

## **DERECHO APLICABLE EN LOS REGLAMENTOS GEMELOS<sup>1\*</sup>**

**NEŽA POGORELČNIK VOGRINC**

Profesora contratada doctora en Derecho civil y mercantil  
en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ljubljana

E-mail: [Neza.Pogorelcnik@pf.uni-lj.si](mailto:Neza.Pogorelcnik@pf.uni-lj.si)

**RESUMEN:** Los Reglamentos gemelos sitúan la “autonomía de las partes” como principal factor de conexión para el establecimiento de la ley aplicable. De este modo, se presume que las partes (tenderán) a concluir un acuerdo sobre la elección de la ley. Sólo posteriormente los Reglamentos gemelos prevén la posibilidad de determinar la ley aplicable en ausencia de elección de las partes. En la práctica, sin embargo, la realidad es diferente. Aunque los acuerdos sobre el régimen económico matrimonial son cada vez más populares, la mayoría de las parejas, incluso las transfronterizas, siguen sin celebrar un acuerdo sobre la elección de la ley. Por lo tanto, este documento comienza con los factores de conexión, para decidir sobre la ley aplicable en ausencia de tal acuerdo, y las normas supletorias que tienen un valor importante a la hora de determinar y aplicar una ley relevante. A continuación, pasa a los requisitos del acuerdo de elección de ley de las partes, en el que examina los factores de conexión pertinentes, los requisitos relativos a la validez formal y material del acuerdo y sus efectos sobre terceros. El documento termina con un estudio de caso en el que se muestra que la decisión de la pareja por una forma específica de su relación puede tener consecuencias de gran alcance.

**Palabras clave:** ley aplicable, acuerdo de elección de ley, factores de conexión, ley aplicable en defecto de acuerdo, parejas transfronterizas, regla de inmutabilidad, cláusula de escape, orden público, disposiciones imperativas de anulación.

**ABSTRACT:** The Twin Regulations put ‘party autonomy’ as the main connecting factor for the establishment of applicable law. In such a way it is presumed that parties (will) tend to conclude an agreement on the choice of law. Only subsequently do the Twin Regulations anticipate the option of determining applicable law in the absence of the parties’ choice. In practice, however, the reality is different. While agreements on the matrimonial property regime are gaining in popularity, the majority of couples, even cross-border ones, still do not conclude an agreement on the choice of law. This

<sup>1</sup> \* Traducido por Nuria Martínez Sánchez, doctora en Derecho por la Universidad de Almería en el Área de Derecho civil y Ana María Pérez Vallejo, Profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Almería.

paper, therefore, starts with the connecting factors to decide on the applicable law in the absence of such an agreement and the supplementary rules that are of an important value when determining and applying a relevant law. It then proceeds to requirements to the parties' choice-of-law agreement, in which it examines the relevant connecting factors, the requirements regarding the formal and material validity of the agreement, and its effect on third persons. The paper finishes with a case study in which it shows that the couple's decision for a specific form of their relationship can have far-reaching consequences.

**Keywords:** applicable law, choice-of-law agreement, connecting factors, immutability rule, escape clause, public policy, overriding mandatory provisions.

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. FACTORES DE CONEXIÓN EN AUSENCIA DE UN ACUERDO SOBRE LA ELECCIÓN DE LA NORMA.** 2.1. Observaciones generales. 2.2. La ley del estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges. 2.3. El derecho del estado de la nacionalidad común de los cónyuges. 2.4. El derecho del Estado de la conexión más cercana. 2.5. El derecho del Estado bajo el que se constituyó la unión registrada. **III. NORMAS QUE APOYAN Y COMPLEMENTAN LA APLICACIÓN DE LOS FACTORES DE CONEXIÓN.** 3.1. La regla de inmutabilidad y la cláusula de escape. 3.2. Unidad de la ley aplicable. 3.3. Orden público y disposiciones imperativas. 3.3.1. Anulación de las disposiciones obligatorias. 3.3.2. Política pública. 3.4. Exclusión de reenvío. **IV. ACUERDO SOBRE LA ELECCIÓN DE LEY.** 4.1. Factores de conexión. 4.2. Requisitos formales. 4.3. Consentimiento y validez material. 4.4. Cambio de un acuerdo sobre la elección de la ley. 4.5. Efectos respecto a terceros. **V. ESTUDIO DE CASO.**

## I. INTRODUCCIÓN

El Reglamento UE nº 2016/1103, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y el Reglamento UE nº 2016/1104 sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas (en adelante, los Reglamentos gemelos) establecen un conjunto coherente de normas que regulan la determinación de la ley aplicable a los bienes matrimoniales y a los bienes de las parejas registradas. En particular, los Reglamentos están diseñados para cubrir dos posibles situaciones relativas a la ley aplicable: (i) las situaciones en las que las partes han acordado la ley que debe aplicarse a sus relaciones patrimoniales, y (ii) las situaciones en las que no se ha llegado a tal acuerdo. Ambos Reglamentos establecen normas detalladas que regulan estas dos situaciones. En este capítulo, analizaremos esta normativa con el fin de presentar un análisis en profundidad de las mismas.

Los Reglamentos gemelos sitúan la “autonomía de las partes” como principal factor de conexión para el establecimiento de la ley aplicable (véanse los artículos 22 de ambos Reglamentos). De este modo, se presume que las partes (tenderán) a concluir un acuerdo sobre la elección de la ley. Sólo a continuación (véanse los artículos 26 de ambos Reglamentos) se prevé la posibilidad de determinar la ley aplicable a falta de elección por las partes. En la práctica, sin embargo, la realidad es diferente. Aunque los acuerdos

sobre el régimen económico matrimonial son cada vez más populares, la mayoría de las parejas, incluso las transfronterizas, siguen sin concluir un acuerdo sobre la elección de la ley. El capítulo, por lo tanto, comienza con los factores de conexión para decidir sobre la ley aplicable en ausencia de tal acuerdo (Sección 2) y las normas complementarias que tienen un valor importante a la hora de determinar y aplicar una ley pertinente (Sección 3). A continuación, pasa a los requisitos del acuerdo de elección de ley de las partes (Sección 4), en la que examina los factores de conexión pertinentes, los requisitos relativos a la validez formal y material del acuerdo y sus efectos sobre terceros. El capítulo finaliza con un estudio de caso en el que se muestra que la decisión de la pareja por una forma específica de su relación puede tener consecuencias de gran alcance.

## **II. FACTORES DE CONEXIÓN EN AUSENCIA DE UN ACUERDO SOBRE LA ELECCIÓN DE LA NORMA**

### **2.1. Observaciones generales**

Como se presenta a continuación, aunque los Reglamentos gemelos son en la mayoría de los casos similares entre sí, prevén conjuntos completamente diferentes de factores de conexión para el establecimiento de la ley aplicable en caso de que no se haya hecho la elección. Mientras que el Reglamento sobre el régimen económico matrimonial incluye tres factores de conexión diferentes en cascada, el Reglamento sobre las consecuencias patrimoniales de las uniones registradas sólo determina uno. Sin embargo, la diferencia no sólo radica en el número de factores de vinculación, sino también en el contenido de los mismos.

En materia de regímenes matrimoniales, la ley aplicable es (i) la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges después de la celebración del matrimonio;<sup>2</sup> (ii) la ley del Estado de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio; o (iii) la ley del Estado con el que los cónyuges tengan conjuntamente la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio. Según el Reglamento sobre las consecuencias patrimoniales de las uniones registradas, a falta de un acuerdo sobre la elección de la ley, la ley aplicable será la del Estado bajo cuya ley se creó la unión registrada. Esta importante diferencia entre ambos conjuntos de normas puede atribuirse a la protección de las parejas de hecho registradas debido a la posición incierta y las distintas consecuencias que tienen en los distintos países. La residencia habitual y la nacionalidad son factores de conexión menos adecuados en el caso de las parejas de hecho registradas, ya que pueden remitir a la ley que no reconoce las parejas de hecho registradas en absoluto o les concede una protección limitada. No obstante, ambos factores de conexión cumplen su función principal de eliminar la ambigüedad en ausencia de un acuerdo sobre la elección de la ley y garantizar la seguridad jurídica.

La ley aplicable determinada en virtud del Reglamento se aplica tanto si es la ley de un Estado miembro como si no (artículos 20 de los Reglamentos gemelos). En consecuen-

2 El término “conclusión del matrimonio” es el que se utiliza en el Reglamento de los gemelos para referirse al momento en que se inicia un matrimonio, por lo que ese es el término que se utilizará también en este capítulo.

cia, puede aplicarse una ley de un Estado miembro (que participa en la cooperación reforzada), una ley de un Estado miembro de la UE que no participa en la cooperación reforzada o una ley de un tercer Estado (un Estado no miembro de la UE). Por lo tanto, un tribunal competente de un Estado miembro vinculado por los Reglamentos gemelos puede aplicar la ley de cualquier Estado según las normas de conflicto de leyes de los Reglamentos gemelos.

## 2.2. La ley del estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges

El primer factor de conexión para determinar la ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales es la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio (artículo 26, apartado 1, letra a) del Reglamento de régimen económico matrimonial). El hecho de que éste sea el primer factor de conexión en el régimen económico matrimonial es una continuación de la tradición legal. Ya el instrumento predecesor del Reglamento, el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales, preveía el mismo criterio de vinculación como principal.

El uso de la residencia habitual como factor de vinculación ha florecido cada vez más en la gama de Reglamentos europeos y otras fuentes jurídicas en el ámbito del Derecho internacional privado. La UE se ha alejado de la nacionalidad como el típico factor de vinculación utilizado en el Derecho internacional privado de los Estados europeos.<sup>3</sup> La residencia habitual como factor de conexión se utiliza para determinar la jurisdicción o la ley aplicable, como es el caso del Reglamento sobre los regímenes económicos matrimoniales (véase el apartado 2 del artículo 5 y el artículo 6), aunque también en el Reglamento sobre las consecuencias patrimoniales de las uniones registradas (véase el artículo 6) y otros<sup>4</sup> instrumentos europeos de Derecho internacional privado.

Aunque es habitual que los instrumentos jurídicos de la UE no definan la “residencia habitual”, no cabe duda de que este concepto debe interpretarse de forma autónoma e independiente, independientemente de los conceptos nacionales. El TJUE ha ido construyendo poco a poco el contenido del término en su jurisprudencia.<sup>5</sup> En general, representa el lugar donde una persona tiene el centro de sus intereses. Además, el TJUE subrayó que “una persona puede tener el centro de sus intereses en un Estado miembro en el que no reside habitualmente, en la medida en que otros factores, como el ejercicio de una actividad profesional, puedan establecer la existencia de un vínculo especialmente estrecho con ese Estado”.<sup>6</sup> Tal y como se argumenta en la teoría jurídica<sup>7</sup> y se pone de manifiesto

3 R. SCHULZ, ‘Choice of law in relation to matrimonial property in the 21st Century’ (2019) 15 *Journal of Private International Law* 10–11.

4 En cuanto a la residencia habitual como factor de conexión para determinar la jurisdicción, véase, por ejemplo, el Reglamento Bruselas II bis (o su refundición), el Reglamento sobre alimentos y el Reglamento sobre sucesiones. En cuanto a la residencia habitual como factor de conexión para determinar la ley aplicable, véase, por ejemplo, el Reglamento Roma III, el Reglamento Roma I y el Reglamento de sucesiones.

5 Véase, por ejemplo, Case C-523/07, *A*, ECLI:EU:C:2009:225, Case C-393/18 PPU, *UD v XB*, ECLI:EU:C:2018:835, Case C-512/17, *HR*, ECLI:EU:C:2020:585, and Case C-253/19, *MH, NI v OJ, Novo Banco SA*, ECLI:EU:C:2020:585.

6 Asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising GmbH v X y Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited*, ECLI:EU:C:2011:685, párrafo 49. Es importante destacar que no se trata de un caso de derecho de familia. Sin embargo, su definición se utiliza para mostrar el significado de “residencia habitual” tal como se ha interpretado en diferentes casos del TJUE.

7 K. HILBIG-LUGANI, ‘“Habitual residence” in European family law: The diversity, Coherence and Transparency of a Challenging Notion’ in K. BOELE-WOELKI, N. DETHLOFF, and W. GEPHART (eds), *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, Cambridge 2014, p. 252.



en la jurisprudencia nacional,<sup>8</sup> algunas circunstancias de hecho específicas pueden ser vitales para “constatar” una “residencia habitual” en un determinado Estado. Se trata de la presencia física mínima de una persona en un determinado lugar,<sup>9</sup> su integración en el entorno social, su intención de residir en él, el hecho de que una persona esté aprendiendo una lengua de la residencia actual, los motivos por los que se trasladó al Estado y la frecuencia e intensidad de los contactos con personas de otros Estados. Sin embargo, se especula que el término podría tener distintos significados en diferentes contextos legales. Por lo tanto, su interpretación dentro de un instrumento de la UE podría necesitar modificaciones cuando se utilice en el contexto de otro instrumento de la UE. Por lo tanto, la “residencia habitual” debe establecerse individualmente en cada caso dentro del instrumento específico de la UE en relación con sus disposiciones específicas.<sup>10</sup> No obstante, es posible concluir que la determinación del centro real de la vida de una persona (*Lebensmittelpunkt*) es común a todas las interpretaciones de la residencia habitual.<sup>11</sup> Además, es incuestionable que cuando se utiliza el Reglamento de régimen económico matrimonial, el término “la primera residencia habitual común de los cónyuges” debe interpretarse de manera uniforme en todos los Estados miembros.

Este factor de conexión en el Reglamento de régimen económico matrimonial es aún más complejo que en otras fuentes jurídicas europeas. Se formula como la “primera residencia habitual común” de ambos cónyuges. Esto no requiere que los cónyuges vivan juntos en la misma dirección; sin embargo, es necesario que ambos tengan residencias habituales dentro de un mismo Estado.<sup>12</sup> Además, es necesario que dicha residencia habitual sea la primera establecida tras la celebración<sup>13</sup> del matrimonio.<sup>14</sup> Al mismo tiempo, el Reglamento de régimen económico matrimonial no especifica en qué plazo de tiempo tras el feliz acontecimiento debe establecerse la residencia habitual común. Dado que los recién casados suelen empezar a vivir juntos tras la celebración del matrimonio, la cuestión no

- 8 Debido a la relativa novedad del Reglamento sobre Mellizos, no hay mucha jurisprudencia nacional que lo utilice. En el momento de redactar estas líneas, en Eslovenia, por ejemplo, no hay jurisprudencia relevante que utilice los Reglamentos gemelos. Sin embargo, hay decisiones de tribunales eslovenos que deciden sobre la residencia habitual cuando se utilizan otros reglamentos europeos. Véase, por ejemplo, la decisión de Ljubljana High Court IV Cp 2535/2018, decision of Ljubljana High Court IV Cp 1054/2018, and decision of the Koper High Court Cp 141/2010.
- 9 Es difícil determinar la duración de un periodo individual de estancia en un Estado concreto para establecer la residencia habitual. El Reglamento de sucesiones, por ejemplo, menciona un periodo de cinco años. En cambio, el Reglamento sobre el régimen económico matrimonial no da una pista similar. Sin embargo, para sus fines, se necesita una estancia de mucho menos de 5 años. Tal vez sea más adecuado fijarse en el Reglamento Bruselas II bis, que menciona periodos de 6 meses y 1 año en relación con la duración de la residencia habitual (véase el artículo 3, apartado 1, letra a)). Sin embargo, se necesita al menos cierta presencia en un Estado concreto. El TJUE ha declarado a este respecto “Así pues, la determinación de la residencia habitual de un niño en un Estado miembro determinado requiere al menos que el niño haya estado físicamente presente en dicho Estado miembro”. Véase el caso C-499/15 del TJCE, *W and V v X*, ECLI:EU:C:2017:118, para. 61.
- 10 Véase el caso C-523/07 del TJCE, *A*, ECLI:EU:C:2009:225, paragraphs 36 and 37. D. MARTINY, ‘Applicable law in the absence of choice by the parties’ in I. VIARENGO and P. FRANZINA (eds), *The EU Regulations on the Property Regimes of International Couples, A Commentary*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2020, p. 247. For more details, see also K. HILBIG-LUGANI, above n. 6, p. 252.
- 11 Una explicación más detallada del término “residencia habitual” excede el alcance de este artículo. Para más información, véase D. MARTINY, above n. 9, pp. 248–49.
- 12 J. DOLŽAN, ‘Uredbi (EU) glede premoženjskopravnih razmerij za mednarodne pare – kolizijska pravila’ (2019) 90 *Odvetnik* 111.
- 13 El momento de la celebración del matrimonio se determina con respecto a la ley nacional del estado en el que se produce el evento.
- 14 Esto no significa que dicha residencia no pueda establecerse antes de la celebración del matrimonio, pero la situación crucial es la posterior.

se plantea con frecuencia. Sin embargo, es posible, especialmente en el caso de las parejas transfronterizas, que los cónyuges no vivan en el mismo Estado después de casarse. La única alusión se encuentra en el considerando 49, que establece que la primera residencia habitual común de los cónyuges debe establecerse poco después de la celebración del matrimonio. Aunque está claro que no se determina ningún plazo específico, el tribunal en cada caso individual es el que interpreta el término “en breve”. Puede abarcar un periodo de unas semanas a unos meses, posiblemente un año o dos, pero probablemente no más.<sup>15</sup> Por lo tanto, es difícil estar de acuerdo con la opinión de que el período en el que los cónyuges deben establecer su primera residencia común debe ser ilimitado.<sup>16</sup>

El motivo de este factor de conexión primario es que, por lo general, existe una fuerte conexión entre la pareja y el lugar en el que se vive por primera vez tras la celebración del matrimonio.<sup>17</sup> Si la primera residencia habitual común de los cónyuges se establece algún tiempo después de la celebración del matrimonio, y después surge una disputa sobre el régimen económico matrimonial, la ley de ese Estado se aplica desde el momento de la celebración del matrimonio. En esta situación, no importa que la residencia habitual no se haya establecido inmediatamente después de la celebración del matrimonio. Sin embargo, si el litigio surge en el período intermedio -después de la boda pero antes del establecimiento de una residencia habitual común-, se aplican los factores de conexión del artículo 26(1) (b, c).<sup>18</sup>

Sólo hay una primera residencia habitual común de una pareja. Los cambios posteriores en sus vidas pueden llevar a una discrepancia entre su primera y actual residencia habitual. Esto puede producir una situación en la que la ley aplicable sea inadecuada para los cónyuges, ya que ya no tienen relación con el estado de su primera residencia habitual.

### **2.3. El derecho del estado de la nacionalidad común de los cónyuges**

Si la ley aplicable no puede determinarse por referencia a la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, entra en juego la nacionalidad común de los cónyuges (artículo 26, apartado 1, letra b), del Reglamento UE nº 2016/1103). El momento relevante para determinar este factor es el de la celebración del matrimonio. Los cambios posteriores no son relevantes. El Reglamento de régimen económico matrimonial no proporciona orientación sobre cómo identificar la nacionalidad de los cónyuges.<sup>19</sup> Por tanto, se aplican las disposiciones nacionales e internacionales pertinentes. Sin embargo, identificar la nacionalidad común parece más fácil que identificar la residencia habitual común. Como es mucho más difícil perder o cambiar la nacionalidad

15 La teoría jurídica recomienda un periodo aceptable de entre tres meses y un año. Véase D. MARTINY above n. 9, p. 249.

16 Vid. e.j. D. DAMASCELLI, ‘Applicable law, jurisdiction, and recognition of decisions in matters relating to property regimes of spouses and partners in European and Italian private international law’ (2018) 0 *Trusts & Trustees* 4.

17 D. MARTINY, above n. 9, p. 246.

18 D. MARTINY, above n. 10, p. 249, P. LAGARDE, ‘Applicable Law: Articles 20-35’ in U. BERGQUIST, D. DAMASCELLI, R. FRIMSTON, P. LAGARDE and B. REINHARTZ, *The EU Regulations on Matrimonial and Patrimonial Property*, Oxford University Press, Oxford 2019, p. 112.

19 Para la situación de los apátridas y los refugiados que no se mencionan en el Reglamento sobre la propiedad matrimonial, véase D. MARTINY, above n. 9, p. 251.

en comparación con el traslado a otro Estado, la ley del Estado de la nacionalidad común de los cónyuges es un factor de conexión mucho más estable.

Cabe señalar que la nacionalidad común de los cónyuges también puede ser la de un tercer Estado. La aplicación de una ley de un tercer Estado se ajusta al principio de aplicación universal (artículos 20 de ambos Reglamento gemelos).

Si, en el momento pertinente, los cónyuges no comparten una nacionalidad común, este factor de vinculación no se utiliza. Lo mismo ocurre cuando los cónyuges tienen más de una nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio. Esto se corresponde con la opinión del TJUE sobre la igualdad de nacionalidades,<sup>20</sup> el principio de no discriminación y el rechazo a favorecer la nacionalidad de la *lex fori*.<sup>21</sup> Cuando los cónyuges comparten más de una nacionalidad común, el Reglamento nº 2016/1103 establece que este factor de vinculación no es aplicable y que sólo deben utilizarse los otros dos factores de vinculación establecidos en el apartado 1 del artículo 26 (apartado 2 del artículo 26). Estas instrucciones no son del todo coherentes. Si la ley aplicable debe determinarse utilizando el factor de conexión de la nacionalidad común (artículo 26(1) (b)), esto significa indudablemente que la posibilidad de utilizar el factor de conexión de la residencia habitual común (artículo 26(1)(a)) ha fracasado. Remitirse a esta disposición no es correcto. Por lo tanto, si los cónyuges tienen más de una nacionalidad común, la única opción es aplicar la ley con la que los cónyuges tengan conjuntamente la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio (artículo 26, apartado 1, letra (c)).

#### 2.4. El derecho del estado de la conexión más cercana

Si no se puede utilizar ninguno de los factores de vinculación anteriores, la ley aplicable al régimen económico matrimonial será la ley del Estado con el que los cónyuges tengan conjuntamente una vinculación más estrecha (artículo 26, apartado 1, letra c), del Reglamento sobre el régimen económico matrimonial).<sup>22</sup> Se trata de un término poco definido e insustancial.<sup>23</sup> La única orientación del Reglamento es que la conexión más estrecha debe determinarse teniendo en cuenta todas las circunstancias. Por lo tanto, toda la situación con todos sus detalles fácticos debe considerarse relevante. No existe una lista de

20 Si los cónyuges comparten más de una nacionalidad común, sería discriminatorio que el foro tuviera la opción de elegir entre ellas a la hora de elegir una ley aplicable y que siempre eligiera la *lex fori* si fuera posible. Para evitarlo, una norma del Reglamento de régimen económico matrimonial trata por igual a todas las nacionalidades e impide preferir una de ellas. Véase también S. MARINO, 'Strengthening the European civil judicial cooperation: the patrimonial effects of family relationships' (2017) 9 *Cuadernos de Derecho Transnacional* 280.

21 Esto es diferente a la determinación de la competencia en los casos de divorcio en virtud del Reglamento Bruselas II bis. Véase el asunto C-168/08, *Laszlo Hadadi* contra *Csilla Marta Mesko*, ECLI:EU:C:2009:474, y el asunto C-148/02, *Carlos García Avello* contra el *Estado belga*, ECLI:EU:C:2003:539. Para más información, véase D. MARTINY, above n. 9, p. 252, and S. MARINO, above n. 19, p. 280.

22 El mismo criterio de vinculación se utiliza también en el apartado 2 del artículo 21 del Reglamento sobre sucesiones y en el apartado 4 del artículo 4 del Reglamento Roma I. Para las diferencias relativas al criterio de vinculación específico del régimen económico matrimonial en comparación con el utilizado en el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales, véase P. LAGARDE, above n. 17, p. 114.

23 Poretti opina que la razón principal de su significado abierto es su posibilidad de ser utilizado para todos los muchos casos diferentes en los que no se puede utilizar ni el primer ni el segundo factor de conexión. Véase P. PORETTI, 'Odlučivanje o imovinskim odnosima bračnih drugova u ostavinskim postupcima sukladno Uredbi 2016/1103 o bračnoimovinskom režimu' (2017) 38 *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 463.

circunstancias pertinentes, pero entre ellas se encuentran, sin duda, las siguientes: la nacionalidad (común) de los cónyuges, su residencia y la ubicación de sus bienes. Algunos estudiosos sostienen que estas circunstancias relevantes deben estar vinculadas al matrimonio y a las relaciones patrimoniales de los cónyuges,<sup>24</sup> lo que puede ser discutido. Una explicación más adecuada sería que es necesario encontrar la conexión más estrecha entre cada uno de los cónyuges, por un lado, y un estado específico, por otro. No es necesario que la conexión se derive de su matrimonio o de sus consecuencias patrimoniales. Por lo tanto, también puede tratarse de un idioma o de creencias religiosas.

El tribunal competente determina el vínculo más estrecho que existía en el momento de la celebración del matrimonio. Por lo tanto, el factor de vinculación específico es inalterable, independientemente de los cambios posteriores en las circunstancias del caso.<sup>25</sup> Si bien esto proporciona cierta estabilidad y certidumbre, al mismo tiempo puede conducir a la aplicación de una ley que no corresponde a la situación de los cónyuges en el momento del procedimiento judicial.

Un hombre alemán y una mujer española se conocen cuando estudian en Bélgica. Al finalizar los estudios, ella se traslada a su país, mientras que él se queda en Bélgica. Sin embargo, poco después de casarse, no se van a vivir juntos. Él trabaja y se queda en Bélgica, mientras que a ella le ofrecen un trabajo en Francia y se traslada allí. Ella inicia un proceso de obtención de la nacionalidad alemana y planean mudarse juntos a Alemania. Sin embargo, tras unos años de matrimonio a distancia, deciden divorciarse. En un caso concreto, nunca han vivido juntos después del matrimonio y, por tanto, no se puede utilizar el factor de conexión de una primera residencia habitual común. Independientemente de que ella haya obtenido la nacionalidad alemana, no tenían una nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio. Así, la ley aplicable se determina utilizando el factor de conexión de la conexión más cercana en el momento de la celebración del matrimonio. En un caso concreto podría ser Bélgica, pero ella no vivía allí en el momento de la celebración del matrimonio. La segunda opción es Alemania, sin embargo, ella nunca vivió allí, sólo obtuvo la ciudadanía, pero sólo después de la boda. Se puede concluir que la ley relevante no es la de Francia o España, ya que no tiene vínculos con estos Estados. Como puede verse, determinar el vínculo más estrecho no es una tarea sencilla y fácil para un tribunal competente.

## **2.5. El derecho del Estado bajo el que se constituyó la unión registrada**

Mientras que el Reglamento UE nº 2016/1103 prevé un conjunto de factores de conexión en cascada, con el objetivo de encontrar la solución perfecta en cuanto a la ley aplicable, el principio del Reglamento UE nº 2016/1104 sobre las consecuencias patrimoniales de las uniones registradas es diferente. Determina sólo una posibilidad para decidir sobre la ley aplicable si no existe un acuerdo sobre la elección de la ley. En tal situación, la ley aplicable a los efectos patrimoniales de las uniones registradas será la ley del Estado

24 D. MARTINY, above n. 9, p. 254.

25 M. GEČ KOROŠEC, *Mednarodno zasebno pravo: Splošni del*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1994, p. 115, considera que estos factores de conexión inmutables son una garantía de seguridad jurídica.



bajo cuya ley se creó la unión registrada (artículo 26(1)). Un factor de conexión con este contenido ofrece una garantía y seguridad fiables para las parejas registradas. Es realista esperar que un Estado que permite legalmente el registro de una pareja de hecho<sup>26</sup> reconozca legalmente esta forma de relación. En consecuencia, la determinación de la ley aplicable es siempre posible y sencilla. Por el contrario, utilizar la nacionalidad o la residencia como factor de conexión podría llevar a la aplicación de la ley de un Estado que no conoce ni reconoce legalmente las parejas de hecho registradas (por ejemplo, Rumanía, Polonia y Bulgaria).

La determinación de la ley aplicable utilizando sólo una circunstancia muy precisa, es decir, la ley del Estado bajo cuya ley se creó la unión registrada, es muy fija y fiable. No permite ningún espacio para la interpretación y, por lo tanto, no depende de la forma de aplicación por parte del tribunal competente (como es el caso de los factores de conexión de la residencia habitual o la conexión más cercana). En consecuencia, se impide el *forum shopping*, ya que las partes no tienen interés en iniciar el procedimiento judicial en un Estado concreto.

### **III. NORMAS QUE APOYAN Y COMPLEMENTAN LA APLICACIÓN DE LOS FACTORES DE CONEXIÓN**

#### **3.1. La regla de inmutabilidad y la cláusula de escape**

Un factor esencial en las normas de conflicto de leyes es el momento o el período al que está vinculado un factor de conexión. A menudo se trata del momento del inicio del procedimiento judicial o del momento en que surgió un litigio concreto o, si esto no es posible, del momento inmediato anterior.<sup>27</sup> Dicha norma garantiza la conexión y cercanía entre las partes, por un lado, y el derecho aplicable, por otro.

Los Reglamentos gemelos adoptan un enfoque diferente y determinan que el momento de la celebración del matrimonio o del registro de la pareja es decisivo. Hay que tener en cuenta que la aplicación de los factores de vinculación presentes al inicio del matrimonio o de la unión registrada puede no corresponder a la situación de la pareja al inicio del procedimiento judicial. Esto es especialmente probable si éste comienza años o décadas después de la boda o el registro. La pareja puede haberse mudado, haber tenido hijos, haber cambiado de trabajo o incluso haber adquirido nuevas nacionalidades. Las circunstancias del día de la boda o del registro pueden estar olvidadas y pasadas. La

26 Para el dilema sobre qué ley debe utilizarse para decidir el momento del registro, véase S. MARINO, above n. 19, pp. 281–82.

27 Véase el artículo 8 del Reglamento Roma III. Fija el factor de conexión de la residencia habitual común en el momento en que se acude al tribunal. Si no existe, se aplica la ley del Estado en el que los cónyuges tuvieron su última residencia habitual. Esto también podría utilizarse fácilmente en el Reglamento de Bienes Matrimoniales. Resolvería los problemas de los traslados posteriores de la pareja y garantizaría la proximidad entre la pareja y la ley aplicable. Además, esta solución permitiría la aplicación de la ley del mismo Estado para varios litigios recíprocos de los cónyuges, es decir, el divorcio, la clasificación de los bienes de los cónyuges en diferentes categorías, la disolución del régimen económico matrimonial y la partición, distribución o liquidación de los bienes. Además, esto resolvería la difícil tarea de separar las cuestiones individuales, que por otra parte es muy importante debido a la aplicación de la ley apropiada.

aplicación de la primera residencia común habitual tras la celebración del matrimonio o el Estado de la inscripción de la pareja para decidir la ley aplicable puede dejar de ser adecuada. Incluso puede sorprender a las partes que no esperan la aplicación de dicha ley. Además, podría implicar que el tribunal competente<sup>28</sup> tenga que aplicar la ley extranjera.<sup>29</sup> Por lo tanto, esta norma de inmutabilidad tiene varias desventajas, pero desde otra perspectiva, también conlleva algunas ventajas. Permite a las partes basarse en las circunstancias fijas del pasado y predecir qué ley es aplicable independientemente de la evolución posterior de sus vidas.

Evidentemente, la UE concede un valor esencial a la seguridad jurídica y a la estabilidad, por lo que en muchas fuentes jurídicas europeas se promulga una rígida norma de inmutabilidad. Para evitar su aplicación, las partes pueden celebrar un acuerdo sobre la elección de la ley. Sin embargo, los Reglamentos gemelos ofrecen además otra solución para eludir este inconveniente. Se trata de la aplicación de una cláusula de escape. Para evitar el uso del factor de vinculación del artículo 26(1)(a) del Reglamento UE n° 2016/1103 sobre el régimen económico matrimonial<sup>30</sup> o del artículo 26(a) del Reglamento n° 2016/1104 sobre las consecuencias patrimoniales de las uniones registradas, una parte puede proponer la aplicación de la ley del Estado de su última residencia habitual común (artículo 26(3) del Reglamento UE n° 2016/1103 o artículo 26(2) del Reglamento UE n° 2016/1104). No es necesario que esta última sea directamente posterior a su primera residencia habitual común, lo que normalmente se aplica cuando se utiliza el artículo 26.1.a) del Reglamento UE n° 2016/1103. Tampoco es obligatorio que esa última residencia habitual común siga existiendo en el momento de presentar la demanda.<sup>31</sup> Sólo se requiere que uno de los cónyuges o parejas proponga utilizar la última residencia habitual común de la pareja como factor de conexión para establecer la ley aplicable. La aplicación de dicha ley no sólo implica la aplicación de una ley cercana a la pareja, sino que además permite que la ley de un mismo Estado se utilice posiblemente para varias cuestiones jurídicas diferentes. El mismo factor de conexión para decidir la ley aplicable (es decir, la última residencia habitual del fallecido) aparece también en el Reglamento de sucesiones.<sup>32</sup>

28 Existen otras opciones para determinar la competencia de un tribunal, por ejemplo la existencia de un acuerdo de las partes sobre la jurisdicción o la fusión de un procedimiento relativo al régimen patrimonial con un procedimiento de sucesión o divorcio. Sin embargo, la aplicación del artículo 6 del Reglamento conduce al tribunal competente del Estado en el que la pareja tenga su residencia habitual en el momento de la presentación de la demanda. Si la pareja ya no vive en el lugar de su primera residencia habitual común, nos encontramos con una situación que implica una divergencia entre el tribunal competente y la ley aplicable.

29 Lo contrario es la regla de mutabilidad, en la que el factor de conexión está vinculado a algún hecho, y con un cambio del mismo se produce un cambio automático en la ley aplicable. Para más información al respecto, véase A. BONOMI, 'The Proposal for a Regulation on Matrimonial Property: A Critique of the Proposed Rule on the Immutability of the Applicable Law' in K. BOELE-WOELKI, N. DETHLOFF, and W. GEPHART (eds), *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, Cambridge 2014, p. 233. Para el sistema de mutabilidad parcial o mutabilidad modificada, véase R. SCHULZ, above n. 2, 11–12, 47–48.

30 La cláusula de escape sólo puede utilizarse cuando se utiliza el factor de vinculación de la primera residencia habitual común (véase el artículo 26, apartado 3, del Reglamento de régimen económico matrimonial).

31 P. LAGARDE, above n. 17, p. 116. Lo mismo se puede encontrar en C. RUDOLF, 'European Property Regimes Regulations – Choice of Law and the Applicable Law in the Absence of Choice by the Parties' (2019) 11 *Lexonomica* 144.

32 Esta solución da el mismo resultado que el previsto en los artículos 4 y 5 de los Reglamentos gemelos, es decir, la concentración de los procedimientos judiciales relativos a diferentes asuntos en el mismo Estado (competente) y la aplicación de la ley del mismo Estado para asuntos diferentes.

Para justificar esta propuesta, el cónyuge o la pareja que solicita la aplicación de la ley de la última residencia habitual debe demostrar la existencia de dos elementos. En primer lugar, debe demostrar que -en el caso de una pareja registrada- la pareja tuvo su última residencia habitual común en otro Estado durante un periodo significativamente largo. En el caso de las relaciones matrimoniales, este periodo debe ser significativamente más largo que el periodo que pasaron en su primera residencia habitual común. Las condiciones parcialmente diferentes para utilizar una cláusula de escape para los cónyuges y las parejas de hecho se derivan de los diferentes factores de conexión que se determinan para los dos grupos.<sup>33</sup> En el caso de las parejas registradas, el factor de conexión inicial para determinar la ley aplicable no incluye otra residencia. Por lo tanto, el tribunal competente sólo tiene que decidir si el periodo de estancia en dicho estado es significativamente largo. Esto es más fácil que decidir sobre condiciones similares en relación con los cónyuges. En el caso de los cónyuges, el tribunal tiene que decidir qué es un periodo significativamente largo en comparación con el periodo de estancia en la primera residencia habitual común. Algunos opinan que pasar 2/3 del tiempo como residentes habituales en otro estado en comparación con pasar 1/3 en el estado de la primera residencia habitual cumple las condiciones para utilizar una cláusula de escape.<sup>34</sup> Sin embargo, es imposible dar una respuesta teóricamente precisa. Corresponde al tribunal competente considerar las circunstancias del caso concreto y decidir sobre el término “significativamente largo(s)”.

En segundo lugar, la parte debe probar que ambos cónyuges o parejas se han basado en la ley de ese otro Estado al organizar o planificar sus relaciones patrimoniales. No basta con que sólo uno de ellos se haya basado en la ley de otro Estado. Esto permite a la pareja aplicar una ley según sus expectativas. Ambos debían basarse en la ley del mismo (otro) Estado al concluir las transacciones financieras o de otro tipo. Un cónyuge o una pareja que proponga la aplicación de dicha norma, tiene más fácil la tarea cuando el otro cónyuge o pareja está de acuerdo con la aplicación de la ley de otro estado.

Además, hay otro requisito importante relacionado únicamente con la aplicación de una cláusula de escape para las parejas registradas. La ley del Estado de la última residencia habitual común puede aplicarse y regir los efectos patrimoniales de una unión registrada si atribuye efectos patrimoniales a la constitución de la unión registrada. La razón de esta norma es la misma que la del conjunto limitado de factores de conexión del artículo 26 (1) del Reglamento sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas, es decir, la protección de los miembros registrados. Sin embargo, en opinión de algunos estudiosos, basta con que la ley aplicable sólo conozca la constitución de una unión registrada.<sup>35</sup>

Una ley determinada mediante una cláusula de escape se aplica generalmente *ex tunc* desde la celebración del matrimonio o la creación de la pareja registrada. El objetivo es la aplicación de una sola ley para todos los negocios jurídicos de la pareja, independientemente del momento en que se celebren. Por lo tanto, la ley determinada mediante una cláusula de escape se aplica con carácter retroactivo, a menos que uno de los cónyuges o la pareja no esté de acuerdo. En este último caso, la ley del Estado de la última residencia habitual común surtirá efecto a partir del establecimiento de la residencia habitual en él.

33 Compárese con el apartado 2 del artículo 26 de ambos Reglamentos gemelos.

34 D. MARTINY, above n. 9, p. 257.

35 C. RUDOLF, above n. 30, p. 146.

La aplicación de una cláusula de escape y, por lo tanto, de la ley de otro Estado, podría tener un impacto negativo en la seguridad jurídica y la previsibilidad de los terceros que confiaron en que el factor de conexión primario es y será utilizado. Por lo tanto, los Reglamentos gemelos determinan que la aplicación de una cláusula de escape no afectará negativamente a los derechos de terceros derivados de la ley aplicable en virtud del criterio de conexión primario. Por el contrario, dicha protección no es necesaria si el tercero conocía o, en el ejercicio de la diligencia debida, debería haber conocido dicha ley (véase el artículo 28).<sup>36</sup>

La aplicación de los factores de vinculación y la correspondiente aplicación de una cláusula de escape están, sin duda, bajo la influencia de la discrecionalidad del tribunal. En última instancia, los cónyuges pueden evitarlo simplemente celebrando un acuerdo adecuado (véase la sección 4 más adelante).

### **3.2. Unidad de la ley aplicable**

Cuando se determina la ley aplicable (utilizando el artículo 26 de los Reglamentos gemelos o mediante el acuerdo de la pareja sobre la elección de la ley), se utiliza para la totalidad de los bienes de los cónyuges, independientemente de la ubicación de los activos (artículo 21 de los Reglamentos gemelos).<sup>37</sup> Se aplica a los bienes situados en todos los países del mundo, independientemente del tipo o la naturaleza de los bienes. El objetivo es evitar la fragmentación del régimen económico matrimonial (considerando 43 del Reglamento sobre el régimen económico matrimonial y considerando 42 del Reglamento sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas).

### **3.3. Orden público y disposiciones imperativas**

El principio de la unidad de la ley aplicable está limitado por las disposiciones imperativas (artículo 30 del Reglamento UE nº 2016/1103 y Reglamento nº 2016/1103) y el orden público (artículos 31 de los referidos Reglamentos). Éstas pueden hacer que una disposición específica de la ley aplicable no se aplique en un caso concreto. El objetivo principal es proteger los principios jurídicos fundamentales de la ley del foro y ofrecer un “mecanismo general de corrección”.<sup>38</sup> Sin embargo, difieren en cuanto a su aplicación.

#### **3.3.1. Anulación de las disposiciones obligatorias**

Las disposiciones imperativas son las que un Estado miembro considera que deben respetarse para salvaguardar sus intereses públicos. Estas disposiciones son aplicables a cualquier situación que entre en el ámbito de aplicación de los Reglamentos gemelos (véase el apartado 2 del artículo 30).<sup>39</sup> Por lo tanto, las disposiciones imperativas de la ley del

36 P. LAGARDE, above n. 17, p. 117.

37 Un principio similar se encuentra en el Reglamento de sucesiones (véase el apartado 1 del artículo 23).

38 L. M. van BOCHOVE, ‘Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law’ (2014) 3 *Erasmus Law Review* 148.

39 La opción de aplicar disposiciones imperativas en el derecho internacional privado primario se deriva del Reglamento Roma I. Por el contrario, otros reglamentos del mismo ámbito jurídico que el Reglamento sobre los gemelos, por ejemplo el Reglamento sobre las sucesiones y el Reglamento Roma III, no prevén tal opción.



foro (*lex fori*) se aplican independientemente de las disposiciones de la ley aplicable.<sup>40</sup> Por lo tanto, una ley determinada según las disposiciones de conflicto de leyes de los Reglamentos gemelos no se aplica en esta parte. Corresponde al tribunal competente evaluar el carácter imperativo de una disposición legal nacional y decidir sobre su aplicación.<sup>41</sup> Se trata de una tarea difícil, ya que la legislación nacional rara vez califica explícitamente una disposición nacional específica como de carácter imperativo. Además, no todas las disposiciones imperativas nacionales deben utilizarse al decidir sobre un caso en el marco de los Reglamentos gemelos. Las que no se refieren al régimen económico matrimonial o a las consecuencias patrimoniales de las uniones registradas no son pertinentes y, por tanto, no pueden aplicarse.<sup>42</sup> Sólo se considerarán las disposiciones imperativas del derecho de familia nacional y de los ámbitos relacionados. La aplicación de una disposición imperativa de la ley del tribunal competente requiere, sin duda, la aplicación de dos órdenes legales diferentes en el mismo procedimiento.

Los Reglamentos gemelos mencionan la organización política, social o económica del Estado como un ejemplo de interés público que puede considerarse crucial y que, por tanto, requiere ser salvaguardado.<sup>43</sup> La teoría jurídica subraya que las disposiciones imperativas protegen valores más específicos. Un ejemplo son las “normas precisas que permiten o prohíben algo”.<sup>44</sup> Por otra parte, el considerando 52 del Reglamento sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas y el considerando 53 del Reglamento sobre el régimen económico matrimonial ofrecen un ejemplo de la protección de la vivienda familiar como norma de carácter imperativo que se engloba en el concepto de disposiciones imperativas.<sup>45</sup> Sin embargo, los considerandos subrayan que la aplicación de las normas imperativas debe interpretarse de forma estricta para que siga siendo compatible con el objetivo general de los Reglamentos gemelos.<sup>46</sup>

40 Además, el Reglamento Roma I prevé la aplicación de las disposiciones imperativas de otros Estados, y no sólo de la ley del Estado del foro (véase el artículo 9). Por el contrario, el Reglamento de los Gemelos no incluye tal posibilidad.

41 K. BOGDZEVIČ, ‘Overriding Mandatory Provisions in Family Law and Names’ (2020) *ELTE Law Journal* 60, subraya las similitudes de la disposición pertinente del Reglamento sobre los gemelos con la disposición pertinente sobre las normas imperativas del Reglamento Roma I. Por lo tanto, concluye que los artículos deben interpretarse de forma similar. Por lo tanto, la jurisprudencia pertinente del TJUE en materia contractual y extracontractual debe utilizarse además para la interpretación de las disposiciones sobre las normas imperativas de los Reglamentos gemelos..

42 M. GEBAUER, ‘Overriding mandatory provisions’, above n. 9, pp. 300–01.

43 L. RUGGERI, ‘Registered partnerships and property consequences’ in M. JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ, M. GIOBBI, J. KRAMBERGER ŠKERL, L. RUGGERI, S. WINKLER (eds), *Property relations of cross border couples in the European Union*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2020, pp. 83–84, suggests that these might also be national provisions adopted during the Covid-19 pandemic on travel, transport, or supply contracts. Their goal namely was to protect public health or the national economy, which can be treated as higher goals, when in need of protection by overriding mandatory rules.

44 K. BOGDZEVIČ, above n. 40, p. 53.

45 Una disposición obligatoria de este tipo sobre la protección del hogar familiar está también prevista, por ejemplo, en el Código Civil francés (artículo 215/3), el Código Civil alemán (artículo 1568a) y el Código de Familia esloveno (artículo 59). Véase F. DOUGAN, ‘Nova evropska pravila o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, ter priznavanju in izvrševanju odločb na področju premoženjskih razmerij mednarodnih parov’ in D. MOŽINA (ed), *Liber Amicorum Ada Polajnar Pavčnik, Razsežnosti zasebnega prava*, Pravna fakulteta Univerza v Ljubljani, Ljubljana 2019, p. 243, and B. NOVAK, *Družinski zakonik z uvodnimi pojasnili*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2017, p. 72.

46 M. GEBAUER, above n. 9, p. 298 subraya que es un reto interpretar el término “interpretación estricta”. Ello dará lugar, con toda seguridad, a enfoques nacionales divergentes en cuanto a la aplicación de las disposiciones obligatorias nacionales.

### 3.3.2. Política pública

Si bien los Reglamentos gemelos, en sus artículos 30, prevén la aplicación de determinadas disposiciones nacionales con independencia del contenido de las disposiciones de la ley aplicable, permiten además rechazar la aplicación de una determinada disposición de la ley aplicable (artículos 31). Esto se aplica si la aplicación de dicha disposición (y no la disposición en sí) es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado del tribunal competente.

Otras normativas europeas de Derecho privado conocen y utilizan una excepción de orden público. La misma disposición se encuentra, por ejemplo, en el Reglamento sobre sucesiones (artículo 35). Las disposiciones pertinentes del Reglamento Roma I, el Reglamento Roma III y el Reglamento nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) son igualmente similares. La posibilidad de impedir la aplicación de una determinada disposición de una ley extranjera que de otro modo sería aplicable no es, por tanto, inusual en el Derecho internacional privado. A pesar de la similitud de la disposición pertinente sobre las excepciones de orden público de los Reglamentos gemelos con las que se encuentran en otros instrumentos, es evidente que los valores que se protegen en los procedimientos judiciales en virtud de los referidos Reglamentos son diferentes.<sup>47</sup> El considerando 53 del Reglamento sobre los efectos patrimoniales de las parejas de hecho registradas y el considerando 54 del Reglamento sobre los regímenes económicos matrimoniales dan importantes instrucciones. Determinan que los tribunales no deben aplicar una excepción de orden público para anular la ley de otro Estado cuando ello sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular el artículo 21 sobre el principio de no discriminación. Dicha instrucción limita la negativa de los tribunales a aplicar una disposición de una ley aplicable si dicha negativa crearía una desigualdad entre los cónyuges o parejas basada en circunstancias personales, es decir, el género, la nacionalidad o la religión.<sup>48</sup> La excepción de orden público sólo se aplicará en circunstancias excepcionales. Su aplicación generalizada podría debilitar la eficacia de las normas de conflicto de leyes.<sup>49</sup>

Una excepción de orden público prevé la exclusión de la aplicación de una disposición extranjera, pero no da una solución sobre qué disposición se aplica en su lugar. La teoría jurídica especula con dos posibles opciones. En primer lugar, existe la posibilidad de que no sea necesario aplicar otra disposición en lugar de la extranjera rechazada. En tal situación, el tribunal competente sólo utiliza el resto de las disposiciones de la ley aplicable. En segundo lugar, si la inaplicación de una determinada disposición legal exige la aplicación de otra, existen dos soluciones contradictorias. Es posible que la laguna se cubra con otra disposición de un ordenamiento jurídico que se aplique de otro modo<sup>50</sup> o que se busque dicha disposición dentro de la *lex fori*.<sup>51</sup> Para evitar la aplicación simultánea de varios ordenamientos jurídicos, es mejor la primera solución. Si es posible, las soluciones deben encontrarse en la ley aplicable. Si esto no da el resultado deseado, se puede recurrir a la *lex fori* de forma subsidiaria.

47 M. GEBAUER, above n. 9, p. 307.

48 P. LAGARDE, above n. 17, p. 129.

49 M. GEBAUER, above n. 9, p. 308.

50 M. GEBAUER, above n. 9, p. 311.

51 P. LAGARDE, above n. 17, p. 129.

### 3.4 Exclusion de reenvío

Los Reglamentos gemelos prevén la exclusión del reenvío sin excepciones (véanse los artículos 32). La aplicación de la ley de cualquier Estado determinada por las normas de los Reglamentos, por lo tanto, implica la aplicación de las normas de la ley vigente en ese Estado, excepto sus normas de derecho internacional privado.<sup>52</sup> Esta norma elimina el posible peligro de complicaciones cuando las normas de conflicto de leyes remiten al pasado o al futuro, con lo que una de las leyes posteriores remite a una ley que ya había sido considerada. Esta exclusión del reenvío es habitual en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado. Puede encontrarse, por ejemplo, en el Reglamento Roma III, el Reglamento Roma II y el Reglamento Roma I. Por el contrario, el Reglamento de sucesiones prevé el reenvío parcial (véase el artículo 34).

Existen opiniones contradictorias en la doctrina sobre los efectos de dicha disposición en la seguridad jurídica y la previsibilidad, por un lado, y en la autonomía de la voluntad, por otro. Algunos opinan que la exclusión del reenvío es comprensible cuando una pareja ha acordado la ley aplicable, pero no en caso contrario.<sup>53</sup> Otros opinan que la exclusión del reenvío protege (también) las expectativas de una pareja que no eligió la ley aplicable.<sup>54</sup>

## IV. ACUERDO SOBRE LA ELECCIÓN DE LEY

Interpretando los Reglamentos gemelos según el método literal de interpretación, es posible concluir que todas las normas descritas anteriormente relativas al cese de la ley aplicable son aplicables subsidiariamente. Se espera que las parejas o los cónyuges celebren inicialmente un acuerdo en el que se elija la ley que se va a aplicar para todos los aspectos de derecho civil de su régimen económico matrimonial o los efectos patrimoniales de su unión registrada.

### 4.1. Factores de conexión

A la hora de elegir la ley aplicable, las parejas y los cónyuges están relativamente limitados y no pueden elegir la ley de cualquier Estado.<sup>55</sup> Pueden elegir la ley del Estado de residencia habitual<sup>56</sup> de uno o de ambos o la ley del Estado de la nacionalidad<sup>57</sup> de cualquiera de ellos (artículo 22 de ambos Reglamentos). Ambos factores de conexión están vinculados al momento de la celebración del acuerdo.

52 Además, se aplican las excepciones relativas a las normas imperativas y al orden público descritas anteriormente.

53 P. LAGARDE, above n. 17, p. 132, considera que la exclusión del *reenvío* es una sorpresa para una pareja que no ha celebrado un acuerdo sobre la elección de la ley.

54 M. GEBAUER, above n. 9, p. 315. Similarly, see also C. KOHLER, above n. 9, p. 200, que ve un efecto negativo para las parejas que eligen la ley de un Estado no miembro o de un Estado miembro no participante, ya que puede suponer la “aplicación de una ley, que no es aplicable según sus propias normas de conflicto de leyes”.

55 Compárese, por ejemplo, con la autonomía de las partes en el Derecho contractual internacional, es decir, el Reglamento Roma I.

56 Para más información sobre el término “residencia habitual”, véase más arriba.

57 Para más información sobre el acuerdo de elección de la ley del Estado de la nacionalidad de una o ambas partes, véase N. POGORELČNIK VOGRINC, ‘Applicable law in matrimonial property regime disputes’ (2019) 40 *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1088–89.

El conjunto de factores de vinculación entre los que los cónyuges pueden elegir es similar al previsto en el Reglamento de régimen económico matrimonial en situaciones en las que no han celebrado un acuerdo. Sin embargo, los factores de vinculación entre los que los cónyuges pueden elegir cuando celebran un acuerdo de elección de ley son notablemente más amplios en comparación con los del artículo 26. Este último sólo permite la aplicación de la ley de la residencia o la nacionalidad de ambos cónyuges, mientras que en virtud del artículo 22 también pueden acordar la aplicación de la ley del Estado de la residencia o la nacionalidad de uno de ellos. Por lo tanto, el conjunto de factores de conexión a la hora de celebrar un acuerdo se duplica y los cónyuges tienen una lista más amplia de opciones entre las que elegir.

Las parejas registradas también tienen más opciones a la hora de elegir una ley por sí mismas en comparación con la situación en la que se determina una ley con respecto a las normas de conflicto de leyes del Reglamento sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas. Los factores de conexión de la nacionalidad y la residencia no son una opción en el artículo 26 del Reglamento UE nº 2016/1104. El motivo es el mismo que el de un tercer criterio de vinculación en el apartado 1 del artículo 22 del Reglamento sobre las consecuencias patrimoniales de las sociedades registradas. Existe el riesgo de que ni el Estado de residencia habitual de los socios ni el Estado de sus nacionalidades prevean legalmente la constitución de la unión registrada y no regulen sus consecuencias jurídicas.<sup>58</sup> El Reglamento sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas prevé, por tanto, un factor de conexión adicional. Los socios o futuros socios pueden acordar la designación de la ley del Estado bajo cuya ley se creó la unión registrada (compárese con el artículo 26 del mismo Reglamento). Se trata de una red de seguridad que garantiza que los socios siempre tengan al menos una opción a la hora de acordar la elección de la ley. Al mismo tiempo, es un factor de conexión fiable porque es independiente de los posibles cambios posteriores en la vida de los socios.<sup>59</sup>

En la parte en la que los factores de conexión de los artículos 22 y 26 de cada uno de los Reglamentos gemelos se superponen, es posible concluir que no es necesario un acuerdo sobre la elección de la ley. Los cónyuges pueden elegir la ley del Estado de la residencia habitual común de los cónyuges o la ley del Estado de la nacionalidad común de los cónyuges. Si en el momento de la celebración del acuerdo siguen viviendo en el mismo Estado o en caso de que no se aplique el primer factor de conexión, y tienen las mismas nacionalidades que en el momento de la celebración del matrimonio, pueden elegir la misma ley que se aplicaría sin su acuerdo, es decir, con la aplicación de las normas de conflicto de leyes del Reglamento de régimen económico matrimonial. La situación es la misma cuando los cónyuges acuerdan la aplicación de la ley del Estado bajo cuya ley se creó la unión registrada, que por otra parte se utiliza también cuando no existe un acuerdo especial. Sin embargo, la celebración de un acuerdo tiene la ventaja de garantizar la fiabilidad y seguridad de las partes. Además, tiene otra consecuencia. Si existe un acuerdo sobre la elección de la ley, se excluye la posibilidad de aplicar una cláusula de escape.

58 Se plantea la cuestión de si la ley elegida debe garantizar las consecuencias patrimoniales con respecto a las parejas de hecho registradas o si es suficiente con que sólo se reconozca la constitución de una pareja de hecho registrada. Para más información, véase C. RUDOLF, *above n. 30*, pp. 138–39.

59 C. KOHLER, *above n. 9*, pp. 207–08.



Los cónyuges y las parejas pueden celebrar un acuerdo de elección de ley durante el matrimonio o la unión registrada, antes de concluir el matrimonio o la unión registrada, o incluso justo antes de la ruptura (independientemente del motivo, es decir, divorcio, separación legal, disolución o anulación). Es realista esperar que, al mismo tiempo, también se pongan de acuerdo sobre la elección del tribunal competente<sup>60</sup> y, potencialmente, sobre el régimen económico matrimonial/de pareja.<sup>61</sup>

#### 4.2. Requisitos formales

Los Reglamentos gemelos establecen disposiciones idénticas en cuanto a las condiciones formales que deben cumplirse para que el acuerdo sobre la elección de la ley sea válido. El acuerdo de la pareja debe hacerse por escrito (a mano o mecanizado). Los Reglamentos gemelos también reflejan las tendencias actuales en materia de comunicaciones electrónicas y estipulan que cualquier comunicación por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo equivale a un escrito. Sin embargo, la forma de un mensaje electrónico habitual (correo electrónico) no es suficiente. Son necesarias las firmas electrónicas seguras de ambas partes.<sup>62</sup> Los requisitos son similares a los de otros reglamentos europeos de Derecho internacional privado - véase, por ejemplo, el artículo 7 del Reglamento Roma III. El cumplimiento de estos requisitos formales garantiza que los cónyuges y la pareja sean conscientes de la seriedad del acuerdo y de sus consecuencias (considerando 47 de los Reglamentos gemelos). Los requisitos descritos son los mismos que los determinados en los Reglamentos para un acuerdo de elección de foro y un acuerdo<sup>63</sup> sobre el régimen económico matrimonial/de pareja. Por lo tanto, las partes pueden acordar las tres cosas juntas en un solo documento. No obstante, deben cumplirse otros requisitos nacionales si existen.

Para que un acuerdo sobre la elección de la ley sea válido, los Reglamentos gemelos exigen el cumplimiento de los requisitos legales del Estado miembro en el que ambos cónyuges o parejas tengan su residencia habitual en el momento de celebrar dicho acuerdo. Se trata de un requisito razonable, ya que las partes normalmente buscan información en el lugar donde viven sobre la forma requerida para formalizar el acuerdo.<sup>64</sup> Si residen habitualmente en diferentes Estados miembros y las leyes de esos Estados determinan requisitos formales diferentes, el acuerdo tiene que satisfacer los requisitos de cualquiera de esas leyes. Si sólo una de las partes tiene su residencia habitual en un Estado miembro, se aplicarán sus requisitos nacionales relativos a los acuerdos matrimoniales/de pareja. Los

60 Véase el capítulo 4 de este libro.

61 Si no eligen también un régimen patrimonial, se aplica el régimen matrimonial por defecto previsto por la ley nacional elegida. Véase E. A. OPREA, 'Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe' (2018) 10 *Cuadernos de Derecho Transnacional* 590. The same in P. LAGARDE, above n. 17, p. 100.

62 C. KOHLER, above n. 9, p. 216, subraya que la forma electrónica sustituye a la forma escrita de un acuerdo, pero no al requisito de que esté fechado y firmado. Este último solo puede cumplirse con una firma electrónica cualificada, tal como determina el Reglamento (UE) n° 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE. Los nombres mecanografiados de las partes al final de dicho acuerdo en formato electrónico no son suficientes.

63 Para las normas nacionales pertinentes aplicadas a un acuerdo sobre el régimen matrimonial/de pareja, véanse los artículos 25 de los Reglamentos gemelos.

64 R. SCHULZ, above n. 2, 27.

Reglamentos gemelos no especifican normas especiales cuando ninguno de los cónyuges tiene residencia habitual en un Estado miembro. Es posible concluir que en tal situación sólo se aplican los requisitos de los Reglamentos gemelos.<sup>65</sup>

Por lo tanto, es necesario cumplir los requisitos nacionales del Estado miembro de residencia habitual, que pueden ser más estrictos que los de los Reglamentos. Un ejemplo típico es el requisito de que un acuerdo de elección de la ley debe celebrarse en forma de documento notarial. Por lo tanto, al celebrar un acuerdo de este tipo, las partes deben averiguar qué ley nacional es pertinente y, por consiguiente, qué requisitos formales deben cumplir. Esto puede ser diferente de la ley que han acordado que se aplique a sus bienes matrimoniales o a los bienes de la pareja registrada. Este es el caso cuando acuerdan una ley diferente a la del estado de residencia habitual de cualquiera de ellos.

Cuando un acuerdo sobre la elección de la ley no cumple los requisitos formales de los Reglamentos gemelos o de la legislación nacional, dicho acuerdo no es válido. El tribunal competente utilizará entonces el artículo 26 del Reglamento correspondiente para decidir la ley aplicable. En opinión de algún autor, las estrictas normas relativas a los requisitos formales de un acuerdo de elección de la ley demuestran que no es posible un acuerdo silencioso con ese contenido.<sup>66</sup>

#### 4.3. Consentimiento y validez material

Los Reglamentos gemelos incluyen además una disposición relativa a la validez material de un acuerdo sobre la elección de la ley (artículos 24 de los Reglamentos gemelos).<sup>67</sup> Tiene el mismo objetivo que los requisitos formales, es decir, garantizar la elección informada de las partes y, por tanto, una mayor seguridad jurídica. Si bien los Reglamentos gemelos establecen pocos requisitos formales para los acuerdos de elección de la ley (véase el artículo 23(a)), utilizan un enfoque diferente en cuanto a la validez material. Los propios Reglamentos establecen todos los requisitos que deben respetarse al celebrar un acuerdo sobre la elección de la ley y no es necesario respetar ninguno de los requisitos nacionales pertinentes (compárense los artículos 23 y 24 de ambos Reglamentos). La existencia y validez de un acuerdo se determinará por la ley elegida si el acuerdo es válido. Algunos críticos se preguntan cómo puede examinarse un acuerdo con arreglo a la ley elegida si no se demuestra que la elección es válida.<sup>68</sup> Sin embargo, esta disposición no es del todo nueva y ya se ha utilizado anteriormente en otros instrumentos europeos.<sup>69</sup>

65 Véase E. A. OPREA, above n. 60, pp. 591–92. She questions if such a regulation is suitable.

66 Para una opinión opuesta, véase C. RUDOLF, 'Kolizijske norme Uredbe Sveta (EU) 2016/1104 za premoženjskopravne posledice registriranih partnerskih skupnosti' in D. MOŽINA (ed), *Liber Amicorum Ada Polajnar Pavčnik, Razsežnosti zasebnega prava*, Pravna fakulteta Univerza v Ljubljani, Ljubljana 2019, p. 276. Similarly, C. KOHLER, above n. 9, p. 201, opina que los Reglamentos gemelos no son claros en cuanto a la necesidad de que la voluntad de las partes se exprese explícitamente.

67 En relación con esto, es necesario subrayar que los Reglamentos gemelos no se aplican, *inter alia*, a la capacidad jurídica de los cónyuges y las parejas (artículos 1(2)(a) de ambos reglamentos).

68 L. RADEMACHER, 'Changing the past: retroactive choice of law and the protection of third parties in the European regulations on patrimonial consequences of marriages and registered partnerships' (2018) 10 *Cuadernos de Derecho Transnacional* 18, C. GRIECO, 'The role of party autonomy under regulations on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships. Some remarks on the coordination between the legal regime established by the new regulations and other relevant instruments of European private international law' (2018) 10 *Cuadernos de Derecho Transnacional* 475.

69 Véase, por ejemplo, the Succession Regulation, the Rome I Regulation and the Rome III Regulation.

Es una norma fácil de aplicar<sup>70</sup> para las parejas y los cónyuges y proporciona seguridad y estabilidad.

Existe una excepción si un cónyuge o una pareja desea demostrar que no ha dado su consentimiento a la elección de la ley. En tal caso, puede acogerse a la ley del Estado en el que tenga su residencia habitual en el momento en que se acuda al tribunal.<sup>71</sup> Esto es posible si de las circunstancias se desprende que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de acuerdo con la ley elegida. Esta disposición desempeña un papel esencial en las normativas cuando las partes pueden concluir un acuerdo de forma implícita. Así, en estos casos, puede ocurrir que una de ellas no haya dado su consentimiento (es decir, no haya respondido a la propuesta de la otra parte) y, sin embargo, su acto se considere un acuerdo.<sup>72</sup> Dado que los Reglamentos gemelos exigen una expresión explícita de la voluntad,<sup>73</sup> la parte tendrá una difícil tarea para demostrar que su expresión explícita de la voluntad sobre la ley aplicable no es su consentimiento.<sup>74</sup> Los Reglamentos gemelos establecen que, en tal caso, una parte puede acogerse a la ley del Estado en el que tenga su residencia habitual en el momento en que se acuda al tribunal. Curiosamente, en tal situación el factor de vinculación de la residencia habitual se vincula al momento del inicio del procedimiento judicial y no al momento de la celebración del acuerdo, como ocurre muchas otras veces.<sup>75</sup> La razón es la incertidumbre y la ambigüedad en cuanto al momento de la celebración del acuerdo cuando se discute si las partes llegaron a celebrarlo. Sin embargo, la parte no puede estar segura de que realmente podrá utilizar la ley del Estado de su residencia habitual. El tribunal competente debe considerar si no sería razonable determinar el efecto de la conducta de una parte de acuerdo con la ley elegida. Los Reglamentos gemelos no dan más instrucciones sobre estas circunstancias, lo que puede dar lugar a diferentes interpretaciones en los distintos Estados miembros.

#### 4.4. Cambio de un acuerdo sobre la elección de la ley

Como siempre es posible que los cónyuges o parejas celebren un acuerdo sobre la elección de la ley por primera vez en cualquier momento de su matrimonio o pareja o incluso justo antes de que haya terminado, también es posible que modifiquen un acuerdo anterior. Un cambio posterior o la celebración de un nuevo acuerdo conlleva indudablemente la aplicación de una ley diferente a la determinada sobre la base de las normas de conflicto de leyes (es decir, los artículos 26 de los Reglamentos gemelos) o que se deriva del acuerdo anterior. Esta “nueva” ley se aplica a partir de la conclusión del (nuevo) acuerdo.

70 E. A. OPREA, above n. 60, p. 590.

71 Para criticar dicha norma, véase N. POGORELČNIK VOGRINC, above n. 56, p. 1092.

72 C. KOHLER, above n. 9, p. 230, reminds that ‘if a declaration of a party has been made under error or misrepresentation, or if the consent of that party is the result of coercion or undue influence, a remedy will normally be available under the hypothetical *lex causae* according to Article 24(1)’.

73 Existen diferentes opiniones, como se ha descrito anteriormente. C. RUDOLF, above n. 30, p. 140, opina que el apartado 2 del artículo 24 del Reglamento sobre los gemelos es la razón exacta que permite concluir que es admisible una elección implícita de la ley. Sin embargo, reconoce (citando también a otros teóricos del derecho) que no existen criterios para una elección implícita de la ley aplicable y que el TJUE debe hacer más aclaraciones. Sin embargo, es posible concluir lo contrario. Dado que no se menciona un acuerdo implícito sobre la elección de la ley en los Reglamentos gemelos, esta opción no es posible.

74 Véase C. KOHLER, above n. 9, p. 230.

75 C. KOHLER, above n. 9, p. 230.

El artículo 22 de los Reglamentos gemelos es, en concreto, uniforme al determinar que un cambio en la ley aplicable tendrá, por lo general, efecto prospectivo. Esta norma tiene por objeto proteger la seguridad jurídica y la previsibilidad; sin embargo, también tiene algunas consecuencias negativas graves. La aplicación *ex nunc* de un acuerdo de elección de ley significa necesariamente que se aplican las normativas legales de dos Estados diferentes para cuestiones relativas al régimen matrimonial o a las consecuencias patrimoniales de una pareja registrada. Esto puede llevar a una pareja a estar confusa sobre su situación legal y conlleva una difícil tarea para el tribunal que decide en un procedimiento judicial.

Sin embargo, los cónyuges y las parejas tienen mayor autonomía a la hora de cambiar un acuerdo y pueden evitar una aplicación prospectiva sólo si tal es su intención.<sup>76</sup> Los Reglamentos gemelos les permiten acordar explícitamente el efecto retroactivo de un acuerdo. Esto elimina las consecuencias de la aplicación de dos (o incluso más) sistemas jurídicos. Sin embargo, también esta solución puede tener importantes implicaciones negativas. Podría afectar negativamente al derecho de terceras personas que se basen en el contenido del acuerdo existente o en el uso de las normas de conflicto de leyes previstas en el Reglamento de Doble Imposición.<sup>77</sup> Por lo tanto, los Reglamentos gemelos prevén explícitamente su protección. Los Reglamentos exigen que el efecto retroactivo de un nuevo acuerdo sobre la elección de la ley no afecte negativamente a los derechos de terceros derivados de dicha ley (apartado 3 del artículo 22 de los Reglamentos gemelos). No hay disposiciones adicionales en dichos Reglamentos sobre la solución de esta problemática. Una opción es la aplicación simultánea de ambas leyes, cuando la anterior se utiliza exclusivamente en relación con los derechos adquiridos por un tercero.<sup>78</sup> Por un lado, esto garantiza la realización del deseo de la pareja de utilizar la ley acordada posteriormente para toda su relación jurídica. Por otro lado, esta solución protege los derechos de los terceros que confían en la aplicación de la ley anteriormente aplicable. Aunque es fácil proponer una solución de este tipo en teoría, es mucho más difícil aplicarla en la práctica. Los tribunales, por tanto, se enfrentan a una difícil tarea al intentar satisfacer todos los intereses.

#### 4.5. Efectos respecto a terceros

Los Reglamentos gemelos exigen explícitamente que el efecto retroactivo de un acuerdo sobre la elección de la ley no tenga un impacto negativo en los derechos de terceros. Sin embargo, ésta no es la única protección de los terceros. Tal y como se establece en los artículos 28 de ambos Reglamentos, la ley aplicable no puede ser invocada por un cónyuge o un miembro de la pareja contra un tercero en su litigio, a menos que el tercero conociera o, en el ejercicio de la diligencia debida, debiera haber conocido dicha ley. Esto se aplica a cualquier ley aplicable, independientemente del hecho de que se determine por referencia a las normas de conflicto de leyes de los Reglamentos gemelos o de que la pareja lo haya acordado. El artículo 28, por tanto, determina la llamada norma de conflicto de leyes

76 A. LIMANTE and N. POGORELČNIK VOGRINC, 'Party autonomy in the context of jurisdictional and choice of law rules of matrimonial property regulation' (2020) 13 *Baltic Journal of Law & Politics*, 147 and the following.

77 *Ex tunc* el efecto puede, además, repercutir negativamente en las transacciones anteriores entre los propios cónyuges y parejas. Mientras que una propuesta de los Reglamentos gemelos incluía una provisión que impedía tal consecuencia, el texto actual de los Reglamentos gemelos no lo hace. Para más información, véase C. KOHLER, above n. 9, p. 209–10.

78 L. RADEMACHER, above n. 67, p. 16.



negativa.<sup>79</sup> Como consecuencia de ello, es posible que la ley aplicable no se aplique en determinadas relaciones entre un cónyuge o una pareja y una tercera persona.

Los Reglamentos gemelos determinan explícitamente las circunstancias en las que se considera que un tercero tiene conocimiento de la ley aplicable al régimen matrimonial. Esto es así en dos situaciones diferentes. La primera se refiere a la ley en sí misma y a su relación con las circunstancias de una transacción legal específica. Se trata de los casos en los que la ley pertinente es la del Estado cuya ley es aplicable a la transacción entre el cónyuge y el tercero; el Estado en el que el cónyuge contratante y el tercero tienen su residencia habitual; o, en los casos de bienes inmuebles, el Estado en el que se encuentran dichos bienes. Se considera que la ley nacional es tan evidente para el tercero que su aplicación está justificada y no hay necesidad de una protección especial. El segundo grupo de circunstancias se refiere a la revelación o registro del régimen matrimonial o a las consecuencias patrimoniales de la unión registrada. Se considera que el tercero tiene conocimiento de la ley aplicable si cualquiera de los cónyuges o la pareja ha cumplido los requisitos para su divulgación o registro especificados por la ley del Estado pertinente, es decir, el Estado cuya ley es aplicable a la transacción entre un cónyuge y el tercero; el Estado en el que el cónyuge contratante y el tercero tienen su residencia habitual; o en los casos en los que se trata de bienes inmuebles, o el Estado en el que están situados los bienes. La suposición de que un tercero sabe qué ley se aplica si una pareja ha revelado o registrado un acuerdo es cuestionable. Si la ley del Estado en cuestión sólo obliga a una pareja a registrar un acuerdo pero no a revelar públicamente su contenido, un tercero sólo sabrá que existe un acuerdo sobre la elección de la ley, pero no conocerá su contenido. Queda por saber si existe una base jurídica que permita a un tercero exigir a una pareja que revele también el contenido específico de su acuerdo.

No está claro en qué momento se supone que un tercero tiene conocimiento de la ley aplicable. Es posible concluir que el momento relevante es el de la celebración del negocio jurídico.<sup>80</sup> Además, es esencial saber si un tercero tiene que tener conocimiento de la ley de qué Estado se aplica para una determinada relación, o si también tiene que conocer el contenido de las disposiciones pertinentes de la ley aplicable.<sup>81</sup> La primera solución es más realista. No es realista esperar que un cónyuge o pareja, y mucho menos una tercera persona, conozca el contenido de las disposiciones pertinentes de la ley aplicable.

Una norma sobre efectos respecto a terceros facilita mucho su situación jurídica. Al concluir un negocio jurídico con alguien que está casado o en una pareja registrada, un tercero no tiene que gastar dinero o tiempo en averiguar la ley aplicable pertinente. Si no la conoce por causas ajenas a su voluntad, dicha ley no se aplicará a una determinada relación jurídica.

## V. ESTUDIO DE CASO

A la hora de decidir cómo formalizar su relación, las parejas tienen en cuenta diferentes circunstancias y deseos personales. Por un lado, la institución del matrimonio tiene una

79 J. M. CARRUTHERS, above n. 9, p. 277.

80 J. M. CARRUTHERS, above n. 10, p. 278.

81 Ibid.

larga tradición y, por lo tanto, existe la creencia generalizada de que el matrimonio es una forma más fuerte de formalización de la relación en comparación con el registro de la pareja. Por otro lado, los jóvenes suelen ser más proclives a las novedades y, por tanto, a veces prefieren el registro de la pareja al matrimonio. Además, las posibilidades legales que ofrece un estado concreto (es decir, si una pareja del mismo sexo puede casarse o si una pareja de distinto sexo puede registrar una unión) desempeñan un papel importante en la decisión de la pareja.

En esta situación, normalmente los miembros de la pareja no prevén que su decisión sobre la forma de formalización de la relación que elijan afectará a su vida en muchos aspectos. Entre otras cosas, influirá en los instrumentos que se utilicen para decidir la jurisdicción y las normas de conflicto de leyes de sus relaciones patrimoniales en caso de ruptura.

Tomemos como ejemplo una pareja portuguesa-belga que se conoció y se enamoró en un intercambio de estudiantes en los Países Bajos.

### **Escenario 1**

En la primera situación, se casan en Holanda y se trasladan a Eslovenia por la oportunidad de trabajo que uno de ellos tiene allí. Viven unos años en Eslovenia y compran una casa en Liubliana y un piso en Piran (como variante, compran un piso en Croacia). Unos años después, se divorcian. Cada uno se traslada a su país de origen, uno a Portugal y el otro a Bélgica. Uno de los ex cónyuges quiere iniciar un procedimiento judicial sobre su régimen de propiedad.

### ***Jurisdicción***

La primera cuestión es el tribunal de qué Estado es competente. No existe ningún procedimiento judicial relacionado con la sucesión de un cónyuge (artículo 4 del Reglamento de régimen económico matrimonial) o con el divorcio, la separación legal o la anulación del matrimonio (artículo 5 del Reglamento de régimen económico matrimonial) y los ex-cónyuges no han llegado a un acuerdo sobre la jurisdicción para estos asuntos. Por lo tanto, la competencia se determina según las normas generales del artículo 6 del Reglamento de régimen económico matrimonial.

El primer factor de conexión del artículo 6 del Reglamento de régimen económico matrimonial es el Estado en cuyo territorio los cónyuges tienen su residencia habitual en el momento en que se acude al tribunal. En este caso concreto, no podemos utilizarlo ya que al inicio del procedimiento judicial los ex cónyuges no tienen residencia habitual en el mismo Estado miembro (ya que se trasladaron a sus Estados de origen).

El segundo factor de vinculación del artículo 6 del Reglamento de régimen económico matrimonial es el Estado en cuyo territorio los cónyuges tuvieron su última residencia habitual, en la medida en que uno de ellos siga residiendo allí en el momento en que se acuda al tribunal. Tampoco podemos utilizar este factor de conexión, porque ninguno de los ex cónyuges sigue viviendo en Eslovenia, donde tuvieron su última residencia habitual como pareja.

El tercer factor de conexión del artículo 6 del Reglamento de régimen económico matrimonial es el Estado en cuyo territorio el demandado tiene su residencia habitual en el momento en que se presenta ante el tribunal. Con respecto al hecho de quién es el demandado, tanto los tribunales belgas como los portugueses tienen jurisdicción internacional para decidir sobre la casa y el piso, independientemente de su ubicación.

### ***Derecho aplicable***

Los cónyuges no celebraron un acuerdo sobre la elección de la ley. Por lo tanto, la ley aplicable se determina según el artículo 26 del Reglamento de régimen económico matrimonial.

El primer factor de conexión es la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio. Como se trasladaron a Eslovenia después de casarse, la ley aplicable es la eslovena.

La norma del artículo 26 del Reglamento de régimen económico matrimonial se utiliza para determinar la ley aplicable, independientemente del tribunal que tenga jurisdicción internacional. Esto significa que tanto los tribunales belgas como los portugueses tienen que utilizar el mismo factor de conexión. Ambos aplican la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, es decir, la ley eslovena.

### **Escenario 2**

En la segunda situación, la misma pareja portuguesa-belga decide registrar su pareja en lugar de casarse. Registran su pareja en los Países Bajos y se trasladan a Eslovenia por motivos de trabajo inmediatamente después del registro. Viven allí un par de años. Compran una casa y un piso en Eslovenia (como variación, el piso está en Croacia). Al cabo de unos años, disuelven la pareja de hecho y regresan a sus países de origen. Uno de ellos quiere iniciar un procedimiento judicial en relación con la propiedad.

Dado que registraron su pareja, se aplica el Reglamento sobre las consecuencias patrimoniales de las parejas de hecho registradas.

### ***Jurisdicción***

No existe ningún procedimiento judicial en relación con el procedimiento de sucesión de un miembro de la pareja registrada (artículo 4 del Reglamento sobre las consecuencias patrimoniales de las uniones registradas) ni ningún procedimiento judicial en relación con la disolución o anulación de la pareja (artículo 5 del Reglamento sobre las consecuencias patrimoniales de las uniones registradas). Tampoco existe un acuerdo de las parejas registradas sobre la jurisdicción internacional. Por lo tanto, la competencia internacional se determina de acuerdo con el artículo 6 del Reglamento sobre las consecuencias patrimoniales de las uniones registradas. En él se establecen cuatro factores de conexión (artículo 6.1 a-d), que son los mismos que para el matrimonio y, como se ha explicado anteriormente, existe el factor de conexión del Estado en cuyo territorio el demandado tiene su residencia habitual en el momento en que se presenta ante el tribunal. Al igual

que cuando la pareja contrajo matrimonio, los tribunales belgas o portugueses tienen una jurisdicción internacional.

### ***Derecho aplicable***

El artículo 26 del Reglamento sobre las consecuencias patrimoniales de las uniones registradas se utiliza para determinar la ley aplicable. No existe ningún acuerdo sobre la elección de la ley. Por lo tanto, la ley aplicable a los efectos patrimoniales de las uniones registradas sería la ley del Estado bajo cuya ley se creó la unión registrada. En el caso concreto, la ley aplicable es la de los Países Bajos. Por lo tanto, los tribunales belgas o portugueses tienen que aplicar la ley de los distintos estados únicamente en función del hecho de que la pareja se haya casado o haya registrado la pareja.

### ***Comentario***

Cuando surge el conflicto en cuanto a los bienes de una pareja, el resultado en cuanto a la jurisdicción y la ley aplicable es significativamente diferente dependiendo del hecho de que la pareja se haya casado o se haya registrado como unión. Las parejas que deciden dar el siguiente paso en su relación, por tanto, tienen que pensar de forma más amplia y tener en cuenta también las consecuencias más amplias de su decisión. Algo no del todo romántico, pero sí práctico a largo plazo.