inclusión de la ley *prevalentemente localizzata* (art. 29).

De igual forma, el Convenio de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, prevé en el supuesto en que los cónyuges no hayan designado la ley aplicable al régimen matrimonial, y en defecto de residencia habitual común y de nacionalidad común, el sometimiento del régimen matrimonial a la ley del Estado con el cual presente los vínculos más estrechos (art. 4).

La doctrina española propuso adoptar la conexión de los vínculos más estrechos, en sustitución de la ley del lugar de celebración del matrimonio, siguiendo la tendencia moderna que inspira a otros ordenamientos²⁰. Esta propuesta requiere un análisis más profundo. La incorporación subsidiaria de ésta conexión en los ordenamientos citados, presenta unas características determinadas que deben de ser examinadas, para comprobar si la adaptación de ese criterio a nuestro sistema, es viable.

²⁰ BORRAS lo explica con gran claridad "Mejor hubiera sido incluir, en vez de la conexión 'lugar de celebración', una conexión flexible, de la que resultara aplicable el ordenamiento con que presente la vida matrimonial vínculos más estrechos." BORRAS A. "No discriminación por razón de sexo: en op. cit. p. 248. En la misma línea AMORES CONRADI señala como "Mucho más adecuado era el contenido de las enmiendas presentadas por las minorías catalanas y vasca proponiendo, como conexión de cierre, la aplicación de la ley del lugar con el que la vida matrimonial presente los vínculos más estrechos, dando así entrada en nuestro Derecho a una conexión flexible y susceptible de resolver supuestos en los que la determinación a priori de cual sea el ordenamiento que debe regir una determinada situación es casi imposible." AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 349-350.

En principio, hay que indicar que estos ordenamientos, a excepción del italiano, realizan previsiones distintas según se trate de regular los efectos personales o el régimen legal. En general y, como se verá, el sentido de introducir tales previsiones no es otro que, por lo que se refiere al régimen legal, corregir la incertidumbre que la conexión vínculos más estrechos, crea respecto de la previsión del derecho aplicable, singularmente ante el posible planteamiento de conflictos móviles. Mientras que respecto de los efectos personales, se trata de conseguir la máxima vinculación entre la ley aplicable y la vida matrimonial.

Se ha señalado como la conexión vínculos más estrechos se utiliza como cláusula de cierre. Esto es así, pero requiere un matización mayor por lo que se refiere al sistema suizo. Este parte de una distinción de puntos de conexión a aplicar, según se trate de determinar la ley aplicable a los efectos generales del matrimonio o a los regímenes matrimoniales sin más.

Sólo respecto de los primeros y por tanto, respecto de los efectos personales del matrimonio prevé que en defecto de domicilio común, se aplique el derecho del Estado del domicilio con el cual la causa presente los vínculos más estrechos. No es esta sin embargo, conexión que utilice para determinar, en defecto de elección, la ley aplicable al régimen matrimonial. En este caso utiliza una cláusula de cierre original: la ley del foro.

Mediante una fórmula que recuerda al artículo 107 del Código civil español (norma dedicada a la separación y al divorcio³⁰⁰), determina como los cónyuges que nunca hubieran estado domiciliados en el mismo Estado y que no tengan nacionalidad común, se someterán al régimen suizo de separación de bienes.

³⁰⁰ Para un acercamiento a esta norma v. GONZALEZ CAMPOS J. "Derecho del familia. El matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 298 a 328, en concreto p. 320 a 325. ESPINAR VICENTE J.M. *El matrimonio y las familias en el sistema español de ... op. cit.* p. 229 a 244.

De esta regulación se puede extraer una conclusión fundamental. La incorporación de la cláusula de los vínculos más estrechos a la regulación de los efectos personales, responde al intento de que la ley que resulte aplicable sea la más cercana a l'*environnement social* en que se desarrolla la vida matrimonial¹⁹⁰. Este interés, cambia cuando la cuestión de referencia es el régimen legal y por ello, se incorporan conexiones que pueden introducir cierta lejanía: derecho del Estado del último domicilio común de los cónyuges o el régimen suizo de separación de bienes.

No obstante, la legislación suiza ofrece una vía de corrección para aquellos supuestos en que la norma que debe ser aplicable, (de acuerdo al precepto de referencia) no ofrezca más que vínculos muy débiles con el caso concreto. Se trata del artículo 15¹⁹¹, que establece la no aplicación excepcional de derecho designado por la ley si, respecto del conjunto de las circunstancias, resulta manifiesto que la causa no tiene más que un vínculo muy laxo con este derecho y que ella se encuentra en una relación mucho más estrecha con otro derecho.

¹⁹⁰ Es esta misma razón la que lleva a BUCHER a señalar, respecto de la segunda conexión utilizada: derecho del Estado en que los esposos han tenido su último domicilio común. "Ce rattachement subsidiaire est plus adéquat en matière de régime matrimonial que s'agissant des effets généraux du mariage, pour lesquels l'application du droit de l'environnement social effectif est particulièrement importante." BUCHER A. *Droit international privé suisse. T.II: personnes, famille, successions*, Bâle 1992, p. 167.

¹⁹¹ El art. 15 contiene un cláusula de excepción que establece "1. Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit.
2. Cette disposition n'est pas applicable en cas d'élection de droit."
v. VISCHER F. "La loi fédérale de droit international privé" en VVA A *Le nouveau droit international privé suisse. Travaux des journées d'étude organisées par le Centre de droit de l'entreprise*, les 9 et 10 oct. 1967, Lausanne 1968, p. 11 a 26, en particulier p. 15
BUCHER A. *Droit international privé suisse. T.II: personnes, famille, successions*, Bâle 1992, p. 46 a 48.

Por lo que se refiere al régimen legal, la exclusión de la conexión vínculos más estrechos, y la inclusión de conexiones objetivas que jugarán de manera automática, tiene la consecuencia inmediata de descartar la acción discrecional del juez. Todo ello en aras, probablemente, de conseguir una mayor seguridad en el ámbito del régimen económico matrimonial legal. La consecución de la mayor seguridad jurídica se combina además, con ciertas garantías de que la ley aplicable tenga conexión con la vida matrimonial.

Como se puede observar, difícilmente se puede importar la fórmula de los vínculos más estrechos utilizada por el sistema suizo. Varias razones justifican esta afirmación. En primer lugar se parte de principios muy diferentes. El sistema español fuertemente personalista, choca con el suizo que otorga primacía plena al criterio domiciliar.

Pero aún, existe una argumentación más contundente. La conexión de los vínculos más estrechos se adopta sólo para los efectos personales del matrimonio, cuando en el sistema español no existe ningún tipo de diferenciación. El artículo 9.2 regula de forma unitaria los efectos del matrimonio.

Adoptar puntos de conexión diferentes para los distintos efectos del matrimonio, supondría la vuelta a una regulación anterior, que dedicaba dos artículos a esta cuestión. Se necesitó de la reforma, para lograr una simplificación en un único artículo, inspirado en el principio de igualdad entre los cónyuges y que ha sido valorado positivamente²⁹¹.

²⁹¹ BORRAS A. "No discriminación por razón de sexo: en *op. cit.* p. 237 AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 348 "También hay que anotar en el haber de la reforma la simplificación de los antiguos preceptos al unificarse en uno solo lo antiguamente recogido en dos, solo aparentemente idénticos (...); ello encuentra su justificación en el hecho de que en el ordenamiento español actual los principios sustanciales que inspiran la regulación de todos los efectos de matrimonio son los mismos: la plena igualdad entre los cónyuges y el máximo respeto a su común autonomía."

Por otra parte, la competencia de la ley del foro, puede no ser adecuada en el sistema español. Con la aprobación de la LOPJ, se aceptó la posibilidad de que los cónyuges se sometieran expresa o tácitamente a la competencia de los Tribunales españoles. Si se incluye como aplicable la ley del foro, la consecuencia es la posibilidad de forzar, en determinadas circunstancias y por vía de la sumisión, la aplicación de la ley española.

Igualmente, la LOPJ dispone que serán competentes los Tribunales españoles en materia de relaciones patrimoniales y personales, cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España³⁰. Este supuesto también, llevaría a la aplicación de la ley española como ley del foro, por parte de los Tribunales.

Se trataría, como ya se ha señalado, de supuestos muy residuales, pues la aplicación de esta ley se encontraría subordinada a la inexistencia de nacionalidad común y de residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. En el caso de que se siguiesen los criterios de la ley suiza, serían también, supuestos extraños. Los cónyuges no deben de estar domiciliados en el mismo Estado, ni nunca lo han debido de estar, además que no deben poseer la misma nacionalidad.

El ordenamiento español carece de mecanismos de respuesta similares al artículo 15 de la ley federal suiza de 1987, que garantizasen en estas extrañas hipótesis una vinculación real con la vida matrimonial. Por ello, podría producirse supuestos en que resultará aplicable la ley española, cuando los cónyuges tan sólo mantuvieran una mínima relación con España (por ejemplo, únicamente la sumisión).

Se podrían ocasionar por otro lado, graves problemas respecto de la protección de terceros, que fácilmente desconocerían la

³⁰ Art. 22 3º LOPJ.

ley aplicable al régimen legal. El ordenamiento jurídico español, como se analizará más adelante, no ofrece una solución específica a esta cuestión²³.

La ley suiza sin embargo, opta por una regulación específica que evita, en gran medida, el planteamiento del problema. Dispone que los efectos del régimen matrimonial sobre una relación jurídica entre un cónyuge y un tercero, se regirán por le ley del domicilio del cónyuge en el momento de la creación de dicha relación.

Ahora bien, si el tercero conocía o debía de conocer el derecho aplicable al régimen matrimonial, los efectos se regirán por ese derecho²⁴. La protección a los terceros se circunscribe por tanto, a los que actúan de buena fe, y ofrece una solución básica a la posible producción de conflictos móviles.

Un cambio en las circunstancias determinantes de la ley aplicable por ejemplo, en la ley del domicilio, se acompañaría de un cambio en el régimen matrimonial. Esto no afectará a las relaciones establecidas con terceros con anterioridad a aquella contingencia. Es por ello, por lo que no fijar las conexiones previstas para el régimen matrimonial en un momento determinado, no ocasiona

²³ Esta cuestión sin embargo, no se plantea de la misma manera en el sistema suizo, porque la ley regula específicamente las relaciones jurídicas con los terceros art. 57 v. sobre el particular VON OVERBECK A. "Les régimes matrimoniaux et les successions dans le nouveau droit international privé suisse" en VVAA *Le nouveau droit international privé suisse. Travaux des journées d'étude organisées par le Centre du droit de l'entreprise*, les 9 et 10 oct. 1987, Lausanne 1988, p. 59 a 78, en concreto p. 69 y BUCHER A. *Droit international privé suisse. T.II: personnes, famille, successions*, Bâle 1992, p. 171-172.

²⁴ Art. 57: "1. Les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers sont régis par le droit de l'Etat dans lequel cet époux était domicilié au moment où ce rapport a pris naissance.
2. Toutefois, ces effets sont régis par le droit applicable au régime matrimonial si le tiers connaissait ou devait connaître ce droit au moment où le rapport juridique a pris naissance."

mayores problemas en el tema de la seguridad jurídica, pues el posible planteamiento de un conflicto móvil aparece salvado en este punto.

La legislación alemana introduce también, la conexión de los vínculos más estrechos en la regulación de los efectos generales del matrimonio. Pero, a diferencia de la ley federal suiza esta conexión, como el resto de las previstas en el precepto, es de aplicación tanto a los efectos personales como al régimen legal.

Con una estructura similar al artículo 9.2 del Código español, el artículo 14 de la Ley alemana establece jerárquicamente los puntos de conexión que determinarán la ley aplicable. La cláusula de cierre es la que contiene la conexión vínculos más estrechos. En concreto, establece que los efectos del matrimonio se regirán por la ley del Estado con la que los cónyuges conjuntamente se encuentren, de otro modo, vinculados más estrechamente²⁵⁵.

Esta legislación se caracteriza, como ya se ha señalado en repetidas ocasiones, por establecer un fijación temporal de las conexiones al momento de la celebración del matrimonio, sólo cuando se trata de determinar la ley aplicable a los efectos económicos, en defecto de elección.

La consecuencia de esta previsión, por lo que aquí interesa, será que la vinculación de los cónyuges al ordenamiento, tiene que existir en el momento de la celebración del matrimonio²⁵⁶. Con ello

²⁵⁵ Art. 14 (1) 3° "par la loi de l'Etat avec lequel les époux gardent en commun le lien le plus étroit d'une quelque autre manière."

²⁵⁶ STURM señala respecto de la conexión vínculos más estrechos "Vu le nombre croissant de mariages binationaux et l'absence fréquente de foyers communs, le problème ne manque d'ailleurs pas d'une certaine importance pratique. Et cela d'autant plus que du dernier échelon peut aussi relever le régime matrimonial fixé précisément au moment de la célébration du mariage." STURM'E. "Personnes, famille et successions dans la loi... *op. cit.* 53.

se consigue, no sólo evitar el problema de la producción de posibles conflictos móviles, sino que se introduce un cierto límite a la discrecionalidad del juez.

Si bien, es cierto que esta conexión flexible da al juez un amplio margen de discrecionalidad también, es cierto que el atender única y exclusivamente al momento de la celebración, ayuda a la toma de la decisión, aunque sólo sea por haber evitado observar un periodo largo de vida matrimonial, en el que se puede producir muchos cambios.

Desde esta perspectiva, a saber, evitar posibles conflictos móviles y facilitar, aún sólo levemente, la tarea discrecional del juez, parece razonable que si se opta por adaptar esta conexión al ordenamiento español, se establezca la fijación temporal al tiempo de la celebración del matrimonio. La legislación austríaca y de Liechtenstein²⁰⁷ introducen igualmente, esta solución.

No obstante, hay que reconocer que la indeterminación de la ley aplicable que supone la incorporación de esta conexión flexible al ordenamiento, no se resuelve por esta previsión. El juez deberá atenerse a las circunstancias del caso para decidir y estas, pueden ser tan heterogéneas que resulte difícil encontrar un ordenamiento estrechamente vinculado al matrimonio o mejor, a sus cónyuges.

Se tratará de supuestos que *a priori*, ofrezcan una cierta dificultad. No hay que olvidar que los cónyuges no han de tener ni la misma nacionalidad ni la misma residencia, para que juegue esta última conexión. Ante estos extraños supues-

²⁰⁷ El artículo 20 dispone que en defecto de elección, el régimen de bienes del matrimonio se rige por el derecho rector de los efectos personales del matrimonio en el momento de la celebración v. texto en *IPRax* 1997.5 p. 364 a 369.

tos habrá que buscar otras circunstancias que revelen una vinculación más estrecha. Pero ¿cuales serán esas circunstancias?²⁸

Imagínese por ejemplo, una pareja de nacionalidad distinta que residen en países diferentes y que tan sólo se encuentran en periodos de vacaciones. Deciden casarse y no establecer una residencia común, continuando la relación de la misma manera. En este caso ¿que criterios seguirá el juez para tomar su decisión? ¿el lugar en que pasen más tiempo juntos? ¿la posible adquisición de patrimonio?...

En estos supuestos límites un criterio que puede, en última instancia, dirimir la cuestión es precisamente, aquél del que se quiere prescindir. El lugar de celebración del matrimonio. Este criterio presenta la ventaja de que siempre existirá y será objetivo y neutral, con lo que podrá y en determinados supuestos, deberá ser tenido en cuenta.

Para finalizar, es interesante analizar el posible juego que la ley del lugar de celebración del matrimonio, puede tener en su regulación actual. Tomando como referencia estos supuestos residuales y mediante una manipulación conveniente de aquella conexión, se puede conseguir una total autonomía de la voluntad en la regulación de los efectos del matrimonio²⁹.

²⁸ En Alemania también, se pensó en la ley del lugar de celebración del matrimonio, pero se descartó en favor de los vínculos más estrechos, con la recomendación de que se tuviera en cuenta los proyectos de los cónyuges STURM F. "Personnes, famille et successions dans la loi. *op. cit.* p. 52 nota 60 "La Commission de lois a biffé ces illustrations du concept d'*empêcher Bezug* (...). Elle exclut le lieu de la célébration du mariage lorsqu'il est le fait du pur hasard et recommande à la jurisprudence de tenir compte des intentions et des projets des époux. Où désireraient-ils s'établir à la fin-gue? Lequel des deux envisage de changer de nationalité? Mais qui, du mari ou de la femme, réussira en cas de litige à en rapporter la preuve?

²⁹ Es cierto, que podría de la misma forma manipularse la conexión de la residencia inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, forzando que esa residencia coincidiera con el Estado de cuya ley se pretende conseguir su aplicación. No obstante, esta posibilidad es mucho más difícil, si cabe, de realizar.

La conexión lugar de celebración del matrimonio puede entenderse, como una manifestación de la voluntad presunta de los cónyuges. El lugar de la celebración se decide libremente y de común acuerdo por las partes. Estas podrán utilizar este criterio para forzar la aplicación de un derecho que les resultase ventajoso. Para ello, bastaría celebrar el matrimonio en el Estado de cuya ley interese su aplicación²⁴⁸.

Como se ha tenido ocasión de estudiar, la autonomía de la voluntad no ha tenido una penetración total en el ámbito de las capitulaciones matrimoniales, ni tampoco en el de los efectos personales. El artículo 9.3 establece unas limitaciones: las partes sólo pueden elegir la ley de los efectos de su matrimonio, la ley de la nacionalidad o la ley de la residencia de cualquiera de ellos.

La autonomía de la voluntad aparece igualmente, limitada en el ámbito de los efectos personales (art. 9.2). Los cónyuges sólo podrán elegir la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, antes de la celebración del matrimonio y en documento auténtico.

Así pues, los cónyuges sólo podrán elegir una de las leyes que reciben concreción, a través de la aplicación de los distintos puntos de conexión utilizados en las normas, o bien, dejar actuar las conexiones jerárquicas que determinarán automáticamente, la ley a aplicar.

El juego del último punto de conexión permite sin embargo, aplicar la ley que las partes deseen, siempre que no tengan

²⁴⁸ JUANGER califica muy positivamente la existencia de reglas bilaterales como la aplicación de la ley del lugar de celebración del matrimonio, señalando que "... permite el *forum shopping*. Las partes pueden buscar el Derecho que más les conviene, en efecto gozan de una autonomía de la voluntad," v. Coloquio de las Cuartas jornadas de Derecho Internacional Privado, sesión de 4 de junio en *VVAA Principios, objetivos y métodos del Derecho Internacional Privado. Balance y perspectivas de una década*. Cuartas jornadas de Derecho Internacional Privado. Madrid (Vicalvaro) 4 y 5 de junio de 1993, Madrid 1995 p. 59 a 77, en concreto p. 75.

nacionalidad común ni residencia y para el supuesto del régimen legal, no hayan pactado capitulaciones o precisamente, hayan decidido aplicar dicha ley a sus pactos o capitulaciones. Los cónyuges pueden decidir por tanto, celebrar su matrimonio en un lugar que poco o nada tenga que ver con ellos, pero del cual les interesa la normativa que por esta curiosa vía, pasará a serles aplicada.

4. OTRAS CONEXIONES

El catálogo de conexiones alternativas utilizado en el artículo 9.3, permite un amplio margen del ejercicio de la voluntad de los cónyuges, respecto a la regulación de su régimen económico matrimonial. Este panorama no obstante, podía haberse ampliado mediante la introducción de una conexión de la que se hacen eco alguno de los ordenamientos actuales. Se trata de la ley de situación de los inmuebles.

La regulación introducida por la reforma de 1990, no incluye ningún tipo de referencia a esta conexión, ni establece previsión especial para los bienes inmuebles. Parece claro por tanto, que el sistema jurídico español, parte de un principio unitario en la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Se excluye la posibilidad de que se planteen fragmentaciones, cuyo origen se encuentre en un diferente régimen a aplicar, a los bienes inmuebles.

Esta conclusión no siempre se ha podido deducir con la misma facilidad. El texto del artículo 1325, en su redacción anterior a la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974, suscitó dudas en su interpretación³⁰, hasta el punto en que se postuló la

³⁰ V. LASALA SAMPER J.M. "La norma española de conflicto sobre régimen legal..." en *op.cit.* p. 22 a 26, SIMO SANTONJA V. *Capacidad y regímenes matrimoniales de extranjeros...* *op. cit.* p. 198-199 MIAJA DE LA MUELA A. *Derecho Internacional Privado TII (Parte especial)*, Madrid 1987, p. 471-472.

existencia de un principio realista, susceptible de ocasionar fragmentación.

En concreto, este artículo contenía una previsión sobre la ley aplicable al régimen legal del matrimonio celebrado en país extranjero, entre español y extranjera o extranjero y española. Establecía que en defecto de pacto sería la ley nacional del marido, la rectora del régimen matrimonial²⁸².

El origen de las dudas se centra en la última parte del precepto: *Todo sin perjuicio de lo establecido en este código respecto de los bienes inmuebles*, y la posible relación de este inciso con el artículo 10 del mismo cuerpo legal²⁸³. Este partía de una distinción entre los bienes muebles e inmuebles. Los primeros regidos por la ley personal del propietario y los segundos por la ley de su situación²⁸⁴.

La interpretación conjunta de ambos preceptos parecía indicar que la ley española sería la única aplicable al régimen legal, en lo que respecta a los bienes inmuebles situados en España. A ello parecía también, abocar el hecho de que el artículo 10 establecía un claro principio de unidad respecto de las sucesiones, mientras que en el régimen legal del matrimonio el ordenamiento incluía la salvedad mencionada²⁸⁵.

²⁸² V. referencia a este artículo en el apartado dedicado a "Planteamiento general y evolución histórica del Derecho Internacional Privado español".

²⁸³ El artículo 10 del Código Civil de 1889 disponía: "Los bienes muebles están sujetos a la ley de la nación del propietario; los bienes inmuebles, a las leyes del país en que están sitos. Sin embargo, las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren."

²⁸⁴ Es precisamente, la reforma del Título Preliminar de 1974 la que modificará el art. 10.1 estableciendo un único criterio para la determinación de la ley aplicable tanto a los bienes inmuebles como a los muebles, a saber, el lugar de situación. v. BOUZA VIDAL N. "Comentario al artículo 10.1 y 10.2" en *VVAAComentario del Código Civil* tomo I Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 105 a 110.

²⁸⁵ GOLDSCHMIDT en principio, pareció aceptar la teoría del fraccionamiento v. referencia de esta polémica en LASALA SAMPER J.M. "La norma española de conflicto sobre régimen legal..." en *op.cit.* p. 23-24, concretamente insistía en la existen-

Esta explicación chocaba sin embargo, con la idea de la unidad del estatuto. No se podía olvidar al respecto, como ya señaló LASALA, que la Base 2ª del Código sentaba como principio inspirador del mismo, la doctrina de la personalidad del derecho²⁸⁶.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de enero de 1896²⁸⁷, dispuso todas las dudas que se habían generado alrededor de este precepto. En concreto, estableció que la salvedad del artículo 1325 se circunscribe únicamente al régimen inmobiliario, diferenciándolo del estrictamente matrimonial. A él corresponde los derechos sobre posesión, dominio, servidumbres, efectos y forma de inscripción etc.²⁸⁸.

Pese a que la regulación actual no incluye este tipo de conexión, AMORES ha postulado la conveniencia de que se hubiera incluido en el actual artículo 9.3, la posibilidad de pactar conforme a la ley del lugar de situación de los inmuebles²⁸⁹. Esta opción

cia de cierta inconsecuencia en la regulación "... ni se comprendería por qué el CC habría de aceptar la tesis del fraccionamiento en materia de régimen de bienes, si en el campo de sucesión adopta, con un radicalismo doctrinal y literario poco común en él, el principio de la unidad (art. 10 párr.2°)." GOLDSCHMIDT W. *Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado* T.II, Buenos Aires 1954 p. 304.

²⁸⁶ LASALA señala "... que no hay más remedio que interpretar el discutido precepto en armonía con el sistema de personalidad de las leyes, adoptado como fundamental por nuestro Código y por su Ley de Bases, y con cuyo sistema repugna esa interpretación territorialista, contraria a la 'unidad' del estatuto." LASALA SAMPER J.M. "La norma española de conflicto sobre régimen legal..." en *op.cit.* p. 24-25.

²⁸⁷ Sentencia de 28 de enero de 1896 en *Alcubilla, Diccionario de la Administración española*, Apéndice 1896 nº 32 p. 117 a 119.

²⁸⁸ SIMO SANTONJA V. *Capacidad y regímenes matrimoniales de extranjeros...* *op. cit.* p. 199 "... puede concluirse, pues, que por lo que respecta a la ley territorial la excepción afecta únicamente a lo que constituye estrictamente el régimen inmobiliario, a saber: las acciones que producen los derechos sobre los bienes, dominio, posesión, servidumbres legales, efectos y formas de la inscripción, naturaleza de los bienes, limitaciones, garantías y seguridades." en el mismo sentido LASALA SAMPER J.M. "La norma española de conflicto sobre régimen legal..." en *op.cit.* p. 26.

²⁸⁹ AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 341-342 "... al menos en cuanto el pacto se refiera a la titularidad y disfrute de los mismos."

es recogida en el Convenio de La Haya de 1978 y en la Ley alemana de 1986.

El Convenio parte del principio de indivisibilidad del régimen matrimonial. Por ello, establece la precisión de que la ley elegida por los cónyuges para la regulación de su régimen, se aplicará à l'ensemble de leurs biens. No obstante, incluye una excepción a este principio.

Los cónyuges, aún en el supuesto de que no hayan designado la ley aplicable, podrán elegir la ley del lugar en que los inmuebles estén situados, ello tanto para todos los inmuebles, como para alguno de ellos²⁷⁶. El origen de esta excepción hay que buscarlo básicamente, en una especie de concesión a los países de la *commun law*.

Estos países se caracterizan por la utilización sistemática de esta conexión. Así se pensó, a parte de otras consideraciones, que la adaptación de este criterio podría facilitar su adhesión al Convenio²⁷⁷. Algo, que por otra parte, no ha tenido lugar.

La doctrina se apresuró a criticar la introducción de esta conexión²⁷⁸, con base en la importante fragmentación del régimen

²⁷⁶ Art. 3 "Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents, ils peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation."

²⁷⁷ V. VON OVERBECK "Rapport de la Commission spéciale" en *Actes et documents de la troisième session* tomell, La Haya 1978, p. 143 n° 22.

²⁷⁸ Así LOUSSOUARN afirma que "L'entorse ainsi apporté au principe de l'unité du régime matrimonial est, à notre vis, regrettable." LOUSSOUARN Y. "La Convention de La Haya sur la loi applicable aux régimes..." en *op. cit.* p. 9 o BATIFFOL señala como "Pour le juriste français la concession apparaît grave, car notre système avait été inventé au XVI^e siècle précisément pour éviter le morcellement des patrimoines des époux entre autant de régimes que de provinces où étaient situés leurs biens." BATIFFOL H. "La Troisième session de la Conférence de La Haya de droit international privé" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1977 p. 451 a 484, en concreto p. 456.

matrimonial a la que da lugar y los consiguientes problemas que se generarán, respecto de la ulterior liquidación del régimen matrimonial²⁷. Además de que con ello, se trataba de acercar posiciones entre sistemas cuyas concepciones del régimen matrimonial, eran notablemente diferentes²⁸.

A ello también, se añadía el riesgo de desigualdad que podría producirse con la aplicación de este criterio. Así, podría resultar aplicable el régimen de comunidad a los bienes de uno de los cónyuges y el de separación por ejemplo, a los bienes del otro²⁹.

La virtualidad más destacada de esta conexión es la de facilitar las relaciones con terceros. Aparte de que esta disposición puede ofrecer ventajas prácticas en determinados supuestos³⁰. Por el contrario, uno de los problemas que se añaden al de la producción de fragmentación, es el de la falta de uniformización en la adaptación de esta norma en Derecho comparado.

En efecto, no todos los bienes situados en un determinado país recibirán el mismo tratamiento. Unas veces porque los cónyuges han decidido aplicar la ley de la situación, sólo a un parte de sus bienes situados en ese lugar y no a todos, otras veces porque los bienes pertenecen a cónyuges sometidos a ordenamientos que, como el español, impiden la aplicación de la ley del lugar de situación³¹.

²⁷ REVILLARD M. "La Convention de la Haye du 14 de mars 1978 ... *op. cit.* n° 13.

²⁸ LOUSSOUARN Y. "La Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes..." *en op. cit.* p. 9-10.

²⁹ BATTIFOL H. "La Treizième session de la Conférence de La Haye..." *op. cit.* p. 456.

³⁰ V. DROZ G. "Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux..." *op. cit.* p. 645.

³¹ Es por ello por lo que DROZ señala respecto de ordenamientos, en este punto, cercanos, que "... sera bon de conseiller à des époux domiciliés aux Etats-Unis de désigner expressément la loi française pour leurs immeubles français, de manière à ce que, pratiquement, les règles de conflit française et américaine trouvent en l'espèce une solution identique à propos des biens situés en France." DROZ G. "Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux..." *op. cit.* p. 646.

La ley alemana de 1986 introduce también, la posibilidad de que los cónyuges elijan, para los bienes inmuebles, la ley de su situación²⁷⁸. Esta disposición no deja claro no obstante, si la elección de la ley debe de comprender todos los inmuebles situados en un mismo lugar, o existe la posibilidad de que sólo uno o algunos de ellos puedan ser sometidos, por voluntad de los cónyuges, a la ley de la situación²⁷⁹.

Una Sentencia de 14 de diciembre de 1993²⁸⁰, viene a reforzar el papel de la autonomía de la voluntad, por lo que se refiere al empleo de esta conexión. Con esta decisión se rechazan aquellos argumentos que calificaban negativamente la fragmentación, y se especifica el alcance de la norma de referencia.

El supuesto de hecho se refiere a una pareja, servio el marido y croata la mujer, que contraen matrimonio en Bosnia siéndoles de aplicación el derecho bosnio. Mas tarde los esposos se trasladan a Alemania y adquieren un inmueble en Mayence. El deseo de los cónyuges es disolver el régimen de comunidad que pesaría sobre el inmueble, y que se les aplicara el régimen matrimonial convencional de separación de bienes de derecho alemán.

Lo más destacado de la decisión de Tribunal desde esta perspectiva, es la aceptación de la elección de la ley aplicable a un sólo inmueble. Además, como ha señalado JAYME, las razones que utiliza el juez para justificar este amplio juego de la autonomía de la voluntad, reflejan el espíritu postmoderno, en cuanto que se tuvie-

²⁷⁸ Art. 15 (2) "Toutefois, les époux peuvent choisir: 3° pour des biens immobiliers, la loi du lieu de leur situation."

²⁷⁹ STURM F. "Personnes, famille et successions dans la loi..." *op. cit.* p. 55 nota 66. FIRS-CHING K. y VON HOFMANN B. *Internationales Privatrecht*, 1995 p. 275 y s.s.

²⁸⁰ V. el análisis que sobre esta sentencia realiza JAYME E. "Identité culturelle et intégration: Droit..." en *op. cit.* p. 164-165.

ron en cuenta los sentimientos de los cónyuges vinculados a su país de origen²⁰.

La inclusión de la conexión de la ley del lugar de los bienes inmuebles, supone una ampliación de la autonomía de los cónyuges en la elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Ello está en conexión directa con la penetración que la autonomía de la voluntad, esta protagonizando en la mayoría de los ordenamientos actuales.

²⁰ JAYME señala como "La possibilité de 'un choix limité à un seul immeuble tient compte des sentiments des époux, liés -selon la nature- à leur pays d'origine. Ce régime reste en vigueur pour les autres biens. Les époux ne sont pas contraints de fixer le régime matrimonial pour tous les immeubles qu'ils vont acquérir dans l'avenir. En outre, le choix limité facilite l'exercice de l'autonomie de la volonté des parties. L'arrêt du tribunal de Mayence reflète comme un miroir les valeurs de notre temps: L'autonomie et les sentiments humains." JAYME E. "Identité culturelle et intégration. Droit... en op. cit. p. 165

Capítulo IV. MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL, PROTECCIÓN DE TERCEROS Y PUBLICIDAD DE LOS PACTOS O CAPITULACIONES MATRIMONIALES

1. MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

1.a) Mutabilidad conflictual y mutabilidad material con sus diferentes subtipos

Una vez analizados los pactos o capitulaciones matrimoniales desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, la importante penetración que la autonomía de la voluntad protagoniza en esta materia y las distintas conexiones que la limitan, corresponde introducir una perspectiva diferente en este estudio.

En concreto, se trata de examinar los pactos o capitulaciones desde una dimensión dinámica¹. Los cónyuges han pactado con-

¹ DROZ G. "Les régimes matrimoniaux de droit international privé" *R. des C.* 1974 III p. 1 a 137 en concreto p. 52.

forme a una de las normas designadas por el artículo 9.3, pero durante su vida matrimonial son muchos los cambios a los que pueden verse sometidos así, pueden cambiar de nacionalidad, de residencia... Además, la norma elegida por las partes puede mutar en su contenido, a consecuencia de una modificación legislativa o bien, pueden ser los cónyuges los que deseen modificar algunos aspectos materiales de la regulación que, en un principio, decidieron regiría su vida económica.

La concurrencia de estos eventos da lugar al planteamiento de múltiples cuestiones: ¿afectarán al régimen económico matrimonial? y en el supuesto en que así sea ¿se verá modificado el pacto o capitulación? ¿de qué forma? ¿con qué consecuencias?.

Para abordar este tema se debe de partir de la diferenciación de los problemas que la dimensión dinámica puede generar. Para ello, hay que separar en principio, las cuestiones relativas a la ley aplicable y las que derivarán del derecho material.

En efecto, los cónyuges pueden optar por elegir la ley aplicable a su régimen y/o pueden ordenar, dentro de las posibilidades que la ley les ofrezca, su vida económica. La mutabilidad que puede experimentar la ley aplicable, se diferencia de la que puede experimentar el derecho material porque se trata en definitiva, de cuestiones diferentes. A la primera se le denominará mutabilidad conflictual y a la segunda mutabilidad material².

Dentro de cada tipo de mutabilidad se pueden diferenciar a su vez dos situaciones diferentes, para ello habrá que analizar su origen. En el caso de la mutabilidad conflictual, ésta podrá ser ocasionada bien por una nueva elección de los cónyuges de la ley apli-

² Para un análisis de la diferente tipología de la mutabilidad v. CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ... op. cit.* p. 336 a 345. Este autor diferencia la mutabilidad material de la mutabilidad abstracta. Aquí, se ha preferido denominar a esta última mutabilidad conflictual para una mejor identificación de su significado.

cable, bien por la mutación del punto de conexión que determinó en su momento, la ley a aplicar. La primera situación da lugar a una mutabilidad conflictual voluntaria y la segunda plantea el problema de la mutabilidad conflictual automática, esto es, del conflicto móvil.

Respecto de la mutabilidad material también, serán dos las situaciones que la pueden generar. Los cónyuges pueden decidir modificar algún aspecto de su pacto o capitulación. Pero puede ocurrir, que este cambio se deba a una modificación exterior esto es, que lo que cambié sea la propia ley. En el primer caso se tratará de una mutabilidad material voluntaria y en el segundo de una mutabilidad material legal².

La mutabilidad conflictual voluntaria con frecuencia, va acompañada de la mutabilidad material. Cuando los cónyuges deciden elegir una nueva ley como rectora de su régimen económico matrimonial, a veces deciden pactar conforme al marco normativo ofrecido por aquella ley.

La sentencia de la *Cour d'appel de Paris* de 3 de noviembre de 1993³, ofrece un interesante ejemplo. Un nacional suizo contrae matrimonio con una nacional francesa en la Habana sin contrato matrimonial, rigiéndose su régimen matrimonial por el sistema legal cubano. Por razones políticas deciden dejar Cuba y se instalan en Estados Unidos y después en Francia, adquiriendo la nacionalidad francesa el otro cónyuge.

² Se le denomina así, porque es consecuencia directa de la incidencia de la ley. CARLIER "Non pas 'automatique' pour distinguer l'incidence de la loi de celle des faits." CARLIER J.-Y. *Autonomie de la famille et ...* op. cit. p. 337, en concreto nota 317.

³ *Cour d'appel de Paris* (2^e Ch. A) 3 de noviembre de 1993 *Rev. crit. dr. internat. privé* 83 (1) janv.-mars 1994 p. 88 a 90 v. comentario de LAGARDE P. p. 90-91 y comentario de REVILLARD M. en *Jour. dr. int.* 1 1994 p. 158 a 156.

Estos cónyuges deciden invocar el Convenio de La Haya en vigor para Francia, para lograr la aplicación del derecho francés. Con independencia del problema de vigencia que el supuesto planteó, lo que resulta importante en este punto, es observar como al abrigo del Convenio se consigue la aplicación de la mutabilidad conflictual voluntaria. Además, los cónyuges deciden pactar el régimen de *communauté universelle avec une clause d'attribution intégrale de la communauté au survivant*. Así pues, la Cour permitió a los cónyuges acogerse al sistema francés y elegir un régimen que se adaptará a sus deseos.

Se debe señalar también, que los dos tipos básicos de mutabilidad con sus correspondientes subtipos, pueden aparecer entremezclados en una situación que ofrecerá, un gran dinamismo. Valga el ejemplo de los cónyuges que dentro de las posibilidades que les ofrece la ley que han elegido como aplicable, deciden hacer pactos parciales y que al cabo del tiempo, cambian la ley aplicable y el contenido de la capitulación.

1. b) Mutabilidad conflictual voluntaria

El artículo 9.3 del Código Civil tiene como principio inspirador básico, la penetración de la autonomía de la voluntad, en la ordenación de la vida económica matrimonial de los cónyuges. La faceta principal de la autonomía desarrollada en tal precepto, es la conflictual. Consecuencia de ello es la aceptación de la mutabilidad conflictual voluntaria.

Las partes podrán designar la ley aplicable a sus pactos o capitulaciones y, en momento posterior, podrán cambiarla con tal que el objeto de elección sea una de las leyes citadas en el artículo. A ello conduce directamente, la concreción temporal *al tiempo del otorgamiento*; basta que la elección de la nueva ley sea conforme a una de las normas indicadas en aquél momento para que las capitulaciones se rijan por ella, a partir de entonces.

La legislación española no recoge ninguna otra previsión, con lo que se deberá de entender que será perfectamente admisible la elección de la ley, sin necesidad de ningún tipo de concreción respecto de ella, esto es, se designará la ley aplicable al régimen matrimonial, sin tener que especificar el contenido de la norma⁵.

Esto no siempre ha sido así, pues el artículo 1317 del Código civil de 1889⁶ prohibía pactar de manera general, la sustracción de los cónyuges al régimen económico legal de alguno de los Derechos forales, lo que se podría hacer extensivo respecto al pacto en remisión a legislaciones extranjeras. Con la reforma desaparece tal precepto, y se abre la posibilidad de pactar por simple referencia⁷.

Sin embargo, no en todos ordenamientos jurídicos, se aceptará la elección del régimen matrimonial, por simple referencia a la legislación extranjera. En Derecho comparado existen legislaciones que descartan específicamente, tal posibilidad⁸. En concreto, la legislación belga contiene un precepto con esa orientación.

⁵ AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 337. "Precisamente por ello, el art. 9.3 permite también la autonomía conflictual, en la medida en que basta que los cónyuges se refieran a alguno de los ordenamientos que se designan, eligiendo entre ellos conforme a sus intereses, y sin necesidad de especificar el contenido material de cada una de las disposiciones que entienden aplicables a sus relaciones." v. Sentencia A.P. Barcelona 28 de octubre de 1993 en *R.C.D.* 1994 p. 2507-2509.

⁶ V. sobre esta cuestión C. II apartado "Aproximación histórica".

⁷ LACRUZ explica como "Desaparecido ese precepto en la reforma, no parece haber inconveniente en estipular *per relationem* que el régimen de un matrimonio será el de la Compilación de tal territorio, y lo mismo valdría remitirse a cualquier legislación extranjera, entendiéndose que el pacto tiene el mismo valor que si se hubiera copiado en aquellos capítulos el articulado correspondiente. El problema será, luego, el de su Interpretación." LACRUZ BERDEJO J. L. "Los capítulos matrimoniales" en *VVAA Elementos de Derecho Civil IV Derecho de familia* vol. I 1990 p. 306 a 333, en concreto p. 321.

⁸ CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonte et ...* op. cit. p. 338.

El artículo 1389 del Código Civil belga⁹ establece que si uno de los esposos es belga, no podrá realizarse convenios matrimoniales por simple referencia a una legislación extranjera¹⁰. Lo cierto, es que esta norma no prohíbe pactar conforme a una normativa extranjera, sólo exige especificar el contenido de las disposiciones. Desde esta perspectiva, debe reconocerse que se trata en definitiva, de una exigencia que no debe de entorpecer el pacto conforme a ley extranjera, y que tendrá una mínima repercusión.

En Derecho Belga, se concreta la finalidad¹¹ de esta norma unilateral de Derecho Internacional Privado material, en el deseo de evitar que el cónyuge belga que ha contraído matrimonio con extranjero-a adopte un régimen desconocido para él. En el supuesto en que se trate de una simple referencia a la ley belga o a una ley extranjera cuando ambos cónyuges son extranjeros, aquella disposición no jugará por vía analógica¹².

⁹ Artículo 1389 del Código Civil belga, introducido por la Ley de 14 de julio de 1979, establece: "Les époux ne peuvent établir leurs conventions matrimoniales par simple référence à une législation abrogée ou, si l'un d'eux est belge, à une législation étrangère".

¹⁰ El artículo 1409 del B.G.B alemán dispone de igual manera, que no podrá ser elegida como ley rectora del régimen matrimonial, una ley extranjera, artículo 1409 del B.G.B alemán "Ne peut être choisie comme loi régissant le régime matrimonial une loi abrogée ou étrangère".

¹¹ RIGAUX F. y FALLON M. "Le droit patrimonial de la famille" en *VVAA Droit International privé T. II. Droit positive belge*, Bruxelles 1993, p. 629 y ss. en especial p. 641-642 "Comme le législateur belge s'est abstenu d'en déterminer le domaine d'application dans l'espace, il y a lieu de limiter celui-ci aux conventions matrimoniales dressées devant une autorité belge. Le but que semble avoir poursuivi le législateur est d'éviter que le Belge épousant une étrangère (ou vice versa) n'adopte par simple référence un régime étranger qu'il (ou qu'elle) en connaît pas." v. HANOTIU B. "Examen de jurisprudence Droit international privé. Les personnes et les relations familiales" en *Rev. trim. dr. fam.* 1980 p. 235 a 262, en concreto p. 242.

¹² RIGAUX F. y FALLON M. "Le droit patrimonial de la famille" en *VVAA Droit International privé T. II. Droit positive belge*, Bruxelles 1993, p. 629 y ss. en especial p. 641-642 "L'article 1389 du Code civil est une règle unilatérale de droit international privé matériel, qui ne doit pas être appliquée par analogie ni à la simple référence à la loi belge ni à la référence à une loi étrangère quand les deux conjoints sont étrangers."

Aparte de la exigencia de las previsiones señaladas, la mutabilidad conflictual voluntaria no plantea ninguna problemática especial. Los cónyuges podrán cambiar la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, siempre que se atengan a las disposiciones de referencia (9.3 CC) y ello tendrá consecuencias respecto de la liquidación del régimen.

Deberá de liquidarse aquel, conforme a la ley anterior, para permitir la aplicación de la nueva ley a la economía familiar, desde el momento del otorgamiento del pacto o capitulación. En el supuesto en que se celebren varias capitulaciones matrimoniales, deberá seguirse el mismo proceso. La liquidación se realizará, como se verá más adelante, conforme al *systeme de wagons*.

1. c) Mutabilidad material voluntaria

En este punto, la mutabilidad se predica no de la ley aplicable, sino del propio contenido del pacto o capitulación. Lo que se trata de determinar es si los cónyuges pueden cambiar su régimen económico matrimonial, sin cambiar la ley aplicable¹⁵.

Durante mucho tiempo el principio de inmutabilidad del régimen matrimonial, inspiró las legislaciones internas de los distintos países. La razón que trataba de justificar esa posición, era la de garantizar una suerte de protección de los esposos y especialmente, de la mujer. Además se protegía de esta forma, los intereses de los terceros.

En efecto, lo que se trataba de conseguir con la inmutabilidad era que una vez contraído matrimonio, un cónyuge no presionara al otro (normalmente la mujer) para cambiar el régimen en

¹⁵ DROZ G. "Les régimes matrimoniaux de droit international privé" R. des C. 1974 III p. 1 a 137 en concreto p. 93 "Il convient de se demander maintenant si les époux peuvent changer de régime matrimonial, sans pour autant changer de loi applicable."

su provecho⁴. Por otro lado, se lograba que mediante la inmutabilidad del régimen no se defraudará a los terceros, que en caso contrario, podrían no haber conocido tal modificación.

Conforme los principios de igualdad y de publicidad del régimen económico matrimonial fueron penetrando en las distintas legislaciones y la sociedad fue evolucionando, aquella prevención se hizo innecesaria y fueron muchos los ordenamientos que aceptaron la mutabilidad del régimen económico matrimonial.

El Código Civil español seguía tradicionalmente el principio de inmutabilidad, así el artículo 1315 disponía que sólo podría otorgarse capitulaciones antes de celebrar el matrimonio. En este línea el artículo 1319 exigía para la validez de cualquier alteración, que se hiciera en las capitulaciones matrimoniales, que deberían de tener lugar antes de celebrarse el matrimonio. Después de celebrado aquel, no se podía alterar las capitulaciones otorgadas antes, ya se tratara de bienes presentes o futuros (art. 1320).

Las razones que justificaban ese estatismo eran las mismas que ya se han señalado, las de garantizar el consentimiento libre de los cónyuges y el necesario conocimiento del contrato matrimonial, por los terceros que podían tener interés en él⁵.

⁴ DROZ G. "Les régimes matrimoniaux de droit international privé" *R. des C.* 1974 III p. I a 137 en concreto p. 91 "La raison de cette immutabilité du régime matrimonial dans les relations internes est, encore une fois, un souci de protection des époux et plus particulièrement de la femme."

⁵ GARCÍA CANTERO explica como "Las razones de la prohibición eran las mismas que motivaban el requisito de la celebración anterior al matrimonio, o sea: la garantía del consentimiento libre de los interesados, y la del conocimiento del contrato matrimonial por los terceros" GARCÍA CANTERO "Mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales" en CASTAN TOBEÑAS J. *Derecho Civil español, común y foral T.V Derecho de familia* vol. I *Relaciones conyugales* p. 362 a 368, en concreto p. 362.

Este panorama cambia radicalmente a raíz de la modificación que introdujo en el Código la Ley de 2 de mayo de 1975¹⁶. El artículo 1320 en la versión de esta ley, adoptaba el principio de la mutabilidad del régimen, erigiéndose otro principio, el de la autonomía de la voluntad, en inspirador y rector de la, ya posible, modificación del régimen económico matrimonial.

La Exposición de Motivos de la ley explica, con claridad, el motivo de la ruptura de la regla de la inmodificabilidad. Por un lado, reconoce como la mutabilidad ha estado vigente en territorios de Derecho foral, sin que esto plantease ningún problema. Por otro lado, señala como la posible falta de voluntad o la voluntad viciada que pueden ocultar esos pactos, puede corregirse por medio de las reglas generales de los contratos¹⁷.

El proceso de reforma iniciado por la Ley del 75, continuó con la Ley de 13 de mayo de 1981¹⁸, que viene a concretar la regulación relativa a la modificación del régimen económico matrimonial (art. 1325, 1326, 1333). Los cónyuges podrán modificar o sustituir el régimen. Bastará para ello, a los efectos que aquí interesan, que la ley rectora de las capitulaciones sea la española.

El sistema español, como muchos de los sistemas jurídicos de nuestra área cultural, acepta la modificación de los pactos con

¹⁶ BOE n° 107, de 5 de mayo de 1975, para el análisis y crítica de ésta Ley v. LETE DEL RIO J.M. y ALVAREZ CAPEROCHIPI "Notas sobre 'mutabilidad'..." *op. cit.* p. 163 a 195.

¹⁷ En concreto, la Exposición de motivos explica como "... desde hace siglos, la regla cabalmente contraria, la misma que ahora se introduce, está vigente en grandes zonas de nuestro país, pues casi sin excepción es tradicional en los territorios de derecho foral, sin que no sólo no haya planteado graves problemas, sino que, al contrario, ha servido de cauce para resolverlos pacíficamente. Y el temido hecho de que tales pactos pudieran ocultar una falta de libertad o una voluntad viciada, es corregible, sin necesidad de prohibir los pactos, acudiendo a las reglas generales que salvaguardan la autenticidad de la voluntad en los contratos."

¹⁸ BOE n° 119, de 19 de mayo de 1981.

posterioridad a la celebración del matrimonio, y sin limitación sobre el número de cambios que puede efectuarse. Ahora bien, es habitual el establecimiento de ciertas condiciones o formalidades que deben de ser cumplidas.

Estas medidas vienen a justificarse, en las mismas razones que se alegaban para aceptar el principio de la inmutabilidad. Básicamente, se establecen dos tipos de medidas que diferencian a los ordenamientos en aquellos que basan la mutabilidad del régimen económico, en la previa autorización judicial, y los que aceptan la mutabilidad del régimen, sin necesidad de aquella autorización judicial¹⁰.

Entre los primeros se encuentran el Código Civil francés¹¹ y el Código Civil belga¹², ambos hacen depender la modificación del régimen económico matrimonial, de la voluntad de los cónyuges y de la necesaria autorización del juez. El sistema francés presenta además, una peculiaridad: somete los cambios del régimen a una limitación temporal. En concreto, exige dos años de aplicación del

¹⁰ Para un análisis de la mutabilidad del régimen económico matrimonial en el Derecho comparado v. CABANILLAS SANCHEZ A. "Los sistemas de mutabilidad del régimen económico matrimonial" en R.D.R 1986 n° 13 p. 43 a 78, en especial p. 49 a 65.

¹¹ Art. 1397.1 "après deux années d'application du régime matrimonial, conventionnel ou légal, les époux pourront convenir dans l'intérêt de la famille de le modifier, ou même d'en changer entièrement, par un acte notarié qui sera soumis à l'homologation du tribunal de leur domicile." Sobre esta cuestión v. Ley n° 97-987 de 28 de octubre de 1997 "Modifiant le Code Civil pour l'adapter aux stipulations de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux et organiser la publicité du changement de régime matrimonial obtenu par application d'une loi étrangère (J. 29 oct. 1997) en *Journal de Droit International* 1998 p. 285 a 286, en especial art. 1397-5 y 1397-6.

¹² Art. 1395 "L'acte portant modification du régime matrimonial est soumis, par voie de requête signée par les deux époux, à l'homologation du tribunal de première instance de leur résidence conjugale."

régimen matrimonial para que los cónyuges puedan, en interés de la familia, modificarlo²².

Estas especiales condiciones, sólo se aplicarán en el caso en que la ley rectora del régimen las establezca. En el caso en que la ley aplicable no requiera esas autorizaciones, ha entendido la *Cour d'appel de Chambéry*²³ que el cambio del régimen matrimonial podrá ser transcrito sin el cumplimiento de aquellas.

El supuesto de hecho de la sentencia versa sobre un matrimonio que no había celebrado contrato matrimonial y que establece su primer domicilio matrimonial en Francia, quedando sometido al régimen matrimonial legal francés. Posteriormente, los cónyuges eligen un derecho extranjero y cambian su régimen económico matrimonial, en concreto adoptan el régimen de separación de bienes del Código Civil suizo. La *Cour* decidió que no había lugar al juicio de homologación francés, pues se trata de una condición de fondo que sólo ha de jugar en el supuesto en que el régimen elegido se rija a su vez, por la ley francesa.

Lo cierto es que la mutabilidad material, acompañada de mutabilidad conflictual, ambas voluntarias pueden generar problemas. Precisamente, las dificultades de la interpretación del Convenio de La Haya, en relación a la noción de ley aplicable y del carácter retroactivo o no de la designación de esa ley, hizo necesaria la aprobación de una ley de 28 de octubre de 1997 que adapta el Convenio a Francia. En ella se dispone que *les époux peuvent désigner la nature du régime matrimonial choisi par eux*,²⁴ con lo que

²² Sobre las condiciones de la modificación del régimen en Derecho francés v. por todos COLOMER A. *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, Paris 1995, p. 158 a 166.

²³ *Cour d'appel de Chambéry, chambre civile*, 20 de junio de 1995 *Jour. dr. int.* 3 1996 p. 663 a 666 v. comentario KERCKHOVE E. p. 666 a 667.

²⁴ Nuevo art. 1397-4 del Código Civil v. VIGNAL T. "La loi du 28 octobre 1997 adaptant la Convention de la haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux" en *La semaine juridique*, 24 junio de 1998 n° 26 p. 1149 a 1152.

podrán elegir uno de los regímenes permitidos por la ley elegida, y en consecuencia cambiar el régimen anterior. Esta normativa regula también, los efectos de la designación de la ley con la eventual elección del régimen matrimonial.

El sistema español se encuentra dentro del tipo de ordenamientos que aceptan la modificación, sin necesidad de autorización judicial. Se establecen unos requisitos de forma y publicidad, que se consideran suficientes para proteger los intereses, que pueden ser conculcados por efecto de ese cambio.

Queda claro entonces, que si resulta aplicable la ley española no habrá ningún problema para que la modificación de las capitulaciones se efectúe, pero desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado debe determinarse conforme a qué ley se deberá analizar si la mutabilidad es aceptada o no. ¿Qué ocurrirá si por el juego de las conexiones del artículo 9.3, resulta aplicable un ordenamiento que no permite esa posibilidad?

No es difícil que llegue a plantearse supuestos semejantes, pues existen ordenamientos que siguen fieles al principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial. En concreto, el Derecho portugués prohíbe la modificación del régimen matrimonial después de celebrado el matrimonio²⁵.

Este mismo principio es acogido en muchos ordenamientos iberoamericanos como el argentino (art. 1219), o el uruguayo (art. 1942)²⁶ y otros pertenecientes, igualmente, a países partes del Tratado para la constitución del Mercado Común del Sur

²⁵ Art. 1714.1 "Fora dos casos previstos na lei, não é permitido alterar, depois da celebração do casamento, nem as convenções antenupciais nem os regimes de bens legalmente fixados."

²⁶ Decreto ley argentino de reforma del Código Civil 17.711 B.O 12-06-1987 en vigencia desde el 20 de junio de 1987 y Código Civil de Uruguay de 1868.

(Mercosur)²⁷. La doctrina ha planteado, en este contexto, la necesidad de aceptar los pactos postnupciales, mediante la adaptación de los distintos ordenamientos nacionales²⁸ y ello, dentro del ámbito de la consecución de la libre circulación de personas en el espacio integrado²⁹. La movilidad territorial implica cambios y da lugar a situaciones que requieren soluciones que, desde la diversidad legislativa, son muy difíciles de arbitrar. Por ello, la doctrina insta a acelerar el proceso de armonización jurídica en diferentes ámbitos, uno de ellos es el relativo a los pactos matrimoniales.

En el supuesto planteado, la imposibilidad de realizar cambios en el régimen económico matrimonial, que establece la ley que ha sido elegida como aplicable, no será determinante para que tales modificaciones puedan efectivamente, realizarse.

²⁷ El Tratado de Asunción fue aprobado en Argentina por la Ley 23.981 de 15-8-91, en Brasil por Decreto Legislativo n° 197 del 25-9-91, promulgado por Decreto n° 350 de 21-10-91, en Paraguay por Ley n° 91/91 de 28-6-91 y en Uruguay por Ley n° 16.196 de 22-6-91.

²⁸ La propuesta de la doctrina consiste en incluir en las diferentes legislaciones un artículo del siguiente tenor: "Después de la celebración del matrimonio, el régimen matrimonial sólo puede cambiarse por sentencia judicial, en los casos de separación de bienes y de liquidación anticipada de la participación, y por convención de los cónyuges. Esta convención podrá ser otorgada por éstos después de dos años de aplicación del régimen matrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública que será presentada al tribunal de su domicilio, el que la homologará si la encuentra conforme al interés de la familia. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, deberá anotarse la mención de la Sentencia o de la escritura al margen del acta del matrimonio." v. URIONDO DE MARTINIOLI A. y ECHEGARAY DE MAUSSION C. "La libre circulación de personas y su incidencia en las convenciones matrimoniales" en *El Derecho*, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires 24 de enero de 1997 n° 9177 p. 1 a 3, en concreto p. 3.

²⁹ El artículo 1 del Tratado establece "la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos" y "Cuando el acuerdo alude a la libre circulación de factores productivos, se refiere, entre otros aspectos, a la libre circulación de personas" URIONDO DE MARTINIOLI A. y ECHEGARAY DE MAUSSION C. "La libre circulación de personas y su incidencia en las convenciones matrimoniales" en *El Derecho*, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires 24 de enero de 1997 n° 9177 p. 1 a 3.

En efecto, la especial reglamentación ofrecida por el artículo 9.3, hace posible burlar el principio de inmutabilidad de la ley aplicable al régimen. Para ello, será suficiente que la modificación sea conforme a una de las normas especificadas en tal precepto, aunque aquella no sea permitida por la ley aplicable al régimen anterior.

Como ya se ha estudiado en otra parte de éste trabajo, el artículo 9.3 alude no sólo a la autonomía conflictual si no también, a la autonomía material. Es precisamente, la mezcla de estas dos realidades³⁰ la que lleva a que se puedan producir supuestos complejos de *depeçage* y modificación de capitulaciones, aún en contra de la ley que, en principio, es la rectora del régimen.

Así pues, el régimen económico matrimonial se regirá por una ley que no acepta la mutabilidad, pero existe la posibilidad de incluir pactos parciales que impliquen determinadas modificaciones al abrigo de normativas diferentes, que aceptan esa posibilidad y que se corresponden con el resto de conexiones integradas en el artículo 9.3.

Las consecuencias que se derivan de esta regulación pueden no ser las más deseables, de ahí que sea necesario arbitrar cierto mecanismo modulador de aquellas, mediante la adaptación de los ordenamientos en presencia. Al igual que debía buscarse coherencia en el *depeçage* al que podía dar lugar esta normativa, debe buscarse coherencia entre las modificaciones y la ley que, por voluntad de los cónyuges, regía su régimen. En caso contrario, podría llegarse a producir supuestos absurdos además, de complicaciones innecesarias.

¿Qué sentido tendrá introducir una modificación prohibida por la ley, que se aplicará posteriormente a la disolución de la

³⁰ V. C II apartado correspondiente al *depeçage*.

sociedad conyugal?¹⁹ Si la ley aplicable a las capitulaciones prohíbe las modificaciones en general o ciertas modificaciones ¿por qué pactar en contra de tales preceptos, aunque tal posibilidad sea aceptada por otra norma?. Parecería más lógico estipular las capitulaciones conforme a otra ley que permita obtener el resultado deseado por los cónyuges, y que sea esa nueva ley, la que rija el conjunto de las capitulaciones y las posibles modificaciones materiales que puedan experimentar.

Este y otros problemas podrían evitarse, como ya se ha tenido ocasión de señalar en este trabajo, si el artículo 9.3 adoptase la estructura típica de las normas sobre ley aplicable²⁰. No habría lugar entonces, al planteamiento de esta problemática pues, las partes elegirán la norma aplicable y realizarían los pactos materia-

¹⁹ AMORES ilustra la problemática de la aceptación de pactos parciales, con un ejemplo que da cuenta de las incoherencias que se pueden producir "... imaginemos un matrimonio, el de X e Y, en el que ambos son nacionales del Estado A, pero residen habitualmente en el Estado B. Supongamos que en un determinado momento deciden modificar su régimen económico adoptando un determinado régimen de imputación a la comunidad matrimonial de los frutos percibidos por los bienes privativos de cada cónyuge, régimen válido para la ley de B, pero prohibido por el ordenamiento de A. Pues bien, no parece tener mucho sentido que si el régimen de imputación de los frutos privativos se rige por la ley de B, la ulterior liquidación de la comunidad conyugal se practique conforme a la ley de A, pues es más que probable que la ley de B sólo admita ese régimen de imputación, en la medida en que regula la liquidación ulterior de la comunidad conyugal en un determinado sentido." AMORES CONRADE M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 338.

²⁰ AMORES señala como "Mucho más sencilla hubiera sido, siguiendo la estructura típica de las normas sobre ley aplicable en las que se admite la autonomía de la voluntad de las partes (en su sentido conflictual), que el nuevo art. 9.3 se hubiera limitado a establecer: "Para regular el régimen económico matrimonial, los cónyuges podrán someterse a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, o a la ley que rige los efectos del matrimonio; con ello se hubiera alcanzado el mismo resultado, empleando un tipo normativo sobradamente conocido y remitiendo al derecho material la función que le es propia." AMORES CONRADE M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 341.

les que tal norma permitiese, estando sujeta la modificación de aquellos, a lo que la ley dispusiese. Es ésta la vía que sigue la generalidad de los ordenamientos.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado comparado, el límite que se impone a la posible modificación del régimen económico, viene marcado directamente por la ley rectora del mismo³³. Es precisamente, la ley del régimen económico matrimonial, la que abrirá la posibilidad del cambio material y la que precisará, en su caso, las condiciones de esa mutabilidad³⁴. La jurisprudencia sigue también esta línea³⁵.

Consecuencia de ello es, en principio, la imposibilidad de modificación del régimen matrimonial de cónyuges, que residiendo en un país con legislación permisiva a la mutabilidad, tengan como ley aplicable una norma que no permita la modificación. La ley rectora del régimen económico matrimonial impide, en tal caso, cualquier modificación posterior a la celebración del matrimonio, por ello no habrá lugar a modificaciones materiales pues,

³³ DE VALKENEER R. y BARNICH L. "Le mariage et ses effets patrimoniaux en droit international privé" en *VVAA Les relations contractuelles internationales. Le rôle du nativité*, Apeldoorn 1995, p. 97 a 123, en concreto p. 119 "La plupart des auteurs s'accordent pour considérer qu'il appartient à la loi du régime secondaire d'autoriser les époux à modifier leur régime matrimonial. La même loi détermine les conditions de fond auxquelles le changement de régime peut être réalisé." GORE M. "La détermination du régime matrimonial" en *VVAA Droit patrimonial de la famille*, Paris 1998 p. 61 a 107, en especial p. 102-103.

³⁴ V. en este punto BOUCKAERT F. "modifications conventionnelles des régimes matrimoniaux en droit international privé et conflit mobile" en *Rev. not. belge* 1991 p. 486 y GHORAIN "Les époux étrangers peuvent-ils modifier leur régime secondaire en Belgique?" en *Rec. gén. enr. not.* 1982 p. 433 a 437.

³⁵ La jurisprudencia belga confirma esta solución v. Sent. 30 juin 1957 *Rev. Not. Belge* 1988 p. 153, Sent 2 avril 1990 *rev. dr. étr.* 1990, Sent. 31 mars 1988 y Sent. 10 septembre 1987 *Journ. dr. Int.* 1996 p. 177-178 Estas dos últimas revelan "une tendance de la jurisprudence: l'admission de la modification du régime matrimonial sur base de la loi désignée par le facteur de rattachement envisagé au moment de l'acte modificatif." p. 178.

el ordenamiento de referencia no da ningún tipo de margen a la autonomía material; bien al contrario, sigue el principio de inmutabilidad material del régimen económico matrimonial. (Solución ésta, radicalmente distinta a la que se puede derivar de la regulación española).

La única posibilidad de lograr un cambio de los pactos ya celebrados será, mediante la autonomía conflictual voluntaria siempre, claro esta, que se acepte el juego de ésta. Se trataría en concreto, de adoptar otra norma como aplicable al régimen y que esta norma, admita la posibilidad de pactar aquello que los cónyuges querían conseguir mediante la modificación material de sus capitulaciones.

Por ejemplo un matrimonio uruguayo-alemán, cuyas capitulaciones se rigen por el Derecho uruguayo, por ser Uruguay el lugar donde establecieron su primer domicilio matrimonial³⁶, desean modificar su régimen de bienes. La inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales establecida en el Código Civil uruguayo podría salvarse, eligiendo una nueva ley como rectora del régimen económico matrimonial, como la alemana correspondiente a la nacionalidad del otro cónyuge³⁷.

Esto es lo que ocurrió en la sentencia anteriormente comentada, de la *Cour d'appell* de 1993³⁸. El régimen económico era el

³⁶ 'C'est la loi du premier domicile matrimonial qui règle les rapports pécuniaires des époux, sauf éventuellement en matière réelle (art. 2397) J.- Cl dr. int. 2, 1981 (19)

³⁷ El Derecho alemán permite la elección de una nueva ley en cualquier momento, STURM F. "Personnes, famille et successions dans la loi... *op. cit.* p. 56 "La Convention peut intervenir à tout moment. Il n'y a pas d'immutabilité de la loi régissant le régime matrimonial."

³⁸ V. introducción Cour d'appel de Paris (2 Ch. A) 3 de noviembre de 1993 *Rev. crit. dr. internat. privé* 83 (1) janv.- mars 1994 p. 88 a 90 y comentario de REVILLARD M. en *Jour. dr. int.* 1 1994 p. 150 a 156 en concreto p. 155-156 "La mutabilité volontaire de rattachement permet ainsi à des époux d'adapter leurs relations pécuniaires à leur nouvel environnement juridique et même de mettre fin à l'immutabilité du régime matrimonial sous lequel ils étaient jusqu'ici placés."

legal de Cuba pues, los cónyuges no hicieron capitulaciones. Aquel sistema consagraba la inmutabilidad, pese a ello los cónyuges consiguieron burlar esa norma, a través de la mutabilidad conflictual voluntaria. Se les aplicó el Derecho francés coincidente con su residencia y con su nacionalidad y por ende, la normativa que permitía la mutabilidad del régimen matrimonial³⁵.

Lo mismo ocurriría en el caso de un matrimonio marroquí-suizo, en el extraño supuesto en que decidieran pactar conforme a la ley marroquí, pero luego quieren realizar un cambio en su pacto que no es permitido por la ley aplicable (marroquí). Los cónyuges podrán en este caso, pactar conforme a la ley suiza (la del estado de la nacionalidad del otro cónyuge) aquello que la ley marroquí impedía, siempre que esa estipulación sea válida conforme al ordenamiento suizo³⁶.

Como se puede observar, en el primer supuesto la única vía para conseguir la modificación, es a través de la internacionalización de la relación. Como el ordenamiento uruguayo no permite el pacto, los cónyuges se acogen al ordenamiento alemán. El segundo supuesto es más sencillo, la modificación no es posible a la luz de la ley elegida, en este caso bastará elegir otra norma que si permita la modificación y cuya elección sea permitida por el precepto suizo de referencia.

³⁵ Respecto del sistema anterior español v. Resolución de 7 de diciembre de 1981 (B.O.E de 4 de enero de 1982), que decidió que eran inscribibles las mutaciones jurídico reales derivadas de una escritura de capitulaciones estipulada con posterioridad al matrimonio, pese a que el otro cónyuge quedo sometido a un ordenamiento que no las admitía (se trataba del Derecho venezolano), sin embargo si las autorizaba la ley personal del otro cónyuge (la española). v. Comentario REY PORTOLES J. M. en R.C.D.I 1983 p. 447 a 467.

³⁶ La Ley suiza permite a los cónyuges elegir la ley del Estado en el cual estan domiciliados o la ley del Estado de la nacionalidad de uno de ellos. Además esa elección de Derecho puede ser modificada en cualquier momento (art. 52 y 53 de la Ley federal Suiza de Derecho Internacional Privado).

La situación cambia si la pareja está integrada por dos extranjeros cuyo régimen económico matrimonial, se rige por ley extranjera que impide la mutabilidad material voluntaria⁴¹. En este supuesto, la modificación del régimen no será posible, pues la ley aplicable a ella, que no es otra que la ley rectora del régimen, lo impide. Además, se trataría de una situación que al no tener elementos de extranjería, no permitiría en principio, el juego de otra normativa.

En este caso, la única vía posible para conseguir la modificación, sería el que se produjera un cambio en las circunstancias que servirán para fijar el punto de conexión. Bastaría que uno de los cónyuges cambiara la nacionalidad o que desplazara su residencia a otro Estado, y que el correspondiente ordenamiento jurídico aceptará la modificación deseada por las partes. La mutabilidad entonces, vendría influenciada por la existencia de una suerte de conflicto móvil⁴².

Los supuestos propuestos, plantearan el problema de los efectos que tales modificaciones o pactos postnupciales tendrían, respecto de la norma que impedía tales acciones. Es claro,

⁴¹ Esta cuestión es planteada desde el punto de vista del Derecho belga por GHORAIN "Il est regrettable que des époux de nationalité étrangère, mais intégrés en Belgique, ne puissent changer leur régime, la loi étrangère déclarée applicable ne permettant pas la modification ou en la permettant qu'à des conditions inopportunes. (...) Mais aujourd'hui, c'est dans la loi du régime, celle qui peut être déterminée au moyen des principes que nous avons tenté de dégager, que l'on doit rechercher si le changement au régime matrimonial peut se réaliser et à quelles conditions il le peut."

⁴² CARLIER pone un ejemplo en el que la mutabilidad material esta influenciada por la mutabilidad automática del conflicto móvil. "Un couple de Marocains qui avaient signé un contrat de mariage de séparation de biens, correspondant au demeurant au régime légal de leur loi nationale commune, peut modifier son contrat en régime de communauté réduit aux acquêts, après que tous deux, ou même l'un d'entre eux, ait acquis la nationalité belge." CARLIER J-Y "Les contrats de mariage internationaux: aspect particulier des clauses relatives aux relations personnelles" en *VVA A Relations familiales internationales*, Bruxelles 1993, p. 277 a 300, en concreto p. 298.

que las modificaciones no serán conformes a esas normas que consagraban la inmutabilidad y que, desde esta perspectiva, no se aceptarán⁴³.

1. d) Mutabilidad conflictual automática o conflicto móvil

El cambio en la circunstancia retenida por la norma de conflicto como punto de conexión, produce una situación que se denomina, desde BARTIN⁴⁴, conflicto móvil. Para ello, se requiere que aquel elemento integrante del punto de conexión sea variable⁴⁵ o mutable, como los son la nacionalidad, el domicilio, la residencia...

La consecuencia derivada de las situaciones en las que se genera el conflicto móvil, es la aplicación de una nueva ley, en concreto, la mutabilidad de la ley aplicable producida automáticamente: cambia la circunstancia materializadora del punto de conexión y con ella, la ley aplicable.

El análisis de esta cuestión, desde la esfera de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, es clásico. La evolución de los sistemas jurídicos y la búsqueda de soluciones ha cristalizado, en

⁴³ CARLIER reconoce en el ejemplo propuesto, que las modificaciones serán conformes a la ley belga, mientras que no lo serán a la vista de la ley marroquí. "Comme on peut le constater dans le dernier exemple cité, la réception de clauses ou de modifications de clauses d'un contrat de mariage n'est jamais certaine dans un autre ordre juridique." *VVAA Relations familiales internationales*, Bruxelles 1993, p. 277 a 300, en concreto p. 299.

⁴⁴ BARTIN E. *Principes de droit international privé*, Paris 1930. En los países germánicos se utiliza más la expresión *cambio de ley* el estatuto introducida por ZITTELMANN *Internationales Privatrecht* vol I, Leipzig 1898 p. 151, v. referencia en CALVO CARAVACA A-L y CARRASCOSA GONZALEZ J. *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Granada 1997 p. 369 a 372.

⁴⁵ LEWALD diferenció las conexiones constantes de las variables, ejemplo de éstas últimas son "La situation d'un bien mobilier, la nationalité, le domicile, la résidence d'une personne" LEWALD H. "Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du dip" en *R. des C.* 69 1939-III p. 5 a 147, en especial p. 39 a 45 y p. 40.

regulaciones que minimizan e incluso evitan, el planteamiento de problemas.

Antes de estudiar estas soluciones, conviene concretar las características del conflicto móvil, referido al régimen económico matrimonial entre los cónyuges. Aquel, incluye dos tipos de hipótesis, una referida a los cónyuges que no han elegido la ley aplicable a su régimen o hecho pactos o capitulaciones, y otra la referida a los cónyuges que sí han tomado éstas medidas.

En el primer supuesto la vida económica matrimonial de los cónyuges, se regulará por la ley que resulte aplicable según las conexiones establecidas legalmente (9.2 CC). Puede resultar aplicable la ley de la residencia habitual común de los cónyuges, por ejemplo. El conflicto móvil se plantearía si en un momento posterior, los cónyuges cambian de residencia. En este caso ¿cual sería la ley aplicable, la primera o la segunda?. Como se verá a continuación, la fijación temporal de la conexión evita el planteamiento de esta cuestión.

También, pueden plantearse problemas de mutabilidad conflictual automática, si las partes han optado por elegir la ley aplicable y con posterioridad, cambia el elemento de conexión que los cónyuges consideraron determinante para la elección. Por ejemplo, eligen la ley de la residencia de uno de ellos y poco después, éste traslada su residencia a otro lugar. Al igual que ocurre en el supuesto anterior, el momento en que el artículo 9.3 fija las conexiones en el tiempo, evita esta problemática.

La aplicación automática de una nueva ley en estos casos es, en general, rechazada por la doctrina y ello por dos tipos de motivos: uno global y otro íntimamente unido a la segunda hipótesis planteada. El que se produzcan cambios en la ley aplicable al régimen económico matrimonial, plantea muchos problemas en el momento final de la liquidación: exige transferencia de bienes, divisiones. Además, si el cambio de régimen (consecuencia del cambio

de ley aplicable) no se ha acompañado de la liquidación del régimen anterior, se dificulta mucho la liquidación final del régimen económico matrimonial⁶⁸.

El segundo argumento para defender la fijación temporal, parte del escrupuloso respeto a la voluntad de los cónyuges⁶⁹. Si éstos han manifestado su deseo de que se les aplique una ley determinada o incluso, han decidido pactar de conformidad a esta ley⁷⁰, sólo la expresión de una voluntad en contrario podrá variar lo que de común acuerdo establecieron. En realidad, estos supuestos no darán lugar al planteamiento de conflictos móviles pues, como se verá, la existencia de elección o la capitulación implica, la inmutabilidad automática de la ley aplicable.

⁶⁸ DROZ señala las dificultades que provocaría un sistema de mutabilidad DROZ G. "Les régimes matrimoniaux de droit international privé" *R. des C.* 1974 III p. 1 a 137 en concreto p. 62-63, en el mismo sentido RIGAUX F. "Le conflit mobile en droit international privé" en *R. des C.* 1966 I p. 328 a 444, en concreto p. 372-373.

⁶⁹ Como un aspecto más del respeto general a la persona humana VANDER ELST R. "Liberté, respect et protection de la volonté en droit international privé" en *VVAA Nouvoux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles 1993 p. 507 a 516, p. 507 "Le respect de la personne humaine est la source du droit international privé. Respect du statut personnel dans les relations de famille, respect de la personne au sein du milieu social, respect des droits acquis, respect de la volonté en matière patrimoniale, respect des droits de la défense en matière procédurale: en bref, depuis la naissance du droit international privé, c'est-à-dire depuis plus d'un demi-millénaire, respect progressif de la personnalité et même de certains 'droits de l'homme' avant la lettre".

⁷⁰ Es tan importante el juego de la autonomía de la voluntad en éste contexto, que hay autores como RIGAUX que consideran que el conflicto móvil clásico sólo se planteará cuando los esposos no han hecho contrato de matrimonio "... pour que les rapports patrimoniaux entre époux puissent susciter un conflit mobile, il faut que la règle de rattachement recoure à un facteur de rattachement variable. La nationalité des époux (ou du mari) et leur domicile ont ce caractère, en revanche, la solution française traditionnelle qui rattache les régimes matrimoniaux à la loi choisie par les parties (théorie dite du *contrat tacite*) est soustraite à tout conflit mobile, le facteur de rattachement étant un événement qui ne se concrétise qu'une seule fois, dans le temps comme dans l'espace." RIGAUX F. "Le conflit mobile en droit international privé" en *R. des C.* 1966 I p. 328 a 444, en concreto p. 370-371.

La cuestión del conflicto móvil ha dado lugar a muchas polémicas en la doctrina⁴⁴, que ha intentado buscar soluciones desde ángulos distintos⁴⁵. En el tema que nos ocupa, el conflicto móvil recibe una solución legal, que puede ser calificada de idónea para resolver los problemas derivados de aquél. Se trata, en definitiva, de fijar el punto de conexión en el tiempo así, se produce la inmediata inmutabilidad de éste, siendo indiferente el que las circunstancias que lo determinaron cambien con posterioridad.

Esta solución se aplica en los dos artículos de referencia. El 9.2 acompaña cada una de las conexiones, de una diferente fijación temporal: *al tiempo de contraer matrimonio, antes de la celebración del matrimonio, momento inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio*. El artículo 9.3 opta por una fijación temporal única: *al tiempo del otorgamiento*.

Conseguir la permanencia de las conexiones, evita el planteamiento del conflicto móvil, pero puede dar lugar a graves problemas de desconexión entre la ley que resulta aplicable al régimen y la vida matrimonial. Como se ha tenido ocasión de observar, estos problemas son especialmente importantes, cuando las partes no han hecho elección de ley aplicable.

⁴⁴ Para un acercamiento a las distintas teorías que se han articulado alrededor del conflicto móvil v. FERNÁNDEZ ROZAS J.C. y SÁNCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional privado*, Madrid 1996, p. 352 a 354 y CALVO CARAVACA A.-L. y CARRASCOA GONZÁLEZ J. *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Granada 1997 p. 369 a 372.

⁴⁵ PILLET A. "La théorie générale des droits acquis" en *R. des C.* 1925- III p. 469 a 538. CIGOJ S. "Les droits acquis, les conflits mobiles et la rétroactivité à la lumière des Conventions de la Haye" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1978 p. 1 a 30. BATIFFOL H. "Conflits mobiles et droit transitoire" en *VVA A Mélanges Paul Roubier*, Paris 1961 p. 39 a 52 y en BATIFFOL *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris 1976 p. 199 a 198. ROUBIER P. "Les conflits de lois dans le temps en droit international privé" *Rev. crit. dr. internat. privé* 1931 p. 38-86. RIGAUD P. "Le conflit mobile en droit international privé" en *R. des C.* 1966 I p. 328 a 444.

La doctrina extranjera plantea ésta cuestión en relación con personas que, deliberadamente, rompen las relaciones con el país cuya ley resulta aplicable.⁵¹ Pese a esta circunstancia, su régimen económico seguirá unido a aquella ley, pues la fijación del punto de conexión en ese momento, impide la toma en consideración de puntos de conexión actuales.

La petrificación de la ley aplicable, que por esos medios se produce, resulta contraria a una de las finalidades que el Derecho Internacional Privado moderno, trata de conseguir con la mutabilidad. El objetivo básico, es facilitar la asimilación de los cónyuges, al medio social al que pasan a integrarse⁵². La permanencia de la conexión se torna en obstáculo para éste fin.

Otro de los argumentos favorables a la mutabilidad, es la mejor protección de los intereses de los terceros. En efecto, se entiende que será más fácil para ellos conocer por ejemplo, la ley

⁵¹ BOUCKAERT plantea la hipótesis en los siguientes términos "Cependant, l'hypothèse de la rupture des liens avec le pays d'origine se double toujours d'un conflit mobile. En effet, si les époux ont fui leur pays d'origine, c'est qu'ils ont trouvé refuge dans un autre pays. Ils peuvent y avoir établi leur nouveau domicile ou avoir la nationalité du pays d'accueil.

Or, comme le facteur de rattachement pour la désignation de la loi applicable aux effets patrimoniaux du mariage est le premier domicile, il ne pourrait, en principe, jamais y avoir de conflit mobile." BOUCKAERT F. "modifications conventionnelles des régimes matrimoniaux en droit international privé et conflit mobile" en *Rev. int. belge* 1991 p. 486 a 492, en especial p. 487.

⁵² BOUZA señala que una de las finalidades que sirven de fundamento a la mutabilidad del régimen es "Facilitar la asimilación de los cónyuges al medio social al que pasan a integrarse" BOUZA VIDAL N. *Problemas de adaptación en Derecho Internacional Privado e interregional*, Madrid 1977, p. 123. RIGAUX insistía en que "Memé si l'on n'admet pas la mutation automatique du régime légal, il faut réserver aux époux la faculté d'adapter leurs rapports patrimoniaux à la loi de leur nouveau milieu social" RIGAUX F. "Le conflit mobile en droit international privé" en *R. des C.* 1966 I p. 328 a 444, en concreto p. 375.

de la residencia habitual actual, que la de su primera residencia después, de celebrado el matrimonio⁵³.

Una posible solución a la inmovilidad sería la de aplicar la ley actual, por entender que es esa, la ley correspondiente al lugar en que están localizados los intereses materiales de los esposos. Se trataría de salvar el conflicto móvil, mediante la consideración de que el factor de conexión actual nunca ha variado e ignorar entonces, la ley que resultaría aplicable al momento de la celebración del matrimonio⁵⁴. Esta solución tiene como ventaja, el evitar tener que conjugar la aplicación de regímenes distintos.

Desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español, la solución es mucho más sencilla. La fijación de las conexiones en un momento determinado se justifica, como ya se ha señalado varias veces⁵⁵, por la necesidad de permanencia, de seguridad jurídica. Sin embargo, el estatismo al que puede llevar es relativo, pues las partes pueden emitir su voluntad de regirse por

⁵³ CARLIER hace la siguiente reflexión "La réalité de la vie est que le 'pays de intégration prépondérante' des intéressés devient celui de la nouvelle résidence habituelle. Faut-il à chaque fois, leur imposer une modification volontaire lourde? Il peut, et ce serait le cas le plus fréquente, n'y avoir eu aucune option de droit dans le contrat de mariage. Croit-on que le couple, de nombreuses années plus tard, se sait régi par la loi d'une ancienne résidence conjugale parce qu'il n'a pas émis de choix? L'intérêt des tiers est mieux sauvegardé para la mutabilité. Ils peuvent connaître beaucoup plus facilement la résidence habituelle actuelle des époux que leur première résidence conjugale."

⁵⁴ BOUCKAERT F. "modifications conventionnelles des régimes matrimoniaux en droit international privé et conflict mobile" en *Rev. not. belge* 1991 p.486 a 492, en concreto p. 491-492 "En conséquence, le juge ne devra plus se soucier des incidences que peuvent avoir sur le régime matrimonial initial les modifications introduites conformément à la loi désignée en vertu du facteur de rattachement actuel, pour des motifs identiques, il n'y aura plus à craindre d'incompatibilité entre les deux régimes."

⁵⁵ V. en especial, C. III.

la ley más vinculada a su vida matrimonial, en el momento que deseen y de acuerdo a una conexión actual²⁶.

Lo mismo ocurre si la vida matrimonial ha transcurrido lejos del Estado cuya ley fue elegida, o conforme a la cual, se hizo capitulación. Los cónyuges pueden pactar o hacer una nueva elección de ley aplicable, conforme a la ley del Estado con el que presenten una vinculación actual, así lo dispone el artículo 9.3.

La adopción de esta solución es fruto de la reforma del Código Civil de 1990. Con anterioridad, el sistema español ha pasado por diferentes fases; desde la inmutabilidad absoluta del régimen hasta la aceptación del principio contrario.

El principio de inmutabilidad absoluta del régimen era proclamado en la Partida 4^a, título XI, ley XXIV²⁷. Esta norma referida al pacto sucesorio entre cónyuges sobre la adopción o las arras, establecía que si después de efectuado el pacto, los cónyuges se trasladaban a un lugar con costumbre contraria al pacto por ellas convenido, valdría en todo caso el pacto y no la costumbre. En el supuesto en que no se hubiera realizado pacto, debería de estarse a la costumbre del lugar en que se celebró el matrimonio y no, a la de aquel a la que se hubieran trasladado.

El Código Civil no recogió una normativa expresa al respecto. Sin embargo, la doctrina trató de suplir tal laguna²⁸. Para ello,

²⁶ Solución a la que aludía WATTE "En revanche, le régime secondaire légal ne varierait pas au gré des modifications de la nationalité ou de la résidence, avec l'avantage qu'une seule loi régirait les relations patrimoniales des époux, sauf la possibilité qui serait offerte aux conjoints d'adapter le régime de leurs biens au système juridique de l'Etat de leur nouvelle nationalité ou de leur nouvelle résidence." WATTE N. "Les régimes matrimoniaux, les conflits de lois dans l'espace et dans le temps" en *Rev. crit. jur. belge*. 1994 n° 4 p. 676 a 732, en concreto p. 700.

²⁷ V. texto en notas correspondientes al apartado planteamiento general y evolución histórica de la regulación del Derecho español C. III.

²⁸ V. en general LASALA SAMPER J.M. "La norma española de conflicto sobre régimen legal..." en *op.cit.* p. 33 a 58. LASALA LLANAS M. *Sistema español de Derecho civil internacional e inter...op.cit.* p. 310-311.

tomo como referencia la Partida y recurrió al artículo 13 del *Dahir marroquí*³⁹, por ser el texto legal que teniendo relación con el sistema español, proclamaba con claridad el principio de inmutabilidad ante el conflicto móvil. En concreto, establecía que el cambio de la nacionalidad posterior de cualquiera de los cónyuges, no podía alterar nada el régimen de los bienes.

La doctrina española, influenciada por la teoría del respeto a los derechos adquiridos, proclamó la necesidad de una formulación positiva que recogiese el principio de inmutabilidad. Este, era considerado como una plasmación del principio de respeto a tales derechos adquiridos⁴⁰.

La reforma del Código Civil de 1974, vino a introducir el principio contrario, esto es, la mutabilidad de la ley aplicable al régimen económico matrimonial⁴¹. Esto fue así, porque el artículo 9.3 por referencia al antiguo 9.2 (ley rectora de los efectos personales) introducía *la última ley nacional común* de los cónyuges. En el supuesto en que los esposos adquirieran una nacionalidad común, habría que estar a esta ley, con independencia de la ley anterior (ley nacional del marido al tiempo de la celebración).

Este precepto no obstante, no imponía la mutabilidad automática respecto del régimen económico matrimonial. El

³⁹ Artículo 13 del Dahir de 1 de junio de 1914, vigente en la Zona del Protectorado español de Marruecos.

⁴⁰ LASALA LLANAS señaló como "el régimen económico del matrimonio no puede estar a merced de arbitrarias e injustas fluctuaciones motivadas por el cambio de nacionalidad o de domicilio del marido" "Es ésta la doctrina de la escuela de la personalidad del Derecho, y es una aplicación clarísima del principio de respeto de los derechos adquiridos." LASALA LLANAS M. *Sistema español de Derecho civil internacional e inter...op.cit.* p. 310-311.

⁴¹ V. BOUZA VIDAL N. *Problemas de adaptación en Derecho Internacional Privado e interregional*, Madrid 1977, p. 118 a 127, en concreto p. 111 y 121. AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 344 A 346.

cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional.

La propuesta de introducir la mutabilidad relativa de la ley del régimen matrimonial, como solución a los conflictos móviles, fue lanzada en el VIII Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino⁴². El objetivo era atenuar los efectos de la petrificación de la ley aplicable. Para ello se optó por dejar a los cónyuges, la facultad de ligar sus relaciones pecuniarias a la ley de uno de los Estados, con los cuales aquellos presentaban, en el momento de la opción, un vínculo *effectif et sérieux*.

Esta posibilidad estaba sujeta a una serie de condiciones. Por ejemplo, en el caso en que los cónyuges hubieran celebrado contrato, se exigía la existencia de un elemento de extranjería, que permitiese optar por una ley respeto de la cual no existía vinculación anterior⁴³.

La regulación actual que ofrece el artículo 9.3, es coherente con la aceptación del principio de autonomía de la voluntad. Son los cónyuges los que decidirán si la ley aplicable debe cambiarse y si el contrato que en su día celebraron, debe modificarse en relación a la nueva ley. Es por otro lado, lógica la solución adoptada pues serán, en definitiva, los cónyuges los que conocerán el carác-

⁴² Celebrado en Méjico en 1965 v. LE MOAL R. "Le VIII Congrès de l'Union internationale du Notariat latin (Mexico, 1-10 octobre 1965)" en *Journ. dr. int.* 1967 p. 357 a 361 VALLET DE GOYTISOLO J. y FRAGUAS MASSIP R. "conflictos móviles y conflictos transitorios en materia de regímenes matrimoniales" en *VVAA Ponencias presentadas a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Madrid 1975, p. 942 a 970.

⁴³ LE MOAL R. "Le VIII Congrès de l'Union internationale du Notariat latin (Mexico, 1-10 octobre 1965)" en *Journ. dr. int.* 1967 p. 357 a 361 en concreto p. 358-359.

ter transitorio o no de su vinculación con el nuevo Estado, y la conveniencia o no de la posible mutación⁶⁴.

En Derecho comparado, esta solución es igualmente aceptada en ordenamientos como el alemán que, de manera muy similar al sistema español, da solución al conflicto móvil.

En efecto, se evita la producción del conflicto móvil, mediante la fijación de las conexiones al momento de la celebración del matrimonio. A la vez, se abre la posibilidad a los cónyuges de que elijan, convencionalmente, otra ley⁶⁵. El resultado, al igual que ocurría en el sistema español, es que no se produce la inmutabilidad de la ley rectora del régimen económico matrimonial pues, el acuerdo de los cónyuges puede producirse en cualquier momento⁶⁶.

Junto a este conjunto de soluciones, debe estudiarse la singular regulación que ofrece la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado a esta cuestión⁶⁷. El principio inspirador de ésta, es el de la mutabilidad conflictual automática y retroactividad de la ley aplicable.

⁶⁴ VALLET abogaba por el sistema intermedio de opción "... no solamente por imponerle el principio de la autonomía de la voluntad, sino porque esta posibilidad de opción puede constituir un medio flexible y eficiente para acomodar el régimen de matrimonio a las nuevas circunstancias de hecho producidas por la mutación... Solución dúctil, por quedar el ejercicio de la opción a discreción de los cónyuges, únicos que pueden valorar y, en cierto modo, prever el carácter definitivo o puramente transitorio de la mutación producida." VALLET DE GOYTISOLO J. y FRAGUAS MASSIP R. "conflictos móviles y conflictos transitorios en materia de regímenes matrimoniales" en *VVAA Ponencias presentadas a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Madrid 1975, p. 942 a 970, en concreto p. 951

⁶⁵ Artículo 15 de la Ley 25 de julio de 1986.

⁶⁶ STURM F. "Personnes, famille et successions dans la loi... op. cit. p. 55-56.

⁶⁷ VON OVERBECK A. y ROSSEL J.- E. "Le conflit mobile et le droit transitoire en matière de régimes matrimoniaux selon la loi fédérale sur le droit international privé" en *Semaine judiciaire* 1990 p. 265 a 282, en concreto p. 269 a 273.

El artículo 55⁶⁶ dispone que en el supuesto de cambio de domicilio de los esposos a otro Estado, resultará aplicable la ley del nuevo domicilio e incluso prevé la retroactividad de ésta al día del matrimonio. La consecuencia directa de la retroactividad, es la de facilitar la liquidación del régimen económico matrimonial.

Esta regulación deja también, un margen a la voluntad de los cónyuges. Estos podrán convenir, por escrito, la exclusión de la retroactividad. En este supuesto la liquidación será complicada, de acuerdo al *système des wagons*⁶⁷ que se seguirá igualmente, en los supuesto de mutabilidad aceptado, en los ordenamientos inspirados en el principio contrario.

Los cónyuges podrán además, convenir por escrito que el cambio de domicilio no tendrá efecto sobre el derecho aplicable, esto es, que el derecho del antiguo domicilio continuará rigiendo sus relaciones económico matrimoniales. Por último, el artículo 55 establece el respeto a lo convenido por los cónyuges. Basta que exista contrato de matrimonio, para que el cambio de domicilio no

⁶⁶ Artículo 55

"1. En cas de transfert du domicile des époux d'un Etat dans un autre, le droit du nouveau domicile est applicable et rétroagit au jour du mariage. Les époux peuvent convenir par écrit d'exclure la rétroactivité.

2. Le changement de domicile n'a pas d'effet sur le droit applicable lorsque les époux sont convenus par écrit de maintenir le droit antérieur ou lorsqu'ils sont liés par un contrat de mariage."

⁶⁷ Según este sistema los cónyuges "arrastrarán" tantos regímenes matrimoniales como sucesivas leyes hayan sido retenidas como aplicables VON OVERBECK lo explica así "Ils traîneront derrière eux autant de régimes matrimoniaux, applicables chacun à une certaine période, qu'ils auront eu domiciles successifs." VON OVERBECK A. "Les régimes matrimoniaux et les successions dans le nouveau droit international privé suisse" en VVAA *Le nouveau droit international privé suisse. Travaux des journées d'étude organisées par le Centre du droit de l'entreprise*, les 9 et 10 oct. 1987, Lausanne 1988, p. 59 a 78, en concreto p. 66. CARLIER señala hasta cuatro atenuaciones a este sistema v. CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ... op. cit.* p. 340.

produzca ningún efecto, sin necesidad de ningún tipo de declaración por parte de los cónyuges⁷¹.

Entre los dos tipos de soluciones expuestas, aún existe un intento de compromiso protagonizado por el Convenio de La Haya de 1978⁷²; éste acepta la mutabilidad de la ley aplicable, pero sin efectos retroactivos⁷³ y consagra el respeto a la autonomía de los cónyuges, produciéndose la petrificación automática de los pactado por ellos.

En el supuesto en que se produzca un desplazamiento de la residencia habitual, el artículo 7º del Convenio dispone el cambio de la ley aplicable, cuando la nacionalidad de ese Estado corresponde a su nacionalidad común y, en el caso en que la residencia en ese Estado haya durado más de 10 años. El cambio de la ley no tendrá efecto más que para el futuro, de forma que los bienes per-

⁷¹ BUCHER A. *Droit international privé suisse. T. II. personnes, famille, successions*. Bâle 1992, p. 170 y VON OVERBECK A. "Les régimes matrimoniaux et les successions dans le nouveau droit international privé suisse" en *VVAA Le nouveau droit international privé suisse. Traité des journées d'étude organisées par le Centre du droit de l'entreprise*, les 9 et 10 oct 1987, Lausanne 1988, p. 59 a 78, en concreto p. 65-66.

⁷² V. el estudio que VON OVERBECK hace sobre la permanencia o la mutabilidad de las conexiones (conflicto móvil), en el Convenio VON OVERBECK "Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck" en *Actes et documents de la treizième session* (tomel), La Haya 1978, p. 344 a 351.

⁷³ JAYME señala que "L'état actuel de la autorité de la volonté des époux en matière de régime matrimonial est démontré par la Convention de La Haye... v. JAYME E. "Identité culturelle et intégration: Droit... en op. cit. p. 163-164.

⁷⁴ Art. 7 P. 2 "Toutefois, si les époux n'ont ni désigné la loi applicable ni fait contrat de mariage, la loi interne de l'État où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable, au lieu et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis.

1. A partir du moment où ils fixent leur résidence habituelle, si la nationalité de cet État est leur nationalité commune, ou dès qu'ils acquièrent cette nationalité, ou

2. Lorsque, après le mariage, cette résidence habituelle a duré plus de dix ans..."

tenecientes a los cónyuges con anterioridad al cambio, no estarán sometidos a la ley nueva (art. 8)⁷¹.

El artículo 6⁷² permite a los cónyuges elegir una ley distinta como rectora de su régimen económico matrimonial, siempre que corresponda a la del Estado en que uno de ellos tenga la nacionalidad, en el momento de la designación o a la ley del Estado en que uno de ellos tenga su residencia habitual, en el momento de la designación. En el supuesto en que los cónyuges eligieran la ley aplicable o hicieran contrato de matrimonio, se produce la automática inmutabilidad, que tan sólo podría ser rota por la voluntad de aquellos de elegir una nueva ley o hacer un nuevo contrato.

Es precisamente, el respeto absoluto a la autonomía de la voluntad lo que acerca a estas tres soluciones. La aceptación de estos principios extremos, siempre entraña consecuencias no deseables. La inmutabilidad puede conducir a una petrificación del derecho y a una desvinculación de la ley aplicable con la situación que debe regular. La mutabilidad puede suponer una gran complejidad en la liquidación del régimen además, del cambio de ley aplicable en situaciones meramente transitorias.

Es por todo ello, por lo que debe conseguirse la atenuación de la permanencia o mutabilidad de las conexiones. La voluntad de los cónyuges es el instrumento idóneo para tal fin. El respeto a la autonomía de los esposos supone que ordenamientos jurídicos que consagran la mutabilidad, acepten la permanencia y vice-

⁷¹ Art. 8 Le changement de la loi applicable en vertu de l'article 7, alinéa 2, n'a d'effet que pour l'avenir, et les biens appartenant aux époux antérieurement à ce changement ne sont pas soumis à la loi désormais applicable."

⁷² Art. 6 "... Les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes:

1. La loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation;
- 2 La loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation."

versa, que ordenamientos que consagran la inmutabilidad acepten la mutabilidad de la ley aplicable cuando así, lo deciden los cónyuges⁷⁶.

El efecto modulador de la voluntad de los esposos logra que o bien, no se plantee el conflicto móvil o bien, el desplazamiento de la conexión produzca el cambio de ley aplicable por deseo de aquellos, perdiendo por tanto, el carácter automático tal mutación.

1. e) Mutabilidad material legal. Derecho transitorio

El Derecho material aplicable al régimen económico matrimonial, puede experimentar cambios en razón a dos motivos. Los cónyuges pueden decidir modificar ciertas disposiciones materiales, dentro del ámbito del Derecho material de referencia (mutabilidad material voluntaria). Pero también, puede producirse el cambio por la irrupción de un factor exterior, esto es, como consecuencia de una modificación legislativa del Derecho material.

Como ya se ha podido deducir, la mutabilidad material legal cubre los supuestos de conflicto de derecho material transitorio. Dentro de los conflictos transitorios, existe diferente tipología. El objeto de éste análisis, debe de diferenciarse de los conflictos transitorios de Derecho Internacional Privado⁷⁷. Estos derivan de una transformación en el tiempo, de las normas de conflicto, mientras que aquellos se producen por las modificaciones del Derecho Civil de un Estado, en éste caso, por las modificaciones concernientes a la normativa reguladora del régimen económico matrimonial⁷⁸.

⁷⁶ Sobre la atenuación de la permanencia o mutabilidad de las conexiones como efecto de la voluntad de los cónyuge v. DROZ G. "Les régimes matrimoniaux de droit international privé" *R. des C.* 1974 III p. 1 a 137 en concreto p. 63-64.

⁷⁷ Para un acercamiento a la diversa terminología utilizada por la doctrina para denominar a estas dos realidades v. RIGAUX F. "Le conflit mobile en..." *op. cit.* p. 347 a 349.

⁷⁸ WERWILGHEN "Regimes matrimoniaux" en *VVAA Régimes matrimoniaux successions et libéralités. Droit international privé et droit comparé, suisse* 1979, p. 456 a 532.

Desde que una norma es elegida como rectora de la vida económico matrimonial de una pareja, pueden producirse modificaciones legislativas. El problema de Derecho transitorio se planteará, cuando esa nueva regulación deba hacerse extensiva a la relación jurídica creada con anterioridad⁷⁹.

No se trata de un problema meramente teórico. Son muchas las modificaciones legislativas que, a lo largo del tiempo, han experimentado la distintas regulaciones de las relaciones patrimoniales. Así, ha ocurrido en la antigua Alemania Federal, en Francia⁸⁰, Bélgica⁸¹... y así, sigue ocurriendo en la actualidad. Un ejemplo reciente, es la modificación de la Compilación Catalana en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges.

En principio, la doctrina parece de acuerdo en entender, que si el derecho material elegido por los cónyuges ha sufrido modificaciones legislativas, habrá que estar a las disposiciones

⁷⁹ VALLET DE GOYTISOLO J. y FRAGUAS MASSIP R. "conflictos móviles y conflictos transitorios... op. cit. p. 963 "El cambio del contenido de la norma da lugar al conflicto transitorio, que puede originarse por modificación legislativa, o por modificación de costumbre, impuesta por la ley, siempre que se estime que la nueva regulación debe de hacerse extensiva a las situaciones jurídicas ya constituidas, en nuestro caso a los matrimonios contraídos antes de la modificación"

⁸⁰ GIARDINA señalaba como "Egalement dans certains pays occidentaux, les régimes matrimoniaux ont subi des modifications remarquables qui paraissent devoir donner lieu, dans un avenir très proche, à des difficultés encore plus fréquentes. Que l'on pense aux modifications survenues en Allemagne fédérale et en France. Elles vont sans doute poser des problèmes compliqués à l'étranger". Se refería al cambio del régimen legal del BGB del Verwaltung und Nutznießung del marido al zugewinnngemeinschaft, a partir de la Ley de 2 de julio de 1968. Francia Ley 13 de julio de 1965 que sustituyó el régime de communauté de meubles et d'acquêts (art. 1400-1496 CC 1804) régime de la communauté d'acquêts. GIARDINA A. "Les lois étrangères rétroactives en matière de mariage et de régime matrimoniaux. Essai sur l'emprise progressive de l'Etat du for sur les situations juridiques étrangères" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1972 p. 400 a 437.

⁸¹ Ley de 14 de julio de 1976 que introdujo la mutabilidad de los convenios matrimoniales v. CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et ... op. cit. p. 343-344.*

transitorias de dicha ley, que serán las que, en su caso, determinarán la retroactividad o no de la nueva normativa. A falta de una regulación específica, podría entenderse, que la modificación tendrá efectos plenos respecto del régimen económico, objeto de su regulación⁹¹.

El origen de esta posición, está en entender que la remisión expresa a una ley, objeto de la voluntad de las partes, lo es igualmente, a las modificaciones que pueda, en el futuro, experimentar⁹². Se parte por tanto, del principio de la aplicación integral del Derecho extranjero. La norma se aplicará en los términos actuales en que resulte formulada. En definitiva, se trata de interpretar la voluntad de los cónyuges en este supuesto, presumiendo que tendrá el contenido expuesto.

No obstante, debe advertirse que cuando la aplicación de las normas de Derecho transitorio de la *lex causae*, no sea posible

⁹¹ DROZ recuerda cómo "Or, il est un principe bien établi en droit comparé qui veut que lorsqu'une loi étrangère est déclarée applicable on doive en faire application en tenant compte de ses propres règles de droit transitoire. La loi étrangère s'applique dans la mesure qu'elle-même juge applicable à l'espèce au moment où la question se pose." DROZ G. "Les régimes matrimoniaux de droit international privé" *R. des C.* 1974 III p. 1 a 137 en concreto p. 59. En el mismo sentido v. WATTE N. "Les régimes matrimoniaux dans les relations internationales" en *VVA Relations familiales internationales*, Bruselas 1993, p. 237 a 275, en concreto p. 270-271. En la doctrina española DIEZ-PICAZO expone el tema con claridad "Si se trata de una elección de ley aplicable, de acuerdo con las normas de Derecho Internacional Privado, resulta obvio que la modificación legislativa tendrá plena incidencia en el régimen capitular..." DIEZ-PICAZO L. "Disposiciones generales. Artículos 1315-1324" en *VVA Comentarios a las reformas del Derecho de familia* vol. II, Madrid 1994, p. 1492 a 1515, en concreto p. 1494.

⁹² WIEDERKEHR G. *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial*, Paris 1967, p. 170 "Une façon de tourner la question serait de considérer que les époux souscrivent par avance, en adoptant un régime, à toutes les modifications que la loi qui l'organise pourra éventuellement lui apporter. Celles prévisions des modifications légales que l'on prête aux époux est évidemment fictive. Mais avec la loi d'autonomie on n'en est pas à une fiction près."

pues, resulte imposible la prueba de aquellas, la solución que parece ofrecer más seguridad, es la de aplicar los criterios transitorios generales de la *lex fori*.

Una reciente sentencia de la *Cour de cassation* de 21 de mayo de 1997⁸⁴, sirve para ilustrar esta cuestión. Una nacional danesa contrajo matrimonio con un nacional francés en Copenage en 1954. En el momento de la celebración del matrimonio, los esposos habían manifestado su deseo de adoptar el régimen matrimonial francés de *communauté légale*, en vigor en ese momento.

El conflicto de leyes en el tiempo se plantea respecto del artículo 1463 del antiguo Código Civil francés, en vigor al tiempo de la celebración del matrimonio, pero que fue superado por el artículo 10 de la ley de 11 de julio de 1975 relativa a regímenes matrimoniales y que devino aplicable a partir del 1 de enero de 1976. El artículo 1463 no se aplicará al supuesto, pues no se aplica a los matrimonios contraídos antes del 1 de enero de 1976 y disueltos posteriormente a esa fecha, lo que ocurría en el caso planteado.

La modificación de la Compilación Catalana⁸⁵, puede servir también de ejemplo ilustrativo, en cuanto que contiene disposiciones de Derecho transitorio. Una de las novedades que incluye, es la de introducir ciertos correctivos en el régimen legal, con la finalidad *de evitar las posibles situaciones de desigualdad en el momento de la extinción*⁸⁶.

⁸⁴ Cour de cassation (1^o Ch. civ.)- 21 de mayo de 1997 en *Rev. crit. dr. internat. privé*, 86 (1) janvier.- mars 1998 p. 57-58.

⁸⁵ Ley 30 de septiembre de 1993, n^o 8/1993 de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre los cónyuges. *Cataluña D.O.* 11 octubre 1993 (n^o 1807) 467 p. 897 a 994.

⁸⁶ V. Finalidad de la reforma en *op. cit.* p. 988.

El régimen legal es el de la separación de bienes, y la novedad esta recogida en el actual artículo 23^º que establece, una indemnización compensatoria a favor del cónyuge que se haya dedicado al hogar o haya trabajado para el otro cónyuge, sin retribución o con retribución insuficiente. Este artículo es objeto de una mención especial en la Disposición final de la ley. En concreto, establece que la modificación contenida en tal artículo entrará en vigor, al día siguiente de la publicación de la Ley en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña, *y que sólo será aplicable a los casos de separación, divorcio y nulidad iniciados después de ese día.*

La concreción del ámbito de aplicación, ayuda a despejar las dudas sobre el tema planteado. Imagínese una pareja catalano-ara-gonesa, que decide elegir la ley catalana para la regulación de su régimen matrimonial (todo ello de conformidad al art. 9.3, por remisión del art. 16). Sin embargo, no hace ningún tipo de pacto o estipulación particular. Queda claro que se les aplicará el régimen legal de separación de bienes, pero ¿Qué ocurrirá si la elección se hizo con anterioridad a la reforma, y el proceso de liquidación del régimen económico causado por ejemplo, por el divorcio de los cónyuges, se produce en el año 1995?

La Disposición final, ofrece la solución. Se les aplicará la ley con la modificación y habrá lugar a la indemnización compensato-

* Art. 23 "El cónyuge que, sin retribución o con una retribución insuficiente, se haya dedicado al hogar o haya trabajado para el otro cónyuge tendrá derecho a recibir del mismo, cuando se extinga el régimen por separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio, una compensación económica, si por razón de dicho defecto retributivo se ha generado una situación de desigualdad entre su patrimonio y el del otro cónyuge.

En defecto de acuerdo, esta compensación se fijará judicialmente atendiendo a la incidencia familiar de la actividad del cónyuge que la reclame, la cuantía de la desigualdad patrimonial producida y las demás circunstancias del caso.

La compensación podrá satisfacerse en dinero o bienes del patrimonio del cónyuge que deba pagarla, según el mismo desee y en plazos que no excedan los tres años."

ria, siempre que concurren los requisitos exigidos por aquella⁶⁸. Ahora bien, si el proceso de divorcio se inició, unos días antes de la entrada en vigor de la modificación, el artículo 23 no desplegará sus efectos pues, la Disposición Final impide la retroactividad en esos casos⁶⁹.

Pese a lo sostenido hasta aquí, hay que señalar que existen no obstante, excepciones a la aplicación de las normas de Derecho transitorio de la *lex causae*. La Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 10 de marzo de 1978⁷⁰ se acercaba a esta cuestión. Se trataba de determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial, de un matrimonio de apátridas de origen rumano. Al tiempo de contraer matrimonio los cónyuges tenían la nacionalidad rumana y su régimen era el legal de separación de bienes. Ambos cónyuges devienen apátridas y con posterioridad, se produce la promulgación del Código de familia rumano de 1954 que introduce una novedad sustancial. Estableció el régimen legal de comunidad de bienes y lo hizo con carácter retroactivo.

Parece claro, que existe un desvinculación con la modificación posterior de la ley, pues los cónyuges ya no eran rumanos sino

⁶⁸ Sobre la exigencia de éstos requisitos v. por ej. Sentencia de 29 de diciembre de 1996, de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, rollo nº 488/96, denegatoria de indemnización compensatoria, en R.J.C.1997-IV p. 306.

⁶⁹ La Audiencia Provincial de Barcelona ha tenido ocasión de pronunciarse, sobre la exclusión de los efectos retroactivos de la norma, en relación a un supuesto en que el Convenio regulador de la separación de 15 de marzo de 1993, tenía fecha de 27 de mayo de 1993, siendo por tanto, anterior a la entrada en vigor de la Ley. "La norma legal que regula la compensación económica carece de efectos retroactivos para regular los efectos de una situación anterior, no siendo de aplicación a los casos en que, con anterioridad a su entrada en vigor, existía sentencia firme de separación conyugal, que produjo el efecto *ex lege* de la disolución del régimen económico del matrimonio con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo texto legal." Sentencia de 3 de julio de 1997 de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, rollo nº 808/96, en R.J.C.1997-IV p. 306-307.

⁷⁰ V. comentario FERNANDEZ ROZAS J. C. PABON OLMOS M. en REDJ 1980 p. 217 a 218 y 226 a 227.

apátridas. No les afectará el cambio de régimen legal que se produjo y por tanto, no les será de aplicación. La solución al caso concreto, resultó de la aplicación de los artículos 9.2 y 9.3 vigentes en ese momento.

Todavía cabe plantearse una cuestión más ¿Será la solución general apuntada más arriba, la que deberá de aplicarse en el caso en que los cónyuges, en uso de la autonomía material, hayan hecho capitulaciones matrimoniales?. Esta cuestión resulta mucho más complicada.

Los esposos pueden pactar un régimen matrimonial, describiendo exhaustivamente el mecanismo de su funcionamiento, e incluso introduciendo modificaciones que le separarían del régimen, tal y como fuera regulado en la ley que tomaron como referencia. Puede incluso, imaginarse la confección de un régimen original, mediante la mezcla de diversas disposiciones materiales, que resultarán aplicables por el juego que el artículo 9.3 podría llegar a dar, a través del *depeçage*.

La autonomía de la voluntad de los cónyuges aparece, en estos supuestos, perfectamente perfilada, aquellos han expresado la voluntad de que se les aplique lo que han especificamente, dispuesto en sus capitulaciones. ¿Deberá en estos casos hacerse valer las modificaciones legislativas de la ley o leyes de referencia, cuando puedan incluso chocar con lo dispuesto por voluntad de los cónyuges?¹¹

El respeto a la autonomía de la voluntad, parece aconsejar que sean los mismos cónyuges los que decidan, mediante pacto

¹¹ WIEDERKEHR planteaba la cuestión en los siguientes términos "Ce problème est éliminé si l'on estime que les époux se sont soumis à une législation plutôt qu'à un régime: Les modifications s'appliqueront. Mais, dans le cas contraire, on devra dire que c'est le régime non modifié que les époux ont choisi et c'est celui-ci continuera à régir leurs relations pecuniaires. Ce régime sera alors sans support légal." WIEDERKEHR G. *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial*, Paris 1967, p. 170.

expreso, si tales modificaciones deben serles aplicables⁵². En caso contrario, se producirá una petrificación de las capitulaciones que deberá de estar en todo caso subordinada, a no conculcar las leyes imperativas contenidas en la reforma⁵³. Se trata por tanto, de otra excepción a la solución general.

La cuestión ha sido abordada en materia de obligaciones contractuales⁵⁴, en los supuestos en que se efectúen las llamadas "incorporaciones por referencia" esto es, cuando las partes incorporan las normas existentes en un momento determinado. En estos casos se ha postulado que las modificaciones del derecho incorporado, no tendrán eficacia. El motivo es que no se trata de designar la ley aplicable al contrato, sino que se celebra un acuerdo de voluntades con aquella incorporación, que no perderá validez más que si es contrario a ley rectora de aquel.

Esta misma solución cabe predicar en el supuesto de celebración de capitulaciones matrimoniales específicas. Los pactos

⁵² DIEZ-PICAZO señala como "... si los contrayentes se limitan a trasladar a su contrato las reglas de un ordenamiento jurídico civil,... en ese caso el contrato, y el régimen económico conyugal que de él deriva, no están sometidos al ordenamiento que cambia, sino al Derecho Común del CC., que no admite más modificaciones que las que se produzcan por el pacto de las partes o por obra de una ley que se integra en ese ordenamiento jurídico." DIEZ-PICAZO L. "Disposiciones generales. Artículos 1315-1324" en *VVAA Comentarios a las reformas del Derecho de familia* vol. II, Madrid 1984, p. 1492 a 1515, en concreto p. 1494.

⁵³ WATTE N. "Les régimes matrimoniaux dans les relations internationales" en *VVAA Relations familiales internationales*, Bruxelles 1993, p. 237 a 275, en concreto p. 271 "Certains auteurs ont parfois défendu l'idée d'une certaine 'petrification' du régime secondaire qui consiste à le soumettre à la loi dans sa tenur ancienne.(...) Et nous en pourrions admettre l'idée que le régime conventionnel serait fixé une fois pour toutes au moment du mariage, que sous la réserve que le type de régime matrimonial choisis par les époux figure toujours parmi ceux offerts par la loi modifiée et qu'il en porte pas atteinte à certaines dispositions du régime primaire (par exemple celles relatives à la contribution aux charges du mariage)."

⁵⁴ FERNANDEZ ROZAS J.C y SANCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional privado*, Madrid 1996, p. 380.

que ellas contienen pueden ser incorporaciones por referencia y en la medida en que lo sean, no se aplicará las norma transitorias de la ley correspondiente. De esta forma se respetará lo pactado por las partes que podrán a su vez, disponer la aplicación a su régimen de aquellas disposiciones, celebrando un nuevo pacto.

Esta solución parece deducirse también, de una de las Disposiciones Transitorias recogida en la mencionada Ley de modificación de la Compilación Catalana. Una de las principales novedades es la introducción, por primera vez, de un régimen de participación en las ganancias con carácter voluntario⁶⁵. Dentro de los Derechos económicos en el Derecho local, se regula la asociación a compras y mejoras que ha de ser pactada en capitulaciones matrimoniales⁶⁶; pues bien, la Disposición transitoria estipula que aquellas asociaciones pactadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, *podrán acogerse en lo no previsto en los pactos de su constitución, en la ley o en la costumbre de la comarca*, a las disposiciones del régimen de participación en las ganancias, en cuanto lo permita su naturaleza específica (art. 59.1).

Resulta significativa la utilización del futuro del verbo "poder". Con ésta formulación, se abre la posibilidad de que aquellas asociaciones a compras y mejoras pactadas, se acojan al régimen de participación en las ganancias. Sin embargo, el artículo 59 que tiene por objeto la regulación de la asociación a compras y mejoras, tal y como queda configurada con la modificación, utiliza la forma verbal imperativa:

⁶⁵ Para un análisis de las diferencias entre ésta regulación y la común v. LOPEZ PELAEZ P. "Reflexiones en torno al régimen económico matrimonial de participación en las ganancias en la nueva legislación catalana: su valoración en relación al Derecho común" en *Actualidad Civil* n° 7/12-18 febrero 1996.

⁶⁶ Para un acercamiento a los regímenes económicos del Derecho local catalán v. FERNANDEZ DOMINGO J.I. *Introducción al Derecho Civil foral*, Madrid 1997, p. 83 a 85.

En todo lo no previsto en los pactos de su constitución ni en el presente artículo, la asociación se regirá por la costumbre de la comarca y, en su defecto, por las disposiciones del régimen de participación en las ganancias, en cuanto lo permita su naturaleza específica.

La diferente formulación seguida en los dos preceptos, bien puede tener su origen, en el respeto que exige lo ya pactado por las partes, antes de la entrada en vigor. Por ello, se prevé que *podrán*, acogerse a ese régimen, pero no se impone el sometimiento automático a él. Lo que si ocurrirá, en los pactos celebrados con posterioridad⁷⁷.

Aún podría plantearse un último supuesto. Se trataría de que las partes celebraran capitulaciones, pero incluyeran la referencia a una ley, para la regulación supletoria de lo no especificado. En este supuesto y según lo dicho hasta aquí, deberá atenderse a la disposiciones transitorias de esa ley. Al mismo tiempo, deberá respetarse la voluntad que los cónyuges expresaron en las capitulaciones celebradas.

1.f) Mutabilidad conflictual legal. Conflicto transitorio de Derecho Internacional privado

Las normas de conflicto de Derecho Internacional Privado son también, objeto de cambios y en ocasiones son sustituidas o derogadas por otras. La consecuencia directa de la sucesión en el tiempo de la norma de conflicto, es que la situaciones privadas internacionales que eran llamadas a regular, podrán pasar a ser reguladas por una norma nueva. Ese cambio puede modificar a su vez, el derecho aplicable a la situación⁷⁸.

⁷⁷ Todo ello con independencia de que efectivamente, en la práctica puedan verse sometidos al régimen de participación de las ganancias, como regulación supletoria de lo no dispuesto en los pactos, en la ley o en la costumbre de la comarca.

⁷⁸ Para un análisis general v. FERNANDEZ ROZAS J.C y SANCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional privado*, Madrid 1996, p. 335 a 340 y CALVO CARAVACA A-L. y CARRASCOSA GONZALEZ J. *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Granada 1997 p. 340 a 342.

En principio esta nueva situación, no tiene por qué plantear problemas especiales. Bastará atenerse a las disposiciones de las nuevas leyes de solución, de los problemas de Derecho transitorio. La entrada en vigor del Convenio de La Haya de 1978 ofrece un ejemplo de tal solución. El artículo 21 establece que el Convenio sólo se aplicará en cada Estado contratante, a los esposos que estén casados o que designen la ley aplicable a su régimen matrimonial, después de su entrada en vigor. En concreto se fija la fecha de su entrada en vigor en Francia⁹⁸, Luxemburgo y Países Bajos a uno de septiembre de 1992.

La jurisprudencia ha tenido ya, ocasión de pronunciarse sobre la aplicación en el tiempo de este Convenio. Así, la *Cour d'appel* de Colmar⁹⁹, considera que no hay lugar a aplicar el Convenio en un supuesto, en que dos cónyuges de nacionalidad alemana casados el 11 de julio de 1991 y siendo su régimen el legal alemán, trasladan su residencia a Alsacia y deciden cambiar su régimen por el de *communauté universelle* de derecho francés. El acta notarial de cambio de régimen era de 30 de enero de 1992, por tanto, de unos meses antes de la entrada en vigor del Convenio. En otra sentencia de la *Cour d'appel* de París se omite, sin embargo, la toma en consideración del artículo 21 del Convenio y se aplica a cónyuges casados en 1956¹⁰⁰.

La reforma de Derecho Internacional Privado italiano incluye también, dos preceptos dedicados a esta cuestión¹⁰¹. En con-

⁹⁸ La ley de 28 de octubre de 1997, adapta a Francia el Convenio de la Haya, en vigor desde septiembre de 1992. *Loi n° 97-987 du 28 octobre 1997 J.O. 29 octobre 1997*, p. 15684 v. *Rev. Crit. dr. internat. privé*, 87 (1) janvier-mars 1998 p. 131-132.

⁹⁹ 19 de janvier 1993 en *Rev. Crit. Dr. Internat. Privé*, 82 (2) avril-juin 1993 p. 281 a 283 v. Comentario LAGARDE P.p. 281 a 290. V. Sobre este tema v. También Sentencia de la *Cour de Cassation* (1 Ch. Civ.) 13 décembre 1994 en *Rev. Crit. Dr. Internat. Privé* 84 (2) avril-juin 1995 p. 318 a 321 v. Comentario REVILLARD M. P. 321 a 326.

¹⁰⁰ 3 de noviembre de 1993 en *Rev. Crit. Dr. Internat. privé*, 83 (1) janv.-mars 1994 p. 88 a 90 v. Comentario LAGARDE p. 90 a 91.

¹⁰¹ Art. 72 y 73, además el art. 74 establece las condiciones de su entrada en vigor.

creto establece una disposición transitoria, según la cual la nueva ley se aplicará a todos los juicios iniciados después de su entrada en vigor, salvedad hecha de su aplicación a las situaciones finalizadas antes de tal fecha, por las pre-vigentes normas de Derecho Internacional Privado. A estos efectos deberá tenerse en cuenta, si las partes han manifestado su voluntad respecto de las regulación de sus efectos patrimoniales¹⁰³. Junto a esta previsión, se incluye una norma de abrogación de determinadas normas incompatibles.

Existen sin embargo, otros casos en que las nuevas normas no dan una solución a los problemas de Derecho transitorio, que van a generar. En estos supuestos la solución era ya vislumbrada en la Resolución del Instituto de Derecho Internacional en sesión de Dijon (1981)¹⁰⁴. En ella se establecía, que el efecto en el tiempo de las modificaciones de una norma de conflicto de Derecho Internacional Privado, era determinado por el sistema de Derecho al que esa norma pertenecía. El planteamiento de esta solución desde el Derecho español, supone la aplicación de los criterios base establecidos en el artículo 2 y más en concreto, el principio de irretroactividad de la nueva norma de conflicto.

Ya se ha analizado cómo la normativa objeto de estudio, ha estado sometida a diferentes formulaciones¹⁰⁵. La entrada en vigor de los preceptos en versión de 1974, no supuso mayores problemas pues la

¹⁰³ Para un acercamiento a la eficacia temporal de esta normas respecto de las relaciones patrimoniales v. VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali op. cit.* p. 19 a 27.

¹⁰⁴ Y. Le problème intertemporel en droit international privé 1. "L'effet dans le temps de la modification d'une règle de droit international privé est déterminé par le système de droit auquel cette règle appartient." *Annuaire de l'institut de droit international*, Session de Dijon vol. 59-II 1983, p. 347 a 260.

¹⁰⁵ Para un análisis del régimen transitorio v. En general AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 333 a 336.

admisibilidad de las capitulaciones por la ley personal de alguno de los cónyuges, daba las pautas de solución: las capitulaciones celebradas antes de la admisión de esa posibilidad eran nulas y las celebradas con posterioridad a la entrada en vigor, válidas. Mas tarde, se planteó el problema ya analizado de la inconstitucionalidad de determinadas conexiones, empleadas en la regulación de 1974 y por último, tuvo lugar la introducción del texto actual por la reforma de 1990.

De conformidad con los criterios básicos del ordenamiento jurídico español, la formulación anterior se aplicará a los supuestos que se planteasen bajo su vigencia, por tanto, hasta el 7 de noviembre de 1990¹⁰⁶. Todos los supuestos planteados con posterioridad se acogerán, a las disposiciones actuales, teniendo en cuenta que, como el mismo precepto establece, los pactos o capitulaciones serán válidos conforme a las normas en él indicadas, *al tiempo del otorgamiento*.

2. PROTECCIÓN DE TERCEROS

2.a) Introducción

La penetración de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las capitulaciones matrimoniales, con la consecuente aceptación de lo que se ha dado en llamar mutabilidad conflictual y mutabilidad material voluntaria, exige la adopción de un adecuado sistema de protección de terceros¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Respecto de la sucesión temporal de la norma contenida en el artículo 9.2 v. la siguiente jurisprudencia SAP de Palma de Mallorca de 23 de diciembre de 1994 en R.G.D n° 615 1996 p. 14434 a 14437 y Sentencias del TS 18 de diciembre de 1981 R.A.J. 1981 n° 5273, 6 de octubre de 1986 R.J.A. 1986 n° 5327 o 9 de diciembre de 1986 R.A.J. 1986 n° 7224.

¹⁰⁷ VON OVERBECK constata esta realidad "Les possibilités de choix qu'ouvre la Loi de droit international privé aux époux pourraient être préjudiciables pour les tiers. Il convenait donc de prévoir une protection de ces derniers." VON OVERBECK A. "Les régimes matrimoniaux et les successions dans le nouveau droit international privé suisse" en VVAA *Le nouveau droit international privé suisse. Travaux des journées d'étude organisées par le Centre du droit de l'entreprise*, les 9 et 10 oct. 1987, Lausanne 1988, p. 59 a 78, en concreto p. 69.

Es obvio, que el régimen rector de la economía conyugal es una cuestión que, de forma potencial, interesa directamente a terceros que entablen con los cónyuges relaciones jurídicas. Así, el que los cónyuges pacten un régimen de participación, o que en un momento posterior, decidan mutar ese régimen por uno de separación, no es de ninguna manera, indiferente a los terceros³⁰⁸. Lo mismo ocurrirá si los cónyuges pactan conforme a una ley extranjera o con posterioridad, deciden elegir como aplicable a su régimen una ley diferente o incluso, cambian el contenido de las capitulaciones dentro de la autonomía que les permite la ley extranjera aplicable.

Un ejemplo muy gráfico, que sirve para ilustrar ésta cuestión, es el del cambio de la ley aplicable. Respecto de la ley anterior el régimen rector de la economía de los cónyuges es el de sociedad de gananciales sin embargo, con el cambio de la ley aplicable se pasa a un régimen de separación de bienes. Esto se produce, después de que uno de los cónyuges contrajese deudas constante el primer régimen matrimonial. El objetivo de la mutación, bien podría ser burlar la pretensión de los acreedores, quedando el cónyuge deudor con los bienes menos importantes.

Problema parecido podría plantearse cuando un tercero contrata con un cónyuge, amparándose en la apariencia de solvencia económica que genera su matrimonio, y que resulta ser totalmente ficticia; piénsese en la existencia de un desconocido régimen de separación de bienes del matrimonio.

³⁰⁸ Por tercero se entiende la persona que, con base en la relación o negocio jurídico entablado con el o los cónyuges, tiene una pretensión real o personal contra aquél o aquellos. Por tanto, no sólo se referirá al adquirenta según el Derecho inmobiliario registral v. LACRUZ J.L. "Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral" en R.C.D.E. 1963 p. 593 a 608 en especial p. 606 a 608 y MORA MATEO J.E. "Publicidad del cambio de régimen económico matrimonial mediante capitulaciones" en R.G.D. sep. 1997 p. 10317 a 13051, en concreto p. 10338.

Las distintas legislaciones reaccionan ante la inseguridad jurídica y posibles fraudes a los que pueden llevar, la aceptación de poder discrecional de los cónyuges en la regulación de su régimen económico matrimonial. Para ello, arbitran un sistema de protección de terceros, que trata de evitar la producción de semejantes situaciones o, en su defecto, proporcionar a aquellos una óptima defensa.

Son dos principalmente, los objetivos a combatir desde la estructuración de un buen mecanismo de protección de terceros. Se trata de conseguir seguridad jurídica para con el tercero, esto es, que pueda tener conocimiento del régimen económico matrimonial de la persona casada con la que contrata: si se rige por ley extranjera o si celebra capitulaciones conforme a qué ley, en éste caso el contenido de las mismas... Además, se trata de conseguir que la eventual modificación del régimen matrimonial, no perjudique a los terceros.

Para ello, los distintos sistemas establecen la publicidad de las capitulaciones matrimoniales y de las eventuales mutaciones de las mismas, bien a través de sus inscripciones en Registros especiales o mediante la inscripción en Registros generales como ocurre en el caso español (Registro Civil).

Al mismo tiempo, las legislaciones adoptan determinados preceptos que tratan de evitar la producción de fraudes respecto de los terceros de buena fe. Se trata en concreto, de las cláusulas de protección de terceros¹⁹.

En líneas generales, éste es el planteamiento a que da lugar la protección de terceros, y éste es válido tanto para el tráfico inter-

¹⁹ VON OVERBECK A. "Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé" en *R. des C.* 1982- III (176) p. 7 a 248, p. 80 "De telles dispositions semblent surtout nécessaires à partir du moment où on admet l'autonomie en matière de régimes matrimoniaux"

nacional como para el tráfico interno¹⁰⁹ si bien, aquel eleva el nivel de dificultad en la consecución del éxito.

En efecto, los supuestos de Derecho Internacional Privado entrañan una gran dificultad para la concreción de un efectivo sistema de publicidad. La ausencia de normativa específica, hace que tenga que subsumirse aquellos, en la regulación interna dedicada a este tema. A ello hay que añadir, los graves problemas de adaptación de ordenamientos jurídicos que pueden verse implicados e incluso, el no reconocimiento de la publicidad derivada de Registros diferentes del del país en que se suscita la cuestión.

Todo ello genera una gran incertidumbre para el tercero que contrata con persona casada, que celebra o modifica capitulaciones al abrigo de la normativa del Derecho Internacional Privado. Los apartados posteriores están dedicados al análisis de ésta complicada cuestión, de innegable trascendencia práctica.

2.B) Cláusulas de Derecho Internacional Privado dirigidas a garantizar la protección de terceros

Son muchos los ordenamientos jurídicos que adoptan preceptos que tienen como finalidad, la protección de los intereses de los terceros en el tráfico jurídico externo, frente a las eventuales modificaciones del régimen económico matrimonial, de la persona casada con la que han entablado relaciones jurídicas. Se trata en definitiva, de establecer una suerte de "control" que impida que las modificaciones perjudiquen los intereses legítimos de los terceros, adquiridos antes de tal modificación.

Se procurará además, facilitar el conocimiento del régimen económico matrimonial del cónyuge con el que el tercero contrata.

¹⁰⁹ Para un acercamiento general a la problemática, desde el punto de vista del Derecho Interno español v. por todos DIEZ-PICAZO L. y GULLÓN A. *Sistema de Derecho Civil* vol. IV. *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Madrid 1997, p. 167 a 174.

Con ello se trata de evitar que el régimen sea oponible al tercero de buena fe que, sin culpa, es desconocedor de aquél.

La tipología de las llamadas cláusulas de protección de terceros es amplia. No obstante, puede diferenciarse dos grandes grupos. Por un lado, están aquellas cláusulas que tienen como finalidad inmediata, evitar el juego retroactivo de las modificaciones del régimen económico matrimonial. Por otro lado, puede señalarse la existencia de cláusulas de contenido más complejo, que establecen condiciones concretas para la oponibilidad del régimen económico matrimonial a los terceros.

En el primer grupo se encuentra el artículo 54.2¹¹¹ del Código Civil portugués que establece la irretroactividad de las nuevas capitulaciones en perjuicio de terceros. En esta línea se encuentra igualmente, el artículo 21 de la Ley rumana¹¹² de regulación de las relaciones de Derecho Internacional Privado, que dispone que la modificación o el nuevo pacto no podrá perjudicar a terceros.

Contenido semejante, comprendía la norma que se propuso incluir a través de la Ley 11/1990 de 15 de octubre sobre reforma del Código Civil en materia de no discriminación por razón de sexo. Propuesta que se estudiará en el apartado siguiente y que no llegó a prosperar.

La protección que se consigue con éstas cláusulas es inmediata. Sea cual sea la ley aplicable a la nueva capitulación o a la

¹¹¹ Art. 54.2 "A nova convenção em caso nenhum terá efeito retroactivo em prejuizo do terceiro"

¹¹² Art. 21 "Les conditions de fond requises pour la conclusion de la convention matrimoniale sont celles fixées para la loi nationale de chacun des futurs époux.

Le régime et les effets de la convention matrimoniales sont régis para la loi choisie de commun accord par les futurs époux et, à défaut, par la prévue à l'article 20.

La même loi établie si, durant le mariage, il est possible de modifier ou remplacer la convention matrimoniale. La modification ou la nouvelle convention matrimoniale ne peut porter préjudice aux tiers."

modificación, éstas no podrán perjudicar los intereses de los terceros, pues así queda dispuesto expresamente.

En el marco de ordenamientos jurídicos sensibilizados con ésta problemática, tales cláusulas podrían llegar a ser innecesarias. Esto ocurriría, en los casos en que la ley aplicable contuviese normas de protección de terceros de contenido similar¹³. No obstante, frente al riesgo que supone dejar esta cuestión al cuidado de normas que pudieran no contener esa medida de protección, parece preferible optar por una regulación específica, aún a costa de resultar, en determinados casos, reiterativa.

El segundo grupo de cláusulas es heterogéneo. Cada ordenamiento trata la cuestión de manera diferente. En general, se tratará de delimitar las condiciones en que el nuevo régimen económico o la modificación va a poder ser efectivamente, oponible a terceros. Esas condiciones se establecen precisamente, en favor de terceros de forma que si no se cumplen, nunca se producirá la oponibilidad, pues aquellos se verán protegidos por el velo de la buena fe.

La reforma de Derecho Internacional Privado italiano, incluye un precepto de esta naturaleza. En concreto, dispone que sólo será oponible a terceros el régimen de las relaciones patrimoniales regulado por ley extranjera, si aquellos hubieran tenido conocimiento de aquel o lo hubieran ignorado por culpa suya¹⁴. Respecto

¹³ En el apartado dedicado a la mutabilidad material voluntaria, se señalaba como determinados ordenamientos exigían una autorización judicial de aquellas modificaciones, esto ocurre en el Derecho francés que exige *le jugement d'homologation* y en el supuesto en que los acreedores no hubieran podido intervenir en la homologación "... peuvent attaquer la modification par la voie de la tierce opposition, même après qu'elle est devenue opposable aux tiers." COLOMER A. *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, Paris 1995, p. 168 a 170, en concreto p. 169 v. VOIRIN P. GOUBEUX G. *Droit civil. Droit privé notarial: régimes matrimoniaux successions- libéralités* T. 2, Paris 1997, p. 40 a 43.g.

¹⁴ Art. 30.3 "Il regime dei rapporti patrimoniali fra coniugi regolato da una legge straniera è opponibile ai terzi solo se quest'ine abbiano avuto conoscenza o lo abbiano ignorato per loro colpa. Relativamente ai diritti reali su beni immobili, l'opponibilità è limitata ai casi in cui siano state rispettate le forme di pubblicità prescritte dalla legge dello Stato in cui i beni si trovano."

de los derechos reales sobre bienes inmuebles, señala que la oponibilidad se limita a los casos en que se cumpla la publicidad prescrita por la ley del Estado, en que se encuentran los bienes.

Esta norma plantea problemas de interpretación¹¹⁵. No se delimitan las circunstancias en que será imputable al tercero, la falta de conocimiento del régimen matrimonial. Ello implica un obligado análisis del caso concreto. Por otro lado, la referencia expresa al régimen patrimonial regulado por ley extranjera, parece partir de la presunción de que el tercero conoce el Derecho italiano¹¹⁶. Resulta difícil justificar a qué se debe ésta diferencia de trato, según que el régimen se rija por ley extranjera o italiana.

Respecto de la exigencia de la publicidad relativa a los bienes inmuebles, para la oponibilidad a terceros, debe de ponerse en relación con el art. 51 y 55 del mismo texto legal¹¹⁷. El primer precepto dispone que la propiedad, posesión y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se regulará por la ley del Estado en que estén sitos¹¹⁸ y el segundo está especialmente dedicado a la publicidad de los actos relativos a los derechos reales¹¹⁹. Parece lógico

¹¹⁵ VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali op. cit.* p. 242-1 249, BALLARINO T. *Diritto internazionale... op. cit.* p. 416-417.

¹¹⁶ VIARENGO explica como "Tale conclusione trova conferma nel fatto che la presunzione di conoscenza del diritto italiano da parte del terzo, sulla quale il legislatore fonda il differente trattamento internazionalprivatistico del problema in esame a seconda che i rapporti patrimoniali siano soggetti ad un regime straniero oppure ad uno italiano, va riferita sia alle norme de conflitto sia a quelle materiali del nostro ordenamento. Se il legislatore avesse voluto restringere tale presunzione ad una soltanto delle due categorie, avrebbe dovuto formulare diversamente la norma, estendendo cioè la tutela dell'ignoranza incolpevole a quella che intendeva escludere." VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali op. cit.* p. 245.

¹¹⁷ Sobre esta cuestión v. apartado dedicado a la ley aplicable a la publicidad.

¹¹⁸ Art. 51.1 "Il possesso, la proprietà e gli altri diritti reali sui beni mobili sono regolati dalla legge dello Stato in cui i beni si trovano."

¹¹⁹ Art. 55.1 "La pubblicità degli atti di costituzione, se trasferimento ed estinzione dei diritti reali è regolata dalla legge dello Stato in cui bene si trova al momento dell'atto."

que el ordenamiento competente para disciplinar la publicidad, la *lex rei sitae*, incluya medidas que tengan por fin dar a conocer a los terceros, el régimen matrimonial aplicable¹²⁰.

Mucho más acertadas resultan las cláusulas suiza y alemana. Estas ofrecen una regulación completa que no deja margen a la interpretación. Constituyen una integral protección de terceros si bien, desde perspectivas muy diferentes.

La Ley federal Suiza de Derecho Internacional Privado, dedica su artículo 57¹²¹ a las relaciones jurídicas con los terceros. Determina cuál va a ser la ley aplicable a esas relaciones, utilizando como conexión el domicilio del cónyuge. En concreto, establece que las relaciones jurídicas entre un esposo y un tercero, se registrarán por el derecho del Estado en que el cónyuge este domiciliado, en el momento del nacimiento de esa relación.

Para el tercero resultará fácil saber cuál será el domicilio del cónyuge, es por ello por lo que la ley correspondiente a aquél, resulta idónea para regular las relaciones con los terceros. Esa misma ley será aplicable, aún cuando los cónyuges hubieran elegido otra ley a la que someter su régimen matrimonial¹²².

¹²⁰ VIARENCO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali op. cit.* p. 247.

¹²¹ Art. 57

"1. Les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers sont régis par le droit de l'Etat dans lequel cet époux était domicilié au moment où ce rapport a pris naissance.

2. Toutefois, ces effets sont régis par le droit applicable au régime matrimonial si le tiers connaissait ou devait connaître ce droit au moment où le rapport juridique a pris naissance."

¹²² VON OVERBECK lo explica en los siguientes términos: "On peut exiger du tiers qu'il se renseigne sur le domicile d'une personne avec qui il contracte, mais il doit alors pouvoir se fier aux règles sur le régime matrimonial du droit de l'Etat de domicile, même si les époux ont soumis leur régime à une autre loi." VON OVERBECK A. "Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé" en *R. des C.* 1982-III (176) p. 7 a 248, p. 69.

Esta última afirmación puede resultar extraña. Si los cónyuges han elegido o han pactado conforme ley distinta a la del domicilio, ¿por qué ha de aplicarse ésta última a las relaciones con los terceros? La aplicación de ésta ley se justifica en la buena fe de los terceros: estos no conocían ni debían conocer la existencia de esa eventualidad¹²⁵.

La cláusula se cierra con la previsión de que regirá la relación jurídica con los terceros, el derecho aplicable al régimen matrimonial únicamente, si los terceros conocían o debían de conocer ese derecho en el momento del nacimiento de la relación jurídica. Esto ocurrirá, si el cónyuge hizo conocer al tercero de la existencia de régimen matrimonial regido por ley diferente.

La regulación suiza ofrece una solución específica a ésta cuestión favoreciendo con ello, la posición del tercero. Este sólo necesitará conocer el domicilio del cónyuge, para saber cuál será la ley aplicable a las relaciones jurídica entabladas con él. Es obvio, que resultará más fácil conocer el domicilio de aquél con el que se contrata, que el derecho aplicable a su régimen matrimonial. No obstante, este derecho regirá la relación en la medida en que el tercero lo conociera. De esta manera, se excluyen los supuestos en que exista mala fe.

La protección de los terceros es asegurada en la legislación alemana por el artículo 16 del *EGBGB*¹²⁶. En primer lugar, va a con-

¹²⁵ VON OYERBECK A. "Le droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux et de successions dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 77 (2) avr.-juin 1968 p. 237 a 260, en concreto p. 255 "L'article 97 aménage la protection du tiers de bonne foi, qui peut se fier aux règles de la loi du pays de domicile de l'époux avec lequel contracte."

¹²⁶ Art. 16¹ (1) Lorsque le régime matrimonial est régi par une loi étrangère et que l'un des époux réside habituellement sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne, ou qu'il y exerce une activité commerciale ou industrielle, l'article 1412 du Code civil s'applique par analogie; dans le régime légal étranger est réputé régime conventionnel.
(2) Dans la mesure où ces dispositions sont plus favorables aux tiers de bonne foi que la loi étrangère, l'article 1357 du Code civil s'applique par analogie aux actes juridiques passés sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne, l'article 1362 aux meubles qui y sont situés, et les articles 1431 et 1456 à une entreprise à caractère lucratif qui y est exploitée."

cretar la condición indispensable que debe de cumplirse, para que el cónyuge que tenga su residencia habitual en Alemania, pueda invocar frente a terceros posibles limitaciones de su poder de disposición, derivadas de un régimen matrimonial sometido a otro derecho. Para ello, resultará imprescindible la inscripción del régimen matrimonial extranjero, en el Registro de regímenes matrimoniales¹²⁵. Se verá más adelante, la importancia de éste precepto para la certidumbre de la publicidad, así como la existencia de normas de contenido cercano en otros ordenamientos¹²⁶.

Como ya ocurría en la legislación italiana y suiza, la protección se dirige única y exclusivamente a los terceros de buena fe. Si el tercero conocía las eventualidades acaecidas al régimen matrimonial del que con él celebra un negocio jurídico estés, al margen de la inscripción en el Registro, devienen perfectamente oponibles a él.

Interesa aquí, hacer especial hincapié en el artículo 16.2. Este precepto logra garantizar una protección de terceros, al menos del mismo nivel que la ofrecida en la legislación material alemana, independientemente del derecho extranjero aplicable. El tercero de buen fe puede oponer determinadas normas del Código Civil ale-

¹²⁵ La remisión del art. 16 (1) al art. 1412 del Código Civil, supone la remisión a la regulación material de los efectos frente a terceros. Esta exige para la oponibilidad a terceros de la exclusión o cambio del régimen matrimonial legal, la inscripción del contrato matrimonial en el Registro o el conocimiento por parte del tercero, cuando el negocio fue efectuado. Lo mismo ocurriría si los cónyuges cambiasen o anulasen a través de su contrato matrimonial una regla de las relaciones matrimoniales inscritas en el Registro.

¹²⁶ El requisito de registro es exigido también, en el Horei japonés (Ley de 21 de junio de 1898 relativa a la aplicación de las leyes) art. 15 (según modificación de 1 de enero de 1990. "... un contrato que afecte al patrimonio de los esposos, celebrado de conformidad con la ley de un país extranjero, puede oponerse a un tercero si este contrato ha sido registrado en Japón." v. texto en TOMAS ORTIZ DE LA TORRE J.A. *Legislaciones nacionales de Derecho Internacional Privado*, Madrid 1995, p. 489 a 496, en concreto p. 492.

mán¹⁷, en la medida en que tales disposiciones sean más beneficiosas para él, que las contenidas en el derecho extranjero aplicable.

De esta forma, el Derecho alemán consigue una protección activa del tercero. Se garantiza el cumplimiento de lo que el legislador ha considerado un mínimo aceptable, seleccionando para ello disposiciones que deben de cumplirse, so pena de resultar oponibles en lugar del derecho extranjero originariamente aplicable.

Como puede observarse, esta regulación supone un paso adelante en la protección de terceros¹⁸. No se limita a establecer la no retroactividad de la modificación del régimen, si no que concreta materialmente, cuál debe ser el contenido mínimo de la protección que ha de dispensarse a los terceros¹⁹.

El Convenio de La Haya también, reacciona frente a los problemas que genera la relación de las personas casadas con terceros e incluye al respecto, una normativa muy completa. En realidad, puede distinguirse en ella, rasgos de cada una de las cláusulas analizadas hasta aquí.

¹⁷ Estas normas son: art. 1357 relativo a los negocios para cubrir las necesidades vitales, art. 1362 que establece la presunción de propiedad a favor del cónyuge poseedor del bien mueble, arts. 1431 y 1456 que tienen por objeto dispensar de la necesidad de ciertos consentimientos por parte de un cónyuge, en el caso en que el otro establezca un negocio independiente.

¹⁸ STURM F. "Personnes, famille et successions dans la loi... op. cit. p. 56-57.

¹⁹ Es por ello por lo que AMORES CONRADI pone esta norma como ejemplo "... una norma del tipo de la del artículo 16 (2) EGBGB evitaría los problemas que previsiblemente se plantearán si aquel Derecho no cumple, o no cumple adecuadamente conforme al estándar previsto en nuestro ordenamiento (arts. 1317, 1319, II, 1320, I, 1524, in fine, etc.). esa función de protección. Conforme a preceptos como el artículo 16 (2) EGBGB se garantiza que las normas de protección de terceros del Derecho alemán se aplicarán en la medida en que resulten más favorables (para el tercero) que el derecho extranjero en principio aplicable." AMORES CONRADI M.A. "artículo 9 apartados 2 y 3" en Comentarios... LDERSA op.cit. p. 194, en especial nota 15.

Como ocurría con el primer tipo de cláusulas, el Convenio establece específicamente, que el posible cambio de ley aplicable no perjudicará los derechos de los terceros¹³⁰. Esta disposición es ampliada con la determinación de la ley aplicable a las relaciones con los terceros.

El artículo 9 del Convenio dispone que los efectos del régimen matrimonial, sobre la relación jurídica entablada entre el esposo y el tercero, se someterán a la ley aplicable al régimen matrimonial. Al igual que hace la ley suiza, el Convenio concreta la ley aplicable si bien, opta por dar competencia a la ley del régimen.

Esta disposición podría plantear problemas, dado que para los terceros lo más fácil sería fiarse del régimen económico matrimonial local, desconociendo por tanto, que otra ley podría regir el régimen económico matrimonial del cónyuge con el que contrata.

Para evitar estas situaciones, el Convenio prevé que el Estado parte, pueda establecer ciertas condiciones para la oponibilidad de la ley del régimen a los terceros. Un esposo no podrá oponer a un tercero, la ley aplicable al régimen matrimonial "cuando uno u otro tenga su residencia habitual en su territorio, a menos:

¹³⁰ Art. 8 "Le changement de la loi applicable en vertu de l'article 7, alinéa 2, n'a d'effet que pour l'avenir, et les biens appartenant aux époux antérieurement à ce changement ne sont pas soumis à la loi désormais applicable.

Toutefois, les époux peuvent, à tout moment et dans les formes prévues à l'article 13, soumettre l'ensemble de leurs biens à la nouvelle loi sans préjudice, en ce qui concerne les immeubles, des dispositions de l'article 3, alinéa 4, et de l'article 6, alinéa 4. L'exercice de cette faculté ne porte pas atteinte aux droits des tiers".

Como ha señalado VON OVERBECK "Ce principe, rappelé à l'article 8 *in fine*, doit aussi s'appliquer en cas de choix de la loi applicable prévu à l'article 6." VON OVERBECK "Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck" en *Actes et documents de la treizième session* tomell, La Haye 1978, p. 368.

1. Que las condiciones de publicidad o de registro previstas por este derecho hayan sido cumplidas, o
2. Que la relación jurídica entre este esposo y el tercero haya nacido cuando el tercero conocía o debía conocer la ley aplicable al régimen matrimonial.

El derecho del Estado contratante donde un inmueble está sito puede prever una regla análoga para las relaciones jurídicas entre un esposo y un tercero, concernientes a este inmueble¹⁰¹.

Este precepto aúna dos de las condiciones de oponibilidad establecidas en las cláusulas alemana y suiza. En primer lugar, se exige el cumplimiento de la publicidad o el registro, al igual que hace el precepto alemán. No obstante, existe una importante diferencia. Este consagra la residencia habitual o el ejercicio de una actividad profesional en Alemania, de cualquiera de los cónyuges, como el elemento clave que desencadena la necesidad de inscripción en el Registro. El Convenio de La Haya es mucho más amplio pues, bastará la residencia del cónyuge o del tercero en el Estado, para que deba de cumplirse las condiciones de publicidad (siempre, claro está, que el Estado haya puesto tales restricciones).

Entre las dos modalidades presentadas por el Convenio y por el Derecho alemán, resulta más sencilla y práctica la alemana: residencia habitual del cónyuge en Alemania o ejercicio de actividad industrial o comercial, inscripción en el registro y consecuente oponibilidad a terceros que fácilmente, pueden conocer el régimen económico matrimonial extranjero.

En el marco del Convenio, la necesidad de publicidad o registro sólo vinculará a los Estados parte que han decidido utilizar la posibilidad abierta por el art. 9. Entonces, si el cónyuge vive

¹⁰¹ El art. 9 del Convenio concluye "Tout Etat contractant a la possibilité de spécifier au moyen d'une déclaration la portée des alinéas 2 et 3 du présent article."

en un Estado y el tercero en otro ¿cuando jugará esta condición? todo dependerá del tribunal que conozca del asunto. Además, podría producirse el supuesto en que la cuestión se plantease en un Estado diferente del de la residencia habitual del cónyuge o del tercero. Según la normativa debería aplicarse entonces, la ley rectora del régimen económico matrimonial¹²².

Como ya se ha tenido ocasión de explicar, la existencia de un adecuado régimen de publicidad, es determinante para la armonía de las relaciones de los esposos con los terceros. Es por eso, por lo que la inclusión de esta condición de oponibilidad, merece un juicio muy positivo. Sin embargo, no hay que desconocer la directa relación entre ésta condición y los sistemas de publicidad que en cada Estado se han desarrollado. En Alemania, por ejemplo, esta regulación es posible en la medida en que existe un Registro de regímenes matrimoniales único y público, que facilita el conocimiento a los terceros del régimen económico matrimonial del cónyuge. El tema, como se verá, sería mucho más complicado en un sistema como el español.

Respecto de la segunda condición recogida en el Convenio, tiene por finalidad cubrir los casos en los que el Derecho del Estado desconoce la publicidad y el registro. En estos casos la oponibilidad exigirá, que el tercero conociera o debiera de conocer la ley aplicable al régimen matrimonial. En defecto de publicidad, los cónyuges deberán de encargarse de informar a los terceros de la ley aplicable a su régimen si quieren después, oponer tal circunstancia a aquellos. También, existiría la posibilidad de que fuera el propio ordenamiento el que determinase las circunstancias en que el tercero debía de conocer la ley aplicable. Puede entenderse incluso, que sería suficiente esta segunda vía, con independencia de que hubiera habido efectiva publicidad¹²³.

¹²² VON OVERBECK "Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck" en *Actes et documents de la treizième session* tome II, La Haye 1978, p. 370.

¹²³ VON OVERBECK "Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck" en *Actes et documents de la treizième session* tome II, La Haye 1978, p. 368.

De nuevo, se trata de proteger a los terceros de buena fe. Si el tercero conocía o debía de conocer la ley aplicable al régimen matrimonial, será esta misma ley la que pueda oponerse por el cónyuge frente a él. Lo mismo se deduce de la legislación alemana, suiza e italiana.

La inclusión de la especial referencia a los bienes inmuebles en el precepto, se debe a la propuesta de la delegación española en los trabajos preparatorios del Convenio¹²⁴. La exigencia en el párrafo 2 del art. 9 de la residencia habitual de un esposo o del tercero en el territorio del Estado contratante, para realizar las declaraciones pertinentes, resultaba inadecuada para los inmuebles. Por ello, se hacía necesario cubrir esa laguna, mediante la referencia expresa a estos¹²⁵.

En el caso en que existan bienes inmuebles situados en el territorio de un Estado contratante, este podrá exigir que se cumplan ciertos requisitos. Con ello se trata de garantizar la seguridad en el tráfico jurídico. Al cumplirse por ejemplo, la exigencia de publicidad, se evita sorpresas a los terceros.

Como ya se ha tenido ocasión de señalar, la Ley de 28 de octubre de 1997 adapta a Francia el Convenio e introduce, a los

¹²⁴ V. *Actes et documents de la treizième session. Tome II. Régimes matrimoniaux*, La Haya 1978, Document de travail n° 44 p. 267 y Procès-verbal n° 11 p. 274.

¹²⁵ PEREZ VERA explica con claridad este punto: "Ahora bien, pese a su generalidad, la limitación que este precepto incorpora, al exigir la residencia habitual de una de las partes sobre el territorio del Estado, aunque se justifica por razones obvias de efectividad, puede resultar inadecuada tratándose de bienes inmuebles. Para cubrir tal laguna, la delegación española presentó una propuesta que fue adoptada, por la que, tratándose de relaciones jurídicas concernientes a bienes inmuebles sitos en su territorio, el Estado podrá exigir (previa declaración en el momento de obligarse por el Convenio), en cualquier caso, los requisitos que estime necesarios para garantizar la seguridad en el tráfico jurídico y evitar sorpresas a terceros contratantes de buena fe (art. 9, par. 3)". PEREZ VERA "El Convenio de La Haya sobre ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales" en *VVAA Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Misja de la Muela*, Madrid 1979 p. 1167 a 1183, en especial p. 1181-1182.

efectos que aquí interesan, una sencilla cláusula que se limita a determinar los efectos de la designación de la ley aplicable entre las partes, y respecto de terceros. En concreto, establece que mientras la designación de la ley aplicable es realizada en el curso del matrimonio, la designación tendrá efecto entre las partes a contar desde el establecimiento del acta de designación y respecto de terceros, tres meses después de que las formalidades de publicidad previstas en el artículo 1397-3 hayan sido cumplidas¹³⁶.

El gobierno de los Países Bajos, hizo una Declaración¹³⁷ conforme a la posibilidad ofrecida por el artículo 9 del Convenio. En ella, establecía la competencia de la ley aplicable al régimen matrimonial, en virtud de la ley holandesa, y adoptaba tres disposiciones que vienen a concretar el sistema de protección de terceros.

¹³⁶ Nuevo art. 1397-4 del Código Civil v. VIGNAL T. "La loi du 28 octobre 1997 adaptant la Convention de la Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux" en *La semaine juridique*, 24 junio de 1998 n° 26 p. 1149 a 1152.

¹³⁷ Art. 5 "Le gouvernement des Pays-Bas déclare que, conformément à l'article 9, alinéas 2 et 3, relatifs aux effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers, les dispositions suivantes sont applicables:
 a. Les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers sont soumis à la loi applicable au régime matrimonial en vertu de la loi néerlandaise, sous réserve des dispositions prévus sous b) et c)
 b. Un époux dont le régime matrimonial est soumis à une loi étrangère peut faire inscrire dans le registre visé à l'article 116 du Livre I du Code civil néerlandais un acte notarié déclarant que son régime matrimonial est soumis à une loi étrangère.
 c. Un tiers qui, au cours du mariage, a conclu un acte juridique avec un époux dont le régime matrimonial est soumis à une loi étrangère peut, même après la dissolution du mariage, recouvrer la créance résultant de cet acte juridique comme s'il existait entre les époux une communauté universelle de biens selon le droit néerlandais, si, au moment de cet acte juridique, aussi bien lui-même que les deux époux avaient leur résidence habituelle aux Pays-Bas;
 d. les dispositions du point c) ne s'appliquent pas si, au moment de l'acte juridique, le tiers savait ou était censé savoir que le régime matrimonial des époux était soumis à une loi étrangère. Il en est ainsi lorsque l'acte juridique a été conclu après un délai de quatorze jours après qu'un acte comme visé sous b) a été inscrit au registre visé sous b)."
 SUMAMPOUW M. *Les nouvelles contentions de La Haye. Leur application par les juges nationaux*. T.IV, The Hague 1994, p. 295-296.

El cónyuge cuyo régimen matrimonial está sometido a una ley extranjera, puede hacer inscribir en el Registro un acta notarial declarando que su régimen matrimonial se rige por una ley extranjera. La publicidad así estipulada, tiene una importancia vital para que el cónyuge pueda hacer valer frente a terceros, la peculiaridad de la ley aplicable a su régimen.

Lo más apreciable de esta declaración es que si todos los interesados viven en Holanda, se aplicará el régimen legal holandés, esto es, el régimen de comunidad universal de bienes. Con la siguiente excepción: que el tercero haya sido advertido por los cónyuges del sometimiento a una ley extranjera o en su defecto, que se hayan cumplido los requisitos de publicidad en el tiempo establecido, para que el tercero hubiera podido informarse.

La concreción de la regulación aplicable a las relaciones de los terceros con personas casadas, realizada por Holanda es fundamental¹⁴. Con ella se establece un sistema claro que, en principio, debe funcionar siempre que todos los interesados residan allí. El problema se planteará si el tercero reside en otro lugar y no ha sido informado. En este supuesto y en defecto de publicidad realizada en el país de residencia del tercero, ¿cabrá oponerle la ley del régimen matrimonial?

Este mismo problema se planteará respecto de la cláusula alemana. El cónyuge que reside en Alemania, hace inscribir su contrato matrimonial en el Registro alemán. En principio y según el Derecho alemán esta publicidad es suficiente para la oponibilidad a terceros. Sin embargo, si estos residen en otro país e incluso tienen otra nacionalidad ¿también estarán obligados a conocer que

¹⁴ DROZ señala la importancia de que Francia precisara también, este régimen "Il serait souhaitable que les autorités françaises donnent des précisions sur ce point à l'instar de ce qu'ont fait les autorités néerlandaises." DROZ G. "Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux..." *op. cit.* p. 666 a 669, en concreto p. 668.

el régimen económico matrimonial de la persona con la que contrata, esta sometido al derecho de otro Estado?

Hasta aquí, se ha hecho una exposición de la solución que los distintos ordenamientos dan a las relaciones con los terceros. Cada uno de ellos contiene normas que, con mayor o menor acierto, tiene como objetivo regular esta cuestión: tratan de proteger a los terceros de buen fe y tratan de establecer reglas claras para la oponibilidad, por parte de los cónyuges, de la ley extranjera aplicable al régimen matrimonial o del contrato celebrado al abrigo de ella.

Parece claro no obstante, que las medidas de protección aprobadas por cada Estado sólo se aplicarán por sus propios tribunales. Todo ello, dibuja un marco de regulaciones heterogéneo de consecuencias no muy deseables. El efecto inmediato, es la generación de cierta inseguridad. Así, en las relaciones con terceros, los esposos pueden ver aplicadas normas distintas en función del foro.

La solución fue apuntada ya, respecto del Convenio¹³⁹. Se trataría de lograr una unificación en esta cuestión, y para ello se requeriría que los diferentes Estados, tomarán medidas de publicidad para informar a los esposos y a los terceros¹⁴⁰. Esta vía de solución podría postularse igualmente, respecto de Estados que no hubieran

¹³⁹ VON OVERBECK "Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck" en *Actes et documents de la treizième session* tomell, La Haye 1978, p. 352 "Les Etats retiennent donc assez libres de prévoir des mesures de protection ou d'en faire abstraction. D'autre part, les mesures prises à cet égard par un Etat ne seront pas appliquées que par ses propres tribunaux. Il a été expressément constaté que les autres Etats ne sont pas tenus d'observer de telles dispositions. Il s'ensuit que, dans les rapports avec des tiers, les époux verront appliquer des règles différentes selon le for. L'on pourrait imaginer que certains Etats veuillent par la suite étendre l'unification à cette question."

¹⁴⁰ REVILLARD señalaba como "L'unification ne pourra se réaliser que si chaque Etat prend des mesures de publicité pour informer les époux et les tiers." REVILLARD M. "La Convention de la Haye du 14 de mars 1978 ... op. cit. n° 42 a 54, en concreto n°43.

ratificado el Convenio. La importancia práctica de la protección de terceros, hace que una unificación de normas y un buen sistema de información, resolviese la incertidumbre que invade a aquellos, cuando existen elementos de extranjería que hacen prever que la persona casada con la que entablan la relación jurídica, ha sometido su régimen económico matrimonial a una ley extranjera

Esta solución puede ser perfectamente independiente, de una posible unificación respecto de la posibilidad de elegir la ley aplicable al régimen, o la posibilidad de celebrar contrato de matrimonio. Los diferentes ordenamientos podrían conservar sus peculiares normas de Derecho Internacional Privado. Lo importante, es que el resultado de la aplicación de esas diferentes normas pueda ser conocido por los terceros, produciéndose de esta forma, un importante grado de seguridad en el tráfico externo.

Probablemente, ninguna de las cláusulas estudiadas sea adecuada para esta finalidad, pero podría intentarse una combinación de ellas. La prevención de que los cambios o la elección de una nueva ley no producirá efectos respecto de los terceros de buena fe, parecería conveniente mantenerla, pues podría resultar aplicable al régimen matrimonial una ley que desconociese una cautela tal.¹⁴¹

Respecto de las condiciones de oponibilidad. La primera sería la adecuada publicidad. Para ello, lo mejor es la inscripción en el Registro del Estado correspondiente a la residencia del cónyuge, con la consiguiente producción de efectos frente a terceros, con independencia de la nacionalidad de aquellos.

¹⁴¹ En este línea podría configurarse un sistema mínimo de protección de terceros, a imagen del ya establecido en las cláusula alemana. En la medida en que esas disposiciones fueran más beneficiosas para el tercero, que las contenidas en el derecho extranjero, aquellas resultarían aplicables. Las medidas deberían de ser muy generales como la presunción de propiedad o el ejercicio de la potestad doméstica. Estas disposiciones son, por otro lado, habituales de las legislaciones materiales de los distintos Estados de nuestra área cultural art. 1362 y 1357 del CC alemán, art. 1319 art. 1324 CC español.

Este es el punto quizás, más conflictivo. Los Estados siguen mecanismos de publicidad diferentes y se necesitaría adoptar sistemas que, aún con diferencias, fueran susceptibles de ofrecer una adecuada publicidad de los pactos o capitulaciones o de la ley rectora del régimen económico matrimonial de los cónyuges. Además, debería aceptarse que esa publicidad fuera efectivamente oponible a cualquier tercero, con independencia de su nacionalidad.

La clave para evitar que se planteara desprotección de estos es precisamente, la existencia de efectivos sistemas de publicidad, que pudieran utilizar los terceros sin trabas ni costes de ningún tipo. La consecución de este objetivo se torna harto difícil, desde las regulaciones actuales. El apartado siguiente se dedica al estudio de los distintos sistemas de publicidad.

En defecto de publicidad, e incluso como vía alternativa a ella, debe aceptarse como condición de oponibilidad, el obligado conocimiento de los terceros en cuanto que conocían o debían de conocer la ley aplicable al régimen o el pacto o capitulaciones celebradas. A este conocimiento podían llegar porque así, lo habían hecho saber los cónyuges o por otros medios directos que generaran ese saber.

En el supuesto en que no concurrieran las condiciones de oponibilidad, debería aplicarse la ley del Estado de la residencia del cónyuge, pues como ya se adelantaba respecto de la ley suiza, esto será lo más favorable para los terceros. En efecto, resulta mucho menos gravoso para el tercero conocer cuál es la residencia del cónyuge con el que contrata que indagar, sin saber muy bien a donde acudir, cual será su régimen matrimonial: si hizo capitulaciones, si se sometió a ley extranjera...

Lo que se propone es un sistema sencillo y claro de protección de terceros. Estos al contratar con una persona casada, deberán consultar el Registro correspondiente al Estado en que esa per-

sona residía. En él se hará constar la existencia de capitulaciones o de elección de ley extranjera por parte de los cónyuges, así como cualquier otra circunstancia relevante, como por ejemplo la existencia de modificaciones. Si nada estableciese el Registro y el tercero no debiera de conocer la existencia de esos eventos, se entenderá que el cónyuge sigue el régimen legal de bienes, establecido en la legislación del Estado de su residencia.

2.c) Ausencia de cláusulas específicas de protección de terceros en Derecho Internacional Privado español

En contraste con las cláusulas de protección de derechos de los terceros, adoptadas por diversos sistemas legislativos, el Derecho español se caracteriza por una ausencia total de previsión en este punto. La normativa actual no contiene ningún precepto de aquella índole.

El problema que genera esta ausencia es doble. No se protege específicamente, a los terceros de las posibles modificaciones habidas en los pactos o capitulaciones. Además, no se establecen las condiciones de oponibilidad del pacto o capitulación, realizado al amparo de ley extranjera, frente a terceros.

La solución deberá buscarse en la norma rectora de las capitulaciones, esto es, será el contenido material de la ley aplicable el que determinará las condiciones de protección de terceros¹⁰². Así pues, deberá estarse al caso concreto para averiguar, según sea la ley aplicable, la protección material dispensada a los terceros.

¹⁰² AMORES expone esta cuestión "Tampoco tiene sentido que no se prevean cláusulas de garantía en favor de terceros, cuestión está que habrá de resolverse en cada caso conforme al contenido material de la ley rectora de las capitulaciones" AMORES CONRADT M.A. "artículo 9 apartados 2 y 3" en *Comentarios...* EDERSA *op.cit.* p. 194, en el mismo sentido AMORES CONTRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 342.

No es, sin embargo, esta una vía satisfactoria para la resolución del problema. ¿Qué ocurrirá si la ley material aplicable no dispone ningún tipo de protección? es obvio que los terceros, al quedar al amparo de la ley rectora de las capitulaciones, corren el riesgo de verse desprotegidos, si tal norma no contiene regulación al respecto.

Esta problemática fue ya vislumbrada, en los debates parlamentarios de la Ley de reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Se formularon dos enmiendas, que ya han sido analizadas, y que en este punto tenían por objeto incluir una regulación que evitara, que las modificaciones de ley aplicable pudieran afectar a los terceros de buena fe.

El contenido de las propuestas era idéntico. La presentada por CIU señalaba que "en todo caso, el cambio de ley aplicable no afectará a los derechos válidamente adquiridos por terceros"¹⁰. La presentada por el grupo parlamentario de senadores nacionalistas vascos disponía que "el cambio del ordenamiento aplicable al régimen económico acordado por los cónyuges en ningún caso podrá perjudicar los derechos ya adquiridos por terceros"¹¹.

Las enmiendas no prosperaron pues, según el argumento que se utilizó en aquel momento, la aceptación de estas proposiciones supondría una *repetición innecesaria*, pues esta prevención ya se hacía en el artículo 1317 del Código Civil¹². Este precepto,

¹⁰ Enmienda n.º 22 BOCC: B-13-4 p. 16 y Enmienda n.º 17 BOCC: III B-2(c) p. 11

¹¹ Enmienda n.º 13 BOCC: III B-2 (c) p. 10.

¹² Art. 1317 "La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros." para un acercamiento general a este artículo v. HERRERO GARCIA M.J. "Artículo 1317" en *VVAA Comentario del Código Civil* tomo II Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 576 a 578. DIEZ-PICAZO L. "Disposiciones generales. Artículos 1315-1324" en *VVAA Comentarios a las reformas del Derecho de familia* vol. II, Madrid 1984, p. 1492 a 1515.

por estar contenido en el Título III del Libro IV del Código, se refiere precisamente al régimen económico matrimonial¹⁶.

Este argumento es erróneo pues, olvida cuál es el sistema de aplicación de leyes, y en concreto, cuando se aplicará el artículo 1317. Esta norma jugará, en las relaciones privadas internacionales, si a través del punto de conexión, la ley que los cónyuges eligen es el Código Civil español o cuando en defecto de pacto, resulta también, aplicable el Código Civil por las conexiones del artículo 9.2. Sólo en estos casos el juego de aquel artículo es inmediato. Por tanto, se producirá la inoponibilidad de las modificaciones que perjudiquen a los terceros de buena fe¹⁷.

Ahora bien, en el resto de supuestos, esto es, cuando la ley rectora de los pactos o capitulaciones sea la extranjera o la de algu-

¹⁶ En concreto, estos fueron los comentarios a cerca de las enmiendas "En cuanto a la propuesta que se formula en el párrafo cuarto, hemos de decir que ya está establecido en el artículo 1317 del Código Civil, dentro de la rúbrica del Título III, del Libro IV, que se refiere precisamente al régimen económico del matrimonio." DSC-C-88 (2634). "La referencia a que el cambio de ley no afectará a los derechos válidamente adquiridos por terceros está ya regulada en el artículo 1317 del Código Civil, que se halla dentro del Título III, Libro IV, que se refiere a los efectos del matrimonio. Aunque hemos estudiado, señorías, la posibilidad de aceptar la enmienda, tanto del PNV como de Convergència, nos parece que por razones de sistemática es mejor mantener el artículo 1317 del Código Civil y no proceder a repeticiones innecesarias." DSS-P-33 (2693).

¹⁷ Bien entendido, que la inoponibilidad no significa falta de validez de las posibles modificaciones. Sobre este particular v. LACRUZ BERDEJO J. L. "Los capitulos matrimoniales" en *VVAA Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de familia* vol. I, Barcelona 1990, p. 306 a 333, en concreto p. 323 "La novación, en principio, es oponible a todos desde el momento de su publicación (regla general). Ahora bien, aunque se pueda oponer, en términos generales, a cualquiera 'no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros'." DIEZ-PICAZO L. "Disposiciones generales. Artículos 1315-1324" en *VVAA Comentarios a las reformas del Derecho de familia* vol. II, Madrid 1984, p. 1492 a 1515, en concreto p. 1499 "Aunque no haya razón de nulidad, ni de rescisión, y por ende el negocio sea válido y eficaz hay una limitada ineficacia respecto de los terceros titulares de derechos" en el mismo sentido v. DIEZ-PICAZO L. y GULLÓN A. *Sistema de Derecho Civil vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Madrid 1997, p. 167 a 174, en concreto p. 168-169.

no de los derechos civiles autonómicos, de ninguna forma aquel precepto tendrá aplicación¹⁴⁶. Entonces, como ya se ha señalado, se habrá de estar al contenido material de esas leyes, que puede que no contengan un precepto similar, con lo que el problema seguiría sin resolverse.

Por otro lado, no se puede decir que el contenido de las enmiendas sea una repetición del artículo 1317. En realidad, este precepto es de contenido más amplio que el propuesto por las enmiendas. Con él se trata de evitar el perjuicio de los derechos ya adquiridos por los terceros, que podría ocasionar la modificación del régimen económico matrimonial.

Por modificación, debe entenderse el cambio de las reglas de la economía matrimonial¹⁴⁷. Este cambio puede ser debido a varios factores. Puede producirse una modificación a la luz de la ley española aplicable, por ejemplo el paso de una sociedad de participación de bienes a una sociedad de gananciales. Pero también, podrá producirse un cambio si los cónyuges deciden elegir otra ley. Esa modificación no perjudicará a los terceros de buena fe, pues así lo dispone de manera general el precepto de referencia.

Sin embargo, el análisis de las cláusulas propuestas, revela que su alcance es menor. La modificación, que en principio no perjudicará a terceros, es originada única y exclusivamente por

¹⁴⁶ BORRAS explica, con claridad, esta cuestión "Sin embargo, tal propuesta fue rechazada sobre la base de entender que el art. 1317 del Código Civil ya solucionaba el problema. Se olvidaba así que esta norma sólo solucionaba la cuestión cuando, a través del punto de conexión resulte aplicable el Código Civil, pero que esa norma no puede utilizarse en los supuestos en que sea aplicable otro de los derechos que coexisten en España o un derecho extranjero y carezcan de disposición similar al respecto." BORRAS A. "No discriminación por razón de sexo: en *op. cit.* p 241.

¹⁴⁷ LACRUZ BERDEJO J. L. "Los capítulos matrimoniales" en *VVAA Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de familia* vol. 1, Barcelona 1990, p. 306 a 333, en concreto p. 323 "Ha de tratarse de un verdadero cambio del régimen económico, es decir, de las reglas sobre la economía del consorcio."

un cambio de ley aplicable. Si la modificación se debe a un cambio del régimen económico en el marco de la norma aplicable, deberá de nuevo de buscarse la solución en la ley rectora de las capitulaciones.

En la línea de las propuestas que fueron presentadas, parece más adecuado una formulación amplia que permitiera proteger a los terceros de cualquier tipo de modificación, sea de ley aplicable, sea de contenido material del pacto o capitulación. La razón de esta ampliación ya se ha señalado: podría darse el supuesto de que la normativa aplicable no recogiese disposiciones de este contenido.

La legislación portuguesa y rumana optan por una formulación abierta. En concreto utilizan la expresión "contrato" o "convenio matrimonial", y sin hacer alusión al cambio de ley aplicable, disponen que la nueva capitulación o, en su caso la modificación, no perjudicará a terceros. Al no especificar el origen o causa de la nueva capitulación o de su modificación, podrá incluirse en su ámbito tanto el cambio de la ley aplicable como la modificación material del pacto o capitulación e incluso la combinación de ambas posibilidades.

Respecto de las condiciones de oponibilidad del régimen económico matrimonial regido por ley extranjera, a los terceros, tampoco existe en la regulación española un precepto que las regule. Condiciones como la exigencia de publicidad de las capitulaciones, deberá determinarla también, la ley aplicable al contenido de aquellas. No obstante, si los pactos o capitulaciones quieren oponerse en España o a terceros españoles, entonces deberá acudir a una confusa regulación interna, que se estudiará en el apartado siguiente.

La doctrina ha llamado la atención sobre la ausencia de una regulación específica de protección de terceros, y ha aludido a las cláusulas alemana o suiza como posibles inspiradoras de esa nece-

saría regulación¹⁰⁸. Probablemente, lo mejor sería una adecuada combinación de las dos normativas, intentando absorber la virtualidad de cada una de ellas. Para ello podría adoptarse una cláusula como la propuesta anteriormente, que dejara a salvo a los terceros de buena fe de las modificaciones de las capitulaciones y que estableciera, claramente, las condiciones en que estas podrán ser oponibles a terceros.

2.d) Forma de las capitulaciones matrimoniales

Las exigencias de ciertas formalidades que deben reunir los pactos o capitulaciones matrimoniales, están directamente unidas a la protección de terceros. Con aquellas se dejará constancia de su existencia, se les da carácter público, y se evita la inseguridad que supondría la admisión de un simple pacto privado entre las partes.

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, el ordenamiento jurídico español se caracteriza en este punto, por una total ausencia de disposiciones sobre la forma de las capitulaciones y más en concreto, sobre la ley que determinará la forma válida que aquellas han de revestir. Ello obliga a la aplicación de la norma general sobre la forma de los actos, esto es, al artículo 11 del Código Civil¹⁰⁹. Bien entendido, que la referencia a este artículo se

¹⁰⁸ En esta línea AMORES CONRADI M.A "artículo 9 apartados 2 y 3" en *Comentarios... EDESA op.cit.* p. 194, en especial nota 15, BORRAS A. "No discriminación por razón de sexo: en *op. cit.* p. 241.

¹⁰⁹ Resolución de la DGRN de 10 de enero de 1973 en *AnDGRN* 1973 p. 421 Así lo entiende unánimemente la doctrina v. en general AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 339-340 AGUILAR BENITEZ DE LUGO M. "Los efectos del matrimonio" en *VVAA Lecciones de Derecho Civil internacional*, Madrid 1996, p. 166-167 MOYA ESCUDERO M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional Privado español II. Parte especial*, Granada 1994 p. 161-163 ESPINAR VICENTE J.M *El matrimonio y las familias en el sistema español de...* *op. cit.* p. 316 a 319. CALVO CARAVACA A. L. CARRASCOSA GONZALEZ J. "Efectos del matrimonio" en *Derecho Internacional Privado* vol. II, Granada 1998 p. 77 a 105, en concreto p. 100.

entiende realizada a las capitulaciones matrimoniales, desde la perspectiva internacional privatista.

Como se tuvo ocasión de exponer en la primera parte de este trabajo¹⁴, el concepto de capitulación matrimonial no sólo comprende la regulación del régimen económico matrimonial: estipulación, modificación o sustitución del mismo sino también, los pactos sobre ley aplicable al régimen. Por tanto, a la forma de estos últimos les será igualmente, aplicable el artículo 11 del Código que por lo demás, regula de forma general esta cuestión. Como se verá a continuación, el Convenio de La Haya dedica dos preceptos diferentes a la forma del acuerdo de elección y a la forma del contrato de matrimonio, pero el tratamiento en ambos es idéntico.

Según aquel precepto¹⁵ serán válidas en cuanto a la forma, las capitulaciones realizadas según la ley del país en que se otorguen así, como las que se celebren según la ley aplicable a su contenido o la ley personal común de los cónyuges. Además, se establece la validez de los actos y contratos relativos a bienes inmuebles, otorgados conforme a las formas y solemnidades del lugar en que se encuentren. Esta pluralidad de conexiones persigue un objetivo fundamental: el llamado *favor negotii*.

La mayoría de la doctrina internacional privatista, con proyección práctica en las distintas legislaciones, es favorable a una

¹⁴ C. I apartado dedicado a la extensión del concepto "régimen económico matrimonial" en el Derecho Internacional Privado español

¹⁵ Para un análisis de este artículo v. GONZALEZ CAMPOS J.D. y GARCIMARTIN ALFEREZ E. "Comentario al artículo 11" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T.I vol. 2.^o Edersa, Madrid 1995, p. 796 a 842 y GONZALEZ CAMPOS J. D. "artículo 11" en *VVAA Comentario del Código Civil* tomo I Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 136 a 138.

interpretación facultativa del *adagio locus regit actum*¹⁵⁴. Este se considera un regla alternativa que admite la validez del acto jurídico celebrado sea de acuerdo a la ley del lugar de su conclusión, sea de acuerdo a la ley rectora del fondo o incluso a una ley tercera. En definitiva, se trata de facilitar a las partes la realización del acto jurídico y por ende, la validez del mismo.

La pluralidad de conexiones acogida en el precepto de referencia, se ve afectada por una determinada sistemática que va a priorizar, en determinadas circunstancias, la aplicación de una de ellas. En concreto, la ley reguladora del contenido del acto y por tanto, desde la perspectiva de estudio, la ley aplicable al contenido de las capitulaciones.

En efecto, el artículo 11.2 prima la aplicación de aquella norma cuando exija una determinada forma. En concreto, establece que *si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero.*

Este precepto ha sido objeto de diversas interpretaciones por parte de la doctrina¹⁵⁵. Por un lado, se hace hincapié en la unidad del régimen para la forma y el fondo del acto que remarca el artículo. Por otro lado, se ha señalado como aquel protege la normativa española sobre forma de los actos, cuando resulte ser la ley apli-

¹⁵⁴ DE VALKENEER R. y BARNICH L. "Le mariage et ses effets patrimoniaux en droit international privé" en *VVAA Les relations contractuelles internationales. Le rôle du notaire*, Apeldoorn 1995, p. 97 a 123, en concreto p. 117, nota 73 "une telle interprétation est justifiée par la considération qu'il est plus commode pour les parties de se renseigner sur les formalités prévues par la loi du lieu où elles se trouvent effectivement au moment où l'acte juridique est passé, mais qu'on ne peut exclure que les parties aient suivi les règles formelles du droit applicable à l'acte juridique lui-même."

¹⁵⁵ Para un acercamiento a cada una de ellas v. GONZALEZ CAMPOS J.D. y GARCIA-MARTIN ALFEREZ F. "Comentario al artículo 11" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T. I vol. 2º Edersa, Madrid 1995, p. 796 a 842, en concreto p. 829 a 831.

cable al contenido del acto. Por último, se ha destacado el papel de este precepto en la consecución de la armonía internacional de soluciones de los diferentes sistemas jurídicos en presencia.

Al margen de cualquier polémica doctrinal, lo que aquí interesa es conocer cuál es la plasmación práctica de la combinación de estos dos párrafos del artículo 11, respecto a la forma de las capitulaciones matrimoniales.

Parece que no ofrece duda, que tal precepto impone la necesidad de aplicar la ley rectora de las capitulaciones, cuando está exige una determinada forma¹⁵⁶. Por tanto, se está imponiendo la aplicación de la ley española, en el caso en que fuera la rectora del contenido de las capitulaciones, a su forma, por cuanto el ordenamiento español exige para la validez de aquellas, que consten en escritura pública (art. 1327).

Esta norma viene, en general y por lo que a las capitulaciones matrimoniales se refiere, a potenciar la aplicación de la *lex causae*. Ello es así, porque a nivel de Derecho comparado es comúnmente exigida una determinada forma. En Alemania se exige que la elección del derecho aplicable se protocolice notarialmente¹⁵⁷, y Francia¹⁵⁸ y Portugal¹⁵⁹ exigen actas notariales.

¹⁵⁶ GONZALEZ CAMPOS J. D. "artículo 11" en *VVAA Comentarios del Código Civil* tomo I Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 138 "y sólo en el primer caso, cuando se califique que la forma o solemnidad posee un 'valor constitutivo' podrá operar el art. 11.2 C.C."

¹⁵⁷ Art. 14.4 "Le choix de la loi applicable doit être fait par acte notarié. Lorsqu'il n'intervient pas sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne, il suffit qu'il satisfasse aux conditions de forme prévues pour la conclusion d'un contrat de mariage, soit par la loi choisie, soit par la loi de lieu où le choix est intervenu."

¹⁵⁸ Art. 1394, al. 1 C.C de 21 de marzo 1804 "Toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec le consentement simultané de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires." Para un acercamiento a las condiciones formales exigidas para el contrato de matrimonio en Francia v. CORNU G. *Les régimes matrimoniaux*, Paris 1974 p. 222 a 226 COLOMER A. *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, Paris 1995 p. 136-137 BEIGNIER B. *Les régimes matrimoniaux*, Paris 1994 p. 100.

¹⁵⁹ Art. 1718 CC de 25 de noviembre de 1966 "As convenções antenuptiais só são válidas se forem celebradas por escritura pública ou por auto lavrado perante o conservador do registro civil." (Redact. Decreto-Ley n° 163/ 95, de 13/6).

El argumento que viene a justificar que los pactos relativos al régimen económico matrimonial, deban de reunir determinados requisitos formales, se basa en la propia trascendencia¹⁰⁰ que les es reconocida en las diferentes legislaciones. A ello aboca el legítimo interés que los terceros pueden tener en el conocimiento de tales pactos, y que justifica que los requisitos de forma se acompañen de una necesaria publicidad¹⁰¹; generalmente de la inscripción en determinados Registros.

Como ya ha señalado, otros ordenamiento jurídicos introducen una norma específica en este punto. Es el caso de las legislaciones alemana, suiza e italiana. Las tres parten de la aceptación de los requisitos formales exigidos bien, por la ley reguladora del fondo o bien, por la del lugar de realización. Sin embargo, y a diferencia de la legislación española, no se recoge la conexión ley nacional común¹⁰².

¹⁰⁰ GARCIA CANTERO señala como "La gran trascendencia de los pactos matrimoniales hace que la generalidad de las legislaciones exijan para ellos la forma pública. No otro ha sido el criterio del Código mantenido en las reformas de 1975 y de 1981. Con gran precisión dice ahora el artículo 1327 que 'para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública'" GARCIA CANTERO G. "los sistemas económico-matrimoniales en general. Las capitulaciones matrimoniales" en CASTAN *Derecho civil español común y foral* T. 5 vol. I p. 291 a 390, en concreto p. 348.

¹⁰¹ Precisamente MARIN LOPEZ ya indicaba como "Esta exigencia formal es consecuencia de la regla general de hacer constar en documento público las capitulaciones, a final de hacerlas valer frente a terceras personas (art. 1280 3º CC)" y este mismo autor hace referencia a una antigua Sentencia del T.S que de una forma muy expresiva señalaba como "Las capitulaciones matrimoniales revisten tal importancia que para que sean válidas, además de los requisitos necesarios para los contratos en general, es inexcusable, como excepción del principio del art.1278, el otorgamiento de escritura pública, ..., única forma especial..., establecida como garantía de otros derechos afectos a terceras personas, no menos sagrados y trascendentes en la vida privada, social y jurídica." MARIN LOPEZ A. *Derecho internacional privado español. Parte especial II. Derecho civil internacional*, Granada 1987, p. 174. Sentencia del TS de 10 de junio de 1912 en R.G.L./t. 124 1914 p. 554 a 563.

¹⁰² Esto ocurre igualmente, en el Convenio de La Haya "L'application de la règle *locus regit actum* n'étonnera pas. En revanche, l'application de la loi nationale d'un ou des époux n'a pas été retenue et on ne le regrettera pas." DROZ G. "Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux..." *op. cit.* 671.

La no inclusión de esta conexión puede tener como fundamento (aparte de seguir los criterios que tales legislaciones consagran para la forma de los actos en general), el mismo hecho de la existencia de esta norma especial y por tanto, de la adaptación de su contenido a las necesidades del acto a regular.

En principio, las normas más accesibles para las partes son las del lugar de celebración y la rectora del contenido. Por otro lado, la conexión ley nacional común bien puede ser subsumida por alguna de estas. Parece que si las partes no han elegido como aplicable la ley nacional común y el contrato no se celebra en el Estado en que los cónyuges son nacionales, se plantea como una hipótesis ciertamente lejana el que celebren las capitulaciones conforme a la ley de su nacionalidad común.

No obstante, y desde la sola perspectiva del *favor negotii*, merece un juicio positivo pues, amplía con una conexión más las posibilidades de elección de los cónyuges y las posibilidades de que los pactos celebrados sean válidos. De esta forma potencia la consecución de aquel principio.

Otra de las diferencias básicas que distancian estas legislaciones de la española, es la no existencia de ningún tipo de preferencia por la ley rectora del contenido de las capitulaciones, cuando esta exija determinada forma. Los preceptos se limitan a indicar las normas de acuerdo a las cuales se entenderá válido, a efectos formales, el pacto. Lo único que cabe destacar es que en los tres casos se enuncia primero la ley aplicable al contenido y en segundo lugar la ley del lugar de celebración. Ello quizás, por una cierta tendencia hacia la unidad del régimen en cuanto al fondo y a la forma. Pero, de cualquier forma, la legislación aparece totalmente neutral en este punto.

La consecuencia de la aplicación de estas legislaciones, en el caso de que las normas de referencia no exijan forma determinada, no es otra que la de tener que aceptar como válidos los pactos

sobre el régimen económico matrimonial celebrados sin las formalidades, que como ya se ha señalado, serían deseables. Esto podría ocasionar muchos problemas a efectos prácticos, así podrán ser válidos, en cuanto a la forma, los pactos celebrados conforme a la norma aplicable a su validez, que acepte un simple acuerdo privado entre las partes sin más publicidad. De igual forma, podría ser válido un simple acuerdo verbal, siempre que aquella norma lo acepte como válido.

Es fácil imaginar las graves dificultades que se derivarían de supuestos como estos: problemas de publicidad, de protección de terceros e incluso probatorios. A todo ello habría que añadir una cuestión más general, ¿los pactos celebrados conforme a ley distinta de la española (art. 11 C.C) producirán efectos en el sistema jurídico español?, y de ser así, ¿qué clase de efectos serán esos?

En general, las legislaciones no introducen especiales disposiciones, dirigidas a evitar la producción de estos supuestos. Esta falta de previsión puede ser debida a la confianza en que las distintas legislaciones exijan igualmente, determinados requisitos formales; lo que por otra parte suele ser así, a nivel comparado¹⁶³. Por tanto, resultará en principio, difícil el planteamiento de estos supuestos.

No obstante, la legislación italiana sí que contiene una previsión. Además, esta cuestión sí fue motivo de preocupación en la elaboración del Convenio de La Haya. En concreto, el Convenio contiene ciertas reglas que tratan de asegurar que todo pacto sobre el régimen económico matrimonial, se celebre de acuerdo a unos mínimos requisitos de forma.

¹⁶³ PEREZ VERA señaló que "... como prueba cualquier examen de Derecho comparado, el contrato de bienes con ocasión del matrimonio figura entre los que se encuentran rodeados de mayores garantías formales" PEREZ VERA E. "El Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a los regímenes económico matrimoniales" en *VVAA Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Mija de la Muela II*, Madrid 1979 p. 1167 a 1183, en concreto p. 1174.

La ley italiana de reforma de Derecho Internacional Privado de 1995, establece en su artículo 30 los requisitos para la validez del acuerdo. Esta norma ha suscitado determinados problemas de interpretación¹⁴, en cuanto que contiene una previsión material que va a afectar a la *professio iuris* reconocida en el mismo precepto.

El primer inciso del artículo 30 exige, que la elección de la ley aplicable a las relaciones patrimoniales, realizada por los cónyuges, ha de convenirse por escrito. No obstante, el inciso segundo determina que ese acuerdo será válido si es considerado como tal por la ley elegida o por la ley del lugar de celebración¹⁵.

Parece claro que deberá exigirse la forma escrita, porque así se ha estipulado en la misma norma de conflicto. Sin embargo, el que la elección conste de forma expresa o concreta es un requisito que, aunque establecido por el Código civil italiano¹⁶, sólo será exigido si es la ley italiana la que resulta aplicable a la validez del acuerdo (art. 30.2), pues nada se estipula sobre este particular en la norma de referencia¹⁷.

¹⁴ BALIARINO T. *Diritto internazionale...* op. cit. p. 415-416.

¹⁵ CLERICI R. "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. legge 31 maggio 1995 n°218." en *Riv. dir. int. pr. proc.* 1995 n° 4, p. 1061 a 1071, en concreto p. 1065 "I requisiti di validità relativi al negozio di scelta della legge applicabile sono in parte direttamente posti dall'art. 30 e in parte affidati al gioco della regola di conflitto. Così, mentre il comma 1 di questa norma richiede un atto scritto per la validità formale dell'accordo, il comma 2 sottopone gli ulteriori requisiti di forma nonché quelli relativi alla sostanza dell'atto all'ordinamento richiamato dal coniugi oppure a quello dello Stato nel quale è stata compiuta la *professio iuris*."

¹⁶ Art. 161 "Riferimento generico a leggi o agli usi. Gli sposi non possono pattuire in modo generico che i loro rapporti patrimoniali siano in tutto o in parte regolati da leggi alle quali non sono sottoposti o dagli usi, ma devono enunciare in modo concreto il contenuto dei paesi con i quali intendono regolare questi loro rapporti."

¹⁷ Sobre este punto v. VIARENCO L. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali* op. cit. p. 216 a 218. CLERICI R. "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. legge 31 maggio 1995 n°218." en *Riv. dir. int. pr. proc.* 1995 n° 4, p. 1061 a 1071, en concreto p. 1066.

La legislación alemana contiene también, una previsión sustantiva que no va a producir los mismos efectos que la italiana. En aquella, se establece que la elección será objeto de protocolo notarial, pero inmediatamente a continuación, se dispone que cuando el acuerdo no se realice en territorio nacional, bastará que reúna las condiciones exigidas por el derecho elegido o por el del lugar de la celebración, para el contrato matrimonial. La consecuencia es que estas normas pueden no prever el protocolo notarial y pese a ello, la forma exigida será perfectamente válida. Se puede observar como el requisito sustancial juega de diferente manera en las dos legislaciones¹⁰⁸.

Es indudable, que los efectos que puede producir la elección de una determinada ley aplicable al régimen económico matrimonial, irán más lejos en supuestos de Derecho Internacional Privado, que en supuestos internos¹⁰⁹. Esta será la base sobre la cual se advirtió la necesidad de regular de manera explícita la forma, en los trabajos preparatorios del Convenio.

La finalidad que se trataba de conseguir es la de impedir que se pudiera dar valor a cualquier suerte de contrato oral entre las partes, o aún siendo escrito, que no reuniría unas formalidades

¹⁰⁸ En el caso italiano la problemática se resume en BALLARINO T. *Diritto internazionale... op. cit.* p. 415-416 "In materia di forma, tuttavia, il primo comma dell'art. 30 detta già una regola sostanziale, richiedendo che l'accordo sia concluso per iscritto. Non sembra che il legislatore abbia voluto imporre, oltre all'onere della forma scritta, anche il rispetto di ulteriori requisiti formali imposti dalla *lex causae* o dalla *lex loci*: ciò sarebbe difficilmente conciliabile con il *favor validitatis* cui il secondo comma dell'art. 30 è palesemente ispirato. Non resta che concludere che tale norma riguarda la validità sostanziale dell'accordo, dunque le questioni inerenti all'esistenza di un consenso non viziato ed al rispetto eventuali norma imperative."

¹⁰⁹ VON OVERBECK lo explica así: "Cependant, les effets d'une désignation de la loi applicable iront dans la plupart des cas plus loin que ceux d'un contrat de mariage de droit interne. Il était nécessaire de régler dans la Convention les modalités du choix." VON OVERBECK "Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck" en *Actes et documents de la troisième session* tome II, La Haye 1978, p. 338 n° 41.

minimas, por ejemplo la intervención de otra persona¹⁶. Para conseguir este objetivo se aprobó la inclusión de dos normas de Derecho Internacional Privado material¹⁷, que tienen como origen la propuesta realizada por la Delegación holandesa¹⁸:

El artículo 12 del Convenio después de establecer que el acuerdo será válido en cuanto a la forma, si ésta responde a la ley interna aplicable al régimen matrimonial, o a la ley interna en vigor donde el contrato se hiciera, señala como ese acuerdo deberá de ser hecho por escrito fechado y firmado por ambos esposos.

El artículo 13 viene a reproducir el contenido del artículo 12 si bien, aplicado a la designación por estipulación expresa de la ley aplicable. Como el anterior, insiste en el requisito de que esa estipulación deberá ser hecha igualmente, por escrito fechado y firmado por ambos esposos¹⁹.

Estas normas sólo estarán llamadas a intervenir, cuando la ley aplicable no prevea una forma determinada o esta no coincida con los requisitos considerados mínimos por el Convenio. Esto podría tener lugar, en caso de ordenamientos que desconocieran esta figura²⁰. Para los supuestos en que la ley exija determinadas

¹⁶ Así, respecto de los requisitos establecidos en el Convenio se debe de entender que "... seules les signatures, mais non la date ou le corps de l'acte, doivent être de la main des deux époux." VON OVERBECK "Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck" en *Actes et documents de la treizième session* tome II, La Haye 1978, p. 371 n.º 190.

¹⁷ DROZ señala como la disposición material logra el objetivo propuesto "L'exigence de l'écrit émanant des deux parties dissuade para anticipation toute tentative d'ayants-droit prétendus qui voudraient faire prouver par témoins l'existence d'un contrat de mariage oral convenu entre époux dans un pays qui n'attache pas beaucoup d'importance à la forme écrite." DROZ G. "Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux..." *op. cit.* p. 671.

¹⁸ V *Actes et documents de la treizième session* tome II, La Haye 1978, p. 225.

¹⁹ Observese la importancia de este requisito que "Elle doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux" art. 12 et art. 13 del Convenio.

²⁰ VON OVERBECK "Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck" en *Actes et documents de la treizième session* tome II, La Haye 1978, p. 371 n.º 190.

formalidades, superiores incluso a las mínimas exigidas por el convenio, éstas deberán de ser cumplidas.

El establecimiento de estos requisitos formales no evita no obstante, posibles acuerdos fraudulentos frente a terceros de buena fe¹⁷⁵. Es por ello, que el Convenio establece, como se ha tenido ocasión de ver, que cada Estado contratante podrá prever que la ley aplicable al régimen sólo será oponible a terceros, en el caso en que hayan sido cumplidas las condiciones de publicidad o de registro previstas en su derecho (art. 9).

Por lo que respecta a los requisitos exigidos por la legislación interna española para las capitulaciones matrimoniales, esto es, escritura pública e inscripción registral, PEREZ VERA apuntó la idea de que se debería de recurrir a la noción de la equivalencia de instituciones¹⁷⁶. Se trataría en definitiva, de remitir el cumplimiento de estas exigencias a los distintos derechos internos para que cada uno, según sus propias instituciones garantizase un efecto similar al proporcionado por aquellas formalidades.

Muy relacionado con este tema está la pregunta que se formulaba más arriba, a cerca de los efectos que provocarían los pactos cuya validez formal, respondiese a una norma distinta de la correspondiente al Estado en que tal pacto quiere producir efectos. Un ejemplo sirve para ilustrar esta cuestión. Un matrimonio de españoles deciden, conforme al artículo 9.3, celebrar capitulaciones de acuerdo a la ley del lugar de su residencia. Respecto a la

¹⁷⁵ Como tampoco evita el que se produzcan coacciones entre los esposos PEREZ VERA E. *Derecho Internacional privado, parte especial*, Madrid 1980 p. 206, nota 14.

¹⁷⁶ "No obstante, si atendemos a la finalidad perseguida tanto por la exigencia de escritura pública como por la necesaria inscripción registral, la noción de equivalencia de instituciones debe permitir la remisión a cada derecho interno la tarea de concretar los medios necesarios y suficientes para alcanzarla. En efecto, de lo que se trata, en suma, es de establecer niveles razonables de certeza acerca de la fecha de otorgamiento y de la identidad de las partes;" PEREZ VERA E. *Derecho Internacional privado, parte especial*, Madrid 1980 p. 206.

forma de tales capitulaciones y siguiendo lo dispuesto en el artículo 11, adoptan los requisitos exigidos por la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

¿Qué ocurrirá en el supuesto en que la ley del lugar de residencia no exija escritura pública y fuera bastante el acuerdo privado entre las partes, rodeado de ciertas solemnidades como la presencia de testigos? Estos pactos son válidos, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado español, pues siguen las formalidades establecidas por la ley aplicable a las capitulaciones. Sin embargo ¿Serán aceptados por éste sistema jurídico para producir efectos plenos?, ¿podrán ser oponibles a terceros?

A efectos prácticos, de poco sirve que esos pactos sean válidos, pues el registrador no aceptará un acuerdo privado de tal índole. Sólo producirá plenos efectos, si observá los requisitos formales exigidos por la legislación española y será entonces, cuando pueda ser oponible a terceros.

Este problema ha sido detectado por notarios, que optan por recomendar la adaptación de las solemnidades exigidas por el país en que se quiera hacer valer ese pacto. Pues en caso contrario, parece poco probable que la validez de esos pactos sea reconocida a los efectos señalados¹⁷. Es por otro lado, esta misma línea la que,

¹⁷ En concreto DE VALKENEER y BARNICH plantean la cuestión respecto del Derecho belga "Il ne nous paraît pas manifeste que l'interprétation alternative de l'adage *locus regit actum* soit à ce point étendue dans la matière des contrats de mariage

Si tel était le cas, deux Belges devraient pouvoir passer un contrat de mariage sous seing privé, en Belgique, lorsque cette forme est admise par le droit choisi par eux pour régir le contrat au fond. Or, il est fort peu probable que la validité d'un tel contrat soit reconnue.

Il est raisonnable, en tout état de cause, de conseiller vivement la forme authentique aux étrangers qui souhaitent passer un contrat de mariage en Belgique." DE VALKENEER R. y BARNICH L. "Le mariage et ses effets patrimoniaux en droit international privé" en VVAA *Les relations contractuelles internationales. Le rôle du notaire*, Apeldoorn 1995, p. 97 a 123, en concreto p. 116-117.

como se ha visto, propone el Convenio de La Haya. Así, los Estados contratantes podrán prever como requisito para la oponibilidad de la ley aplicable al régimen, el cumplimiento de las condiciones de publicidad o de Registro, que exigirán a su vez una forma determinada por el contrato matrimonial o pacto de elección de ley aplicable.

3. PUBLICIDAD DE LOS PACTOS O CAPITULACIONES MATRIMONIALES

3.a) Ley aplicable a la publicidad

Una de las funciones que cumple la forma de los actos es, precisamente, la de permitir su publicidad. Es evidente, que la forma que ha de revestir las capitulaciones matrimoniales, aparece como un *præ* a su futura publicidad y por ende, oponibilidad a los terceros. Para que las capitulaciones matrimoniales puedan ser inscritas en los diversos registros españoles, se requiere que aquellas consten en escritura pública. Este requisito formal es, a su vez, condición de la validez de aquellas y requisito necesario para proceder a su publicidad, conforme al Derecho Internacional privado español.

No obstante, la publicidad no condiciona la validez de las capitulaciones y responde a otras condiciones, aparte de la exigencia de una forma especial. En realidad, la publicidad determina la oponibilidad a los terceros del régimen económico matrimonial pactado. Así pues, sólo podrá ser oponible a terceros el concreto régimen objeto de pacto o capitulación, si se han cumplido las correspondientes medidas de publicidad que cada ordenamiento jurídico ha establecido. Es por todo ello, por lo que resulta lógico que la ley aplicable a la publicidad de los pac-

tos o capitulaciones no dependa de la ley rectora de la forma¹⁷ si bien, ambas podrían coincidir.

Como ya se ha señalado, el ordenamiento jurídico español no dispone de ninguna cláusula de protección de terceros, en el ámbito del Derecho Internacional Privado, acerca de la publicidad de las capitulaciones matrimoniales. Parece claro, no obstante, que será la ley aplicable al contenido de las capitulaciones la que determinará la exigencia de la publicidad; en concreto, de la inscripción en el correspondiente Registro¹⁸. A esta conclusión aboca, el diferente ámbito de la ley rectora del estatuto real y personal.

El patrimonio conyugal aparece integrado por un conjunto de bienes, que componen una unidad. El derecho que debe de regir estos bienes desde este punto de vista (*uti universi*), viene designado por la norma de conflicto contenida en el artículo 9.3. La cuestión se torna distinta, cuando se parte de la consideración de esos bienes desde la perspectiva de su individualidad o singularidad (*uti singuli*), en este caso, la "ley de la

¹⁷ FERNÁNDEZ ROZAS J.C. y SÁNCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional privado*, Madrid 1996, p. 496 "Cuando menos, se alude a cuatro tipos distintos de finalidades o funciones de las exigencias de forma: habilitantes, *ad probationem*, *ad solemnitatem* y de publicidad. Ni las formas habilitantes ni las condiciones de publicidad se encuadran en el concepto de forma de los actos aludidos. En el primer caso, se trata de requisitos de fondo, relacionados con la capacidad, en tanto que las condiciones de publicidad no consisten estrictamente en la forma del acto jurídico, ni condicionan su validez, sino que se prevén con el fin de delimitar la oponibilidad de un determinado acto o derecho frente a terceros."

¹⁸ Así lo afirma AMORES "A los fines del D.I.Pr., basta señalar, en concordancia con lo establecido a propósito del ámbito de la ley rectora del estatuto real, que será la ley aplicable al contenido de las capitulaciones la que determinará la posible exigencia de inscripción en el Registro; y la ley del Estado del Registro la que indicará las modalidades en que puede llevarse a cabo la publicidad registral" AMORES CONTRAÑO M. "Efectos del matrimonio" en *VVA.A. Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 339 y 340.

cosa" será la aplicable, esto es, el artículo 10.1 del Código Civil¹⁰⁰.

La ley aplicable al contenido de las capitulaciones establecerá además, las posibles consecuencias de un eventual incumplimiento de los requisitos formales¹⁰¹. Será por otro lado, la ley del lugar del Registro, la que determinará las exigencias materiales de la publicidad registral.

La argumentación que lleva a declarar aplicable la ley del régimen económico matrimonial, choca con otras interpretaciones que apuntan hacia soluciones diferentes. Unas postulan la aplicación del artículo 9.2 y otras optan por la referencia al artículo 10.1.

Tomando como idea base, que la publicidad de las capitulaciones es una cuestión ajena a los cónyuges, se trata de excluir la aplicación del artículo 9.3, en cuanto que este precepto se basa exclusivamente en la autonomía de la voluntad de los cónyuges. El precepto que debería regular esta cuestión, desde

¹⁰⁰ BOUZA expone con claridad este tema "En primer lugar, los bienes muebles e inmuebles a los que se refiere el artículo 10, 1º, del Código Civil son los bienes corporales individualmente considerados (*uti singulí*), ya que los bienes inmateriales y los bienes que forman parte de una masa o patrimonio (*uti universi*), son objeto de normas de conflicto distintas (art. 10.4º y arts. 9,3 y 9, 8º del Código Civil respectivamente). BOUZA VIDAL N. "Artículo 10, apartado 1" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T.I vol. 2º Edersa, Madrid 1995, p. 526 a 543, en concreto p. 526 "Artículo 10. 1 y 2" en *VVAA Comentario del Código Civil* tomo I Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 106 a 109, en concreto p. 106 v, también VIRGOS SORIANO "las cosas y los derechos reales" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 241 a 285.

¹⁰¹ AGUILAR BENITEZ DE LUGO M. "Los efectos del matrimonio" en *VVAA Lecciones de Derecho Civil internacional*, Madrid 1996, p. 167.

esta óptica, es el artículo 9.2 aplicable a los efectos del matrimonio¹⁰².

Resulta difícil mantener este argumento, formulado con ocasión de la regulación anterior, cuando como ya se ha visto, la publicidad de las capitulaciones no es constitutiva ni imperativa, más bien al contrario. Por otro lado, nada parece justificar la aplicación de la ley a los efectos del matrimonio, a una cuestión que no tiene que ver con éstos.

También se ha postulado la aplicación de la *lex rei sitae*¹⁰³ a la exigencia de la publicidad registral. Se tratará de aplicar estrictamente, el artículo 10.1, que regula la publicidad de los derechos reales (posesión, propiedad y demás derechos) de los bienes inmuebles y muebles¹⁰⁴. Partiendo de la distinción que se hacía

¹⁰² GIMENO Y GOMEZ-LAFUENTE apunta esta solución, respecto a la regulación anterior: "Pero la publicidad de los capítulos y los efectos de los mismos exceden del ámbito de libertad de los cónyuges, sin que puedan ser objeto de alteración alguna en el contrato matrimonial".

Para las capitulaciones, el punto de conexión no es la concorde voluntad de los esposos, ya que nuestro Derecho (art. 9.3 del Código Civil), ante la insuficiencia de capitulaciones, se remite a la ley que rige las relaciones personales, que es, según el número 2 del citado artículo 9 del Código Civil, la ley nacional común o la del marido al tiempo de la celebración." GIMENO Y GOMEZ-LAFUENTE J.-I., "La publicidad de las capitulaciones en Derecho Internacional Privado" en R.C.D.I. 1979. II p. 669 a 786, en especial p. 770-771. En el mismo sentido v. MORA MATEO J.E., "Publicidad del cambio de régimen económico matrimonial mediante capitulaciones" en R.C.D. sep. 1997 p. 10317 a 10361, en concreto p. 10324-10325.

¹⁰³ MOYA ESCUDERO M., "Efectos del matrimonio" en VVAA *Derecho Internacional Privado español II. Parte especial*, Granada 1994 p. 154-155, en especial p. 162-163.

¹⁰⁴ VIRGOS SORIANO "las cosas y los derechos reales" en VVAA *Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 241 a 265, p. 259 "La Ley designada por el art. 10.1.º C.c. regula también las exigencias de 'publicidad' de los actos de constitución, transmisión y extinción de los derechos reales, tanto sobre bienes muebles como inmuebles. No hay que dar importancia al hecho de que la Exposición de motivos de la reforma del Título Preliminar del C.c. de 1974 mencione sólo la publicidad sobre inmuebles. Se trata del caso más importante pero no del único." en el mismo sentido REMIRO BROTONS A., "Comentario al artículo 10.1.º" en en VVAA *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. I Edersa, Madrid 1978, p. 206 a 228.

más arriba, entre estatuto patrimonial (las cosas y bienes se contemplan desde su integración en un conjunto patrimonial, *uti universi*) y real (las cosas y bienes se contemplan individualmente, *uti singuli*), puede entenderse la alusión al artículo 10.1.

En general, la exigencia o no de inscripción registral vendrá determinada por la norma de conflicto concreta, esto es, por el artículo 9.3. Esto es así, porque el patrimonio conyugal se considera una unidad y como tal debe en bloque, responder a la aplicación de una única ley, lo que favorece también, la consecución del principio de unidad jurídica. Sin embargo, es cierto que ese patrimonio conyugal, se compone de bienes que pueden ser considerados a título individual. Es, desde esta perspectiva, desde la que se plantea la aplicación del lugar de situación de la cosa (art. 10.1).

El poder de atracción de éste artículo, aparece con especial virulencia en lo relativo a los bienes inmuebles, ya que sobre ellos las exigencias de publicidad son especialmente importantes. Basta pensar en la existencia en sistemas jurídicos diferentes, de Registros especialmente creados para ellos: Registros de la Propiedad. Desde esta perspectiva, la publicidad de los bienes inmuebles debería regirse por la ley de su situación³⁸⁵, en lugar de la ley del contenido del pacto o capitulación, que sería la aplicable a la exigencia de publicidad general de las capitulaciones. Estas normas podrían no coincidir.

³⁸⁵ Ovérese que esta ley coincide con la designada por el artículo 11 respecto de la forma y solemnidades de los actos y contratos relativos a bienes inmuebles v. GONZÁLEZ CAMPOS J.D. y GARCIMARTÍN ALFEREZ F. "Comentario al artículo 11" en VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales T.I vol. 2º Edersa, Madrid 1995, p. 796 a 842, en concreto p. 817 "Se debe de resaltar, en cambio, la voluntad de nuestro sistema de Derecho Internacional Privado de buscar una ley única para los diversos aspectos relativos a bienes inmuebles, dado el hecho de que el régimen de los derechos sobre los mismos, así como el de las 'formas de publicidad' quedan regidos, también, por la 'ley del lugar en que se hallen', según el artículo 10. 1º; propósito que, sin duda, justifica el que se explicitara esta regla especial en materia de forma de los actos y negocios jurídicos relativos a bienes inmuebles."

Una solución muy parecida es consagrada en el artículo 30 de la ley italiana de reforma de Derecho Internacional Privado¹⁹⁶. Este precepto, ya estudiado en apartado anterior¹⁹⁷, contiene previsiones respecto de la protección de terceros. En lo que aquí interesa, limita la oponibilidad de los derechos reales sobre inmuebles, a los casos en que se respeten las formas de publicidad previstas por la ley del Estado en que aquellos bienes se encuentren. Este precepto se corresponde con el 55 del mismo texto legal que establece, que la publicidad de los actos de constitución, transferencia y extinción de los derechos reales, está regulada por la ley del Estado en que el bien se encuentre en el momento del acto.

Parece que la coexistencia de dos normas distintas para la regulación de la publicidad, no tiene por qué plantear ninguna problemática especial. Lo cierto es, que el cumplimiento de la publicidad según la ley de situación del inmueble, no implica que la exigencia de inscripción general del pacto o capitulación, no siga la ley aplicable a su contenido; esta deberá de producirse igualmente¹⁹⁸.

Con independencia de la determinación de la ley aplicable y de si se debe o no de dar una combinación del artículo 9.3 y 10.1, en relación a la publicidad se plantea una cuestión distinta, que puede llamar a intervenir a la ley del foro.

Una pareja de nacionales españoles pacta capitulaciones conforme a una ley extranjera. Esta ley exige la inscripción de las mismas en el Registro. Además, los cónyuges deciden cumplir con

¹⁹⁶ V. respecto del sistema anterior COSTANTINO B. "La pubblicità in Italia dei regimi matrimoniali stranieri" en *Riv. dir. int. pr. proc.* 1978 p. 36 a 52.

¹⁹⁷ V. apartado dedicado a las "cláusulas de Derecho Internacional Privado dirigidas a garantizar la protección de terceros."

¹⁹⁸ VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali op. cit.* p. 247 "Pertanto, è opportuno che dall'ordinamento competente a disciplinare la pubblicità della situazione giuridica del bene, *in lex rei sitae*, risulti l'esatta conoscibilità di tale situazione, la quale non può prescindere dal procedimento di pubblicità del regime matrimoniale applicabile."

las formalidades registrales establecidas por la ley del lugar de situación de los inmuebles de su propiedad. ¿Qué ocurriría si la pareja entablase relaciones con terceros de países distintos a los que se ha dado publicidad?. ¿Se les podrá oponer la publicidad derivada de Registros extranjeros? y si fuera así ¿cómo se sabría a qué Registros extranjeros acudir?¹⁰⁹.

El problema que se plantea es paralelo al que se apuntaba, con ocasión del análisis de la ley rectora de la forma de los pactos o capitulaciones. Si la forma adoptada era válida conforme a la ley rectora (art. 11), pero no se aceptaba en el país en que se pretendía que produjera efectos, el acuerdo matrimonial no se aceptaría. La recomendación que se daba, era la de adoptar las solemnidades del Estado en que el pacto se quiera hacer valer, para evitar que tal acuerdo no sea admitido.

En el supuesto de la publicidad, se va a producir una superposición de la ley del Estado del Registro sobre la ley rectora del contenido del pacto¹⁰⁸. En efecto, si se quiere oponer las capitulaciones regi-

¹⁰⁹ Al margen de si la publicidad derivada de Registros extranjeros es oponible o no a los nacionales, se plantearía la dificultad de conocer conforme a qué ley se ha cumplido las exigencias de publicidad para, en definitiva, saber donde deben de informarse los terceros, sobre este tema. RIGAUX describe este proceso "Si, à l'occasion du mariage célébré à l'étranger, la conclusion d'un contrat de mariage antérieur y a été rendue publique conformément à la loi locale, il semble que les tiers contractant en Belgique doivent se satisfaire de cette publicité, et, le cas échéant, s'informer du contenu de ces conventions au lieu de conclusion du mariage ou dans le pays d'origine des époux, suivant le mode de publicité qui y est en vigueur. Quand au contraire, les conventions matrimoniales, n'ont pas reçu la publicité prescrite par la loi étrangère, les tiers peuvent, en Belgique, invoquer la sanction prévue par la loi dont les règles de publicité ont été transgressées." RIGAUX F. "Les régimes matrimoniaux" en *VVAA Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé. Etude des solutions en vigueur dans les six pays du Marché Commun*, Bruxelles MCMLXIII, p. 27 a 60, en concreto p. 50.

¹⁰⁸ Las modalidades de la inscripción registral se regirán por la ley del lugar del Registro AGUILAR BENITEZ DE LUGO M. "Los efectos del matrimonio" en *VVAA Lecciones de Derecho Civil internacional*, Madrid 1996, p. 167, AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 340.

das por ley extranjera a terceros españoles, aquellas deberán de haber seguido las formalidades exigidas en la legislación española para su publicidad. En este punto, dará igual que las capitulaciones hayan sido inscritas en Registros extranjeros, lo importante es que lo estén en los españoles, cuando a veces esto, como se verá es imposible.

Así pues, a efectos prácticos primará la ley del Estado del Registro en cuyo ámbito territorial, quiera hacerse valer la oponibilidad de los pactos o capitulaciones. La problemática se circunscribe, en este ámbito, a la falta de preparación de los sistemas de publicidad arbitrados por los diferentes países, para afrontar supuestos de Derecho Internacional Privado.

3.b) Análisis de los diferentes sistemas que se arbitran, para facilitar el conocimiento del régimen económico matrimonial a los terceros

La penetración de la autonomía de la voluntad, ha hecho posible que los cónyuges puedan pactar su régimen económico matrimonial, eligiendo la ley aplicable y también, puedan modificarlo. Todo ello se circunscribe al ámbito de los derechos de los cónyuges. Junto a ellos se configuran, lo que se puede denominar los derechos de los terceros, esto es, que el pacto de un determinado régimen económico matrimonial o las modificaciones posteriores, no se produzcan en fraude de aquellos.

Para evitar esos posibles perjuicios ya se ha visto, como los diferentes sistemas jurídicos arbitran cláusulas de protección. Con ellas se trata de evitar el perjuicio o fraude a terceros por la modificación del régimen. Además, algunas de ellas establecían condiciones concretas de oponibilidad del régimen.

Una protección integral de los terceros que establecen relaciones jurídicas con personas casadas exige, no sólo su protección frente a las modificaciones y posibles fraudes, sino también la creación de segu-

ridad en el conocimiento del régimen económico matrimonial vigente, del cónyuge con el que contrata. Se trata, en definitiva, de lograr un equilibrio entre los derechos de los cónyuges y los de los terceros¹⁹¹.

Los sistemas jurídicos, en su mayoría, carecen de normativa específica relativa a la publicidad de las capitulaciones regidas por ley extranjera, es por ello, por lo que se aplica la normativa interna y se opta por utilizar los Registros ya existentes. No obstante, existen otros sistemas, entre los cuales es paradigmático el alemán, que incluyen normativa específica y prevé el acceso a Registros específicos, facilitando la publicidad de este tipo de pactos o capitulaciones¹⁹².

En este apartado es fundamental por tanto, analizar los mecanismos jurídicos que se establecen para dar publicidad al régimen económico matrimonial. Este análisis revelará si esos mecanismos son idóneos para producir una adecuada publicidad a nivel de Derecho Internacional Privado.

3.b) 1. Ausencia de disposiciones propias de Derecho Internacional Privado

Se trata de países que, al no poseer regulación específica en esta materia, han de utilizar su normativa interna relativa a publicidad. Como se verá más adelante, la consecuencia más negativa

¹⁹¹ CAPARROS E. DAME-CASTELLI M. "Les rapports patrimoniaux dans la famille en droit interne comparé" en *VVAA Régimes matrimoniaux successions et libéralités. Droit international privé et droit comparé*, Suisse 1979, p. 45 a 109, en concreto p. 105 a 109 "La protection des intérêts et droits de la famille ne peut se faire au détriment des droits des créanciers, des tiers. Dans cet esprit, les législateurs ont depuis toujours imposé le respect de formalités précises, afin d'éviter que les dispositions visant à protéger la famille ne puissent être utilisées pour frauder les droits des créanciers."

¹⁹² REVILLARD M.L. *Droit international privé et pratique notariale*, Paris 1983, p. 50 "Certaines législations (...) exigent que, pour être opposable aux tiers, le contrat de mariage soumis à une loi étrangère soit inscrit au registre des régimes matrimoniaux. Elles n'existent que pour le cas où les époux établissent leur domicile dans le pays considéré."

de esta dinámica es la falta de adaptación de aquellas normativas, a los supuestos internacionales.

Francia¹⁷³, Italia y España se sirven de los Registros ya existentes, para satisfacer las necesidades de publicidad¹⁷⁴. En concreto, se introduce una mención acerca de la existencia de ese convenio matrimonial, en las actas del Estado Civil y en el supuesto en que los esposos sean comerciantes, se procede a su inscripción en el Registro mercantil.

El efecto directo de tal inscripción, es la oponibilidad frente a terceros del pacto. Sin embargo, el requisito de publicidad no es constitutivo. En realidad, la capitulación es perfectamente válida, aún cuando no se haya efectuado su inscripción en los respectivos Registros. Por ello la falta de publicidad nunca conllevará la nulidad del pacto.

Entonces ¿qué ocurrirá si la publicidad en los respectivos Registros no se ha producido?. En este supuesto, deberá entenderse que los esposos estarán casados bajo el sistema legal del respectivo ordenamiento. En los tres países es la sociedad de gananciales, la *communauté d'acquêts*.

Hay otros países que tampoco, establecen ninguna norma específica de publicidad. Es el caso de Bélgica¹⁷⁵ que sólo, de forma

¹⁷³ Recuerdese, la existencia en Derecho francés de "juicio de homologación" que hacen que "Les tiers sont aussi protégés par la publicité donnée au jugement (publication dans un journal d'annonces légales local et mention en marge de l'acte de mariage)." RAVEL D'ESCILATON J., "France. Régimes matrimoniaux. Filiation légitime et naturelle et adoption" en *Juris-classeur. Droit comparé* nº 92 (2, 1998).

¹⁷⁴ V MALAURIE P. "Espagne, France, Italie, Portugal" en *VVAA Les relations contractuelles internationales. Le rôle du nativité*, Apeldoorn 1995, p. 455 a 466, en concreto p. 460.

¹⁷⁵ DE VALKENBERG R y BARNICIT I., "Le mariage et ses effets patrimoniaux en droit international privé" en *VVAA Les relations contractuelles internationales. Le rôle du nativité*, Apeldoorn 1995, p. 97 a 123, en concreto p. 116.

indirecta, prevé una posible constancia material de la existencia del contrato matrimonial. En concreto, el mecanismo que abre esa posibilidad, es una transcripción facultativa del acta de matrimonio al Registro del Estado civil correspondiente¹⁹⁶.

3. B) 1'. Publicidad del régimen económico matrimonial en el sistema jurídico español

El artículo 1333 del Código Civil, es el encargado de regular de forma general la publicidad. Este precepto establece que *en toda inscripción de matrimonio en Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieran otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio.*

Pese a que el texto de este precepto parece establecer la obligatoriedad de tales menciones, lo cierto es que su carácter no pasa de ser dispositivo¹⁹⁷. Por ello, sólo a petición del interesado, se harán las indicaciones relativas al régimen económico matrimonial¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Art. 171 "Après le retour du citoyen belge sur le territoire du Royaume, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger, suivant les formes usitées en ce pays, est transcrit à la requête de l'un des conjoints si tous deux sont citoyens belges ou de celui qui a cette qualité, sur les registres courants de l'état civil au lieu de leur premier établissement de l'épouse si celle-ci rentre seule sur le territoire du Royaume. Mention de cette transcription est faite en marge des registres courants à la date de la célébration du mariage."

¹⁹⁷ DIEZ-PICAZO L. y GULLON A. *Sistema de Derecho Civil* vol. IV. *Derecho* ...*op.cit.* p. 170-171 LACRUZ BERDEJO J. L. "Los capítulos matrimoniales" en *VVAA Elementos de Derecho Civil...op.cit.* p. 304 AMOROS GUARDIOLA M. "De las capitulaciones matrimoniales. Artículos 1325 a 1335" en *VVAA Comentarios a las reformas del Derecho de familia* vol. II, Madrid 1984, p. 1515 a 1569, en concreto p. 1561 CABANILLAS SANCHEZ A. "Artículo 1333" en *VVAA Comentario del Código Civil* tomo II Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 611-612.

¹⁹⁸ Así, lo dispone el art. 266 P. 2 del RRC "Sólo se extenderá a petición del interesado".

No obstante, puede observarse como el legislador trata de asegurar, si bien de forma indirecta, la inscripción en el Registro Civil. Para ello exige tal inscripción como condición necesaria, para las efectuadas en el Registro de la propiedad o el mercantil⁶⁶. El artículo 266 del Reglamento de la Ley del Registro Civil (en adelante RRC) establece que *en las inscripciones que, en cualquier otro Registro, produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico se expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho*. A ello hay que añadir, la consecuencia inmediata de la no inscripción, esto es, la no oponibilidad a terceros de buena fe.

La modificación de la Compilación Catalana en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, de 30 de septiembre de 1993⁶⁷, introduce una norma que, a diferencia del Código Civil, expresamente tipifica las consecuencias de la no inscripción. Se trata del artículo 12.4 que dispone que *las capitulaciones matrimoniales, así como los pactos, las resoluciones judiciales y los demás hechos que modifiquen el régimen económico conyugal, no serán oponibles a tercero mientras no se hagan constar en las inscripciones de matrimonio en el Registro Civil*.

En cuanto se refiera a bienes o derechos, podrán hacerse constar en los correspondientes registros públicos.

Bien entendido, en cualquier caso, que no se reputará tercero de buena fe a aquél que conocía o debía de conocer la existencia

⁶⁶ DIEZ-PICAZO I., y GULLÓN A. *Sistema de Derecho Civil* vol. IV. Derecho ...*op.cit.* p. 171
BELLO JANEIRO D. *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Barcelona 1993, p. 595-596.

⁶⁷ Ley 30 de septiembre de 1993, nº 6/1993 de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre los cónyuges. *Cataluña D.O. 17 octubre 1993* (nº 1802) 467 p. 897 a 994.

del pacto o capitulación²⁰⁰. Por tanto, y aún cuando no se efectuase la correspondiente inscripción, podrá ser oponible aquellos si verdaderamente conocían de su existencia. Ahora bien, este extremo deberá de ser probado para destruir la presunción de buena fe²⁰¹. Lo mismo cabe decir, respecto de las modificaciones que pueden introducirse en el régimen económico matrimonial²⁰². No podrá oponerse las consecuencias jurídicas del nuevo régimen al tercero, que se entiende plenamente protegido, siempre que sea de buena fe y por tanto, no conociera esos cambios por otros medios.

La utilización del Registro civil, resulta curiosa en este ámbito, pues sirve para dar publicidad a datos que no se refieren estrictamente, al estado civil. Se trata de informar acerca del régimen económico matrimonial²⁰³. Esto es así, por la no existencia de un Registro específico de capitulaciones matrimoniales. Las consecuencias de esta realidad se producen igualmente, a nivel de Derecho Internacional Privado. El sistema español, al igual que otros, reutiliza los Registros existentes, en la medida en que no existe un Registro específico.

²⁰⁰ LACRUZ BERDEJO J. L. "Los capítulos matrimoniales" en *VVAA Elementos de Derecho Civil...op.cit.* p. 306 y "Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral" en *R.C.D.J.* 1963 p. 593 a 608 en especial p. 607 "El tercero debe ser de buena fe -dice el art.77-, es decir, desconocedor de la verdadera situación, o de los hechos que han dado lugar a ella."

²⁰¹ BELLO JANEIRO D. *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Barcelona 1993, p. 597 " - la protección sólo juega frente al tercero de buena fe -art.77-, es decir, desconocedor de la verdadera situación que, aún no mencionada en el RC, se le ha hecho saber, lo que habrá de probarse para destruir la presunción de buena fe (S. AP. de Burgos 14 de junio de 1990)" v. RGD octubre-noviembre 1991, n° 565 y 466 p. 9583 a 9585.

²⁰² STS 10 de marzo de 1998 n° 218/1998 en *R.J.A.* 1998 vol I. 1042 p. 1646 a 1648.

²⁰³ LUCES GIL pone de manifiesto esta cuestión "Estas indicaciones o menciones son un tipo peculiar de asiento, previsto en nuestro ordenamiento registral para dar publicidad a datos que no afectan realmente al estado civil: el régimen económico del matrimonio y sus alteraciones. Estos asientos no tienen valor probatorio y privilegiado propio de las inscripciones. Son asientos de valor informativo." LUCES GIL F. *Derecho Registral Civil*, Barcelona 1991, p. 239.

La mención a la que hace referencia el artículo 1333 es un asiento voluntario, de carácter meramente informativo. En concreto, una indicación registral sobre el régimen económico de la sociedad conyugal, que seguirá las reglas de las inscripciones a falta de normativa especial (art. 266).

Esta indicación da cuenta del otorgamiento de capitulaciones. Con ello, se advierte a los terceros de la existencia de una situación particular. Sin embargo, esa indicación no informa del contenido de ella. Sólo *constará la naturaleza del hecho, la denominación, en su caso, del nuevo régimen matrimonial, el documento auténtico o resolución en cuya virtud se extiende el asiento y, en forma destacada, su carácter de indicación* (art. 266 p. 4).

Resulta significativo que se aluda, en su caso, a la denominación del nuevo régimen matrimonial²⁹. Es evidente, que no se ha pensado en la posibilidad de que la indicación recogiese una capitulación matrimonial, efectuada a la luz del artículo 9.3, que contuviese únicamente un pacto sobre ley aplicable. De cualquier forma, la falta de información acerca del contenido del pacto o capitulación, lleva a la doctrina a concluir que éste sistema de publicidad es insuficiente³⁰. Además, los mecanismos que llevan a conseguir una información completa son de una gran complejidad.

²⁹ La Orden de 24 de diciembre de 1958 recoge las características de "La nota de indicación sobre el régimen matrimonial"

"Indicación.- El matrimonio inscrito, contraído por don...(nombre y apellidos)... y doña..., se halla sujeto al régimen de...(separación de bienes, gananciales, etc., precisando en cada caso lo necesario para la debida publicidad del régimen de bienes), según ('Escritura autenticada por don..., Notario de ..., el día...', o referencia al hecho que determine el régimen de bienes y título que lo acredite.) Se practica el asiento a petición de ...". V. *Legislación sobre el Registro Civil*, Madrid 1996, p. 379

³⁰ V. por todos DIEZ-PICAZO L. y GULLÓN A. *Sistema de Derecho Civil* vol. IV. *Derecho ...op.cit* p. 171, AMOROS GUARDIOLA M. "De las capitulaciones matrimoniales. Artículos 1325 a 1335" en *VVAA Comentarios a las reformas del Derecho de familia* vol. II, Madrid 1984, p. 1515 a 1569, en concreto p. 1561-1562, CABANILLAS SANCHEZ A. "Los sistemas de mutabilidad del régimen económico matrimonial" en *R.D.R* 1986 nº 13 p. 43 a 78, en concreto p. 68.

Primero, se deberá de acudir al Registro Civil en que conste la inscripción del matrimonio, para ello se deberá conocer en qué Registro Civil se realizó la inscripción. Esta operación puede resultar difícil, si se tiene en cuenta la dispersión geográfica de estos organismos.

La consulta de la indicación, permite saber si han existido capitulaciones, e incluso, en determinados casos, la calificación del régimen. Pero si se quiere saber los términos en que el pacto se celebró, se deberá consultar la escritura pública de otorgamiento. Para ello, habrá de acudir al protocolo notarial²⁰⁷ correspondiente.

Salvados todos estos obstáculos, todavía quedará justificar el interés en el conocimiento de esa información. El artículo 266 RRC, establece que sólo se podrá obtener copia de las estipulaciones del régimen económico matrimonial, en los supuestos permitidos por la legislación notarial²⁰⁸. Para ello se deberá acreditar la existencia de un interés legítimo en el documento.

Será labor del notario la apreciación de la existencia de ese interés y por tanto, el derechos a copia²⁰⁹. El notario debe de tener

²⁰⁷ Art. 17 P. 4 de la Ley del notariado "Se entiende por protocolo la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año, y se formalizará en uno o más tomos encuadernados, foliados en letra y con los demás requisitos que se determinen en las instrucciones del caso." v. DELAGADO DE MIGÜEL J. F. *Código Notarial*, Pamplona 1997.

²⁰⁸ El art. 224 del Reglamento notarial dispone "Además de cada uno de los otorgantes, según el artículo 17 de la Ley, tiene derecho a obtener copia, en cualquier tiempo, todas las personas a cuyo favor resulte de la escritura algún derecho, ya sea directamente, ya adquirido por acto distinto de ella, y quienes acrediten, a juicio del Notario, tener interés legítimo en el documento." art. 230 P. 3 "Podrá pedirse copia por carta u otra comunicación dirigida al Notario, y si a éste consta la autenticidad de la solicitud o aparece la firma legitimada y, en su caso, legalizada, expedirá la copia para entregarla a la persona designada o remitirla por correo y certificada al solicitante, sin responsabilidad por la remisión."

²⁰⁹ V. RODRIGUEZ ADRADOS A. "Personas con derecho a copia" en RDN julio-diciembre 1978 p. 223.

en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas del caso concreto. No obstante, la apreciación del interés legítimo se ve facilitada, por la concreción que hace el artículo 266 en su último párrafo³⁰⁰. Se considerará que existe un interés legítimo y por tanto, los notarios deberán expedir copia de las estipulaciones acerca del régimen económico matrimonial, cuando *el solicitante presente un principio de prueba que le acredite como titular de algún derecho patrimonial frente a cualquiera de los cónyuges*.

Todas estas operaciones resultan mucho más complicadas, cuando se trata de contratos celebrados en el marco del Derecho Internacional Privado. Sólo hay que pensar en un tercero extranjero que deba de seguir este proceso, para tener constancia de cual es el régimen económico matrimonial del cónyuge español con el que contrata.

Hace ya mucho tiempo que se detecto, en el ámbito notarial esta problemática. Por ello se pensó que, ante la complejidad que supone la celebración de contratos matrimoniales entre nacionales de diferentes países, debería de crearse certificados de régimen matrimonial exhaustivos³⁰¹. La expedición de dichos certificados, estaría a cargo de órganos corporativos notariales internacionales.

³⁰⁰ Art. 266 p. 8 "Los Notarios expedirán copias de las estipulaciones que afectan al régimen económico matrimonial en los casos permitidos por la legislación notarial y, en particular, a cualquier solicitante que presente un principio de prueba que le acredite como titular de algún derecho patrimonial frente a cualquiera e los cónyuges."

³⁰¹ NAVARRO AZPEITIA V. "Organización de un sistema corporativo notarial internacional, respecto a: 1) legalizaciones.- 2) capacidad civil.- 3) vigencia y contenido de las leyes.- 4) regímenes matrimoniales.- 5) justificación o prueba del título sucesorio testado o intestado: su existencia y contenido", II Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid 1950, en *VVAA Potencias presentadas a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Madrid 1975 p. 359 a 433, en concreto p. 415 a 417. "Estos certificados podrían ser expedidos en términos generales, o bien con especial referencia a una determinada clase de facultades utilizables o de actos realizables por el peticionario, o bien indicando la posible aplicación de los derechos, facultades o limitaciones derivados del régimen matrimonial certificado a una legislación nacional cualquiera." "... habría de ser voluntaria su petición en los interesados, discrecional su emisión por los organismos notariales internacionales y potestativo en éstos el procedimiento previo para librar el certificado."

Se trataría de certificados de régimen matrimonial, que recogiesen no sólo el concreto régimen sino también, las normas fundamentales, la trascendencia en cuanto a los bienes, poder dispositivo de la persona solicitante, capacidad contractual... Esta idea no ha recibido desarrollo, y la consulta del Registro, por todos los argumentos señalados, sigue siendo tortuosa.

El carácter voluntario de la indicación sobre el régimen de bienes, la información insuficiente que proporciona los asientos de indicación, junto a las dificultades en la consulta del Registro: dispersión geográfica y prueba del interés legítimo, han llevado a gran parte de la doctrina a proponer la creación de un Registro nuevo²¹². Se trataría de un Registro central de regímenes económico matrimoniales, que permitiera una consulta rápida y garantizara la eficacia de la publicidad.

Una de las propuestas más antiguas se formuló en el Congreso nacional de Derecho Civil, celebrado en Zaragoza en octubre de 1946, en ella se calificaba de *deseable el establecimiento inmediato de un Registro General de capitulaciones matrimoniales*²¹³. Tiempo después, con ocasión de los debates parlamentarios sobre el proyecto que dio lugar a la ley de 2 de mayo de 1975, de reforma de determinados artículos del Código civil y de comercio, sobre la situación jurídica de la mujer casada y derechos y deberes

²¹² En esta línea v. AMOROS GUARDIOLA M. "De las capitulaciones matrimoniales. Artículos 1325 a 1335" en *VVAA Comentarios a las reformas del Derecho de familia* vol. II, Madrid 1984, p. 1515 a 1569, en concreto p. 1562 CABANILLAS SANCHEZ A. "Los sistemas de mutabilidad del régimen...*op.cit* p. 70) y s.s MORA MATEO J.E. "Publicidad del cambio de régimen económico matrimonial mediante capitulaciones" en *R.G.D.* sep. 1997 p. 10317 a 13051, en concreto p. 10351.

²¹³ Conclusión sexta, párrafo segundo, del Congreso nacional de Derecho Civil celebrado en Zaragoza en octubre de 1946. A favor de la creación de un Registro especial de capitulaciones matrimoniales v. KIPP T. WOLFF M. *Derecho de familia*, vol. I *El matrimonio*, (traducción de la 20ª ed. alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas PÉREZ GONZALEZ B. y CASTAN TOBÉNAS J.), Barcelona 1947, en concreto p. 294-295.

de los cónyuges, se presentaron dos enmiendas²⁰⁴ que tenía por objeto la creación de un Registro técnico que siguiera el precedente de la legislación alemana. En esta línea se proponía una nueva redacción del artículo 1322:

Las capitulaciones matrimoniales y los demás actos o contratos referentes al régimen económico matrimonial, se inscribirán o anotarán en un Registro especial de tal denominación.

Se establecerán en todas las capitales de provincia, con competencia para su territorio, dependientes de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y estará a cargo de los Registradores de la Propiedad.

Además, se establecían las normas para su funcionamiento y se disponía específicamente que los títulos inscribibles que no consten inscritos en tal Registro, no perjudicarán a tercero, quien sin embargo podrá utilizarlos en lo favorable.

En la justificación del nuevo texto se hacía hincapié, en que una vez introducida la posibilidad de modificación de las capitulaciones, venciendo por tanto, el miedo al posible perjuicio o fraude que esto podía entrañar, no se debería de incurrir en la inconsecuencia de no establecer una publicidad técnica operativa²⁰⁵.

Las propuesta de crear ese Registro central, han ido perfilándose en torno a la experiencia alemana, si bien debe configurarse con unas características un tanto diferentes. El Registro alemán ha sido y es, objeto de críticas, estas deberán ser superadas en un intento de lograr un proyecto más satisfactorio. Sin perjuicio de que el

²⁰⁴ Enmienda 71 y 99 presentadas por D. Luis Peralta España y D. José Fernández López de Uralde.

²⁰⁵ En concreto se indicaba que "... no se va a incurrir en la inconsecuencia de no establecer una publicidad técnica, que tan conocida y eficazmente funciona en España a cargo del Cuerpo de Registradores de la Propiedad y dependiente de la Dirección general de Registros y Notariado."

estudio del sistema alemán, nos acerque al fundamento de esta propuesta, se pueden fijar las características de ese hipotético Registro: Registro especial que atendiera los aspectos patrimoniales del matrimonio, esto es, que constarán las escrituras de capitulaciones o modificación de las mismas, al que pudiera acceder cualquier persona, de consulta rápida y eficaz, la inscripción sería obligatoria y no voluntaria y se iniciaría con la expresión del régimen económico matrimonial en que se contraería matrimonio.

Desde la perspectiva de Derecho Internacional Privado, debería de introducirse ciertas correcciones. Sería básico que pudieran inscribirse las capitulaciones, cualquiera que fuera la nacionalidad de los cónyuges o la ley aplicable a su contenido o el lugar en que fueron otorgadas. Bastaría que uno de los cónyuges residiera en España y su régimen económico matrimonial se rigiera por derecho extranjero, para que pudiera instar tal inscripción. Esto permitiría al tercero, una vez que conoce la residencia de la persona casada con la que contrata, consultar el Registro central y obtener, sin problemas, la información que desea. Es lo que ocurre en Alemania, en virtud de la cláusula de garantía que remite a la regulación general de los efectos frente a terceros en el ámbito matrimonial²⁰⁶. Esto exigiría adoptar una cláusula semejante.

Si el sistema se quiere hacer operativo, es fundamental que las inscripciones sean obligatorias. La dinámica para conseguirlo, es que los notarios remitieran los datos del otorgamiento al Registro²⁰⁷. Esta norma supondría que todas las capitulaciones,

²⁰⁶ V. Apartado dedicado a las "Cláusulas de Derecho Internacional Privado dirigidas a garantizar la protección de terceros."

²⁰⁷ AMOROS señala la vía por la cual la inscripción no quedaría a iniciativa de los otorgantes "Ello podría conseguirse imponiendo a los Notarios el deber de remitir los datos del otorgamiento al Registro Civil o al Registro Central, igual que ocurre con el Registro general de Actos de Última Voluntad. El asiento registral correspondiente al acto de capitulaciones, debería de ser una inscripción con plenitud de efectos, y no una mera "indicación". AMOROS GUARDIOLA M. "De las capitulaciones matrimoniales... en op. cit. p. 1562.

otorgadas o modificadas en España, deberían de ser convenientemente inscritas en el Registro.

Resulta sin embargo, muy complicado exigir que la capitulación que se rija por ley extranjera, se inscriba en el Registro de la residencia del cónyuge, máxime cuando el lugar de la residencia no coincide con el de la nacionalidad. En este punto debería bastar, como ahora ocurre en el sistema interno, los efectos de la no inscripción: la no oponibilidad a terceros. Por ello serían los cónyuges los que deberían procurar, por ellos mismos, esa inscripción. Antes no obstante, debería de haberse arbitrado un sistema de información suficiente.

El acceso público al Registro, facilitaría su consulta a toda persona. Ello podría violentar los derechos a la intimidad de los cónyuges, por lo que parece que el justificar cierto interés, tampoco supondría mayores problemas. Sería suficiente rellenar una instancia, en la que se hiciera constar el motivo de la consulta. Más importante resulta la introducción de medios informáticos, que hicieran más fácil y eficaz el sistema de publicidad²⁰⁰. Ello resultaría especialmente importante, en supuestos en que la consulta la realice un tercero extranjero. Podría además, existir una cierta relación entre los diferentes Registros que sería muy útil, en los supuestos de capitulaciones matrimoniales en Derecho Internacional Privado.

El introducir como primer elemento de esa inscripción, el régimen económico bajo el que se contrae el matrimonio, puede ser muy interesante desde la perspectiva del derecho interregional. En este ámbito, se plantea un grave problema originado por la

²⁰⁰ AMOROS GUARDIOLA M. "De las capitulaciones matrimoniales... en *op. cit.* p. 1562, respecto de la informatización de los Registros de la Propiedad v. MARTINEZ SANTIAGO J.M. "En torno a la publicidad registral inmobiliaria" en *R.C.D.I.* 1998. 644 p. 117 a 176, en concreto p. 172 a 176 y LOPEZ MEDEL J. "Organización funcional de los Registros, informatización/información" en *R.C.D.I.* 1988 n.º 645 p. 483 a 492.

falta de conocimiento real, del régimen económico matrimonial. En la práctica es posible que los cónyuges de diferente vecindad civil, desconozcan cual es la ley aplicable al régimen económico de su matrimonio. Su determinación dependerá, a falta de pacto, del correspondiente juego del artículo 16.3 del Código.

Esta laguna podría cubrirse de *lege ferenda*, mediante la utilización del Registro central. Una vez que el matrimonio se inscribe, debería de producirse la publicación automática de la ley que ha de regir los efectos patrimoniales, e incluso del concreto régimen económico matrimonial²⁰. Para ello, se tendrá en cuenta la vecindad civil de cada uno de los cónyuges, la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio y la ley del lugar de celebración del mismo. Todo ello según la aplicación ordenada por el artículo 9.2 y 16.3.

La especificación del régimen económico matrimonial concreto, puede resultar muy útil en los supuesto extremos en que debería jugar el último párrafo del artículo 16. En concreto, cuando los criterios del artículo 9.2, supusieran la aplicación de una ley extranjera entonces, según dispone el artículo 16, resultara aplicable el Código Civil. Se aplicará, en especial, *el régimen de separación*

²⁰ Esta problemática ha sido especialmente puesto de relieve por los notarios ast ROMERO HERRERO, de forma muy gráfica, trata de buscar una solución que quizás, se encontraría en la inscripción obligatoria en ese Registro especial, cuya creación se ha postulado "El Registro civil, registro encargado de publicar todos los datos referentes a las personas físicas, debería tener en cuenta un momento esencial como es el momento del matrimonio, y a la vez que se inscribe ese matrimonio, determinar en ese momento por el procedimiento que sea que ese matrimonio, celebrado el día 1 de marzo del año 1996 por Don Pepito y Doña Juanita, ambos de vecindad civil, o él de vecindad civil catalana y ella de vecindad civil aragonesa, o como sea, está sujeto a tal ley y al régimen económico de su matrimonio es tal. Esto se publica y produce efectos con relación a terceros, y no por meras manifestaciones." v. Coloquio correspondiente a la ponencia de ZABALO ESCUDERO E. "La reforma del Derecho Civil aragonés: El marco constitucional" en *VVAA Actas de los Sextos encuentros del foro de Derecho aragonés. Zaragoza 5, 12, 19 y 26 de noviembre de 1996*, Zaragoza 1998, p. 39 a 51, en concreto p. 56-57.

de bienes del Código Civil si conforme a una y a otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación.

De esta forma se lograría la necesaria seguridad en el tráfico que hoy, no existe en esta ámbito. Una inscripción de la ley aplicable al régimen económico, de una pareja que no ha pactado capitulaciones matrimoniales, no es posible en la actualidad. Por más, que el artículo 9.2 permita a los cónyuges de diferente vecindad civil, elegir la ley rectora de los efectos generales del matrimonio, en documento auténtico otorgado antes de la celebración de aquél.

3.B) 1ª Medidas de publicidad particulares

3 b) 1 ª A. Inscripción en el Registro de la propiedad

El artículo 1333 del Código dispone que las capitulaciones matrimoniales, así como los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio, siempre que *afecten a inmuebles se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y en los efectos previstos en la Ley Hipotecaria.*

Al igual que ocurría con la publicidad que éste precepto establecía respecto del Registro Civil, la terminología empleada es de carácter claramente imperativo. En consecuencia debería de entenderse, en principio, que el sistema de publicidad arbitrado es obligatorio. Esta conclusión sin embargo, es contradictoria con la regulación que, en este punto, ofrece la legislación hipotecaria. El artículo 75 del Reglamento Hipotecario (en adelante R.H), señala *como de conformidad con el artículo 1333 del Código Civil, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad las capitulaciones matrimoniales en cuanto contengan respecto a bienes inmuebles o derechos reales determinados, algunos de los actos a que se refiere los artículos 2 de la Ley y 7 de este Reglamento.*

En realidad los dos preceptos establecen un sistema de inscripción voluntario. Lo que ocurre es que el Código señala la obligatoriedad en la línea prevista en la legislación hipotecaria, esto es, como condición necesaria para la producción de efectos frente a terceros. El origen de esta "aparente" contradicción, como ha señalado parte de la doctrina, se encuentra en una deficiente redacción del artículo 1333, que podría haber indicado sólo la posibilidad de tomar razón. Además, esta expresión no clarifica cual debe ser la concreta publicidad pues alude, en general a cualquier forma de constancia registral²²¹.

De nuevo se utiliza un Registro de naturaleza extraña al contenido de la inscripción. Se trata de un Registro de bienes y no de personas y mucho menos de capitulaciones matrimoniales²²². LACRUZ señalaba la falta de adecuación de este Registro para contener inscripciones de pactos o capitulaciones²²³. No obstante, hay que tener en cuenta que no se inscribe en el Registro de la Propiedad las capitulaciones, como un conjunto de reglas especifi-

²²¹ V. por todos PRESA DE LA CUESTA A. "Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad" en *R.C.D.J.* 1984 II, p. 1221 a 1232, en concreto p. 1223-1224 AMOROS GUARDIOLA M. "De las capitulaciones matrimoniales..." en *op. cit.* p. 1561, MORA MATEO J.E. "Publicidad del cambio de régimen económico matrimonial..." *op. cit.* p. 10339 a 10346, en especial p. 10339-10340.

²²² En este sentido CHICO Y ORTIZ señala "Es bien cierto que el Registro de la Propiedad no se lleva por 'capítulos matrimoniales', sino por fincas y de ahí que al referirse la legislación a la posible inscripción de los 'capítulos' está expresando la posibilidad de que en los asientos referentes a las fincas pueden -y a veces debenhacerse constar los pactos y estipulaciones contenidos en los capítulos que afecten a los respectivos bienes." CHICO Y ORTIZ J.M. "El Derecho de familia y el Registro de la Propiedad" en *R.G.L.J.* oct. 1978 p. 343 a 373, en concreto p. 361.

²²³ LACRUZ BERDEJO J. L. "Los capítulos matrimoniales" en *VVAA Elementos de Derecho Civil...op.cit.* p. 299 -230 y "Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral" en *R.C.D.J.* 1963 p. 593 a 608 en especial p. 594 "El Registro de la Propiedad, en sí, es inepto para publicar los regímenes matrimoniales, pues se halla referido a los derechos concretos sobre inmuebles, y no a las normas hipotéticas que rigen la asociación de unos cónyuges."

cas que regularán la economía familiar. La entrada en el Registro, esta mediatizada por la influencia de aquellas en los inmuebles. Por tanto, se inscribirán si constituyen transmisiones de derechos sobre inmuebles entre cónyuges o como complemento de un negocio dispositivo inscribible etc.²²³

Desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, la regulación del sistema de publicidad del Registro de la Propiedad, ofrece pocos problemas para la adaptación de esta normativa interna a los supuestos de tráfico internacional. Esto es así, porque prevé la inscripción de bienes de los cónyuges y de la sociedad conyugal, aún cuando se rigieran por normativa extranjera y con independencia de la nacionalidad de los cónyuges²²⁴. El Reglamento Hipotecario dedica el artículo 92 a esta cuestión. *Cuando el régimen económico-matrimonial del adquirente o adquirentes casados estuviere sometido a legislación extranjera, la inscripción se practicará a favor de aquél o aquellos haciéndose constar en ella que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste si costare.*

Se podría plantear algún problema, en el caso en que no se pudiera dar una denominación al régimen económico. Ello podría ocurrir, en el supuesto en que los cónyuges hayan pactado un régi-

²²³ DIEZ-PICAZO L. y GULLON A. *Sistema de Derecho Civil* vol. IV. *Derecho ...op.cit* p. 172 "Sólo serán inscribibles los capítulos en cuanto constituyen transmisiones o atribuciones de derechos sobre los inmuebles de un cónyuge a otro o de terceros a favor de cualquiera de ellos, o como complemento de otro negocio dispositivo inscribible para determinar la naturaleza de los bienes a los que afecta y las facultades del cónyuge o cónyuges que disponen de los mismos."

²²⁴ Nada parece oponerse a la inscripción de capitulaciones otorgadas por extranjeros en el extranjero, siempre que se trate de bienes inmuebles sitos en España. v. art. 31-9º RH Resolución de 10 de enero de 1973 de la D.G.R.N. v. AGUILAR BENITEZ DE LUGO M. "Los efectos del matrimonio" en *VVAA Lecciones de Derecho Civil internacional*, Madrid 1996, p. 167. GIMENO Y GOMEZ-LAFUENTE J.-L. "La publicidad de las capitulaciones en Derecho Internacional Privado" en *R.C.D.I.* 1979-II p. 669 a 786, en especial p. 777 a 780.

men que no se correspondiese, en conjunto, a ninguno de los regulados, o en el supuesto en que sólo se hiciera elección de ley aplicable. En estos supuestos podría ser suficiente un sistema de referencia²⁰⁵.

El acta de inscripción contendría la referencia de las capitulaciones, en cuanto a la inscripción en las que constasen. No hay que olvidar la exigencia del artículo 266 del RRC de expresar el Registro Civil, tomo y folio en que constaba inscrito o indicado el hecho. En defecto de esta inscripción, podría bastar la indicación del Registro en que se inscribieron tales capitulaciones, aún en el supuesto en que sea un Registro extranjero, y si se tratase únicamente de un pacto de ley aplicable, señalar cual es.

El aperturismo que muestra la legislación hipotecaria, al permitir la inscripción de capitulaciones regidas por ley extranjera, e incluso pactadas por extranjeros en el extranjero, siempre que afecten a bienes inmuebles situados en España, se ve cortada por la influencia de la legislación del Registro civil en este ámbito.

Como ya se ha señalado el art. 266 RRC, impide la toma de razón en el Registro de la Propiedad, sin que anteriormente se haya inscrito o anotado en el Registro Civil²⁰⁶. ¿Qué ocurrirá si esto

²⁰⁵ Así lo ha entendido PRESA DE LA CUESTA A. "Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad" en R.C.D.I. 1984 II, p. 1221 a 1232, en concreto p. 1224 "Además desde el punto de vista práctico, el sistema de referencia ofrece una indudable ventaja: poner en conocimiento del funcionario calificador, a través de la última inscripción, la existencia de los capítulos, impidiendo así un posible descuido."

²⁰⁶ Con anterioridad a la aprobación de este artículo (RD 1917/86 de 26 de agosto), se planteaba el problema de la oponibilidad de las capitulaciones matrimoniales no mencionadas en el Registro Civil, pero de las que se había tomado razón en el Registro de la Propiedad. La STS de 23 de noviembre de 1984, (Aranzadi 5657) resuelve un supuesto de Derecho civil aragonés, en el que señala que no puede ser obstáculo para la oponibilidad a terceros derivada del Registro de la Propiedad, la falta de constancia en el Registro Civil del régimen *v. BELLO JANEIRO D. La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge...* en *op. cit.* p. 598-599.

no es posible? y no lo será, como se verá más adelante, cuando se trata de capitulaciones pactadas en el extranjero por extranjeros²²⁷. En este supuesto ¿podrá igualmente producirse la inscripción, obviando la referencia imposible al Registro Civil?. La solución práctica a este problema pasaría por admitir esta inscripción, en cumplimiento del objetivo de la publicidad registral: la producción de una cognoscibilidad general²²⁸.

Aún podría plantearse otro tipo de problemas, ¿qué ocurre si no existe inscripción en el Registro de la Propiedad pero sí en el Registro Civil o bien falta tal publicidad en este último Registro²²⁹? o si ¿la inscripción del Registro de la Propiedad no

²²⁷ En general "El incumplimiento de los requisitos de publicidad determinará la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales frente a terceros, o lo que es lo mismo la inoponibilidad frente a terceros de la escritura de capitulaciones matrimoniales." CUTILLAS TORNS "Inoponibilidad a terceros de la escritura de capitulaciones matrimoniales que afecten a bienes inmuebles" en *La Ley* 1985-4 p. 1063 a 1069, en concreto p. 1069.

²²⁸ V. concepto de publicidad registral inmobiliaria MARTINEZ SANTILAGO J.M.^e "En torno a la publicidad registral inmobiliaria" en *R.C.D.I.* 1998. 644 p. 117 a 176, en concreto p. 143 "La exteriorización continuada y organizada de situaciones jurídicas de trascendencia real para producir cognoscibilidad general 'erga omnes' con ciertos efectos jurídicos sustantivos sobre la situación publicada".

²²⁹ Respecto de las modificaciones en el sistema de publicidad adoptado en España el TS ha señalado que "si falta esta publicidad del Registro Civil o está en discordancia con lo que resulta de la "toma de razón" en el Registro de la Propiedad cuando, como consecuencia del nuevo régimen económico matrimonial, las capitulaciones matrimoniales afectan a inmuebles, sin perjuicio de las posibles responsabilidades en que hayan podido incurrirse, los terceros de buena fe especialmente protegidos por el Registro inmobiliario, no verán alterada su posición jurídica. Mas ello no significa (...) que los terceros, en general, estén, concernidos y obligados, por la publicidad del Registro inmobiliario al margen de lo que resulte del Registro Civil, que es, en definitiva, el que hace público para todos el Régimen económico modificado." STS 10 de marzo de 1998 n^o 218/1998 en *R.J.A.* 1998 vol I. 1042 p. 1646 a 1648, en concreto p. 1647.

se corresponde con la realidad?²³⁰. El ámbito del Derecho inter-regional, constituye un campo idóneo para el planteamiento de estos últimos problemas²³¹. El desconocimiento, al que antes se aludía, del régimen rector de la economía de cónyuges de diferente vecindad civil, puede ocasionar que se haga una manifestación errónea fruto de la ignorancia de los propios cónyuges, por ejemplo en el momento de efectuar la inscripción voluntaria.

La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca²³² dio por probado, que dos cónyuges estaban casados bajo el régimen de comunidad de bienes del Código Civil, a partir únicamente de las manifestaciones en este sentido de uno de los cónyuges, contenidas en las escrituras de compra-venta del inmueble litigioso y de constitución de una hipoteca sobre el mismo. El supuesto de hecho presentaba elementos que

²³⁰ El problema de la protección de terceros y de los terceros hipotecarios, ha dado lugar a una abundante doctrina civilista. Para un acercamiento general v. MORA MATEO J.E. "Publicidad del cambio de régimen económico matrimonial..." *op. cit.* p. 10341 a 10343 BELLO JANEIRO D. *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge...* en *op. cit.* p. 599 a 601.

²³¹ ROMERO HERRERO plantea como es frecuente en la práctica, que se haga una manifestación del régimen económico matrimonial errónea, ello puede suceder en una escritura de compra venta por ejemplo "El error, frecuente en la práctica..., es que si Don X y su esposa llevan residiendo en Cataluña más de veinte años, por ejemplo, pueden pensar que están casados bajo el régimen de separación de bienes, y así lo hacen constar el esposo en el caso planteado." El problema está en determinar si la fe pública del Registro ampara esa inexactitud, si el tercero está protegido por la fe pública, si puede considerarse tercero hipotecario... ROMERO HERRERO H. "Determinación del régimen económico matrimonial. Conflictos interregionales." en *R.J.N* abril-junio 1995 p. 91 a 157, en especial apartado IV 1. "El régimen económico matrimonial y el principio de la fe pública registral" p. 137 a 141. Coloquio correspondiente a la ponencia de ZABALO ESCUDERO E. "La reforma del Derecho Civil aragonés: El marco constitucional" en *VIIA Actas de los Sextos encuentros del foro de Derecho aragonés. Zaragoza 5, 12, 19 y 26 de noviembre de 1996, Zaragoza 1996*, p. 39 a 51, en concreto p. 55-56.

²³² Sentencia de 23 de diciembre de 1994 (sección cuarta) R.E.D.I vol. XLVIII (1996), 2 p. 302-303 v. Comentario ARENAS GARCIA p. 303 a 306.

podían generar dudas respecto de aquella afirmación, a saber, matrimonio entre nacional alemana y nacional español, este último natural de Barcelona y contrato sobre bien inmueble situado en Mallorca.

Es obvio, que la creación de un Registro especial de capitulaciones matrimoniales de las características expuestas, pondría fin a estos problemas. La inscripción en el Registro de la Propiedad, podría hacerse por simple referencia al Registro especial, al que accederían las capitulaciones de extranjeros otorgadas en el extranjero, y respecto de las cuales se planteaba el problema. La inscripción también, en el Registro especial, de la ley rectora y del concreto régimen matrimonial, en los casos en que no se hubiera pactado capitulaciones matrimoniales, ofrecería un conocimiento suficiente a los cónyuges, que evitaría la producción de las distorsiones señaladas.

3. b) 1ª B. Inscripción en el Registro Mercantil

El sistema de publicidad registral establecido en el Derecho interno español, se completa con la publicidad en el Registro Mercantil de las capitulaciones matrimoniales. Para ello se requiere que uno o ambos cónyuges sean comerciantes.

Pese a que el Código Civil en su artículo 1333, no haga mención a esta publicidad, la misma deriva del Código de Comercio. En concreto, el artículo 22.1 de este cuerpo legal dispone que, *en la hoja abierta a cada empresario individual se inscribirán... las capitulaciones matrimoniales, así como las sentencias firmes en materia de nulidad, de separación y divorcio*. Asimismo, el artículo 92 del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante RRM) establece que, cuando se trate de personas casadas, *la inscripción primera expresará...3º El régimen económico del matrimonio legalmente aplicable o el que resulte de capitulaciones otorgadas e inscritas en el Registro Civil*²⁰.

²⁰ Para un acercamiento a los antecedentes históricos v. GARCIA VILLAVERDE R. "El ejercicio del comercio por persona casada" en R.D.M 1982 165-166 p. 497 a 534, en concreto p. 499 a 502.

Como ocurría en la publicidad inmobiliaria y en la derivada del Registro civil, podría pensarse que la publicidad mercantil es obligatoria. A ello parece inducir la utilización de las expresiones *se inscribirán, expresarán*. Sin embargo, y al igual que ocurrían en los supuestos anteriores, la publicidad es voluntaria. Lo cierto es, que la misma inscripción de los empresarios individuales en el Registro Mercantil es potestativa, con lo que es lógico que también lo sea la concreta inscripción de las capitulaciones. No obstante, existe una especie de "presión indirecta"²²⁴ que induce la inscripción, y tiene su origen en el mismo Código de Comercio. Si el empresario individual no está inscrito no podrá solicitar, en consecuencia, la inscripción de ningún documento, ni aprovecharse por tanto, de sus efectos legales²²⁵.

Desde la perspectiva de Derecho Internacional Privado, se reproduce la problemática planteada respecto de la publicidad inmobiliaria. Los extranjeros podrán ejercer el comercio en España²²⁶ y al inscribirse en el Registro mercantil, deberán de hacer constar sus capitulaciones matrimoniales, las cuales pudieran haberse otorgado en el extranjero conforme a ley extranjera.

¿Cómo podrá realizarse esta inscripción, cuando el artículo 92 del RRM exige, a su vez, la inscripción en el Registro Civil²²⁷ y

²²⁴ BELLO JANEIRO D. *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge...* en op. cit. p. 602.

²²⁵ Artículo 19.1 del Código de Comercio "La inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los empresarios individuales, con excepción del naviero.

El empresario individual no inscrito no podrá pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil ni aprovecharse de sus efectos legales."

²²⁶ Art. 15 del Código de Comercio "Los extranjeros y las compañías construidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España; con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiere a su capacidad para contratar, y a las disposiciones de éste Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación".

²²⁷ En concordancia con el art. 266 RRC.

esta no es posible en el supuesto de referencia?. De nuevo se plantea una contradicción que quizás debiera salvarse, realizando la inscripción para satisfacer la finalidad de publicidad, que a estos efectos se traduce en una efectiva oponibilidad frente a terceros, de lo dispuesto en capitulaciones, con independencia de dónde fueron otorgadas éstas.

Las capitulaciones matrimoniales podrán ser oponibles a terceros, desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro mercantil. Este hecho determinará su efectividad, frente a terceros de buena fe²⁸. El problema que se podría plantear es que las capitulaciones fueran inscritas en el Registro Civil y no en el Registro Mercantil. En este supuesto, puede pensarse que la falta de inscripción no tiene relevancia siempre que conste en el Registro Civil²⁹.

Esta afirmación se deduce del carácter potestativo de la inscripción. El que no conste aquella, no significa que el comerciante no haya pactado capitulaciones matrimoniales. Por ello, y pese a que no figuren las capitulaciones inscritas en el Registro Mercantil (porque tampoco figura inscrito en tal Registro el cónyuge empresario³⁰),

²⁸ Así lo dispone el artículo 21.1 del Código de Comercio "Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción."

²⁹ v. SANCINENA ASURMENDI C. *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Madrid 1995, p. 78 a 88, en especial p. 81 a 85

³⁰ SANCINENA señala como "... la inscripción del régimen económico matrimonial del comerciante en el Registro Mercantil no es obligatoria, por cuanto la primera inscripción del comerciante es potestativa, de modo que, en consecuencia, son también potestativas la inscripción de sus datos. Sin embargo, cuando el comerciante figure en el Registro Mercantil, si será necesario inscribir en la hoja abierta su régimen económico matrimonial." SANCINENA ASURMENDI C. *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Madrid 1995, p. 78 a 88, en especial p. 81.

deberá de producirse su oponibilidad siempre que aparezcan debidamente, indicadas en el Registro Civil²⁰.

Respecto de las posibles distorsiones entre el Registro Civil y el Mercantil, prevalecerá la publicidad del primero, por la necesidad de previa inscripción en el Registro Civil²¹ (requisito generador del problema de Derecho Internacional Privado).

De cualquier forma y siempre desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, sería más satisfactorio que la persona extranjera que ejerciera actividades comerciales en España, inscribiera sus capitulaciones en el Registro especial, con independencia de que también se efectuase la inscripción en el Registro Mercantil. Se conseguiría así, que pudiera efectivamente, inscribirse la capitulación celebrada en el extranjero entre extranjeros y que pudiera ser oponible a terceros. Con ello se lograría la seguridad en el tráfico jurídico, que debería de verse reforzada, por la efectiva inscripción en el Registro Mercantil.

Esta solución es también formulada en la cláusula alemana (art. 16). Basta que uno de los cónyuges ejerza su actividad profesional en territorio alemán, y los efectos patrimoniales de su matrimonio se sometan al derecho de otro Estado, para que se abra la posibilidad de inscripción en el Registro de Bienes. El objetivo que se trata de conseguir con ello, es que una vez producida la inscripción, el cónyuge que ejerce su actividad profesional en Alemania, pueda oponer su capitulación al tercero con el cual realiza un negocio jurídico determinado. Por otra parte para el tercero, como se verá a continuación, será fácil la comprobación de éste extremo.

²⁰ MORA MATEO J.E. "Publicidad del cambio de régimen económico matrimonial... op. cit. p. 10348 "De ello se infiere que, en tal caso, no se generan los efectos de inoponibilidad previstos en la ley mercantil, sino que serán oponibles en cuanto consten indicadas en el Registro Civil. Esta es pues una diferencia sustancial entre el sistema de publicidad hipotecario y el mercantil."

²¹ SANCIÑENA ASURMENDI C. *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Madrid 1995, p. 78 a 88, en especial p. 82 nota 201.

3.b) 2. Disposiciones de Derecho Internacional Privado: análisis del sistema alemán

Junto a la práctica seguida en países como España de reutilizar los Registros existentes para, a través de ellos, dar publicidad a los pactos o capitulaciones matrimoniales, existe una técnica distinta que consiste en la creación de un Registro especial de capitulaciones. Son varios los países que optan por este sistema, Suiza, Holanda, Portugal.

La utilización de esos Registros no significa sin embargo, que se tenga especial cuenta de la posible inscripción en ellos, de capitulaciones celebradas en el marco de Derecho Internacional Privado. Más en concreto, no supone que en los diferentes ordenamientos jurídicos, se incluya alguna norma de protección de terceros, mediante el correspondiente acceso al Registro especial.

Esto es, no obstante, lo que sucede en Derecho alemán. Como ya se ha tenido ocasión de estudiar, la cláusula de protección de terceros contenida en el art. 16 logra, mediante la remisión al sistema de publicidad interno, una importante seguridad en el tráfico jurídico³⁰. En concreto, permite proteger a los terceros de buena fe, a la par que facilita la prueba de la existencia de capitulaciones o pactos, aún en el supuesto en que se les aplique un derecho extranjero y fueran celebrados en el extranjero. Consigue además, que no exista incertidumbre sobre qué Registro consultar o a qué Registro acudir para inscribir las capitulaciones y conseguir así, su oponibilidad.

Son dos los elementos que deben concurrir, para que la protección de terceros del artículo 16 despliegue sus efectos. Primero, es necesario que el régimen económico matrimonial se someta al derecho de otro Estado y en segundo lugar, se requiere que uno de los cónyuges tenga su residencia habitual en Alemania

³⁰ REVILLARD M.L. *Droit international privé et pratique notariale*, Paris 1983, p. 50.

o bien, ejerza una actividad profesional. Es éste último elemento, el que determina la atracción del pacto o capitulación al sistema de publicidad alemán.

En estos supuestos se aplica expresamente el artículo 1412, que arbitra el sistema de protección de terceros en Derecho interno. Por tanto, sólo podrán los cónyuges oponer excepciones frente a un tercero, en relación con un negocio jurídico celebrado entre uno de ellos y el tercero, si el contrato matrimonial estaba inscrito en el juzgado de 1º instancia competente, o si tal contrato matrimonial se le dio a conocer al tercero, cuando fue realizado el negocio jurídico.

Ya se ha postulado anteriormente, que sería deseable de *lege ferenda*, la adopción de una cláusula semejante en el Derecho Internacional Privado español. No obstante, la concurrencia de una pluralidad de Registros y el complicado sistema de publicidad existente en la actualidad, haría que la hipotética cláusula perdiera efectividad. En realidad, el motor de arranque del sistema alemán es la existencia de un Registro especial, que tiene por objetivo la inscripción de contratos matrimoniales, sus modificaciones así como, la inscripción de regímenes patrimoniales extranjeros tanto legales como contractuales²⁴⁴.

Se trata del llamado Registro de bienes matrimoniales *güterrechtsregister*. El artículo 1558 del BGB establece la competencia para las inscripciones. El juzgado de 1ª instancia²⁴⁵ en el que uno de los cónyuges tenga su residencia habitual, será competente para la inscripción en el *güterrechtsregister*. Esta competencia se extiende a

²⁴⁴ Sobre los hechos inscribibles en el Registro de bienes alemán v. VVAA *Mündener Rechts-Lexikon*, band 2, München 1987 p. 312.

²⁴⁵ Dentro de la jurisdicción ordinaria alemana, en la jurisdicción civil el juzgado de 1ª instancia, se corresponde con el *Amtsgericht* (ag).

la inscripción del régimen económico matrimonial extranjero, que deberá de ser igualmente, registrado.

Se trata de un Registro público de libre acceso, en el que toda persona está legitimada para su consulta y para solicitar, en su caso, copias de sus inscripciones (art. 1563)²⁶. Esto facilita el acceso de los terceros a esta información, frente a sistemas como el español en que debe de justificarse su interés.

La protección arbitrada por éste sistema, al tercero que puede confiar en lo inscrito en el *güterrechtsregister*, se basa en una serie de presupuestos, que tienen como condición fundamental, la buena fe de aquél²⁷. No es suficiente, que el régimen de bienes extranjero no esté inscrito en el Registro competente, se exige que el tercero al concluir el contrato, no sepa que el régimen económico de los cónyuges se rige por ley extranjera. En caso contrario no jugará la buena fe. En el supuesto en que se haya efectuado la correspondiente inscripción, se romperá la protección del tercero, aunque este no haya consultado el Registro. Es lógico, que la buena fe no cubra supuestos de negligencia.

Se exige además, que el negocio jurídico se haya llevado a cabo en Alemania. Este requisito no deriva directamente de la norma, pero es acorde con la finalidad protectora de aquella. La residencia o el ejercicio de una actividad profesional, por parte de

²⁶ Art. 1563 "Die Einsicht des Registers ist jedem gestattet. Von den Eintragungen Kann eine Abschrift gefordert Werden; die Abschrift ist auf Verlangen zu beglaubigen"

²⁷ La protección de la buena fe exige los siguientes presupuestos: que al menos uno de los cónyuges, cuyo régimen económico matrimonial se rige por Derecho extranjero, tenga su residencia habitual en Alemania o realice allí su oficio, que el régimen económico matrimonial extranjero no esté inscrito en el Registro de bienes correspondiente, que el tercero al concluir el contrato no sepa que los cónyuges tienen un régimen extranjero, y por último, que el negocio jurídico se realice en Alemania. V. SCHOTTEN G. "Der Schutz des Rechtsverkehrs im Internationalen Privatrecht" en *DNofZ* 1994 p. 670 a 685, en concreto p. 675.

uno de los cónyuges en Alemania, desencadena este mecanismo respecto de los negocios que se celebren en territorio alemán. Si el negocio se celebrara en otro lugar ¿qué poder de atracción conservarían el hecho de la residencia o del desarrollo de una actividad profesional en Alemania de un extranjero?

La protección de la buena fe, si se cumplen todos los requisitos para que juegue, implica que los cónyuges no podrán oponer excepciones frente a terceros, que deriven de su régimen económico matrimonial regido por ley extranjera. Se produce entonces, un uso ficticio del régimen de bienes legal alemán y por tanto, sólo podrán oponer las excepciones correspondientes a él (art. 1365)²⁸.

La articulación de este sistema en torno al Registro de bienes, ofrece un flanco muy débil. En realidad, este Registro que ha inspirado a la doctrina española desde hace mucho tiempo, es tan poco utilizado, que la propia doctrina alemana ha discutido sobre la posibilidad de su eliminación²⁹. Son básicamente dos los factores que determinan el escaso uso del *güterrechtsregister*³⁰. Por una lado, y al igual que ocurre en España, es poco frecuente la realización de contratos matrimoniales, en comparación con los matrimonios que siguen el régimen legal. Al ser tan escasos los pactos matrimoniales su inscripción también, lo es. La consecuencia de este hecho es que los terceros, pocas veces optan por consultar el Registro. Aquellos confían en que el régimen rector sea el legal alemán, lo cual es cierto la mayoría de las veces.

Lo mismo parece ocurrir respecto de la inscripción de capitulaciones matrimoniales, conforme a ley extranjera. Estos pactos son

²⁸ Para un acercamiento general al régimen legal alemán y a las limitaciones a la disposición del patrimonio derivadas del art. 1365 y 1369 BGB v. SCOTTEN G. "Alemania" en VVAA *Problemas notariales a nivel internacional*, Würzburg 1995, p. 1 a 22, en concreto p. 15-16.

²⁹ Reithmann en DNotZ 1961 p. 3 y 16 y DNotZ 1979 p. 67 a 74.

³⁰ V. KANZLEITER "1558" en VVAA *Münchener Kommentar- Band 7, Familienrecht I*, München 1993, p. 766 a 769, en concreto p. 766-767.

relativamente, poco frecuentes. La situación por otro lado, puede verse agravada por las particularidades del Derecho Internacional Privado en esta materia, ya que pueden crearse apariencias que confundan a los terceros. Esto ocurrirá en los supuestos en que los cónyuges son nacionales alemanes, pero deciden elegir la ley de la residencia habitual de uno de ellos, que podría ser extranjera. Los terceros pueden no sospechar, ya no que hayan celebrado un contrato matrimonial, sino que éste se regirá conforme a ley extranjera.

Lo mismo cabe el planteamiento del supuesto contrario. Uno de los indicios más claros, para sospechar que el régimen de bienes de la persona casada con la que se contrata, podría regirse por ley distinta de la alemana, es que su nacionalidad fuera extranjera. Sin embargo, de este hecho no puede derivarse el conocimiento del régimen pues, puede perfectamente seguir el régimen de bienes alemán²¹.

Estas contingencias hacen que este Registro en realidad, no proteja la buena fe de los terceros, en la medida en que ni se inscriben, por los cónyuges, los contratos matrimoniales, sus modificaciones... ni se consulta por los terceros²². La vía para conseguir que el *güterrechtsregister* fuera operativo, debería de pasar por hacer obligatoria la inscripción. Sólo si la inclusión de los eventos relativos a la economía matrimonial, condicionará la validez misma de ellos, se lograría su deseable utilización. Esto podría llevar consigo inconvenientes que quizás, no mereciera la pena asumir en el sistema alemán²³.

²¹ SCHOTTEN señala cómo el conocimiento de la nacionalidad extranjera no se puede equiparar al conocimiento del estatus existente en relación con el régimen de bienes SCHOTTEN G. "Der Schutz des Rechtsverkehrs im Internationalen Privatrecht" en *DNrZ* 1994 p. 670 a 685.

²² KANZLEITER "1558" en *VVAÄ Münchner Kommentar- Band 7, Familienrecht I*, München 1993, p. 766 a 769.

²³ KANZLEITER alude a los inconvenientes que supondría la implantación de una obligación registral KANZLEITER "1556" en *VVAÄ Münchner Kommentar- Band 7, ...* cit. p. 767, especial nota 5.

El planteamiento en España de la creación de un Registro especial no obstante, parece que debería de seguir esta línea. Se trataría de lograr que el esfuerzo que supondría crear un Registro *ex novo* se viera, de alguna manera, recompensado por su efectividad. La manera más directa para conseguir esto, es su amplia utilización.

La cuestión se complica, como ya se apuntaba anteriormente, cuando se trata de personas cuyos regímenes económicos se rigen por leyes extranjeras y de hecho, sólo residen en el país. En estos casos, es muy difícil arbitrar un sistema obligatorio de publicidad. El hacerlo supondría que los cónyuges podrían desconocer esta posibilidad y no poder oponer su régimen a un tercero, por no haber efectuado la inscripción. Sería preciso por tanto, un buen sistema de información que probablemente, podría ser vertebrado en torno a la figura del notario.

Como ya se ha señalado las inscripciones, en el sistema alemán, se realizarán en el Juzgado de 1ª instancia del municipio, en el que tenga su residencia habitual uno de los cónyuges. Este sistema plantea problemas en la práctica porque ¿qué ocurrirá si los cónyuges tiene más de una residencia? y ¿si uno o ambos deciden trasladar esa residencia?

La solución está en realizar las inscripciones, en todos aquellos Registros que resulten competentes. En el supuesto de traslado de la residencia, se deberá de volver a inscribir en el Registro correspondiente a la nueva residencia²⁴. De esta forma se podrá oponer al tercero el contrato o modificación y a su vez, el tercero se verá protegido por la publicidad.

Este mecanismo sería mucho más sencillo, en el supuesto de implantación en España de un Registro central. Los cónyuges deberían de realizar una única inscripción, y los terceros no tendrían dudas de dónde acudir. Téngase en cuenta, que desde la

²⁴ SCHOTTEN G. "Der Schutz des Rechtsverkehrs im... *op. cit.* p. 676.

perspectiva internacionalista, será mucho más fácil saber el lugar de la residencia habitual en cuanto país de residencia, que el lugar concreto de ese país en el que se reside.

Por último se debe señalar, otro aspecto muy importante desde el punto de vista del Derecho Internacional privado. En el Registro de bienes alemán se podrá inscribir, no sólo el contrato matrimonial regido por ley extranjera, sino también el régimen de bienes legal extranjero. Con ello se trata de facilitar información a un tercero, acerca de un régimen que probablemente no conociera. Si por ejemplo, los cónyuges tienen nacionalidad común y jamás han hecho pacto alguno, se entenderá que su régimen será el legal, según la ley de su nacionalidad. Sin embargo, puede resultar difícil para los terceros conocer esta circunstancia. Si por el contrario se efectúa la inscripción, el tercero no podrá alegar buena fe para evitar la oponibilidad de aquel. El artículo 16 concluye precisamente, con esta previsión. El régimen legal extranjero de bienes del matrimonio equivale a un régimen pactado de bienes. Con ello se completa por tanto, el mecanismo de publicidad, que incluye no sólo el régimen convencional sino también, el legal²⁹.

El hipotético Registro especial que podría crearse en España, debería contener una previsión similar. La inscripción se iniciaría con el régimen matrimonial inicial, aún en el supuesto de no celebrarse capitulaciones, en cuyo caso sería el legal. Esta medida, ya se ha visto, cómo evitaría la ignorancia que sobre este tema tiene, muchas parejas de diferente vecindad civil.

²⁹ Respecto al sistema establecido en Derecho italiano para la publicidad de los derechos reales sobre bienes inmuebles art. 58, BALLARINO señala la falta de una previsión parecida a la establecida en Derecho alemán "Questa disposizione (...) non è pienamente soddisfacente, perché la lex rei sitae prevede normalmente un regime di pubblicità per le convenzioni matrimoniali, mentre non è prevista una pubblicità ad hoc per i regimi legali previsti da una legge straniera. A questo scopo, l'art. 16 dell'EGBCB tedesco equipara espressamente il regime legale dei beni previsto da una legge straniera ad un regime convenzionale, mentre la legge italiana tace sul punto." BALLARINO T. *Diritto internazionale...* op. cit. p. 416-417

Igualmente, el Registro debería de abrirse para la inscripción de regímenes legales extranjeros. Bastaría que un cónyuge residiera en España, para que pudiera efectuar la correspondiente inscripción. Ello le aseguraría la oponibilidad de su régimen a terceros y a su vez, estos tendrían conocimiento de aquél evitándose así, posibles situaciones fraudulentas.

3.c) Dificil adaptación de la normativa interna registral, a los supuestos de tráfico internacional

La ausencia de normas específicas registrales, que atiendan a las peculiaridades de las situaciones de tráfico externo tiene, como no podría ser de otra manera, consecuencias directas en la materia de estudio²⁶. El sistema de publicidad de las capitulaciones matrimoniales, con independencia de sus posibles defectos en relación a situaciones internas, esta claramente inadaptado a las situaciones de máxima internacionalidad, que pueden afectar a españoles.

El artículo 15 de la Ley del Registro Civil marca la competencia del Registro. Al abrigo de esta normativa deberán de considerarse inscribibles, las capitulaciones matrimoniales otorgadas por españoles en el extranjero y por extranjeros en España. Se requerirá, como ya se ha visto, la previa inscripción del matrimonio en España que respecto de estos supuestos, no plantea ningún problema. Sin embargo, la competencia no se hace extensiva a las capitulaciones celebradas por extranjeros en el extranjero²⁷, en cuanto que no podrán ser tampoco, inscribibles sus matrimonios.

²⁶ RODRIGUEZ GAYAN señala como "En la legislación registral española no existen normas específicas ni directrices generales que, conscientes de la especialidad de las situaciones de tráfico externo, tiendan directamente a atenuar o facilitar los problemas que suscitan tales situaciones." RODRIGUEZ GAYAN E. *Derecho registral civil internacional*, Madrid 1995, p. 22.

²⁷ Esto es así, a tenor del art. 15 LRC "En el Registro constarán los hechos inscribibles que afecten a los españoles y los acaecidos en territorio español aunque afecten a extranjeros." En el caso de capitulaciones matrimoniales celebradas por extranjeros en el extranjero, no existe vinculación que haga que tales hechos deban constar en el Registro, a saber, no afecta a españoles y no tiene lugar en territorio español.

Sin una reflexión más profunda, puede resultar lógica esta ausencia. Este hecho no tiene lugar en territorio español, ni es protagonizado por españoles ¿qué sentido deberá de tener entonces, su inscripción?. El buen funcionamiento del sistema de publicidad, exige el cumplimiento de unos principios registrales inspirados siempre, en criterios de utilidad²⁹. Es esta una razón importante, que podría ser aducida a favor de la inclusión de menciones registrales de aquel tipo.

Los terceros de buena fe, son merecedores de una protección que se configura, a través de los correspondientes sistemas de publicidad. Los terceros deben poder confiar en los Registros, y si estos no contienen ninguna mención al respecto, pueden verse seguros de que no les será oponible ningún pacto o capitulación. Este principio se rompe, cuando se trata de capitulaciones celebradas en el extranjero entre extranjeros. En la práctica, tales pactos pueden interesar a terceros españoles, que celebran negocios jurídicos en España, con personas casadas extranjeras que residen también aquí.

En este supuesto ¿cómo podrán los cónyuges extranjeros hacer oponibles sus capitulaciones a terceros españoles? la vía de la publicidad registral les es vetada, con lo que sólo podrán poner en conocimiento de los terceros estos extremos a través de una vía fáctica, esto es, mediante una información directa y con constancia de que tal información ha sido efectivamente, recibida por el tercero. Podría forzarse no obstante, una interpretación de la Ley del Registro civil, que tendría por objeto permitir la indicación de las capitulaciones celebradas en el extranjero por extranjeros, cuando se rigieran por ley española.

Es posible que una pareja de nacionalidad alemana, decida hacer un contrato matrimonial conforme a la ley de la residencia

²⁹ RODRIGUEZ GAYAN E. *Derecho registral civil internacional*, Madrid 1995, p. 54-55.

habitual de uno de los cónyuges en España²⁹⁹. En este caso, la ley rectora del régimen económico matrimonial es la española. Como se ha señalado anteriormente, es la ley rectora del contenido de las capitulaciones la que exigirá o no la inscripción en el Registro. Además, el cónyuge que reside en España, celebra negocios jurídicos con terceros españoles y tiene por ello, un interés concreto en dar publicidad a su régimen.

El artículo 1333 prevé la mención de las capitulaciones en toda inscripción del matrimonio en el Registro Civil. Sin embargo, el tenor del artículo 15 LRC impide en principio, la inscripción de matrimonios entre extranjeros celebrados en el extranjero³⁰⁰, por lo que la mención del régimen de bienes, en este caso, se hace imposible.

Este problema se plantea también, en otras legislaciones. En Derecho italiano, se aboga por el cumplimiento de las formalidades de publicidad, previstas por la ley reguladora del régimen matrimonial. La aplicación del Derecho italiano, reproduce la cuestión objeto de estudio. El artículo 162 del Código civil italiano³⁰¹, establece como condición de oponibilidad al tercero, la anotación al margen del acta del matrimonio del contrato matrimonial. Sin embargo, la transcripción del matrimonio entre extranjeros celebrado en el extranjero, no está prevista en la legislación³⁰².

²⁹⁹ Art. 15. 2) 2 de la Ley de Derecho Internacional privado alemana de 25 de julio de 1986.

³⁰⁰ Con la excepción que se analiza más adelante, que la inscripción haya de servir de base a inscripción marginal exigida por el Derecho español (art. 15 P. 2) v. PERE RALUY J. *Derecho del Registro Civil* T. II, Madrid 1962, p. 731.

³⁰¹ Art. 162 P. 4 "Le convenzioni matrimoniali non possono essere opposte ai terzi quando a margine dell'atto di matrimonio non risultano annotati la data del contratto..."

³⁰² VIARENGO incide en este punto "Orbene, siffatto sistema di pubblicità non può essere utilizzato da coniugi stranieri il cui matrimonio sia celebrato all'estero, poiché quest'ultimo non è suscettibile di trascrizione." VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali* op. cit. p. 248 v. en particular COSTANTINO "La pubblicità in Italia dei regimi matrimoniali stranieri" en *Riv. dir. int. pr. proc.* 1978 p. 36 a 51 en concreto p. 48-49.

Es claro, que la elección del Derecho español o del italiano, se entiende realizada al Derecho material y estos establecen un sistema de publicidad de imposible acceso, para éste tipo de contratos matrimoniales. Como se ha tenido ocasión de estudiar, no ocurre lo mismo, desde la legislación española, respecto de la publicidad inmobiliaria y mercantil pues, el acceso de capitulaciones celebradas en el extranjero por extranjeros, es posible.

No obstante, el juego del artículo 266 RRC que exige que en las inscripciones de las capitulaciones en cualquier otro Registro *se expresará el Registro civil tomo y folio en que consta inscrito e indicado el hecho*, dificulta la correspondiente inscripción en aquellos. La solución a este problema supondría que los matrimonios entre extranjeros en el extranjero, pudieran ser objeto de inscripción en el Registro Civil. En este caso, se haría la mención del régimen de bienes y con estos datos, se procedería a la inscripción en el Registro de la Propiedad y en el Registro Mercantil.

Existe sin embargo, una vía que permite la inscripción de estos matrimonios. En efecto, el párrafo 2 del artículo 15 LRC establece que *en todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones marginales exigidas por el Derecho español*. La inscripción del matrimonio de extranjeros en el extranjero, es la base de la inscripción del régimen económico pactado por los cónyuges. El artículo 1333 establece imperativamente el requisito de la publicidad, si bien es modulado por otra normativa, y en cuanto a la inscripción de las capitulaciones, es cierto que se trata de un tipo peculiar de asiento de valor informativo²² pero también es verdad, que a falta de reglas especiales sobre las indicaciones registrales del régi-

²² LUCES CIL F. *Derecho Registral Civil*, Barcelona 1991, p. 239.

men económico conyugal, se registrarán por las de las inscripciones (art. 266 RRC), lo que permitiría quizás, la inclusión en el ámbito material del precepto²⁴.

No cabe duda, que se trata de una interpretación flexible, pero puede servir para paliar momentáneamente, los problemas de inadaptación de la normativa a los supuestos de tráfico externo. En definitiva, se trata de dar una solución material a las cuestiones que se plantean a nivel internacional y que resultan irresolubles desde la normativa interna, por su falta de disposiciones específicas en este ámbito.

3.d) Cauces necesarios de información a los esposos y a los terceros

El sistema de Derecho Internacional Privado relativo a los pactos y capitulaciones matrimoniales, que se ha ido perfilando a lo largo de este trabajo, requiere de un sistema adecuado de información como condición básica para su funcionamiento y aplicación. Las posibilidades de elección de ley aplicable del artículo 9.3, las modificaciones que las capitulaciones matrimoniales pueden experimentar a nivel material y conflictual, las repercusiones que todo ello puede tener respecto de terceros de buena fe que contratan con persona casada..., son aspectos que deben de darse a conocer.

No es difícil deducir, que la información de la que se trata es de dos tipos y debe ir dirigida particularmente, a los cónyuges y a los terceros. Los cónyuges deben conocer la posibilidad de pactar conforme a leyes que manifiesten un determinado

²⁴ Esta interpretación permite, la inscripción de matrimonios extranjeros celebrados en el extranjero pues, es necesaria para después, inscribir el divorcio del que han conocido los Tribunales españoles. Así, lo ha señalado RODRIGUEZ GAYAN E. *Derecho registral civil internacional*, Madrid 1995, p. 153-154.

vínculo con ellos: ley de los efectos del matrimonio, ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de ellos al tiempo del otorgamiento (art. 9.3 CC). Además, en el supuesto en que no celebren capitulaciones matrimoniales, deberían de ser concededores de la ley que rige su régimen matrimonial y de la concreta organización de aquel.

A su vez, deben conocer la posibilidad de producir modificaciones en sus capitulaciones e incluso la opción de pactar otras totalmente diferentes y también, las leyes conforme a las cuales podrán desarrollar todas estas operaciones. En el caso en que opten por celebrar capitulaciones, deberán de conocer los límites que sus pactos han de observar y por supuesto, las formas que deben de revestir esas capitulaciones para que sean válidas.

En relación con el sistema de publicidad de las capitulaciones y la necesaria inscripción de aquellas en el Registro para su oponibilidad, se trata de un segundo tipo de información, que interesa no sólo a los cónyuges sino también, a los terceros. Los cónyuges deben de estar informados de los mecanismos de publicidad y de las consecuencias de la no inscripción. Ello será determinante para el funcionamiento del sistema de publicidad arbitrado en éste ámbito. No obstante, los terceros han de tener también, información sobre la publicidad. En concreto, deben de saber a qué Registros acudir, para comprobar si la persona casada que contrata con ellos ha celebrado capitulaciones y en este caso, en que términos se han pactado.

La cuestión es sencilla respecto de españoles que contratan en España y respecto a los cuales, sólo se les opondrá la publicidad derivada de Registros españoles. Pero qué ocurrirá si el tercero español contrata en el extranjero con extranjero o es el extranjero el que contrata con español. Si bien, es muy fácil justificar la necesidad de información sobre todos estos extremos, resulta muy difícil arbitrar cauces para que la información llegue debidamente, a sus destinatarios.

La Conferencia de La Haya fue sensible a esta problemática e incluyó, en el Acta final, una declaración al respecto dirigida a los diferentes Estados³⁰⁵:

“Que los Estados partes en el Convenio sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales tomen las medidas apropiadas para informar al público, y en particular a las personas que se casan sobre su territorio, que acaban de establecer su residencia habitual o que la dejan:

a) de la posibilidad abierta a los esposos de designar con ciertos límites y observando ciertas formas, la ley aplicable a su régimen matrimonial en su conjunto o solamente en lo que concierne a los inmuebles;

b) de la ley aplicable al régimen matrimonial en defecto de elección por los esposos y del hecho de que esta ley puede cambiar en determinadas circunstancias;

c) de la facultad que tienen los esposos, en caso de cambio de la ley aplicable, de someter todos sus bienes a la nueva ley.”

En la especificación que se hace de la información que debe llegar a los esposos, se obvia las referencias a los mecanismos de publicidad. Podría haberse incluido esta previsión de información, junto una breve referencia a los terceros como destinatarios igualmente, de aquella. Las dificultades prácticas que supone ordenar vías adecuadas de información, son evidentes. Es por ello, por lo que la Conferencia se abstuvo de incluir un precepto concreto y optó porque cada Estado parte, arbitrará las medidas necesarias para conseguir aquél objetivo³⁰⁶.

³⁰⁵ V. VON OVERBECK “Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck” en *Actes et documents de la treizième session* tomell, La Haya 1978, p. 353-354 y *Rapport de la Commission spéciale* p. 149.

³⁰⁶ *Rapport de la Commission spéciale* p. 149. “La seule voie qui parut praticable à certains était celle passant par les officiers d'état civil. L'on envisagea aussi comme possible une information informelle para la voie d'associations professionnelles internationales ou nationales intéressées. L'observateur de l'Union internationale du Notariat latin promit le concours de son organisation”.

En el sistema español, al igual que ocurre en otros muchos, destaca en especial, la función informadora del notario²⁰⁷. El hecho de que las capitulaciones deban de constar en escritura pública, implica la necesaria intervención del notario. Este profesional, asesorará a los cónyuges sobre los aspectos jurídicos básicos del acto que aquellos quieran celebrar, ya se trate de capitulaciones matrimoniales o de su modificación. Interpretará su voluntad y tratarán de plasmarla, adecuándola a las directrices del ordenamiento jurídico²⁰⁸.

Por otra parte, la intervención del notario en otros muchos negocios jurídicos, hace que pueda advertir a los terceros de la posible existencia de capitulaciones matrimoniales de las persona casada con la que entablan negocios jurídicos. En su caso, podrá informar de las consecuencias que esto podría tener y de los cauces de información de que dispone el tercero.

²⁰⁷ El artículo 147 del Reglamento de la organización y régimen del notariado (Decreto de 2 de junio de 1944) dispone "El Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá de indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquellos del valor y alcance de su redacción.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado.

Sin mengua de su imparcialidad, el Notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella.

En el texto del documento, el Notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y, si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación."

²⁰⁸ CABANILLAS describe la labor del notario en este ámbito "... este profesional podrá asesorar a los cónyuges sobre los aspectos jurídicos que entraña el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial, evitando que puedan surgir antinomias, ambigüedades y otros problemas derivados de la redacción de las cláusulas capitulares. Además el Notario comprobará si se cumplen todas las condiciones establecidas por la Ley para proceder al cambio o a la modificación del régimen económico matrimonial, e incluso poner en guardia a los cónyuges sobre la existencia de cláusulas capitulares de dudosa licitud." CABANILLAS SANCHEZ A. "Los sistemas de mutabilidad del régimen. *op.cit* p. 67-68.

Todo ello se desarrollará con la imparcialidad que debe de caracterizar a la función notarial, sin que ello impida que preste asistencia especial a la parte que más lo necesite, que bien puede ser el tercero, que ignora el sistema de oponibilidad de los pactos y capitulaciones matrimoniales²⁶⁹.

Esta cuestión ha sido desarrollada en Alemania respecto de su práctica notarial. Ante el hecho común, del desconocimiento de las partes del régimen de bienes de la persona con la que contratan, el notario debería informar de que la existencia y la eficacia del negocio jurídico puede depender, del hecho de la inscripción o no del régimen de bienes en el Registro²⁷⁰. Por ello, es conveniente consultar el Registro de bienes, *güterrechtsregister*, antes de la conclusión del negocio. Así, se logrará la protección del tercero, si el régimen regido por ley extranjera no está inscrito. En el supuesto contrario, el tercero se mantendrá informado, evitándose desagradables sorpresas al respecto²⁷¹.

En el marco de la práctica notarial española se ha insistido, en que ante la comparecencia de un extranjero casado, el notario

²⁶⁹ GOMA SALCEDO concreta los deberes de imparcialidad y asesoramiento "A la imparcialidad hay que sumar el asesoramiento: la actividad del Notario incluye necesariamente una vertiente pedagógica, en virtud de la cual instruye a cada uno del verdadero sentido, origen y consecuencias de las cláusulas que va a suscribir. Como se ha visto, la regulación reglamentaria de esta labor de asistencia e información le imprime un matiz social, insistiendo en que el Notario la acentúe hacia la parte que más lo necesite, bien sea por sus personales circunstancias de inteligencia y formación cultural, o por su posición socio-económica." GOMA SALCEDO J. E. *Derecho Notarial*, Madrid 1992, p. 29-30.

²⁷⁰ SCHOTTEN G. señala como es tarea del notario proteger de igual manera a ambas partes del contrato y aconsejarles sobre los eventuales peligros, por lo que sus consejos y sus propuestas no pueden orientarse unilateralmente SCHOTTEN G. "Der Schutz des Rechtsverkehrs im... *op. cit.*

²⁷¹ SCHOTTEN elabora una propuesta de formulario y analiza los problemas que se plantean en la práctica notarial, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado SCHOTTEN G. "Der Schutz des Rechtsverkehrs im... *op. cit.*

pregunte si celebró o no capitulaciones matrimoniales. En el primer caso deberá de especificar el contenido de las mismas²⁷². Esta sencilla medida, ayudaría a mantener la seguridad jurídica que todas las relaciones de tráfico externo requieren.

Esta vía de información sin embargo, no es completamente satisfactoria. El problema está en que sólo se activará cuando las partes, cónyuges o terceros, se pongan en contacto con estos profesionales. Si los cónyuges deciden hacer capitulaciones acuden al notario, pero ya tenían conocimiento acerca de la posibilidad de realizarlas. En el supuesto en que no pacten, es habitual que desconozcan su régimen económico, máxime cuando los cónyuges tienen distinta vecindad o distinta nacionalidad.

Una vía para paliar esta deficiencia, sería la creación de un Registro especial, con las características antes señaladas. En él se haría constar la ley aplicable y el régimen económico matrimonial, en el supuesto en que los cónyuges no hayan pactado. Si han celebrado capitulaciones, el contenido de ellas así como, cualquier modificación que se produjese. Con ello se informaría a los cónyuges, con independencia de la capitulación, se procuraría la publicidad y los terceros estarían ciertos del régimen económico matrimonial de la persona con la que contratan. Además, este cauce se completaría con la asistencia de los notarios que resulta, a estos efectos, imprescindible.

²⁷² Es este el consejo práctico que da GIMENO y GOMEZ-LAFUENTE "Ante la comparecencia de un extranjero casado, preguntar si otorgó o no capítulos; si los otorgó, decir su contenido, y si no, afianzar su responsabilidad haciéndole que manifieste la inexistencia en el documento (incurriría en delito de falsedad en documento público). Si hay capítulos y se inserta en la escritura su contenido, éste será avalado bien por la responsabilidad del o de los manifestantes (ambos cónyuges), o mejor, que se presente documento auténtico legalizado y legitimado en debida forma (la escritura o certificación del Registro Civil o del especial de regimenes económico-matrimoniales). GIMENO Y GOMEZ-LAFUENTE J.-L. "La publicidad de las capitulaciones en Derecho Internacional Privado" en R.C.D.I. 1979-II p. 669 a 786, en especial p. 785.

CONCLUSIONES FINALES

1. La creciente internacionalización que las relaciones humanas están experimentando, trae como consecuencia un aumento de la celebración de matrimonios mixtos, esto es, entre cónyuges de distinta nacionalidad. Este fenómeno presenta características especiales cuando los cónyuges pertenecen a ámbitos culturales diferentes pues, las divergencias existentes entre los ordenamientos jurídicos de origen resultan, con frecuencia, insalvables. A ello hay que añadir la movilidad geográfica, como factor que genera la introducción de elementos de extranjería, en relaciones matrimoniales, inicialmente internas. Esta compleja situación incide directamente, en las relaciones patrimoniales entre cónyuges.

Es precisamente, en el ámbito del Derecho Internacional Privado, en el que los pactos o capitulaciones matrimoniales cobran especial importancia. Su otorgamiento exige una posición activa de los cónyuges que tomarán decisiones sobre su régimen económico matrimonial, superando así, los problemas que el contacto con ordenamientos diferentes podría ocasionar, máxime en el marco actual de la sociedad europea multicultural. Son muchos sin embargo, los problemas que rodean a esta cuestión.

Pese a que la doctrina es unánime en valorar positivamente la realización de estos pactos y las diferentes legislaciones acogen

esa posibilidad, en la práctica siguen siendo escasas las capitulaciones que se celebran en este ámbito. Son muchos los factores que contribuyen a ello, pero sin duda, la falta de una cumplida información a los cónyuges y/o a los que van a serlo, es una de las principales. Salvado este obstáculo, los cónyuges deberán conocer cómo se resolverá el conflicto de leyes que se genera, respecto de la articulación de su régimen económico matrimonial. Este es uno de los temas claves que se abordan, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español.

Esta problemática se reproduce respecto de la dimensión interna. En efecto, son muy frecuentes en España los matrimonios mixtos entre cónyuges de distinta vecindad civil. Estos podrán ordenar sus relaciones económicas, pero en la medida en que los Derechos civiles autonómicos conviven con el Código Civil, se plantearán problemas de ley aplicable, análogos a los generados en el ámbito internacional privado.

2. La primera cuestión que debe abordarse, es la delimitación conceptual de los términos capitulación y régimen económico matrimonial, que integran el supuesto de hecho de la norma. El artículo 9.3 del Código Civil utiliza esta terminología, que debe ser conceptualizada desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado. Por capitulación matrimonial se debe entender, el negocio jurídico o contrato en el que los cónyuges establecen las reglas relativas al régimen económico de su relación matrimonial. Este término se identifica con el de pacto, también utilizado por el precepto, y que además de hacer hincapié en el origen consensuado de aquel contrato, permite la expresa inclusión en el supuesto de hecho de la norma, del pacto sobre ley aplicable al régimen.

El contenido del pacto o capitulación, desde la perspectiva internacional privatista, viene determinado por la regulación del régimen económico del matrimonio. Por tal se entenderá la esti-

pulación, modificación o sustitución del mismo así como, los pactos sobre ley aplicable al régimen. Deberá concluirse por tanto, que se excluirá de esta concepción las disposiciones que, formando parte de las capitulaciones en concepciones de Derecho interno del Código Civil o de ordenamientos civiles autonómicos o de cualquier otra normativa extranjera, no integran el supuesto de hecho del artículo 9.3 tal y como ha sido definido.

3. Las capitulaciones matrimoniales son negocios patrimoniales mixtos, pues su finalidad es establecer el régimen económico matrimonial, que regirá la vida matrimonial. Cabe destacar la naturaleza de carta o constitución familiar de las capitulaciones propias de ordenamientos civiles autonómicos que sin embargo, no desdibuja la naturaleza contractual de aquellas, en la medida en que tiene por objeto establecer las reglas del régimen económico matrimonial. No obstante, las capitulaciones son contratos que presentan características especiales.

Destaca su relación de dependencia y necesidad respecto del matrimonio. Se trata de una contratación *causa matrimonii*, que aún celebrado con posterioridad al matrimonio, no tendrá sentido sin él. La capitulación matrimonial tendrá carácter bilateral, en la medida en que los sujetos de aquellas serán los propios cónyuges. Sin embargo, existen supuestos en los que se acercará a una calificación plurilateral. Se trata de capitulaciones matrimoniales que se celebran en el marco de la familia patrivirolocal, que tiene como motivación socioeconómica principal, la conservación de la Casa. El contrato matrimonial aparece subordinado al régimen económico familiar, a cuya formación intervienen generalmente dos matrimonios.

El pacto o capitulación se caracteriza por estar integrado por un acuerdo entre personas, que tienen intereses coincidentes que no tienen por qué ser iguales, pero que se articulan en un fin

común: la óptima organización de la economía matrimonial. Esto los sitúa dentro de un tipo de contratos denominados asociativos, que se alejan de la idea de "contrato a cambio". Debe señalarse además, que una vez celebrado el matrimonio la existencia del régimen económico matrimonial se hace realidad, con independencia de que los cónyuges hayan o no celebrado capitulaciones. En defecto de estas, se aplicará el régimen legal establecido por el legislador.

La calificación contractual descrita hasta aquí, de los capitulos matrimoniales, no implica su subordinación a la regulación general sobre obligaciones contractuales, a la hora de determinar la ley aplicable a aquellos. El Derecho Internacional Privado español opta por una regulación separada que se concreta en el artículo 9.3 del Código Civil.

4. Los sujetos típicos de los pactos o capitulaciones matrimoniales, son los cónyuges o futuros cónyuges. En este último caso las capitulaciones sólo tendrán efecto, a partir de la celebración del matrimonio. Esta conclusión se apoya en la premisa a *sensu contrario*, de que no hay matrimonio sin régimen económico matrimonial además, el citado artículo 9.3 hace especial referencia al régimen matrimonial, cuyo establecimiento exigirá con carácter previo, la existencia de matrimonio.

En el ámbito civil autonómico, esta prevista la intervención de terceros en la celebración de las capitulaciones. Se trata de intervinientes no contrayentes que, desde la concepción de Derecho Internacional Privado, no serán considerados sujetos de las capitulaciones matrimoniales, pese a su efectiva intervención en ellas. Sólo los cónyuges establecerán las reglas organizativas de su régimen, al margen del resto de disposiciones que pueden integrar el contenido complejo de las capitulaciones civiles autonómicas, pero

que no serán consideradas como integrantes de las capitulaciones de Derecho Internacional Privado o interregional.

Al estar limitadas a quienes tengan la condición de cónyuges, debe concluirse que las personas físicas que conviven juntas y que no están unidas por un vínculo matrimonial, no podrán celebrar capitulaciones matrimoniales. No obstante, nada impedirá que estas personas puedan concurrir a la celebración de contratos, que tengan por objeto la regulación de su régimen económico. A esta posibilidad se orienta el contrato de unión civil, recogido en la Proposición de ley 122/000098, la ley catalana de uniones estables de pareja y la ley aragonesa de parejas estables no casadas.

5. Cuando los cónyuges deciden celebrar capitulaciones matrimoniales, se plantea como cuestión inicial, la de determinar si están efectivamente capacitados para ello. La falta de regulación específica de este tema, permite postular dos soluciones diferentes.

Si se parte de la estrecha vinculación entre la capacidad capitular y la capacidad de obrar general, se debe concluir que será aplicable la ley nacional de cada uno de los cónyuges pues así, se desprende el artículo 9. 1 del Código Civil. En el caso en que se opte por encuadrar aquella capacidad en las denominadas capacidades especiales (no hay que olvidar en este punto, que la norma material sobre capacidad de menores e incapacitados para celebrar capitulaciones, es más flexible que la regulación de la capacidad general de obrar), deberá de ser aplicable la ley del régimen económico matrimonial, pues las capacidades especiales se regirán por la ley aplicable al concreto negocio que las exija.

La trascendencia práctica de esta problemática será, en realidad, escasa. La aceptación del axioma *habilis as nuptias, habilis ad pacta nuptiala*, hace que sea difícil el planteamiento del conflicto de leyes. Por otro lado, a nivel de Derecho comparado y como consecuencia directa de la interiorización de aquel axioma, en las dis-

tintas legislaciones materiales, la limitación de la capacidad se circunscribe a menores e incapacitados, siguiendo postulados muy similares. A todo ello se debe de añadir la función que jugará el orden público español, en supuestos en que la ley que resulte aplicable a la capacidad, la limite contrariamente a él.

6. Pese a que resultaría deseable que una única ley regulará la admisibilidad y el contenido de las capitulaciones, el tenor literal empleado en el artículo 9.3 parece impedirlo. Este precepto sólo se refiere a la validez de los pactos: *los pactos o capitulaciones serán válidos...* y este tema sólo se planteará cuando aquellos se han celebrado, esto es, una vez resuelta la cuestión de si las partes pueden, mediante pacto o capitulación, ordenar su régimen económico matrimonial.

La posibilidad de pactar consagrada por el artículo 1315, integra la primera de las "Disposiciones Generales" que compone el llamado régimen primario. Por tanto y siguiendo esta argumentación, será la ley aplicable a este, la que determinará la admisión de los pactos o capitulaciones en Derecho Internacional Privado español. La falta de conexión que se produciría, si la admisibilidad de los pactos y el régimen económico matrimonial se rigiesen por leyes diferentes, impone la necesidad de entender, que la ley aplicable lo es a la posibilidad de pactar y también, al contenido de los pactos. De *lege ferenda*, la solución a esta problemática exigiría la modificación del texto del artículo 9.3, adoptando una formulación que determinase que la ley aplicable a la validez de los pactos, presuponga la admisibilidad de aquellos.

7. La autonomía de la voluntad, en cuanto a facultad de elección del derecho aplicable a una situación privada internacional, ha ido penetrando en las diferentes materias de Derecho Internacional Privado. Por lo que respecta al ámbito económico matrimonial, su incidencia es ya, una realidad.

El artículo 9.3 permite estipular capitulaciones matrimoniales, que deberán de ser válidas según alguna de las normas de referencia de aquel, y también, permite el pacto de elección de ley aplicable. Por lo demás, serán índices materiales los que llevarán a los cónyuges, a confeccionar el determinado pacto o capitulación, buscando probablemente, el amparo de la normativa que más favorezca las connotaciones económicas de su vida en común.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la autonomía de la voluntad no aparece formulada de manera absoluta. En general, se limita la posibilidad pactar o capitular, y los cónyuges sólo podrán elegir determinadas leyes, con las cuales el matrimonio se encuentre vinculado, a través de conexiones objetivas. Junto a los llamados límites externos, a saber, normas imperativas, orden público y fraude de ley, debe incluirse el juego de la autonomía como expresión de proximidad y de justicia, en cuanto a las limitaciones que el intento de alcanzar estos objetivos, puede entrañar.

8. El ejercicio de la autonomía de la voluntad, no podrá evitar la aplicación directa de las normas imperativas, en cuanto que contienen una regulación material, que refleja valores fundamentales del ordenamiento al que pertenecen. En consecuencia, el que las partes determinen la ley aplicable a su régimen, implica el sometimiento a las disposiciones de ese ordenamiento, incluidas las normas imperativas. Lo mismo ocurrirá con las normas imperativas del foro, que exigen una aplicación directa que impide su exclusión.

9. En la medida en que en el régimen primario se incluyen algunas normas imperativas de carácter económico, cuya aplicación puede llevar a desvirtuar determinados pactos, e incluso a impedir la elección de ciertos régimen económicos, debe afirmarse, que en estos supuestos jugará como límite a la autonomía de los cónyuges. En el caso en que la ley aplicable al régimen primario

(9.2), coincide con la ley aplicable al régimen económico matrimonial, la limitación que aquellas normas del régimen primario puede introducir, no ocasiona mayores problemas, pues los cónyuges deberán de atenerse a una única ley.

La cuestión es muy diferente si la ley conforme a la cual los cónyuges estipulan sus capitulaciones, no coincide con la que regirá su régimen primario, según las conexiones del artículo 9.2. La eventual dualidad de leyes aplicables, puede dar lugar a graves distorsiones y desajustes que requerirán una ulterior adaptación, pues las legislaciones diferentes deberán de acoplarse en la *creación, modificación, o sustitución del régimen económico matrimonial*.

Desde este planteamiento, cabe postular que la ley aplicable al régimen económico matrimonial, debería de ser la misma que la que rigiese el régimen primario, en todos aquellos supuestos en que los cónyuges eligen una ley rectora de su régimen, o pacten el régimen económico en el marco de aquel ordenamiento y siempre que esa norma no resulte contraria al orden público español.

Si por el contrario, los cónyuges pactan un régimen matrimonial original, esto es, en virtud de su autonomía material perfeccionan unos determinados pactos y reglas, que subsumen a una determinada ley o pluralidad de leyes para darle validez entonces, deberá de mantenerse como ley directriz del régimen primario, la determinada por las conexiones jerárquicas del artículo 9.2. Bien entendido, que en estos supuestos se está produciendo una instrumentalización de la elección de la ley o leyes, para la consecución de un fin que es la validez de las capitulaciones. No se trata por tanto, de una elección de ley aplicable en sentido estricto. A este razonamiento hay que añadir, que en el supuesto en que se acepte el *depeçage*, no parece posible que se produzca con él, la fragmentación de la ley aplicable al régimen primario.

El tratamiento dual de la regulación del régimen primario que se propone, debe ser en la práctica, modulado a la luz del carácter imperativo de alguna de las normas que, como se ha visto, integran el régimen primario español, además del eventual juego del orden público, en el caso en que la normativa de aplicación, fuera en contra de alguno de los principios esenciales del ordenamiento español.

10. En la línea de lo que se acaba de manifestar, respecto del juego del orden público, debe de destacarse que aquella excepción se limita en este ámbito, a los casos de incompatibilidad manifiesta con alguna de las disposiciones de la ley, que ha sido elegida por los cónyuges. En efecto, se requerirá que el resultado al que conduce la aplicación de esa disposición fuera, efectivamente contrario al orden público (artículo 12. 3), para que se produzca la exclusión de la ley extranjera aplicable.

La intervención de esta excepción es frecuente, en el marco del llamado conflicto de civilizaciones. Es precisamente, en este ámbito en el que el mecanismo del orden público, puede convertirse en un sistema de protección de los derechos humanos, que converge con el arbitrado por el Convenio europeo de los derechos del hombre. Ambos sistemas producen el efecto de asegurar el respeto a los derechos fundamentales y desde esta perspectiva, se comprende la automática limitación de la autonomía de la voluntad, en aras a la consecución del principio de justicia a que todo ordenamiento jurídico debe de aspirar.

Esta problemática requiere desde la óptica del Derecho Internacional Privado, un desarrollo del orden público específico de defensa de los derechos fundamentales. Su actuación necesitará de una flexibilización del sistema que, respetando la primacía de los valores fundamentales, parta de una apreciación concreta de las circunstancias del caso, determinándose las condiciones de

déclenchement de la excepción que en todo caso, tendrá como objetivo el tratar de conseguir soluciones justas.

11. En materia de pactos o capitulaciones matrimoniales, el riesgo de producción de fraude de ley, va a ser muy limitado pues, como se ha tenido oportunidad de indicar, los cónyuges tienen autonomía para elegir la ley aplicable o capitular.

No obstante, como esta autonomía es limitada, puede que los cónyuges modifiquen alguna de las conexiones recogidas en el precepto de referencia, a saber, nacionalidad o residencia, para conseguir la aplicación de una ley diferente. De cualquier forma, la prueba del elemento volitivo del fraude en estos hipotéticos supuestos, será muy difícil. De probarse la existencia de aquél, la sanción consistiría en la aplicación de la ley defraudada, esto es, la ley determinada por la nacionalidad o residencia anterior que, en el caso concreto se entenderá defraudada.

12. La autonomía de la voluntad de los cónyuges en la articulación de su vida económico matrimonial, ha de ser una manifestación del principio de proximidad, por ello se exige un vínculo con la ley conforme a la cual se considerarán válidas las capitulaciones. Son las partes las que entre las diferentes conexiones previstas en el artículo 9.3, que siempre revelan una conexión con aquellos o al menos con uno, deberán elegir la que consideren más adecuada, interviniendo en tal elección razonables índices materiales. Una vez manifestada la voluntad dentro de estas opciones, no habrá lugar a plantearse si efectivamente, la ley elegida era manifestación de la mayor conexión.

A falta de voluntad de las partes, no podrá cambiarse la ley aplicable, aún cuando las circunstancias que motivaron aquella decisión hayan variado radicalmente. Ello puede llevar al planteamiento ocasional de lejanía de la solución, que se contradice con

las aspiraciones de proximidad, que íntimamente se unían al principio mismo de la autonomía de la voluntad.

13. La autonomía de la voluntad de los cónyuges, puede producir la fragmentación de la regulación del régimen económico matrimonial. Si bien, la imprecisa redacción utilizada en el 9.3, impide un inequívoca interpretación desde postulados gramaticales, no habrá duda de su admisión si se considera la posibilidad abierta por el mismo precepto, de introducir modificaciones en los pactos o capitulaciones que pueden tener carácter parcial, a condición de que sean válidas conforme a alguna de las normas en él, indicadas.

A esta conclusión coadyuva también, el juego automático del *favor validitatis*. Si las partes no han sometido alguna de las cláusulas de su capitulación, a la ley que designaron como rectora o bien, tal ley no valida la concreta cláusula, las otras normas del artículo 9.3 jugarán automáticamente. La fragmentación requerirá la ulterior adaptación de los ordenamientos en presencia, para evitar desajustes en la regulación y procurar la debida coherencia, que la articulación de régimen económico matrimonial exige.

No sólo el interés de evitar situación fraudulentas, sino la función misma de la autonomía: prevenir la localización incierta, y lograr previsión en la determinación de la ley aplicable, aconsejan excluir el *depeçage* y mantener la unidad de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Esta es la solución a la que el Derecho Internacional Privado español, debe de tender y que en la actualidad, sólo puede hacerse efectiva por vía interpretativa.

14. El análisis de las conexiones objetivas, plantea como cuestión previa la de determinar los destinatarios del artículo 9.3 del Código Civil. El problema se plantea respecto de la interpretación conjunta de las normas de referencia (9.2 y 9.3) y el artículo

16.3 del Código Civil, que parece cerrar la posibilidad de aplicación, al régimen matrimonial de españoles, de una legislación civil extranjera.

En realidad, se trata de normas que tienen por objeto diferentes tipos de conflicto, de manera que la correcta determinación del ámbito de actuación de cada una de ellas, evitará la confusión a que la interpretación conjunta da lugar.

Del análisis del origen del apartado 3 del artículo 16, se debe concluir que su ámbito de aplicación se circunscribe, a los efectos personales del matrimonio de españoles y a los efectos patrimoniales de aquél única y exclusivamente, en el supuesto de falta de pacto o capitulación matrimonial. Si aquellos celebran capitulaciones y uno o ambos cónyuges residen en el extranjero, entonces podrán pactar conforme a la ley del país extranjero de residencia, según lo establecido en el artículo 9.3.

15. El estudio de las conexiones objetivas, debe partir de la referencia del artículo 9.3, a la ley rectora de los efectos del matrimonio, esto genera en principio, confusión. No se entiende por qué este precepto incluye una ley, que de no producirse pacto o capitulación, será siempre aplicable. Como ya se ha indicado más arriba, el precepto de referencia recoge el principio de la autonomía de la voluntad en sus dos vertientes: material y conflictual, sólo el empleo de la primera posibilidad, parece justificar la referencia a la ley de los efectos.

Las partes en uso de su autonomía material, podrán celebrar capitulaciones con determinadas estipulaciones materiales, que serán válidas, en cuanto que respetan los cánones establecidos por la ley de los efectos, mientras que para el resto de cuestiones pueden sólo pactar como aplicable esa norma, sin especificación material de la concreta regulación.

Sería conveniente no obstante, evitar cualquier equivoco o confusión que se deriva de la normativa objeto de estudio, para ello la remisión a la ley rectora de los efectos se haría sólo, como criterio base en el supuesto de falta de elección o capitulación y no, como en la regulación actual, en que se torna como una suerte de opción, a la que las partes se pueden referir para la regulación de su régimen. De esta forma, la autonomía material quedaría circunscrita a su ámbito propio y sería la autonomía conflictual propia del Derecho Internacional Privado, la que abriría las posibilidades de elección de las partes.

16. La referencia a la ley de los efectos del matrimonio hace obligado, aparte del estudio de las conexiones jerárquicas incluidas en ellas, el análisis de su fijación temporal: *al tiempo de la celebración del matrimonio, inmediatamente posterior a la celebración*. Esta previsión aporta seguridad y evita el planteamiento del conflicto móvil, lo mismo que ocurre con la fijación temporal retenida por el artículo 9.3 *al tiempo del otorgamiento*. Sin embargo, el estatismo lleva aparejado la lejanía de soluciones.

El problema no resulta demasiado grave, por lo que respecta al régimen legal que jugará en defecto de pacto o capitulación, pues los cónyuges tiene la posibilidad de cambiarlo, según lo dispuesto en el artículo 9.3. Puede por tanto, corregirse la lejanía de soluciones si así, lo deciden los cónyuges. En este caso la fijación temporal, es importante pues permite una mejor protección de los terceros, ya que en defecto de pacto, se evita cualquier conflicto móvil; el valor a proteger será la seguridad jurídica.

No obstante, el problema se agrava en relación a los efectos personales. Como ya se ha indicado, las posibilidades de elección son muy limitadas además, de que exigen la diferente nacionalidad de los cónyuges, por otro lado el carácter, en principio, no económico de los efectos personales y la poca implicación de los ter-

ceros en esta temática, aconsejaría una solución diferente. Sería deseable la inclusión de una cláusula de excepción, que permitiese que la ley que regule los efectos de la unión, tuviera estrecha vinculación con la vida matrimonial; en este caso el valor a proteger es la mejor localización de la relación jurídica.

En definitiva, el artículo 9.2 debería de mantener las mencionadas fijaciones temporales, para el caso en que no se haya celebrado pacto o capitulación y el régimen económico matrimonial, se regule por la ley de los efectos del matrimonio. Ahora bien, los efectos generales del matrimonio (cuya regulación impide la autonomía, o la introduce debilitada y condicionada) se registrarán por la ley designada por el artículo 9.2, siendo modulada la solución a la luz del caso concreto, esto se conseguirá, mediante la inclusión de una cláusula de excepción. Por lo demás, ésta es la regulación seguida en muchas legislaciones de Derecho comparado.

17. La conexión nacionalidad es introducida en los artículos 9.3 y 9.2 del Código Civil, en diferentes versiones: ley de la nacionalidad de cualquiera de las partes, ley nacional común, ley nacional elegida en documento auténtico. Este hecho se alinea dentro de un fenómeno de revitalización de la ley nacional, como principio adecuado para la protección de la identidad cultural. Existen movimientos migratorios de población, pertenecientes generalmente al mundo islámico, que conservan su lengua, costumbres, religión... y que difícilmente van a ser asimilados en la cultura del país de acogida. La cuestión que se plantea respecto de ellos, es la determinación de la ley que será más adecuada para proteger su identidad cultural, siendo este objetivo una de las ideas inspiradoras del Derecho Internacional Privado actual.

La ley personal correspondiente a la nacionalidad, resulta en principio idónea para la consecución de aquél fin. Así, a ella le corresponderá regular cuestiones que, unas veces por provenir de

instituciones ajenas a las occidentales y otras veces, por tener implicaciones directas con la civilización de origen, difícilmente encontrarán una solución más satisfactoria, desde la ley del domicilio o residencia, a salvo claro esta, de la eventual actuación del orden público.

Esta conclusión sin embargo, debe ser matizada por lo que respecta a otro tipo de movimientos migratorios. Se trata de las emigraciones que se producen hacia países del entorno cultural del emigrante. En estos supuestos la asimilación es sencilla y probablemente, resulte más adecuada la conexión de la residencia o del domicilio.

La diferencia esencial que aleja a estos dos tipos de movimientos migratorios, es la posibilidad real de asimilación y por tanto, de igual tratamiento automático de los nacionales de los países de acogida y de los sujetos de la inmigración. Todo ello se verá además, influenciado por la política legislativa, seguida en los distintos países.

No obstante, estas soluciones no son absolutas. La aplicación de la ley de la nacionalidad, consagra el pluralismo multicultural y la ley de la residencia puede producir desvinculación. La solución a esta problemática, ha sido incorporada en el artículo 9.3: introducción de la autonomía de la voluntad, limitada a dos conexiones: nacionalidad y residencia. Por tanto, serán los cónyuges los que pactarán conforme a la ley que consideren más adecuada, para regular su vida económica común.

18. La conexión *nacionalidad* en esta materia, puede generar problemas de aplicación en supuestos de conflictos positivos o negativos de nacionalidades. Sin embargo, tal y como es formulada en el artículo 9.3, *nacionalidad de cualquiera de los cónyuges*, no dará lugar a ninguna problemática especial, en el supuesto en que los cónyuges tengan varias nacionalidades. El mismo principio

inspirador del precepto, a saber, la autonomía de la voluntad, ofrece la solución. Los esposos decidirán, entre las diferentes posibilidades, la ley aplicable.

El tema varía, cuando a través del juego del artículo 9.2, es preciso determinar la ley personal común. La legislación española, no introduce ningún tipo de previsión encaminada a concretar, cual será esa ley, en el supuesto en que uno o los dos cónyuges tengan más de una nacionalidad.

La interpretación integrada del artículo 9.2 y 9.9 permite concluir que la conexión nacionalidad común, no jugará en el caso en que la coincidencia se produzca en una nacionalidad distinta de la española y *ésta no estuviera prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales*, puesto que *prevalecerá en todo caso la nacionalidad española* del que ostentará otra de las características enunciadas.

En estos supuestos la conexión nacionalidad común, se obviará en favor de conexiones subsidiarias, que pudieran no reflejar una conexión con la vida matrimonial. Por tanto, resultaría preferible que los cónyuges tuvieran la posibilidad de elegir la ley aplicable. Ello no provocaría ninguna distorsión en la escalera jerárquica del 9.2, y podría seguir el mismo mecanismo que el precepto ha arbitrado para el segundo punto de conexión, *ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos elegida por ambos en documento auténtico*. De esta forma se cubriría también, la necesidad de certidumbre. En el caso en que los cónyuges no elijan la ley aplicable, bastaría la existencia de una nacionalidad común para que esta jugará, con independencia de que uno de los cónyuges fuera doble nacional.

Si los cónyuges coincidieran en varias nacionalidades y no se produjera la elección, entonces podría utilizarse como criterio de selección el empleado en el 9.9, esto es, la preferencia por la nacionalidad española, y si ninguna de las nacionalidades fuera la

española, entonces no se hace posible el juego de la nacionalidad común pues la ley personal pasaría a estar determinada por la ley de la residencia habitual, según lo establecido en el artículo 9.10.

Esta misma solución se aplicará en el supuesto en que uno o ambos cónyuges fueran apátridas, pues la ley personal de los que carecen de nacionalidad es la de la residencia habitual. Así pues, la ley personal común de ambos es la correspondiente a la residencia habitual común. Si sólo uno de ellos fuera apátrida, la ley personal de cada uno de ellos se determinaría de forma diferente: nacionalidad o residencia, si bien, en el caso concreto podrían coincidir.

19. Junto a la conexión nacionalidad, es incluida igualmente en los preceptos de referencia, la conexión residencia habitual. Así, los cónyuges podrán celebrar capitulaciones matrimoniales, conforme a la ley de la residencia de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento, además la referencia al artículo 9.2 permite ampliar aquella posibilidad, a la residencia de cualquiera de los cónyuges elegida por ambos en documento auténtico, y en el supuesto en que tengan distinta nacionalidad también, puede jugar la conexión residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio.

Esta conexión debe identificarse con el lugar en que el cónyuge o cónyuges residen normalmente, y del que se presume que lo hacen con continuación. Se trata de una situación de hecho, cuyos elementos sólo podrán ser apreciados mediante el análisis de las circunstancias concretas, y esto será igual cualquiera que sea el sistema jurídico en que se plantee la cuestión. El ordenamiento español no contiene ninguna previsión general sobre la prueba de la residencia, con lo que se podrá demostrar a través de cualquier medio de prueba aceptado en derecho, considerándose idóneos la certificación municipal o información testifical.

20. La posibilidad de elección de *la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio*, introducida por el artículo 9.2, merece la calificación de progresista, en cuanto que implica la penetración de la autonomía de la voluntad, tanto en el campo de los efectos personales, como en el campo de los patrimoniales. No obstante, las condiciones que la legislación exige para el ejercicio de la opción, a saber, diferente nacionalidad de los cónyuges, exigencia de otorgamiento antes del matrimonio, la convierten en una solución más interesante en la teoría que en la práctica.

21. La conexión del lugar de celebración del matrimonio podría entenderse, en supuestos muy concretos, como una manifestación de la voluntad presunta de los cónyuges, (siempre que las partes no tengan ni nacionalidad común ni residencia y no hayan pactado capitulaciones) o expresa, si hubieran decidido aplicar dicha ley a sus pactos o cotejar la validez de los mismos conforme a ella. En estos casos, los cónyuges podrían decidir celebrar su matrimonio en un lugar que nada tenga que ver con su vida matrimonial posterior, pero del cual les interesa la normativa que por esta curiosa vía, pasará a serles aplicada.

Teniendo en cuenta que la aplicación de esta conexión será residual y, a salvo de supuestos muy excepcionales de formulación casi teórica, tendrá carácter circunstancial o fortuito, además de impedir la adaptación a la evolución de la relación matrimonial. Debe postularse la adopción de una conexión flexible, como la de los vínculos más estrechos. Ahora bien, para la determinación de la ley a aplicar en estos supuestos especiales (distinta nacionalidad y residencia), podría tenerse en cuenta el criterio objetivo de la ley del lugar de celebración del matrimonio.

Por lo demás, la penetración de la autonomía de la voluntad en materia de régimen económico matrimonial pactado, podría haber recibido un mayor aperturismo, si se hubiera introducido la conexión de lugar de situación de los bienes inmuebles, que facilitaría la compleja relación con los terceros.

22. El análisis del tema objeto de estudio, requiere un acercamiento a lo que se puede denominar dimensión dinámica. En efecto, la relación matrimonial tiene vocación de ser duradera y son muchos los eventos a los que se puede ver sometida, ellos darán lugar al fenómeno de la mutabilidad. Son dos los ámbitos básicos en los que aquella puede operar, a saber, ley aplicable y derecho material. En el primer supuesto la mutabilidad implica un cambio en la ley aplicable, se ha denominado mutabilidad conflictual. En el segundo supuesto, el cambio lo sufre la propia regulación material del régimen, y se ha denominado mutabilidad material.

Ambos tipos básicos de mutabilidad, se subdividen en dos subtipos. La mutabilidad conflictual puede ser producida por una nueva elección de los cónyuges de la ley aplicable (mutabilidad conflictual voluntaria) o bien, se ha podido producir una mutación de las circunstancias que determinaron en su momento la ley aplicar, se trata del conflicto móvil (mutabilidad conflictual automática). Respecto de la mutabilidad material, los cónyuges han podido decidir modificar algún aspecto de su capitulación (mutabilidad material voluntaria) o el cambio se debe a una modificación exterior, lo que cambia es el contenido material de la ley (mutabilidad material legal).

Todas estas posibilidades requieren de soluciones específicas que en su mayoría, son acogidas en el ordenamiento español. Así, la mutabilidad conflictual automática se ve impedida por la fijación temporal de las conexiones, retenidas al tiempo de la cele-

bración del matrimonio o en momento inmediatamente posterior a la celebración, o al momento del otorgamiento del pacto o capitulación. Respecto de la mutabilidad conflictual y material voluntaria, es permitida por el artículo 9.3, los cónyuges podrán estipular, modificar o sustituir el régimen económico matrimonial, bastará para ello que la voluntad de los cónyuges en tal sentido, sea manifestada y su admisión por cualquiera de las leyes señaladas en el artículo 9.3. Debe señalarse no obstante, que la mutabilidad es una de las cuestiones, que más problemas van a generar respecto de los terceros y su protección.

23. Los terceros que contratan con persona casada, tiene un interés potencial en conocer el régimen de la economía conyugal de aquel, en la medida en que puede tener repercusiones en esa relación. Es por ello por lo que se requiere, la articulación de un adecuado sistema de protección de terceros. Este mecanismo será el contrapeso a la penetración de la autonomía de la voluntad, que inspira a la legislación sobre pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho Internacional Privado.

Son dos los objetivos básicos que orientarán el mecanismo de protección. Que el tercero pueda tener certeza de cual es el régimen de la persona con la que contrata, y que las eventuales modificaciones del régimen no les perjudiquen. A la consecución de estos objetivos, los diferentes ordenamientos jurídicos adoptan cláusulas de protección de terceros. No obstante, el sistema español se caracteriza por una ausencia total de preceptos de aquella índole. Ello lleva a postular la necesidad de adoptar una cláusula, que dejara a salvo a los terceros de buena fe de las modificaciones que las capitulaciones puedan sufrir, además de que estableciesen las condiciones de oponibilidad a estos terceros.

24. La adecuada articulación de un sistema de publicidad de las capitulaciones y de sus modificaciones, será el requisito clave

para la oponibilidad de las excepciones propias del régimen económico matrimonial, a los terceros. Sin embargo, la normativa interna registral carece de normas específicas, que atiendan a las peculiaridades de las situaciones del tráfico externo. Se trata de un sistema inadaptado a las situaciones de máxima internacionalidad que pueden afectar a los españoles. Por ello, en la actualidad, la vía más acertada de la que disponen los cónyuges, si quieren hacer oponible su régimen, es la de hacerlo conocer materialmente al tercero. En defecto de tal medida, este con frecuencia estará protegido por el velo de la buena fe.

Junto a la adopción de cláusulas de protección de terceros, debería de implantarse medidas que ayuden a superar esta realidad. Estas podían girar en torno a la creación de un Registro especial de capitulaciones matrimoniales abierto, en lo que aquí interesa, a la inscripción de regímenes extranjeros incluso legales, en que se hiciera costar la ley aplicable y el régimen económico matrimonial, así como cualquier modificación o evento que respecto de estos datos se produjese. La inscripción se comenzaría con el régimen matrimonial inicial, aún en el supuesto en que, por no haberse celebrado capitulaciones, fuera el legal. Con ello se evitaría en el ámbito interregional, los supuestos en que cónyuges de distinta vecindad civil, desconocen su régimen económico matrimonial.

Bastaría que un cónyuge residiera en España, para que pudiera efectuar la correspondiente inscripción y con ello se aseguraría la oponibilidad a terceros los que, a su vez dispondrían de medios para el conocimiento de aquel. Todo este sistema debería contar con cauces necesarios de información que bien, podían articularse alrededor de la figura del notario.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABARCA JUNCO P. "Sobre los efectos o relaciones personales entre los cónyuges en Derecho Internacional privado" en *R.E.D.I* vol. XXXV 1983 p. 43 a 60.
- ABARCA JUNCO P. "Los efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional Privado 2 UNED*, Madrid 1996, p. 113 a 124.
- ABARCA JUNCO P. "Nacionalismo cultural e inmigración en la Unión Europea: hacia la sociedad 'multicultural'" en *Proyecto docente e investigador*, Madrid 1995, p. 163 a 167 inédito.
- ABARCA JUNCO P. "Problemas de aplicación de las norma de Derecho Internacional privado (1)" en *VVAA Derecho Internacional Privado 1. UNED*, Madrid 1994 p. 115 a 135.
- ABARCA JUNCO P. *Proyecto docente e investigador*, Madrid 1995 inédito.
- AGO R. "Règles générales des conflits de lois" en *R. des C.* 1936-IV (58).
- AGUILAR BENITEZ DE LUGO M. "La familia en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado" en *R.E.D.I* 1993 n° 1 p. 7 a 37.

- AGUILAR BENITEZ DE LUGO M. "Los efectos del matrimonio" en *VVAA Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid 1996 p. 146 a 171.
- AGUILAR BENITEZ DE LUGO M. "Relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges" en *VVAA Lecciones de Derecho Civil Internacional español*, Madrid 1983, p. 248 y s.s.
- AGUILAR NAVARRO *Derecho Internacional privado. Vol. I T. I. Introducción y fuentes*, Madrid 1979.
- ALBALADEJO GARCIA M. "Comentario al artículo 40 y 41 del Código Civil" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales T.I vol. 3º* Edersa, Madrid 1993 p. 922 a 943.
- ALDEEB S. "Conflits entre droit religieux et droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe" en *R.I.D.C.* 4- 1997 p. 813 a 834.
- ALDEEB S. "Mariages mixtes entre suisses et étrangers musulmans. enjeux de normes léglaes conflictuelles" en *Revue de l'état civil* 1996 p. 238 a 256.
- ALDEEB S. "Musulmans en terre européenne. Conflit entre foi et droit " en *Aktuelle juristische Praxis* 1996 p. 42 a 53.
- ALDEEB S. *Mariages mixtes entre suisses et étrangers musulmans. enjeux de normes léglaes conflictuelles*, Lausanne 1996.
- ALVAREZ GONZALEZ S. "Artículo 12, Apartado 1" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* EDERSA, Madrid 1995 p. 842 a 880.
- ALVAREZ GONZALEZ S. "Objeto del Derecho Internacional Privado y especialización normativa" en *A.D.C.* 1993, 3, en especial 1141 a 1149.

- ALVAREZ RODRIGUEZ A. "Binacionalidad en el ordenamiento español y su repercusión en la Unión europea" en *VVAA Estudios de Derecho europeo privado* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid 1994 p. 27 a 119.
- ALVAREZ RUBIO J.J. "La actual configuración de los presupuestos generales del sistema español de Derecho interregional en *Revista Vasca de administración vasca* 1997 p. 9 a 42.
- ALVAREZ VIGARAY "el domicilio" en *A.D.C* 1972 p. 554 y s.s.
- AMORES CONRADI M. "artículo 9.1" en *VVAA Comentario del Código Civil* tomo I Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 76 a 79.
- AMORES CONRADI M. "artículo 9.2 y 9.3" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales T. I vol 2* EDESA, Madrid 1995 p. 181 a 205.
- AMORES CONRADI M. "artículos 9.2 y 9.3" en *VVAA Comentario del Código Civil* tomo I Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 79 a 84.
- AMORES CONRADI M. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional Privado. Parte especial*. Madrid 1995 p. 329 a 354.
- AMORES CONRADI M. "La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio" *Revista jurídica de Castilla-La Mancha* nº 11-12 enero agosto 1991 p. 44 a 51.
- AMORES CONRADI M. "Las relaciones entre cónyuges en el nuevo Derecho Internacional Privado de la familia: valores jurídicos y técnicos de reglamentación" en *ADC* 1987 p. 89 a 138.

- AMOROS GUARDIOLA M. "De las capitulaciones matrimoniales" en *VVAA Comentarios a las reformas del Derecho de familia* vol. II, Madrid 1984 p. 1515 a 1570.
- ANZLEITER "1558" en *VVAA Münchner Kommentar- Band 7, Familienrecht I*, München 199 p. 766 a 769.
- ARECHEDERRA ARANZADI L. "Artículo 16" en *VVAA Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid 1993, p. 526 a 547.
- ASCARELLI T. "Contratto plurilaterale; comunione di interessi; società di due soci; morte di un soci in una società personale di deu soci" en *RTDPC* 1953, p. 721 a 745.
- AUDINET M. "Des conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage" en *R. des C.* 1932 II 40 p. 239 a 304.
- AUDIT B. *La fraude à la loi*, Paris 1974.
- AUGUSTINS G. "Rôle et aspect du mariage dans le mode de perpétuation des groupes domestiques pyrénéens" en *VVAA Los Pirineos. Estudios de antropología social e historia. Actas del coloquio celebrado en la casa de Velázquez los días 22 y 23 de octubre de 1981*, Madrid 1986 p. 164 a 175.
- BA A.Y. "Du colonisé à l'immigré: les vicissitudes d'un statut" en *Rev. dr. int. dr. comp.* 1997 deuxième trimestre p. 139 a 182.
- BALLARINO T. "La réforme du droit italien de la famille et le droit international privé en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1979 p. 281 a 305.
- BALLARINO T. "Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé italien" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 85 (1) janvier-mars 1996 p. 21 a 40.

- BALLARINO T. *Diritto internazionale privato*, Padova 1996.
- BARBADILLO GRINAN P. *Extranjería, racismo y xenofobia en la España contemporánea. La evolución de los sesenta a los noventa*. Madrid 1997.
- BARIATTI *La disciplina giuridica della cittadinanza italiana, II, legge 5 febbraio 1992 n. 91*, Milano 1995 p. 64 a 67.
- BARRERA A. "Primogenitura y herencia en la 'Catalunya vella'. Norma ideal y práctica actual" en *VVAA Los Pirineos. Estudios de antropología social e historia. Actas del coloquio celebrado en la casa de Velázquez los días 22 y 23 de octubre de 1981*, Madrid 1984 p. 177 a 215.
- BARRERA GONZALEZ A. *Casa, herencia y familia en la Cataluña rural*. Barcelona 1990.
- BARTIN F. *Principes de droit international privé*, Paris 1930.
- BATIFFOL H. "Conflits mobiles et droit transitoire" en *VVAA Mélanges Paul Roubier*.
- BATIFFOL H. "La Treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1977 p. 451 a 484.
- BATIFFOL H. "Le rôle de la volonté en droit international privé" en *Archives de philosophie du droit* 1957 p. 71 a 86.
- BATIFFOL H. "Principes de droit international privé" en *R. des C.* 1959-II p. 498 a 512.
- BATIFFOL H. "Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats" en *VVAA Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris 1976.

- BATIFFOL H. *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris 1956.
- BATIFFOL H. VALLADAO H. "Les conséquences de la différence de nationalités des époux sur les effets du mariage" *Annuaire del IDI* 1956. Session de Grenade p. 124 a 177.
- BATIFFOL H. y LAGARDE P. *Droit international privé T.II*, Paris 1983.
- BAYOD LOPEZ C. "Evolución de las capitulaciones matrimoniales aragonesas" en *I Congrès d'història de la familials Pirineus*, Centro de Estudios Pirenaicos Andorra 1992, p. 273 a 289.
- BAYOD LOPEZ C. "Parejas no casadas, capítulos matrimoniales, y normas de régimen económico matrimonial" en *R.C.D.J* año LXXI Enero-Febrero nº 626. p. 129 a 153.
- BAYOD LOPEZ C. *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, Zaragoza 1997.
- BAYOD LOPEZ, C. *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, Zaragoza 1995.
- BEIGNIER B. *Les régimes matrimoniaux*, Paris 1994.
- BELLO JANEIRO D. *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Barcelona 1993.
- BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA E. *El testamento mancomunado: estudios de documentos notariales aragoneses desde el siglo XVI hasta la actualidad*, Zaragoza 1997.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R. "La parejas de hecho" en *Aranzadi Civil* 1993-I. p. 1830 y s.s.
- BOCHER CH. *Cours de droit international privé*, t. II, Paris et Genève 1883.

- BOGDANOVA N. "L'etat actuel de la législation russe en matière de droit international privé" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 86 (1) janvier-mars 1997 p. 139 a 144.
- BORRAS A. "Artículo 10, apartado 7" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales T. I vol 2º* EDERSA, Madrid 1995 p. 704 a 710.
- BORRAS A. "Comentario al artículo 9.2" en *VVAA Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid 1993, p. 447 a 454.
- BORRAS A. "La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe" en *VVAA El islam jurídico y Europa*, Barcelona 1998, p. 163 a 243.
- BORRAS A. "Les ordres plurilégislatifs dans le Droit International Privé" en *R. des C.* vol. 249 1994-V p. 145 a 368.
- BORRAS A. "No discriminación por razón de sexo: Derecho Internacional Privado español" en *A.D.C XLIV* fasc. I enero-marzo 1991 p. 233 a 249.
- BORRAS A. "Non discrimination à raison du sexe et modification du droit international privé espagnol". *Rev. crit. dr. Internat. privé.* 80 (3), juillet- septembre 1991 p.626 a 634.
- BORRAS A. y VILA B. "Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas" en *R.J.C.* 1997.4 p. 246 a 250.
- BOUCKAERT F. "Modifications conventionnelles des régimes matrimoniaux en droit international privé et conflit mobile" en *Rev. not. belge* 1991 p. 486 a 492.
- BOULLANGER F. "Le divorce en droit international privé" en *Trav. Institut de Droit comparé*, 1980.

- BOULANGER F. *Droit Civil de la famille. Aspects comparatifs et internationaux* t. I, Paris 1997.
- BOUZA VIDAL N. "Artículo 10, apartado 1" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T.I vol. 2º Edersa, Madrid 1995, p. 526 a 543.
- BOUZA VIDAL N. "Comentario al artículo 10.1 y 10.2" en *VVAA Comentario del Código Civil* tomo I Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 105 a 110.
- BOUZA VIDAL N. *Problemas de adaptación en Derecho Internacional Privado e interregional*, Madrid 1977.
- BUCHER A. "L'ordre public et le but social des lois en droit international privé" en *R. des C.* 1993-II (339) p. 9 a 116.
- BUCHER A. "Sur les règles de rattachement à caractère substantiel" en *VVAA Liber Amicorum Adolf F. Schnitzer*, Genève 1979 p. 37 a 55.
- BUCHER A. *Droit international privé suisse. T.II: personnes, famille, successions*, Bâle 1992.
- BUCHER A. *Personnes physiques et protection de la personnalité*, Bâle 1992.
- BURGUIERE, A. *Historie de la famille*, Paris 1986.
- CABANILLAS SANCHEZ A. "Artículo 1333" en *VVAA Comentario del Código Civil* tomo II Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 611-612.
- CABANILLAS SANCHEZ A. "artículo 1334" en *Comentario del Código Civil* tomo II Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 612-613.

- CABANILLAS SANCHEZ A. "artículo 1335" en *Comentario del Código Civil* tomo II Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 613 a 615.
- CABANILLAS SANCHEZ A. "Los sistemas de mutabilidad del régimen económico matrimonial" en *R.D.R* 1986 n° 13 p. 43 a 78.
- CABRILIAC R. *Droit Civil. Les régimes matrimoniaux*. Paris 1994.
- CAFFARENA LAPORTA J. "Comentario al artículo 40 del Código Civil" en *VVAA Comentario del Código Civil* tomo I Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 252-253.
- CALEB M. *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Paris 1927.
- CALVO CARAVACA A. L. "artículo 9, apartado 8" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T. I vol. 2º EDERSA, Madrid 1995 p. 350 a 391
- CALVO CARAVACA A. L. CARRASCOSA GONZALEZ J. "Efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional Privado* vol II, Granada 1998 p. 77 a 105.
- CALVO CARAVACA A.L. "Sucesión hereditaria" en *VVAA Derecho Internacional Privado. Parte especial*. Madrid 1995. p. 393 a 422.
- CALVO CARAVACA A.L. "La excepción del interés nacional" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 106 a 111.
- CALVO CARAVACA A-L Y CARRASCOSA GONZALEZ J. *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Granada 1997 p. 456 a 460.

- CAPARROS E. et DAME-CASTELLI "Les rapports patrimoniaux dans la famille en droit interne comparé" en *VVAA Régimes matrimoniaux successions et libéralités. Droit international privé et droit comparé*. Boudry, Suisse 1979, p. 45 a 163.
- CAPATINA O. "La réforma du droit international privé roumain" en *Rev. crit. dr. internat. privé*, 83 (1) janv.-mars 1994 p. 172 a 195 y 166 a 172.
- CAPATINA O. "Roumania" en *J.- Cl. dr. int.* 8, 1995 n° 361.
- CARLIER J.-Y "De Schengen à Dublin en passant par Maastricht: Nouveaux itinéraires dans la circulation des personnes, leur incidence sur le droit international privé de la famille." en *VVAA Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles 1993 p. 131 a 151.
- CARLIER J.-Y. *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles 1992.
- CARLIER J.-Y "Les contrats de mariage internationaux: aspect particulier des clauses relatives aux relations personnelles" en *VVAA Relations familiales internationales*, Bruxelles 1993, p. 277 a 300.
- CARLIER J.-Y La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public répudié? en *Journ. Trib.* 1985 p. 101 a 108.
- CASANOVAS Y LA ROSA O. "La autonomía de la voluntad en Derecho Internacional Privado" en *A.D.C.* XXIX año 1976 p. 1003 a 1020.
- CASTAN TOBEÑAS *Familia y propiedad*, Madrid 1956.
- CASTAN TOBEÑAS J. *Derecho Civil español común y foral*, T.5 vol. I, Madrid 1994, p. 291 a 390.

- CASTANCIJA I. *Il criterio della cittadinanza nel diritto internazionale privato*, Napoli 1983.
- CASTEL J.-G. "Commentaire sur certaines dispositions du Code civil du Québec se rapportant au droit international privé" en *Journ. dr. int.* 1992 n°3 p. 625 a 668.
- CELAYA IBARRA A. *Derecho Civil Vasco*, Bilbao 1993 p. 234.
- CERDA GIMENO J. "Comentario al artículo 66 de la Compilación de Baleares", en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T. XXXI (vol. 2° Edersa, Madrid 1981) p. 47 a 52.
- CERDA GIMENO J. "La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho" en *B.I.M.J.* 1988 n° 1482 p. 599 a 637.
- CIGOT S. "Les droits acquis, les conflits mobiles et la rétroactivité à la lumière des Conventions de la Haye" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1978 p. 1 a 30.
- CLERICI R. "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995 n°218." en *Riv. dir. int. pr. proc.* 1995 n° 4. p. 1061 a 1071.
- COHEN D. "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 78 (3) juill. - sept. 1989 p. 451 a 483.
- COLOMER A. *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, Paris 1995.
- CORNU G. *Les régimes matrimoniaux*, Paris 1974.
- COSTANTINO B. "La pubblicità in Italia dei regimi matrimoniali stranieri" en *Riv. dir. int. pr. proc.* 1978 p. 36 a 52.
- CURTI GIALDINO A. "La volonté des parties en droit international privé" en *R. des C.* 1972. III p. 743 a 921.

- CUTILLAS TORNS "Inoponibilidad a terceros de la escritura de capitulaciones matrimoniales que afecten a bienes inmuebles" en *La Ley* 1985-4 p. 1063 a 1069.
- CHICO Y ORTIZ J.M. "El Derecho de familia y el Registro de la Propiedad" en *R.G.L.J.* oct. 1978 p. 343 a 373.
- D'HONDT-VAN OPDENBOSCH P. "Le statut personnel des musulmans en Belgique" en *VVAA Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles 1992.
- DE PABLO CONTRERAS P. de "La casa en Derecho navarro: una aproximación jurídica" en *VVAA Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, T. I, Barcelona 1992 p. 663 a 678.
- DE PEÑA "El concurso de las personas designadas en el artículo 1318 en el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. Ley aplicable al régimen económico matrimonial de española con extranjero. en *ADC* 1956 p. 299 y s.s.
- DE VALKENEER R. y BARNICH L. "Le mariage et ses effets patrimoniaux en droit international privé" en *VVAA Les relations contractuelles internationales. Le rôle du natatre*, Apeldoorn 1995 p. 97 a 123, en concreto p. 118.
- DE WINTER L.J. "Nationality or domicile. The present state of affairs" *R. des C.* 1969 III p. 347 a 503.
- DEBY-GERARD F. *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris 1973.
- DELAGADO DE MIGUEL J. F. *Código Notarial*, Pamplona 1997.
- DELGADO ECHEVERRÍA J. "Unos capítulos matrimoniales tensinos de 1490" en *Revista de Derecho Civil aragonés* III 1997 n° 2 p. 11 y s.s.

- DELGADO ECHEVERRIA J. "artículo 16 apartado 2" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* Tl vol. 2º EDERSA, Madrid 1995 p. 1283 a 1301
- DELGADO ECHEVERRIA J. "artículo 16" en *VVAA Comentario del Código Civil* tomo I Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 166 a 172.
- DELGADO ECHEVERRIA J. "Las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el derecho interregional" en *A.D.A* vol XVII 1976 p. 23 a 39.
- DELGADO ECHEVERRIA J. "propiedad trunca y patrimonio familiar" en *Estudios Deusto*, vol XXXIX 1991 p. 32 y s.s.
- DÉPREZ J. "Droit international privé et conflits de civilisation. Aspects méthodologiques (les relations entre systèmes d'Europe occidentale et système islamique en matière de statut personnel)" en *R. des C* 1988 IV (211) p. 9 a 371.
- DIAZ de GUIJARRO "Concepto y naturaleza del acto jurídico familiar" en *R.G.L.J* Mayo 1966 p. 679 a 688.
- DIEZ-PICAZO y PONCE de LEON "El negocio jurídico del derecho de familia" en *R.G.L.J* Junio 1962 p. 771 a 792.
- DIEZ-PICAZO L. "Disposiciones generales. Artículos 1315-1324" en *VVAA Comentarios a las reformas del Derecho de familia* vol. II, Madrid 1984, p 1492 a 1515.
- DIEZ-PICAZO L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I Introducción. Teoría del contrato*. Madrid 1993.
- DIEZ-PICAZO L. y GULLÓN A. *Sistema de Derecho Civil* vol. IV. *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*. Madrid 1997, p. 167 a 174.

- DIEZ-PICAZO L. Y GULLON A. *Sistema de Derecho Civil* vol.I, Madrid 1997.
- DOMINGUEZ LOZANO P. "artículo 9 apartado 7" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* EDERSA, Madrid 1995 p. 296 a 350.
- DOMINGUEZ LOZANO P. *Las circunstancias personales determinantes de la vinculación con el Derecho local. Estudio sobre el Derecho local altomedieval y el Derecho local de Aragón, Navarra y Cataluña (Siglos IX-XV)*, Madrid 1986.
- DOMINGUEZ LOZANO P. "Alimentos" en *VVAA Derecho Internacional Privado. Parte especial*. Madrid 1995. p. 377 a 389.
- DROZ G. "la codification du droit international privé des successions. Perspectives nouvelles" en *travaux Com. fr.dr.int.pr.* 1966-1969 p. 319 y s.s.
- DROZ G. "Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux (entré en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux" en *Rev. crit. dr. internat. privé*, 81 (4) oct.-déc. 1992 p. 630 a 680.
- DROZ G. "Les principaux traités multilatéraux relatifs aux régimes matrimoniaux, successions et libéralités" en *VVAA Régimes matrimoniaux successions et libéralités. Droit international privé et droit comparé*. Boudry, Suisse 1979 p. 205 a 336.
- DROZ G. "Les régimes matrimoniaux de droit international privé" *R. des C.* 1974 III p. 1 a 137.
- DURAN y BAS *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Barcelona 1883.

- EKELMANS M. "Ordre public et ses effets atténués" en *VVAA L'ordre public concept et applications*, Bruxelles 1995, p. 283 a 303.
- ELWAN O. "L'islam et les systèmes de conflits de lois" en *VVAA Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles 1992 p. 313 a 341.
- ESPINAR VICENTE J. M *Ensayos sobre teoría general del Derecho Internacional privado*, Madrid 1997.
- ESPINAR VICENTE J. M. "El concepto de la residencia habitual en el sistema español de Derecho internacional privado" en *R.D.P* 1980 LXIV p. 2 a 27.
- ESPINAR VICENTE J.M *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid 1996.
- ESPINAR VICENTE J.M. "Aproximación crítica a la Proposición de Ley de Reforma del Derecho de la Nacionalidad" en *Revista de Economía y Sociología del Trabajo* n° 8-9 septiembre 1990 p. 70 y s s.
- ESPLUGUES MOTA C. "Régimen jurídico de la contratación en el derecho del comercio internacional" en *VVAA Contratación internacional*, valencia 1994 p. 27 a 183.
- ESTRADA ALONSO E. *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Madrid 1986.
- FERNANDEZ DOMINGO J.I *Introducción al Derecho Civil forat*, Madrid 1997.
- FERNANDEZ ROZAS J. C. "Capacidad y protección de los incapaces" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 98 a 140.

- FERNANDEZ ROZAS J.C y RODRIGUEZ MATEOS P. "Artículo 9, apartado 9" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T.I vol. 2º Edersa, Madrid 1995, p. 392 a 429.
- FERNANDEZ ROZAS J.C y SANCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional privado*, Madrid 1996.
- FERRER CORREIA A. *Temas de Direito comercial e Direito internacional privado*, Coimbra 1989.
- FIRSCHING K. y VON HOFFMANN B. *Internationales privatrecht*, 1995 p. 275 y s.s.
- FOELIX M. *Traité du droit international privé*, Paris 1866 (cuarta ed.).
- FOSAR BENLLOCH E. "Análisis de la jurisprudencia española sobre las relaciones económicas de las uniones extramatrimoniales" en *R.G.L.J* 1983, p. 885 a 934.
- FOSAR BENLLOCH E. "La Constitución española de 1978 y la unión libre" en *R. J. C.* , 4, 1982. p. 885 a 934.
- FRAGUAS MASSIP R. "Conflictos móviles y conflictos transitorios en materia de regímenes matrimoniales" *Ponencias presentadas por el notariado español a los Congresos internacionales del Notariado latino* vol. III, Madrid 1975 p. 941 a 970.
- GANNAGE P. "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 81 (3) juill-sept. 1992 p. 425 a 454.
- GARCIA CANTERO G. "los sistemas económico-matrimoniales en general. Las capitulaciones matrimoniales" en *CASTAN Derecho civil español común y foral* T. V vol. I, Madrid 1994 p. 291 a 390.

- GARCIA CANTERO G. "Mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales" en CASTAN TOBEÑAS J. *Derecho Civil español, común y foral T.V Derecho de familia vol. 1 Relaciones conyugales*, Madrid 1994 p. 362 a 368.
- GARCIA GOYENA F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza 1974.
- GARCIA VILLAVERDE R. "El ejercicio del comercio por persona casada" en *R.D.M* 1982 165-166 p. 497 a 534.
- GAROFALO L. *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Torino 1997 p. 172 a 175.
- GARRIDO DE PALMA V. "unión marital de hecho" *B.I.C.A.M* 1987, nº 2, marzo- abril p. 33 a 35.
- GARRIDO DE PALMA V. y REGOJO OTERO A. "La familia no matrimonial (estudio sobre el concubinato)" en *R.G.L.J* 1986 nov. nº 5 p. 613 a 625.
- GAUDEMÉT-TALLON H. "La désunion du couple en droit international privé" en *R. des C.* 1991.I p. 13 a 279.
- GAUDEMÉT-TALLON H. "Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux: tendances actuelles en droit comparé" en *Travaux Com. fr. dr.in.pr* 1969-1971, París 1972, p. 197 a 228.
- GAUTIER P-Y "Les couples internationaux de concubins" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 80 (3) juill-sept. 1991. p. 525 a 539.
- GENY F. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1899.
- GHORAIN "Les époux étrangers peuvent-ils modifier leur régime secondaire en belgique?" en *Rec. gén. enr. not.* 1982 p. 433 a 437.

- GIARDINA A. "Les lois étrangères rétroactives en matière de mariage et de régime matrimoniaux. Essai sur l'emprise progressive de l'Etat du for sur les situations juridiques étrangères" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1972 p. 400 a 437.
- GIMENO Y GOMEZ-LAFUENTE J.-L. "La publicidad de las capitulaciones en Derecho Internacional Privado" en *R.C.D.I.* 1979-II p. 669 a 786.
- GIULIANO M. y LAGARDE P. "Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales" en *DOCE* C 327 11 de diciembre de 1992.
- GLENN P. "Codification of private International Law in Quebec-an Overview" en *IPRax* 1994, Heft 4 p. 308 a 318.
- GOLDMAN B. *Le contrat international en Renaissance du phénomène contractuel*, La Haye 1971 p. 443 a 475.
- GOLDMAN M.B. "Observations de M.B. Goldman" en "L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées" *Annuaire de l'institut de droit international*, session de Bâle vol. 64-I p. 26 a 28.
- GOLDSCHMIDT W. *Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado* T.II, Buenos Aires 1954.
- GOLDSTEIN G. y GROFFIER E. "Canada (Québec et Provinces anglaises)" en *J.- Cl. dr. int.* 2, 1996 Fac. 5.
- GOMA SALCEDO J. E. *Derecho Notarial*, Madrid 1992.
- GONZALEZ BUENO M. "la familia en el valle de Aneu (Pallars Sobira. Lérida) en *VVAA Los Pirineos. Estudios de antropología social e historia. Actas del coloquio celebrado en la casa de Velázquez los días 22 y 23 de octubre de 1981*, Madrid 1986, p. 152 y s.s.

- GONZALEZ CAMPOS J. D. "artículo 11" en *VVAA Comentario del Código Civil* tomo I Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 136 a 138.
- GONZALEZ CAMPOS J. D. "Derecho de familia. El matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 289 a 328.
- GONZALEZ CAMPOS J. D. "El paradigma de la norma de conflicto multilateral" en *VVAA Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez T. IV* Madrid 1996, p. 5339 a 5270.
- GONZALEZ CAMPOS J. D. "La proposición de Ley de reforma parcial del Título Preliminar del Código Civil" en *R.E.D.J* vol XLI (1989), 2 p. 679 a 681.
- GONZALEZ CAMPOS J. D. "Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé" en *R. des C.* 1977 (156) p. 227 a 372.
- GONZALEZ CAMPOS J. D. "Relaciones entre los cónyuges y régimen económico matrimonial" en *VVAA Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Oviedo 1989 p. 173 a 200.
- GONZALEZ CAMPOS J.D. y GARCIMARTIN ALFEREZ F. "Comentario al artículo 11" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales T.I* vol. 2º Edersa, Madrid 1995, p. 796 a 842.
- GORE M. "La détermination du régime matrimonial" en *VVAA Droit patrimonial de la famille*, Paris 1998 p. 61 a 107.
- GROFFIER E. *La réforme du droit international privé québécois. Supplément au précis de droit international privé québécois*, Québec 1993.

- GROFFIER E. y GOLDSTEIN G. "Canada (Québec et Provinces anglaises) Droit international privé" en *J.-Cl. dr. int. droit comparé* T. I Canada 2, 1988 p. 7.
- GUARDANS CAMBO I. *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona 1992.
- GUIHO P. "Les concubinages en droit international privé" en *VVAA Les concubinages. Approche socio-juridique. tome II*. Paris 1986 p. 209 a 214.
- HACHEM M. E. "Le Code tunisien de droit international privé" en *Rev. crit. dr. internat. privé*, 88 (2) avril-juin 1999 p. 227 a 244.
- HAMMJE P. "Droit fondamentaux et ordre public" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 86 (1) janvier-mars 1997 p. 1 a 31.
- HANOTIAU B. *Le droit international privé américain (du premier au second Restatement of the Law, Conflict of Laws)*, Bruxelles 1979.
- HANOTIU B. "Examen de jurisprudence Droit international privé. Les personnes et les relations familiales" en *Rev. trim. dr. fam.* 1980 p. 235 a 262.
- HAUDEK W. *Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrech.*, Berlin 1931.
- HENRICH D. *Internationales Familienrecht, Verlag für Standesamtswesen*, Francfort-sur-le-main, 1989 XX p. 21 y s.s.
- HERRERO GARCIA M. J. "artículo 1318" en *VVAA Comentario del Código Civil* tomo II Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 578 a 583.
- HERRERO GARCIA M.J. "artículo 1322" en *Comentario del Código Civil* tomo II Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 594 a 596.

- HERRERO GARCIA M.J. "artículo 1323" en *Comentario del Código Civil* tomo II Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 596 a 598.
- INZITARI B. "Reflessioni sul contratto plurilaterale" en *RTDPC*, 1973 p. 476 a 529.
- IRIARTE ANGEL J. L. *Los Derechos civiles de los extranjeros en España. El artículo 27 del Código Civil*, Madrid 1988.
- JACQUET J.-M. *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris 1983.
- JAYME E. "Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato" en *Riv. dr. int. priv. proc.* 1993 p. 295 a 304.
- JAYME E. "Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato" en *Riv. dr. int. priv. proc.* 1993 p. 295 a 304.
- JAYME E. "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé" en *R. des C.* 1995 (251) p. 9 a 268.
- JUENGER F. "Balance y perspectiva de la decada en Estados Unidos" en *VVAA Principios, objetivos y métodos del Derecho Internacional Privado. Balance y perspectivas de una década. Cuartas jornadas de Derecho Internacional Privado*. Madrid (Vicalvaro) 4 y 5 de junio de 1993, Madrid 1995 p. 35 a 75.
- KANZLEITER "1558" en *VVAA Münchener Kommentar- Band 7, Familienrecht I*, München 1993, p. 766 a 769.
- KASSIS A. *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris 1993.

- KIPP T. WOLFF M. *Derecho de familia, vol. I El matrimonio*, (traducción de la 20ª ed. alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas PEREZ GONZALEZ B. y CASTAN TOBEÑAS J.), Barcelona 1947.
- KLEFFENS E. van *Hispanic law until the end of the middle ages*, Edimburgo 1968.
- KOKKINI-IATRIDOU D. "Le rapport general" en VVAA *Les Clauses d'Exception en matière de Conflits de Lois et de Conflits de Juridictions. XIV Congrès international de droit comparé*, Netherlands 1994, p. 3 a 43, en especial p. 4-5.
- KOKKINI-IATRIDOU D. "Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions" en VVAA *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions- ou le principe de proximité, XIV Congrès international de droit comparé*, Netherlands 1994, p. 3 a 43.
- LA PRADELLE M.G. de "Communication de M. Géraud de la Pradelle" en *Travaux Com. fr. dr.int.pr. 1971 1973* p. 117 a p. 133.
- LABRUSSE C. "Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (a propos de la désision du Tribunal Constitutionnel fédéral du 4 mai 1971) en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1974 p. 1 a 46.
- LABRUSSE C. "La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère" en *Travaux Com. fr. dr. int. pr. 1975-1977*.
- LACRUZ BERDEJO J.L. "El régimen matrimonial primario" en VVAA *Elementos de Derecho Civil, IV Derecho de familia vol. 1* Barcelona 1990, p. 279 a 297.
- LACRUZ BERDEJO J.L. "Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral" en *R.C.D.I.* 1963 p. 593 a 608.

- LACRUZ BERDEJO J.L. "Capítulos matrimoniales y estipulación capitular" en *VVAA Centenario de la ley del notariado vol. II*, Madrid 1962.
- LACRUZ BERDEJO J.L. "Convivencia more uxorio; estipulaciones y presunciones" en *Centenario del Código Civil (1889-1989) t. I*, Madrid 1990 p. 1061 a 1069.
- LACRUZ BERDEJO J.L. "Los capítulos matrimoniales" en *VVAA Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de familia vol. 1*, Barcelona 1990, p. 306 a 333.
- LAGARDE P. "Cours général de droit international privé" en *R. des C.* 1986 I (196) p. 13 a 237.
- LAGARDE P. "La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions" en *Rev. crit. dr. internat. privé* p. 249 a 275.
- LAGARDE P. "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation" en *VVAA Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles 1993, p. 262 a 282.
- LAGARDE P. "Les principes du droit international privé hier, aujourd'hui et demain" en *VVAA Principios, objetivos y métodos del Derecho Internacional Privado. Balance y perspectivas de una década*. Cuartas jornadas de Derecho Internacional Privado. Madrid (Vicálvaro) 4 y 5 de junio de 1993, Madrid 1995 p. 15 a 33.
- LAGARDE P. "Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités (à propos notamment de l'arrêt Dujaque de la première chambre civile du 22 juillet 1987)" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 77 (1) janv.-mars 1988 p. 29 a 54.
- LAINÉ A. *Introduction au droit international privé*, vol I, Paris 1888-1892.

- LASALA LLANAS M. *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Madrid 1933.
- LASALA SAMPER J.M. "La norma española de conflicto sobre régimen legal de bienes del matrimonio" en *REDI* 1951 vol. IV n° 1 p. 13 a 58, en concreto p. 16-17.
- LE MOAL R. "Le VIII Congrès de l'Union internationale du Notariat latin (Mexico, 1-10 octobre 1965)" en *Journ. dr. int.* 1967 p. 357 a 361.
- LEQUETTE Y. "Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales" en *R. des C.* 1994-II (246) p. 9 a 234.
- LETE DEL RIO J.M "Sujetos de las capitulaciones matrimoniales" en *A.D.C* Tomo XXXVI 1983 p. 397 a 420.
- LETE DEL RIO J.M y ALVAREZ CAPEROCHIPI "Notas sobre 'mutabilidad' del régimen económico matrimonial en el Derecho común." *R.D.P.* Tomo 61 1977 p. 163 a 195.
- LEWALD H. "Conflits de lois dans le monde grec et romain" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1968 p.419 a 440.
- LEWALD H. "Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du dip" en *R. des C.* 69 1939-III p. 5 a 147.
- LISBONE J. "Portugal" en *J.- Cl. dr. int.* 2, 1997 n° 250.
- LOPEZ G. *Las Siete Partidas del Muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio glosadas por el licenciado Gregorio López*, Madrid 1843.
- LOPEZ MEDEL J. "Organización funcional de los Registros, informatización/información" en *R.C.D.I* 1988 n° 645 p. 483 a 492.

- LOPEZ PELAEZ P. "Reflexiones en torno al régimen económico matrimonial de participación en las ganancias en la nueva legislación catalana: su valoración en relación al Derecho común" en *Actualidad Civil* n°7/12-18 febrero 1996.
- LOPEZ Y LOPEZ A.M "Matrimonio y régimen económico matrimonial" en *VVAA Derecho de familia*, Valencia 1991 p. 173 a 211.
- LOUSSOUARN Y. "La Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux" en *Journ. dr. int.*, 1979 p. 5 a 20.
- LOUSSOUARN Y. "La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé" en *Annuaire de IDI* vol. 62 T.I, session du Caire 1987 p. 295 a 381, en concreto p. 316 a 333.
- LUCES GIL F. *Derecho Registral Civil*, Barcelona 1991, p. 239.
- LLEBARIA SAMPER "Las uniones extramatrimoniales en Derecho Civil catalán. Antecedentes y situación actual en el Derecho aplicable en cataluña" en *VVAA El Derecho europeo ante la pareja de hecho. Seminario organizado por la Fundación Olof Palme*, Barcelona 1996 p. 129 a 155.
- LLEDO YAGÜE F. "Comentario a la sentencia 20 de octubre de 1994" en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* enero - marzo 1995 p. 347 a 358.
- MALAURIE P. "Espagne, France, Italie, Portugal" en *VVAA Les relations contractuelles internationales. Le rôle du natiaire*, Apeldoorn 1995, p. 455 a 466.
- MANCINI P. S "La nazionalità come fondamento del diritto delle genti" Lección pronunciada en la universidad de Turín el día 22-enero de 1851 traducción CARRERA DIAZ M. *Sobre la nacionalidad*, Madrid 1985.

- MANCINI P. S. (1817-1897) v. "De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les états, sous la forme d'une ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles" en *Journal de droit international*. 1874 p. 221-239 y 285-304 en especial p. 294-297.
- MANRESA Y NAVARRO J.M. *Comentarios al Código Civil español. Tomo IX*, Madrid 1908.
- MARIN LOPEZ A. *Derecho internacional privado español. Parte especial II. Derecho civil internacional*, Granada 1987.
- MARIN PADILLA M. L. *La conservación del negocio jurídico (utile per inutile non vitiatur)*, Barcelona 1990.
- MARTIN BALLESTERO HERNANDEZ L. "De la familia foral a la familia agraria" en *Libro Homenaje al Profesor Luis Martín Ballestero*, Zaragoza 1983.
- MARTIN BALLESTERO Y COSTEA L. *La casa en Derecho aragonés*, Zaragoza 1944.
- MARTIN OSANTE L.C. *El régimen económico matrimonial en el Derecho vizcaíno. La comunicación foral de bienes*, Madrid 1996.
- MARTINEZ RUIZ A. *El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo T.IX*, Barcelona 1908.
- MARTINEZ SANTIAGO J. M^o "En torno a la publicidad registral inmobiliaria" en *R.C.D.I.* 1998. 644 p. 117 a 176.
- MARTY-SCHMID H. *La situation patrimoniale des concubins à la fin de l'union libre. Etude des droits suisse, français et allemand*, Genève 1986.

- MASMEJAN D. *La localisation des personnes physiques en droit international privé. Etude comparée des notions de domicile, de résidence habituelle et d'établissement, en droit suisse, français, allemand, anglais, américain et dans les Conventions de La Haye*, Genève 1994.
- MAYER D. "Evolution du statut de la famille en droit international privé" en *Journ. dr. int.* 1977 p. 447 a 469.
- MAYER P. "La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères" en *Rev. crit. dr. internat. privé*, 80 (4) oct.-déc. 1991 p. 651 a 665.
- MAYER P. *Droit international privé*, Paris 1991.
- MEBROUKINE A. "La convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés. Le point de vue d'un Algérien." en *Rev. crit. dr. internat. privé* p. 1 a 39.
- MEBROUKINE A. "Le droit international privé algérien de la famille" en *VVAA Le statut personnel des musulmans*, Bruxelles 1992, p. 199 a 243.
- MENHOFER "Islamisches Recht in westlichen Staaten" en *IPRax* 1990 p. 419 y s.s
- MERINO GUTIERREZ A. "Las uniones libres y su perspectiva actual (las parejas no casadas)" en *LA LEY* 1988-1 p. 1004 a 1011.
- MERNISSI S. "Quelques aspects de la codification du statut personnel marocain" en *VVAA Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles 1992, p. 111 a 142.
- MERNISSI S. "El estatuto de la mujer en Marruecos" en *VVAA El islam jurídico y Europa*, Barcelona 1998 p. 103 a 121.
- MESSINEO F. "Il contratto in genere" en *Trattato di Diritto civile e commerciale XXI T. I.*, Milano 1968.

- MIAJA DE LA MUELA A. *Derecho internacional Privado TII (Parte especial)*, Madrid 1987 P. 452 a 479 (Revisión de N. BOUZA VIDAL).
- MIAJA DE LA MUELA A. *Derecho Internacional Privado I, introducción y parte general*, Madrid 1981.
- MIAJA DE LA MUELA A. *Derecho internacional Privado TII (Parte especial)*, Madrid 1973.
- MONÉGER F. "La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 1984 p. 29 y s.s y 267 y s.s.
- MONÉGER F. "Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmans par le juge français?" en *journ. dr. int.* 1992 2. p. 347 a 355.
- MORA MATEO J.E. "Publicidad del cambio de régimen económico matrimonial mediante capitulaciones" en *R.G.D.* sep. 1997 p. 10317 a 13051.
- MORELL J. "Els Capítols matrimonials" en *RJC* 1935 p. 395 a 417.
- MOREU BALLALONGA "Comentario al artículo 25 de la Compilación aragonesa" en *VVAA Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. I, Zaragoza 1988, p. 643.
- MOYA ESCUDERO M. "efectos del matrimonio" en *VVAA Derecho Internacional Privado español II Parte especial. Derecho Civil internacional*. Granada 1994 p. 147 a 167.
- NAGORE YARNOZ J. "Comentario a la Ley 78 del Fuero nuevo" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales T.XXXVI* vol. 1º 1990 Edersa p. 425-426.

- NAVAJAS LAPORTE A. *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, San Sebastián 1975.
- NAVARRO AZPEITIA V. "Organización de un sistema corporativo notarial internacional, respecto a: 1) legalizaciones.- 2) capacidad civil.- 3) vigencia y contenido de las leyes.- 4) regímenes matrimoniales.- 5) justificación o prueba del título sucesorio testado o intestado: su existencia y contenido", II Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid 1950, en *VVAA Ponencias presentadas a los Congresos Internacionales del Notariado latino*, Madrid 1975 p. 359 a 433.
- NIBOYET J.-P. "La théorie de l'autonomie de la volonté" en *R. des C.* 1927. I p. 1 a 116.
- OGRIS W. OBERHAMMER P. "Autriche" en *J.- Cl. dr. int.* 8, 1997 Fasc. 3. p. n° 273.
- OTEGUI PASCUAL R. *Estrategias e identidad. Un estudio antropológico sobre la provincia de Teruel*, Teruel 1990.
- PABLO CONTRERAS P. de "La casa en Derecho navarro: una aproximación jurídica" en *VVAA Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, T. I, Barcelona 1992 p. 663 a 678.
- PALA MEDIANO F. "El régimen familiar paccionado en la comarca de Jaca" en *ADA* 1950-60 p. 251 a 310.
- PATOCCHI P. M. *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève 1985.
- PEÑA BERNALDO DE QUIROS M. "El anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)" en *VVAA Centenario de la Ley de Notariado. Sección IV; fuentes y bibliografía*, vol I, Madrid 1965, p. 7 y s.s.

- PEÑA BERNALDO DE QUIROS M. "El régimen económico de la sociedad conyugal en el Derecho Internacional Privado" en *REDI* 1955 vol. VIII nº3 p. 607 a 623, en concreto p. 620 a 621.
- PERASSI T. "Sull'autonomia dei contraenti" nota a la sentencia de 21 de enero de 1928 del Tribunal de Casación italiano en *Riv. dir. int.* 1928 p. 516-520.
- PERE RALUY J. *Derecho del Registro Civil* T. II, Madrid 1962.
- PEREZ RODRIGUEZ M. "la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en España y el Derecho convencional internacional" en *Revista del Foro Canario*, 1990, p. 65 a 107.
- PEREZ VERA E. "El anteproyecto de Convenio sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado" en *A.E.S.J.* 1976 p. 203 a 239.
- PEREZ VERA E. "El Convenio de La Haya sobre ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales" en *VVAA Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Madrid 1979 p. 1167 a 1183.
- PEREZ VERA E. *Derecho Internacional Privado. parte especial*, Madrid 1980.
- PILLET A. "La théorie générale des droits acquis" en *R. des C.* 1925- III p. 489 a 538.
- PIRRUNG M. J. "La réforme du droit international privé en République fédérale d'Allemagne, spécialement dans le domaine des relations entre époux" en *Travaux Com. fr. dr.int.pr* années 1986-87; 1987-88 p. 201 a 212.
- POCAR F. "La protection de la partie faible" en *R. des C.* 1984- V (188) p. 343 a 409.

- POISSON E. "Les relations entre époux dans les récentes codifications du droit international privé" en *Rev. crit. dr. internat.*, 1967 p. 277 a 302.
- PRESA DE LA CUESTA A. "Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad" en *R.C.D.I.* 1984 II, p. 1221 a 1232.
- PROTHAIS A. "Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux" en *La Semaine Juridique*, 1990 I. 3440.
- QUERO J. "El principio de la autonomía de la voluntad en Derecho Internacional Privado" en *R.J.C* 1932 p. 214 a 279.
- RALLO LOMBARTE A. "Uniones conyugales de hecho y Constitución" en *R.G.D L.* J.nº 606 marzo 1995 p.1759 a 1771.
- RAMIREZ DE ARELLANO MARCOS V. *La estructura formal del artículo 1325 del Código Civil español*. Discurso pronunciado en la solemne apertura del curso académico 1973-1974, Salamanca 1973.
- RANOUIL V. *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, París 1980.
- RAVEL D'ESCLAPON J. "France. Régimes matrimoniaux. Filiation légitime et naturelle et adoption" en *Juris-classeurs*. Droit comparé nº 92 (2, 1998).
- REMIRO BROTONS A. "Comentario al artículo 10.1º" en en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T.I Edersa, Madrid 1978, p. 206 a 228.
- REVILLARD M.L *Droit international privé et pratique notariale*, Paris 1983.

- REVILLARD M. "La Convention de la Haye du 14 de mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux" en *Répertoire du Notariat Defrenois*, 15 mars 1992, 112^e années-n^o 5, n^o 13.
- RIAD F. "Pour un code européen de droit musulman" en *VVAA Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles 1992 p. 379 a 382.
- RIAD F. y SADEK H. "Les conflits de lois en droit interne et en droit international privé égyptien dans les matières de statut personnel" en *VVAA Le statut personnel des musulmans*, Bruxelles 1992 p. 67 a 108.
- RIGAUX F. "Le conflit mobile en droit international privé" en *R. des C.* 1966 I p. 328 a 444.
- RIGAUX F. "Le situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours générale de droit international privé." en *R. des C.* 1989-I (213) p. 13 a 407.
- RIGAUX F. "Les régimes matrimoniaux" en *VVAA Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé. Etude des solutions en vigueur dans les six pays du Marché Commun*, Bruxelles MCMLXIII, p. 27 a 60.
- RIGAUX F. y FALLON M. "Le droit patrimonial de la famille" en *VVAA Droit International privé T. II. Droit positive belge*, Bruxelles 1993.
- RIVAS RIVAS A.M *Ritos símbolos y valores en el análisis de identidad en la provincia de Zaragoza*, Zaragoza 1986, p. 87.
- ROCA SATRE, R. "La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio" en *A.A.M.N.*, T. 1, 1945 p. 335 a 377.
- RODRIGUEZ ADRADOS A. "Personas con derecho a copia" en *RDN* julio-diciembre 1978 p. 223.

- RODRIGUEZ GAYAN E. *Derecho registral civil internacional*, Madrid 1995.
- ROMAIN J.-F. "L'ordre public et les droits de l'homme" en VVAA *L'ordre public concept et applications*, Bruxelles 1995, p. 5 a 61.
- ROMERO HERRERO H. "Determinación del régimen económico matrimonial. Conflictos interregionales." en *R.J.N* abril-junio 1995 p. 91 a 157.
- ROMMEL G. Quelques problèmes en matière de droit maghrébin: la repudiation, la garde et le rapt d'enfants, les pensions alimentaires. *J.J.P.(journal de juges de paix et de police)* 1982 p. 33 y s.s.
- ROUBIER P. "Les conflits de lois dans le temps en droit international privé" *Rev. crit. dr. internat. privé* 1931 p. 38-86.
- SABOURIN F. *Les effets patrimoniaux du mariage en droit international privé québécois*, Québec 1996.
- SALARNO CARDILLO F. *Regime matrimoniale tra coniugi nel diritto internazionale privato italiano. Sintesi della normativa dei principali paesi europei. Prontuario applicativo*, Milano 1998
- SALERNO "Sulla tutela internazionale dell'identità culturale delle minoranze straniere" en *Riv. dir. int.* 1990 p. 257 y s.s.
- SANCIÑENA ASURMENDI C. *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Madrid 1995, p. 78 a 88.
- SANCHEZ LORENZO S. "Las parejas no casadas ante el Derecho Internacional Privado" *R.E.D.I* 1989, 2 p. 487 a 531.

- SANCHEZ LORENZO S. "Postmodernismo e integración en el Derecho Internacional" en *VVAA Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, Madrid 1996.
- SANCHEZ LORENZO S. "Postmodernismo y Derecho Internacional Privado" en *R.E.D.I* 1994 n° 2 p. 557 a 585.
- SAPENA J. "El pacto sucesorio en el Alto Aragón" en *R.D.P* 1954 p. 734 a 783.
- SAUDERS y WALTER "The Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972", en *I.C.L.Q.* 1972 p. 781 y s.s.
- SAVIGNY (1779-1861) *Derecho Romano actual*, Berlín 1840-1849.
- SAVIGNY *Système de droit romain*, T VIII, Paris 1851.
- SCOTTEN G. "Alemania" en *VVAA Problemas notariales a nivel internacional*, Würzburg 1995, p. 1 a 22.
- SCHNEIDER B. *Le domicile international*, Neuchâtel 1973.
- SCHNITZER A. "Betrachtungen zur Gegenwart und Zukunft des internationalen Privatrechts" *Rebels Zeitschrift* 1974 p. 39 y s.s.
- SCHOTTEN G. "Der Schutz des Rechtsverkehrs im Internationalen Privatrecht" en *DNotZ* 1994 p. 670 a 685.
- SCHWIND F. "Cours général de droit international privé" en *R. des C.* 1984 IV (187) p. 42 a 49.
- SERRANO GARCIA J. A. "Pasado y presente del Derecho civil aragonés" en *Revista aragonesa de administración pública* n° 1, Zaragoza 1992, p. 109 a 158.
- SIMO SANTONJA V. *Capacidad y regimenes matrimoniales de extranjeros. Derecho comparado y conflictual*, Madrid 1970.

- SONNENBERGER H.-J. "Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 76 (1) janv.- mars 1987 p. 1 a 31.
- STURM F. "Personnes, famille et successions dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand" en *Rev. crit. dr. internat. privé*, 76 (1) janv.-mars 1987 p. 33 a 75.
- SUMAMPOUW M. *Les nouvelles conventions de La Haye. Leur application par les juges nationaux. T.IV*, The Hague 1994.
- SURVILLE M. "Du rôle de la volonté dans la solution des questions de droit international privé que soulève le contrat de mariage" en *Rev. crit. Dr. Internat privé* 1988 p. 158 a 180.
- TAKIZAWANA "Droit japonais de la famille" en *RIDC* n° 3 1990 p. 915 a 940.
- TAMEIKE Y. "Naien in Japanese Private International Law" en *The Japanese Annual of International Law*, n° 22 1978 p. 21 y ss.
- TERRE F. "La signification sociologique de la réforme des régimes matrimoniaux" en *L'année sociologique* 1965 p. 1 a 83.
- TOMAS ORTIZ DE LA TORRE J.A. *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Evolución histórica y convenciones adoptadas*, Madrid 1993, p. 319 a 329.
- TOMAS ORTIZ DE LA TORRE J.A. *Legislaciones nacionales de Derecho Internacional Privado*, Madrid 1995.
- TOMAS ORTIZ DE LA TORRE T. *Derecho Internacional privado. Parte general. Vol I. Introducción, Historia doctrinal y codificación*, Madrid 1992.

- TORRES LANA "de nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas" en *Aranzadi Civil* 1993 II p. 2410 y s.s
- TRIAS de BES *Sistema de Derecho español positivo*, Barcelona 1932.
- URIONDO DE MARTINIOLI A. y ECHEGARAY DE MAUSSION C. "La libre circulación de personas y su incidencia en las convenciones matrimoniales" en *El Derecho*, Universidad Católica. Argentina, Buenos Aires 24 de enero de 1997 n° 9177 p. 1 a 3.
- VALLET DE GOYTISOLO J. y FRAGUAS MASSIP R. "conflictos móviles y conflictos transitorios en materia de regímenes matrimoniales" en *VVAA Ponencias presentadas a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Madrid 1975, p. 942 a 970.
- VAN HECKE G. "Principes et méthodes de solution des conflits de lois" en *R. des C.* 1969 (1) p. 399 a 569.
- VAN HOOGSTRATEN "La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye" en *R des C.* 1967 III.
- VANDER ELST R. "Liberté, respect et protection de la volonté en droit international privé" en *VVAA Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles 1993 p. 507 a 516.
- VERWILGHEN M. "les problèmes juridiques soulevés par l'immigration musulmane" en *VVAA Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles 1992, p. 21 a 33.
- VERWILGHEN M. et VAN DEN EYNDE P. *Traité pratique des régimes matrimoniaux. T. II droit international*, Bruxelles 1985.
- VIARENGO I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova 1996.

- VIDAL MARTINEZ J. "Aplicación del régimen de sociedad de ganaciales a una relación y convivencia no matrimonial. Convenio económico. Validez (comentario de urgencia a la sentencia de 21 de abril de 1986 de la Audiencia Provincial de Córdoba) R.G.D octub.-nov. 1986 p. 4303 a 4317.
- VIGNAL T. "La loi du 28 octobre 1997 adaptant la Convention de la Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux" en *La semaine juridique*, 24 junio de 1998 n° 26 p. 1149 a 1152.
- VIRGOS SORIANO M. "las cosas y los derechos reales" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 241 a 285.
- VIRGOS SORIANO M. "Artículo 10, Apartado 5" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales. Tl vol. 2°* EDERSA, Madrid 1995 p. 609 a 693.
- VIRGOS SORIANO M. "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales" en *VVAA Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, tomo III, Madrid 1986, p. 753 a 825.
- VIRGOS SORIANO M. "Obligaciones contractuales" en *VVAA Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid 1995 p. 143 a 240.
- VIRGOS SORIANO M. "Obligaciones contractuales" en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1993 p. 195 a 289.
- VISCHER F. "La loi fédérale de droit international privé" en *VVAA Le nouveau droit international privé suisse. Travaux des journées d'étude organisées par le Centre du droit de l'entreprise*, les 9 et 10 oct. 1987, Lausanne 1988, p. 11 a 26.

- VITTA E. "Cours général de droit international privé" en *R. des C.* 1979 I (162) p. 9 a 243.
- VOIRIN P. GOUBEUX G. *Droit civil. Droit privé notarial: régimes matrimoniaux successions- libéralités* T. 2, Paris 1997.
- VON OVERBECK A. "La professio iuris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé" en *Liber Amicorum Baron Louis Frédéricq II*, Gand 1965, p 1085 a 1112.
- VON OVERBECK "Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck" en *Actes et documents de la treizième session* tome II, La Haye 1978.
- VON OVERBECK A. "Rapport explicatif de l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux" Document préliminaire n° 5 agosto 1975 en *Actes et documents de la treizième session* tome II, La Haye 1978.
- VON OVERBECK A. "L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé" en *VVAA Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles 1993, p. 619 a 636.
- VON OVERBECK A. "La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé" en *R. des C.* 1992 II. (233) p. 11 a 98.
- VON OVERBECK A. "Le droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux et de successions dans le nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé" en *Rev. crit. dr. internat. privé* 77 (2) avr.-juin 1988 p. 237 a 260.
- VON OVERBECK A. "Les nouvelles conventions de La Haye sur les obligations alimentaires" en *Ann. suisse dr. int.* 1973 p. 135 y s.s.

- VON OVERBECK A. "Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé" en *R. des C.* 1982- III (176) p. 7 a 248.
- VON OVERBECK A. "Les régimes matrimoniaux et les successions dans le nouveau droit international privé suisse" en *VVAA Le nouveau droit international privé suisse. Travaux des journées d'étude organisées par le Centre du droit de l'entreprise*, les 9 et 10 oct. 1987, Lausanne 1988, p. 59 a 78.
- VON OVERBECK A. y ROSSEL J.- E. "Le conflit mobile et le droit transitoire en matière de régimes matrimoniaux selon la loi fédérale sur le droit international privé." en *Semaine judiciaire* 1990 p. 265 a 282.
- VRELLIS "La justice 'matérielle' dans une codification du droit international privé" en *VVAA E PLURIBUS UNUM Liber Amicorum Georges A. L. Droz. Sur la unification progressive du droit international privé*, Hague Boston London 1996, p. 541 a 561.
- VVAA Actas de los Sextos encuentros del foro de Derecho aragonés. Zaragoza 5, 12, 19 y 26 de noviembre de 1996*, Zaragoza 1998.
- VVAA Centenario de la Ley de Notariado. Sección IV; fuentes y bibliografía, vol I*, Madrid 1965.
- VVAA Centenario de la Ley del Notariado vol. II*, Madrid 1962.
- VVAA Comentario del Código Civil tomo I* Ministerio de Justicia, Madrid 1991.
- VVAA Comentario del Código Civil tomo II* Ministerio de Justicia, Madrid 1991.
- VVAA Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón, T. I*, Zaragoza 1988.

- VVAA *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid 1993,
- VVAA *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* vol. II, Madrid 1984.
- VVAA *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales T. I* vol 2º EDERSA, Madrid 1995
- VVAA *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales T. XXXI* vol. 2º Edersa, Madrid 1981.
- VVAA *Congrès des notaires 1995. Les relation contractuelles internationales. Le rôle du notaire*, Apeldoorn 1995.
- VVAA *Contratación internacional*, Valencia 1994.
- VVAA *Derecho de familia*, Valencia 1991.
- VVAA *Derecho Internacional Privado 1*. UNED, Madrid 1994.
- VVAA *Derecho Internacional Privado 2* UNED, Madrid 1996.
- VVAA *Derecho Internacional Privado* vol II, Granada 1998.
- VVAA *Derecho Internacional Privado. Parte especial*. Madrid 1995.
- VVAA *Droit patrimonial de la familia*, París 1998 p. 61 a 107.
- VVAA *E PLURIBUS UNUM Liber Amicorum Georges A. L. Droz. Sur la unification progressive du droit international privé*, Hague Boston London 1996.
- VVAA *El Derecho europeo ante la pareja de hecho. Seminario organizado por la Fundación Olof Palme*, Barcelona 1996.
- VVAA *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de familia vol. 1*, Barcelona 1990.

- VVAA *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, T. I, Barcelona 1992.
- VVAA *Estudios de Derecho europeo privado* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid 1994 p. 27 a 119.
- VVAA *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez T.* IV Madrid 1996.
- VVAA *L'ordre public concept et applications. Les conférences du centre de droit privé et de droit économique*, vol. III, Bruxelles 1995.
- VVAA *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article para article*, Paris 1995.
- VVAA *Le nouveau droit international privé suisse. Travaux des journées d'étude organisées par le Centre du droit de l'entreprise*, les 9 et 10 oct. 1987, Lausanne 1988.
- VVAA *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles 1992.
- VVAA *Lecciones de Derecho Civil Internacional español*, Madrid 1983.
- VVAA *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid 1996.
- VVAA *Les Clauses d'Exception en matière de Conflits de Lois et de Conflits de Juridictions. XIV Congrès international de droit comparé*, Netherlands 1994.
- VVAA *Les concubinages. Approche socio-juridique. tome II*. Paris 1986.
- VVAA *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé. Etude des solutions en vigueur dans les six pays du Marché Commun*, Bruxelles MCMLXIII.

- VVAA *Les relations contractuelles internationales. Le rôle du notaire*, Apeldoorn 1995
- VVAA *Liber Amicorum Adolf F. Schnitzer*, Genève 1979.
- VVAA *Los Pirineos. Estudios de antropología social e historia. Actas del coloquio celebrado en la casa de Velázquez los días 22 y 23 de octubre de 1981*, Madrid 1986.
- VVAA *Münchener Rechts-Lexikon, band 2*, München 1987 p. 312.
- VVAA *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles 1993.
- VVAA *Ponencias presentadas a los Congresos Internacionales del Notariado latino*, Madrid 1975.
- VVAA *Principios, objetivos y métodos del Derecho Internacional privado. balance y perspectivas de una década. Cuartas Jornadas de Derecho Internacional privado, Madrid 4-5 de junio de 1993*, Madrid 1995.
- VVAA *Problemas notariales a nivel internacional*, Würzburg 1995.
- VVAA *Régimes matrimoniaux successions et libéralités. Droit international privé et droit comparé*. Boudry, Suisse 1979.
- VVAA *Relations familiales internationales*, Bruxelles 1993.
- VVAA *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, tomo III, Madrid 1986.
- WATERS W.M. "Rapport explicatif de M. Donovan W. M. Waters" en *Actes et documents de la Seizième session. Tome II, successions- loi applicable* p. 526 a 616.
- WATTE N. "Introduction au droit international privé notarial" en VVAA *Congrès des notaires 1995. Les relation contractuelles internationales. Le rôle du notaire*, Apeldoorn 1995 p. 11 a 66.

- WATTE N. "L'autonomie de la volonté dans les conventions de la Haye" en *Rev. belge dr. int.* 1991 vol. XXIV p. 413 a 437.
- WATTE N. "La loi du régime primaire de couples mixtes est-elle définitivement déterminée?" en *Revue générale de droit civil* 1994 n° 2 p. 127 a 133.
- WATTE N. "Les régimes matrimoniaux dans les relations internationales" en *VVAA Relations familiales interantionales*, Bruxelles 1993, p. 237 a 275.
- WATTE N. "Les régimes matrimoniaux, les conflits de lois dans l'espace et dans le temps" en *Rev. crit. jur. belge.* 1994 n° 4 p. 676 a 732.
- WATTE N. "Notes sous cass. belge 9 septembre 1993. Les régimes matrimoniaux, les conflits de lois dans l'espace et dans le temps" en *Rev. crit. jur. belge* 1994 p. 676 a 732.
- WEIL P. "Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité internationale des actes des états étrangers" en *A.F.D.I.* 1977 p. 9 a 52.
- WEISS *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris 1886.
- WERWILGHEN G. "Régimes matrimoniaux" en *VVAA Régimes matrimoniaux successions et libéralités. Droit international privé et droit comparé*, Suisse 1979, p. 456 a 532.
- WIEDERKEHR G. "problèmes d'actualité en matière de droit international privé des régimes matrimoniaux" en *Travaux Com. fr. dr.int.pr.* annes 1986-1987, 1987-1988 p. 223 a 235.
- WIEDERKEHR G. "Régimes matrimoniaux" *Juris Classeur de Droit International. Fasc. 556 n° 380.*
- WIEDERKEHR G. *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial*, Paris 1967.

- WOOD M. "Commentaire article 63" en *VVAA La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article para article*, París 1995 p. 915 a 921.
- WORMS R. *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, París 1891.
- YANGUAS MESSIA J. *Derecho Internacional Privado. Parte general*, Madrid 1971.
- ZABALO ESCUDERO E. "artículo 16 apartado 3" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales T.I vol. 2º* Edersa, Madrid 1995, p. 1301 a 1315.
- ZABALO ESCUDERO E. "Efectos del matrimonio y sociedad multicultural" en *Jornadas sobre Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. 14 y 15 de mayo de 1999. Cátedra Mariano Aguilar Navarro de Estudios de Derecho (en prensa).
- ZABALO ESCUDERO E. "La reforma del Derecho Civil aragonés: El marco constitucional" en *VVAA Actas de los Sextos encuentros del foro de Derecho aragonés. Zaragoza 5, 12, 19 y 26 de noviembre de 1996*, Zaragoza 1998, p. 39 a 51.
- ZABALO ESCUDERO E. *La situación jurídica del cónyuge viudo*, Pamplona 1993.
- ZITELMANN E. *Internationales Privatrecht*, Tomo II, Leipzig, 1897.
- ZITTEL MANN E. *Internationales Privatrecht* vol I, Leipzig 1898.



Esta obra se acabo de imprimir
el día 6 de Diciembre de 1999,
veintiún Aniversario de la
Constitución Española.

Relación de Títulos
publicados de la Colección
EL JUSTICIA DE ARAGÓN

1. La Fiducia Sucesoria.
José Luis Merino
2. El Consorcio Foral en el
Derecho Civil Aragonés.
Carmen Sánchez-Frera González
3. La Protección Internacional
de los Derechos del Niño.
Natividad Fernández Sola
4. Informes del Seminario
(1954-1958).
*Comisión Compiladora del
Derecho Foral Aragonés*
5. La Edad en el Derecho Civil
Aragonés.
Francisco Mata Rivas
6. El Testamento Marcomunado:
estudios de documentos
notariales aragoneses desde
el siglo XVI hasta la actualidad.
Elena Bellod Fernández de Palencia
7. La Junta de Parientes en el
Derecho Civil Aragonés.
Rafael Bernad Mainar
8. Los Antecedentes Históricos
de la Justicia Constitucional
en el Reino de Aragón
José Iglesias Gómez
9. De la Protección de la Infancia
a la Prevención de la
Delincuencia
María José Bernuz Benítez



EL JUSTICIA DE ARAGON