

## COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑÓLES Y LEY APLICABLE A LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO

SPANISH COURTS JURISDICTION AND LAW APPLICABLE TO  
MARRIAGE EFFECTS

FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL

Magistrado de la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ del País Vasco  
Master EEES *Derecho civil: grupos familiares y sistemas hereditarios* de  
la UNED

**Resumen:** El presente artículo trata sobre la problemática derivada de los matrimonios entre personas sometidas a diferentes leyes personales desde la perspectiva del Derecho Internacional privado español, tanto en los aspectos procesales –competencia judicial internacional de los Tribunales españoles– como en los relativos a la norma de conflicto; en concreto, del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de los apartados 2 y 3 del artículo 9 del Código civil.

**Palabras clave:** Matrimonio, Competencia de los tribunales españoles, Norma de conflicto.

**Abstract:** This paper is related to troubles arising from marriages between people subject to different personal law from the Spanish International Private Law perspective, both from the process issues –Spanish Courts jurisdiction– as well as issues related to conflict Law; specifically, article 22 of the Ley Orgánica del Poder Judicial and sections 2 and 3 of the article 9 of the Código civil.

**Key words:** Marriage, Spanish court's jurisdiction, Conflict law.

Recepción original: 03/03/2015

Aceptación original: 31/03/2015

**Sumario:** I. Introducción. II. La competencia de los Tribunales Españoles en materia de régimen económico matrimonial. III. La Ley aplicable a los efectos del matrimonio: 1. El Derecho positivo aplicable. 2. Cuestiones cubiertas por la norma de conflicto. IV. La determinación de la Ley aplicable al matrimonio en la norma de conflicto española: 1. Caracteres de la norma contenida en el 9.2 CC. 2. Estudio de los diferentes puntos de conexión. V. La Ley aplicable a las capitulaciones matrimoniales: 1. Planteamiento de la cuestión. 2. La norma de conflicto del artículo 9.3 CC. 3. Estudio de los diferentes puntos de conexión. 4. Capacidad. 5. La ley aplicable a la forma de las capitulaciones. Publicidad. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

El cambio de los hábitos vitales ha llevado, a partir de las últimas décadas del siglo xx, no solo a la internacionalización de las relaciones comerciales, sino a la de la vida cotidiana de las personas. Así, a diferencia de lo que sucedía en épocas anteriores, cuando por la capacidad económica los muy ricos –que podían permitírselo– o, por el contrario, las clases patrimonialmente deprimidas –que no tenían más remedio que emigrar– lo hacían, en el momento presente muchas personas de toda condición social se mueven de un país a otro. En este sentido, realizan en el extranjero actos con profundo contenido jurídico que, caso de conflicto, implica una notable complejidad normativa y jurisdiccional.

Entre estos actos de contenido jurídico, destaca el matrimonio, en tanto el celebrado entre personas de diversa nacionalidad y/o procedencia, es cada vez más frecuente, con las potenciales controversias que puedan llegar a surgir.

Por eso, en el presente artículo analizaré varios puntos fundamentales. En primer lugar, la determinación de la Ley aplicable en los supuestos de matrimonio internacional, tanto desde la perspectiva procesal, esto es, la competencia de los Tribunales españoles para tratar la materia, como desde la perspectiva de la norma de conflicto, esto es, la determinación de la Ley que rige esas cuestiones a la luz del Derecho español; al tiempo me ocuparé del análisis de las normas de conflicto aplicables a la determinación inicial y mutación del régimen económico matrimonial. Por el contrario, excluiré todo lo relacionado con la nulidad, separación y divorcio, así como lo referente al cada vez más complejo problema de las

uniones de hecho, por exceder con mucho del alcance pretendido en este estudio.

Téngase presente que en estas líneas me circunscribo al análisis de la actual situación del sistema, si bien la Unión Europea está preparando un Reglamento que en el futuro regulará estas materias. Lo cierto es que estos trabajos se están retrasando, como en general está ocurriendo con todos los Reglamentos relacionados con los aspectos de Derecho civil, de forma que no será promulgado en los próximos años; extremo al que se añade que, probablemente, cuando lo haga, entrará en vigor con un extenso período de *vacatio legis* en cuya virtud, carecerá de efectos prácticos en un período más o menos largo.

## II. LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN MATERIA DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

El primer extremo a tener en cuenta en la aproximación a la problemática legal de los matrimonios con elemento internacional, esto es, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, es la competencia de los Tribunales españoles en la materia, ya que una vez determinada, éstos deberán aplicar de oficio las normas de conflicto del derecho español<sup>1</sup> a la luz de lo establecido en el artículo 12.6 del Código civil (en adelante, CC).

En nuestro supuesto la competencia de los Tribunales españoles se encuentra recogida en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ):

*«En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes:*

*(...)*

*2.º Con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España.*

---

<sup>1</sup> Es importante tener en cuenta que estas normas no solo se encuentran recogidas en las leyes españolas, principalmente el Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil, sino también en los Tratados internacionales y, cada vez más, en la normativa emanada de las instituciones de la Unión Europea. Para una aproximación a las diferentes fuentes puede verse CASADO ABARQUERO, M., IRIARTE ÁNGEL, J.L. y MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., *Derecho internacional privado*. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 1.191 y sigs.

3.º *En defecto de los criterios precedentes ...; en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio*<sup>2</sup>, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro; ...»

Por tanto, tal y como aseveran CALVO Y CARRASCOSA<sup>3</sup>, nos encontramos con cinco foros previstos que atribuirán competencia a los Tribunales españoles:

- (i) Si ambas partes se han sometido expresa o tácitamente a los mismos.
- (ii) Si se encuentra en España el domicilio del demandado.
- (iii) Si ambos cónyuges poseen residencia habitual en España al tiempo de la demanda.
- (iv) Si el demandante es español y tiene su residencia habitual en España, y
- (v) Si ambos cónyuges tienen la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, pero en este caso, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro.

Para que los Tribunales españoles entren a enjuiciar el asunto es necesario, en primer lugar, que exista el matrimonio. Es ilustrativa, la sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 27 de septiembre de 2013<sup>4</sup>, al apreciar que no podía entrar a estudiar la disolución de un matrimonio previamente disuelto en el extranjero:

*«Procede señalar de antemano que, en cuanto a la acción de divorcio promovida en España, corresponde obviamente a la jurisdicción española la competencia territorial en dicho asunto, de conformidad con el*

---

<sup>2</sup> En materia de nulidad, separación y divorcio, así como en materia de relaciones parentales, el fuero viene determinado por el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el reglamento (CE) n° 1347/2000.

<sup>3</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*. Granada 2014, 15ª edición, Vol. II, pág. 148.

<sup>4</sup> ECLI: ES: APBI: 2013:2529.

*artículo 22-3 LOPJ , al tener ambos cónyuges su residencia habitual en España al tiempo de la demanda...*

*Pero, dicho todo lo cual, la jurisdicción española se encuentra con la barrera infranqueable de no poder declarar el divorcio en el presente caso, ya que se le acredita que el matrimonio está ya divorciado mediante sentencia firme (e incluso inscrita en el registro correspondiente) dictada con anterioridad por la jurisdicción de otro país; es inútil analizar si, conforme a la legislación procesal moldava, los Juzgados de dicho país ostentan o no competencia territorial para resolver el asunto, ya que en ningún momento se ha planteado una cuestión de competencia internacional ni tampoco se ha solicitado la declaración de nulidad, por cualquier motivo, de la Sentencia dictada por un Juzgado de Chisinau (Moldavia), el 26 de octubre de 2012 .*

*En su consecuencia, procede aplicar «sensu contrario» el artículo 85 del Código Civil en el sentido que no es posible disolver por divorcio un matrimonio ya inexistente».*

En idéntico sentido consideraba aplicables los foros del artículo 22.3 la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de junio de 2003<sup>5</sup> en relación con los matrimonios contraídos en el extranjero pero que son inválidos a la luz del Derecho español: «... con independencia de que, en origen, cuando acontecen esas adquisiciones de bienes, los interesados estuvieran unidos por un vínculo consorcial, por lo demás, no reconocido legalmente en nuestro país, por lo que, no es posible que, en ese concreto particular, quepa la extensión en la institución matrimonial a que se refiere el citado artículo 22-3, –en su calificación legal en España– emparejamiento «de facto» de los contendientes. La aplicación, pues, del artículo 22 en sus párrafos 1 y 2 (y no el aplicado erróneamente núm. 3, se insiste, que contempla relaciones derivadas del matrimonio)... ».

En el caso de las uniones de hecho, solo serán relevantes los fueros (i) y (ii) aplicables con carácter general a cualquier litigio sometido al orden civil o, en su caso, los contenidos en el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En todo caso, y como ya he mencionado con carácter previo, la complejidad de las uniones de hecho exige otro estudio que por razones de espacio no vamos a abordar en este artículo.

<sup>5</sup> ECLI: ES: TS: 2003:4037.

### III. LA LEY APLICABLE A LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO

#### 1. El derecho positivo aplicable

Desde 1991<sup>6</sup>, los artículos 9.2 y 9.3 CC recogen la norma de conflicto aplicable al matrimonio en los siguientes términos:

*«2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.»*

*La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107.*

*3. Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio 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.»*

#### 2. Cuestiones cubiertas por la norma de conflicto

La primera conclusión que puede extraerse de la lectura de los preceptos anteriores, es que la norma no solo es aplicable a la determinación del régimen económico del matrimonio, sino a otras cuestiones. Como podemos constatar, el Código habla de efectos; y el matrimonio tiene efectos personales y patrimoniales.

---

<sup>6</sup> Es importante tener en cuenta esa fecha porque hasta la misma la norma de conflicto remitía a la Ley nacional del marido para la determinación de la Ley aplicable al matrimonio, lo que en principio chocaba con el principio de igualdad emanado de la Constitución y vigente desde el 29 de diciembre de 1978, y así lo entendió la STC 39/2002 (Pleno. Sentencia 39/2002, de 14 de febrero de 2002. Cuestión de inconstitucionalidad 1724/95. Planteada por un Juzgado de Primera Instancia de Reus respecto del art. 9.2 del Código Civil, redactado por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo. Vulneración del derecho a la igualdad conyugal: designación de la ley nacional del marido para regir supletoriamente el régimen económico del matrimonio. Dero-gación del precepto legal). Esto ha dado lugar a una compleja cuestión, descrita en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, Vol. II, pág. 152, obra a la que me remito. Sintéticamente: tenemos tres tipos de matrimonio, los dos primeros con profundos problemas de determinación de la norma de conflicto derivados de la inconstitucionalidad de la norma anterior a la reforma de 1990: a) Los matrimonios celebrados antes del 29 de diciembre de 1978; b) Los celebrados entre esa fecha y la entrada en vigor de la Ley 11/1990 y c) Los posteriores.

Entre los efectos personales, sabido es que se encuentran todas las relaciones jurídicas entre los cónyuges que (i) derivan del matrimonio y (ii) carecen de contenido económico.

Respecto de los mismos, siguiendo a CALVO Y CARRASCOSA<sup>7</sup> podemos decir que a fecha de hoy, en España, carecen prácticamente de contenido jurídico y su contenido es más bien moral, en tanto no existen acciones legales<sup>8</sup> para exigir su cumplimiento o sancionar su incumplimiento.

A la determinación de la Ley aplicable al matrimonio dedicaremos el siguiente apartado, para en uno ulterior tratar los aspectos relativos a la modificación del régimen económico matrimonial.

#### IV. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL MATRIMONIO EN LA NORMA DE CONFLICTO ESPAÑOLA<sup>9</sup>

##### 1. Caracteres de la norma contenida en el 9.2 CC

Los caracteres de la norma de conflicto contenida en el artículo 9.2 CC son:

1. Unidad de la Ley aplicable a todos los efectos del matrimonio: todas las relaciones –económicas y personales– surgidas del matrimonio se ventilan por una única norma; y esto es tan así, que no solo se regulan por esta ley los aspectos patrimoniales y personales del matrimonio propiamente dicho, sino incluso los derechos sucesorios del cónyuge viudo, en virtud del último inciso del artículo 9.8 CC, especialmente desde la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de abril de 2014<sup>10</sup>, que ratifica la

<sup>7</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, Vol. II, p. 150.

<sup>8</sup> Quizás el supuesto más claro era el deber de fidelidad que sigue recogido en el artículo 68 CC pero que una vez descausalizado el divorcio de manera total y desaparecido el *cónyuge culpable*, es más una declaración de intenciones que una obligación jurídica propiamente dicha. Los autores citados consideran que cabría una acción *ex* artículo 1.902 CC en los supuestos que el incumplimiento suponga una lesión a la integridad moral del cónyuge, pero en mi opinión sería una acción, cuando menos, compleja.

<sup>9</sup> La estructura básica de la exposición es la contenida en la obra de CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. por ser especialmente clara y ordenada, y a la misma se irán incorporando cuestiones tratadas por otros autores junto con aportaciones personales.

<sup>10</sup> Sobre la misma, ver IRIARTE ÁNGEL, F.B.: *La unidad de la sucesión después de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014; efectos en los conflictos internos*, www.forulege.com 13 de octubre de 2014.

aplicabilidad literal de la Ley, como no podía ser de otra manera, en mi opinión, atendido el artículo 3.1 CC.

Esta única ley regulará tanto el régimen económico matrimonial –incluida su disolución y liquidación– como el llamado régimen matrimonial primario, es decir, el tratamiento de las cargas del matrimonio o responsabilidad frente a terceros...

Por el contrario, quedan excluidos algunos extremos, como el nombre de la mujer casada<sup>11</sup>, filiación y relaciones paterno-filiales, donaciones entre cónyuges, limitaciones a la capacidad de obrar de uno de los cónyuges derivadas del matrimonio<sup>12</sup>...

2. Establece un sistema de puntos de conexión en cascada, partiendo del punto de conexión ley nacional común, en línea con el criterio general del artículo 9.1 CC derivado de la recepción en España de las teorías de MANZINI, y que está generando problemas ahora que hemos pasado de ser un país de emigración a uno de inmigración.

Los diferentes puntos son, a partir de ese momento, más fácticos que jurídicos, para concluir en el lugar de celebración del matrimonio, punto de conexión de cierre fácilmente determinable en tanto en muchos de los sistemas legales el matrimonio es un negocio jurídico solemne y, por tanto, localizable, al menos hasta que se celebren las bodas por internet.

3. El sistema cumple plenamente los criterios constitucionales al resultar irrelevante el género de los contrayentes para la determinación de la ley aplicable; de este modo, no incurre en las viejas controversias sobre la constitucionalidad.

4. Evita el conflicto móvil en tanto el régimen queda *congelado* –o *petrificado* para otros autores– en el tiempo en razón del momento de celebración del matrimonio. Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de abril de 2007<sup>13</sup>, aplicó el Derecho alemán en un divorcio. Y aplicó este ordenamiento pese a que en el momento de producirse, las partes carecían de relación alguna con Alemania.

<sup>11</sup> Para la cuestión ver el Convenio de Múnich, de 5 de septiembre de 1980.

<sup>12</sup> Limitaciones que IRIARTE ÁNGEL, J.L. considera de difícil aplicación; así en los «Comentarios a los artículos 9.2 y 9.3» en la obra colectiva *Comentarios del Código Civil*. Barcelona, 2006, Tomo I, p. 137 dice: «*Es altamente improbable que las mismas puedan operar, puesto que sería contraria al orden público (v. Com. art. 12.3) cualquier limitación a la capacidad opuesta a las igualdad entre los cónyuges, además también incide a la doctrina del interés nacional...*».

<sup>13</sup> ECLI: ES: APB: 2007:5007.



Sin embargo, esta rigidez ha sido objeto de críticas doctrinales, en tanto puede dar lugar, como en la sentencia citada, a situaciones en cierto modo absurdas. En su defensa, algunos autores como FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO<sup>14</sup>, consideran que la fijación inicial de la ley aplicable al matrimonio, y que ésta quede *congelada*, aporta singular seguridad jurídica a la cuestión, al haber optado el legislador por «la estabilidad del régimen frente a la proximidad»; argumento desdeñable nada a mi juicio, ya que la seguridad jurídica favorece el cada vez más complejo tráfico económico.

## 2. Estudio de los diferentes puntos de conexión

A continuación abordaremos los diferentes puntos de conexión, que, como hemos dicho, son excluyentes y están jerarquizados entre sí.

a) Nacionalidad común de los cónyuges en el momento de celebración del matrimonio.

Como decíamos antes, siguiendo el criterio rector de la nacionalidad como norma de conflicto aplicable al estatuto personal, la nacionalidad común de los cónyuges supone que esa será la ley aplicable al matrimonio, y que, en consecuencia, determinará su régimen económico. En este sentido, debemos tener en cuenta que debe ser la nacionalidad común antes de contraer matrimonio<sup>15</sup>, de suerte que no será de aplicación este requisito si la adquisición de la nacionalidad de uno de los cónyuges por el otro deriva del propio matrimonio.

Esta regla, además, nos plantea, como dice RODRÍGUEZ PINEAU<sup>16</sup> la necesidad de completar la norma en dos aspectos:

(i) En primer lugar, en los casos en que uno o ambos cónyuges ostentan dos nacionalidades, o son apátridas, deberemos acudir a los apartados 9 y 10 del artículo 9 CC:

*«9. A los efectos de este capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida.»*

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*. 7ª edición. Madrid, 2013, p. 446.

<sup>15</sup> Así se desprende de las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 6 de abril de 1989 y de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 5 de marzo de 1997, citadas por IRIARTE ÁNGEL, J.L.: «Comentario...», p. 140.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *Régimen económico matrimonial: aspectos internacionales*, Granada, 2002, p. 30.

*Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuera la española se estará a lo que establece el apartado siguiente.*

*10. Se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual».*

Una vez aplicadas estas reglas sabremos si los contrayentes disponen de una Ley nacional común o no.

(ii) El otro supuesto es el relativo a los sistemas plurilegislativos, resultando de aplicación el artículo 12.5 CC:

*«5. Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado».*

Regla que nos será de utilidad en tanto el sistema al que se nos remite tenga normas para resolver el problema.

Adicionalmente, se nos plantea el espinoso tema del reenvío, de especial relevancia en asuntos sucesorios, pero que aquí también puede tener efectos<sup>17</sup>; así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 30 de marzo de 2009<sup>18</sup>, lo admitió, al declarar: *«En consecuencia, la controversia en el aspecto sustantivo ha de regirse por la ley española en virtud del reenvío de retorno que la norma de conflicto argentina establece, habiéndose aportado por la demandante certificación del cónsul de la República Argentina, acreditativa de la normativa aplicable al régimen del matrimonio, incluido el precitado artículo 164 . Por lo que son aplicables los artículos 81.2 y 86 del código civil español...».*

Como decíamos, este punto de conexión –al igual que los restantes– ha sido objeto de críticas doctrinales en tanto es inamovible y no puede ser modificado por las partes, lo que produce graves problemas cuando esa ley no es la más estrechamente vinculada con el concreto matrimonio; imaginemos el supuesto de dos venezolanos que han emigrado a España y aquí están sus descendientes, su patrimonio e incluso su nacionalidad en el momento de disolución del

<sup>17</sup> El reenvío es tratado en IRIARTE ÁNGEL, J.L., *Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones*, Revista General de Derecho, núm. 537. 1989 e IRIARTE ÁNGEL, J.L., «Reenvío y sucesiones en la práctica española», en la obra colectiva *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*. Madrid 2009. Aunque el tratamiento es desde una perspectiva sucesoria, sus conclusiones pueden aplicarse igualmente al derecho de familia.

<sup>18</sup> ECLI: ES: APA: 2009:970.

matrimonio; ¿tiene sentido que sea de aplicación la ley venezolana? Puede que en este supuesto, la eliminación del conflicto móvil no suponga sino problemas en el momento de liquidar el régimen económico matrimonial. A mayor abundamiento se añaden, los problemas logísticos y económicos derivados de la necesidad de probar el Derecho extranjero.

b) A falta de nacionalidad común, se da entrada a la autonomía de la voluntad limitada de los cónyuges.

Esta autonomía de la voluntad es limitada<sup>19</sup>, ya que únicamente pueden optar los cónyuges entre la ley nacional o la ley de la residencia habitual de cualquiera de ellos en el momento de contraer matrimonio; y además deben optar ambos cónyuges.

Esta opción debe ejercitarse en documento auténtico y antes de la celebración del matrimonio; a estos efectos es documento auténtico el otorgado ante funcionario público, español o extranjero, en este caso con sometimiento a las prescripciones del artículo 11 CC.

En cuanto al momento temporal, el Código solo dice *antes*, con lo que algunos autores como CALVO y CARRASCOSA<sup>20</sup> sostienen que la elección puede hacerse en cualquier momento previo, incluso mucho antes. En este sentido, un criterio de prudencia nos conduce a matizar esta afirmación a tenor de lo establecido en el artículo 1.334 CC:

*«Todo lo que se estipule en capitulaciones matrimoniales bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año.»*

A la vista de este precepto, y en tanto la ley elegida sea la española, nos podemos encontrar con que un Tribunal considerase que el sometimiento realizado más de un año antes de celebrarse el matrimonio devenga ineficaz.

c) Residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior al matrimonio, que regirá en defecto de nacionalidad común y elección de los contrayentes.

Y este punto de conexión nos plantea en primer lugar el problema de qué es la residencia habitual común. En este punto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 6 de noviembre de 2013<sup>21</sup>, con-

<sup>19</sup> «Estrechos márgenes (temporales y materiales) que la norma permite» dice RODRÍGUEZ PINEAU, *op. cit.* p. 31.

<sup>20</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, Vol. II, p. 160.

<sup>21</sup> ECLI: ES: APO: 2013:2344.

sideró que el criterio parte de una residencia continuada: *«Ambos litigantes son, por otra parte, ciudadanos británicos en la actualidad, aunque Doña Milagros era venezolana al tiempo del matrimonio, vivían en Inglaterra cuando lo contrajeron, lo que hicieron en dicho país donde continuaron viviendo varios años antes de trasladarse a residir en España. Es obvio, en consecuencia, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.2 del Código Civil los efectos del matrimonio se regirán por la Ley inglesa (a falta de ley personal común al tiempo del matrimonio, ha de acudir a la residencia habitual común posterior y al lugar de celebración) pues se dan tales criterios subsidiarios, previstos en dicho precepto para entender de aplicación esa normativa».*

Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de junio de 2013<sup>22</sup>, advierte: *«No son hechos controvertidos que los litigantes, español él, dominicana ella, contrajeron matrimonio en la República Dominicana el 25 de febrero de 2006 y continuaron viviendo allí (ya convivían desde 2001); a mediados de 2009 fijaron su residencia en Tordera. La demanda fue interpuesta el 22 de octubre de 2010».*

Para más adelante concluir *«Pese a que no es materia discutida ni apelada, debe señalarse que la norma de conflicto para determinar el régimen económico matrimonial es el artículo 9.3 CC, que en este aspecto sí se refiere al momento del matrimonio o residencia habitual inmediata o lugar de celebración, que es la República Dominicana, de manera que el régimen no es el de gananciales español (como afirma la sentencia, pero no declara en su fallo, donde meramente dispone la liquidación y su cauce procesal) sino el régimen de comunidad de bienes muebles y gananciales, llamado también de «comunidad legal» de la República Dominicana».*

Es decir, esencialmente es un problema fáctico relacionado con la presencia física y un ánimo de permanecer en el lugar de forma estable, de modo que nunca sería residencia habitual, por ejemplo, el lugar de celebración del viaje de novios, pese a la amplia duración que este pudiese tener<sup>23</sup>.

Debe tenerse en cuenta que la ley se refiere a la residencia común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, de forma que si esta no existe con carácter inmediato –los cónyuges viven en

<sup>22</sup> ECLI: ES: APB: 2013:6676.

<sup>23</sup> Aunque suene a broma hoy, en el pasado era común entre gente adinerada la realización de viajes de novios de un año de duración o incluso más, de forma que parejas iberoamericanas pasaban ese tiempo en muchos casos en España; en mi opinión eso no serviría como residencia común posterior al matrimonio por su propio carácter provisional.

países distintos un tiempo— la posterior residencia habitual común será irrelevante, debiendo pasarse al siguiente punto de conexión. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 28 de febrero de 2003<sup>24</sup>, asevera teniendo en cuenta «*la diferente nacionalidad de los contrayentes del matrimonio de 2-1-1996, su lugar de celebración, y la diferente residencia de los esposos tras el mismo determina la sujeción de la sociedad conyugal al régimen establecido en la legislación cubana (art. 9.2 CC)*». En el caso de autos inmediatamente después de casarse el marido regresó a España, permaneciendo la esposa en Cuba durante unos meses antes de fijar su residencia aquí.

d) Finalmente, y en defecto de todas las anteriores, el matrimonio se regirá por la ley del lugar de su celebración.

Como decíamos, la principal ventaja del punto de conexión final es su fácil determinación —lo que redundará en la seguridad jurídica—, y su principal desventaja es que puede anular los efectos legales del matrimonio a un país con nula vinculación efectiva con el mismo; pensemos en los matrimonios celebrados en Las Vegas<sup>25</sup>.

## V. LA LEY APLICABLE A LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

### 1. Planteamiento de la cuestión

La práctica totalidad de los sistemas legales establecen un sistema de régimen económico matrimonial que regula las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, y de estos con terceros en algunos supuestos, siendo este para parte de la doctrina el efecto más relevante del matrimonio. Como excepción el Derecho inglés desconoce el concepto de régimen económico matrimonial, en tanto que el matrimonio carece de efectos patrimoniales para los cónyuges, lo que hace que, de hecho, su situación sea muy parecida a la de la separación de bienes.

Estos regímenes económicos pertenecen a cuatro sistemas: (i) de comunidad universal, como por ejemplo el vigente en ciertas zonas del País Vasco con carácter supletorio, (ii) de separación de bienes, supletorio en Cataluña y Baleares, (iii) de sociedad de gananciales,

<sup>24</sup> ECLI: ES: APZ: 2003:497.

<sup>25</sup> Que nos remite a un sistema plurilegislativo, como el norteamericano, que, para complicar un poco más el tema, carece de normas federales de conflicto, de forma que la solución literal del artículo 12.5 CC no nos sirve, debiendo acudir a otros criterios, como el de proximidad, en línea con la normativa alemana.

histórico del Derecho común español, y (iv) de participación en las ganancias, que es hoy el aplicable a falta de pacto en Alemania.

Como veíamos, el sistema legal español establece diversos sistemas dependiendo de la sujeción del matrimonio al derecho común o a alguno de los forales, siendo principios generales en todos ellos:

(i) Libertad de pacto para los contrayentes: todos los sistemas reconocen que el régimen será el que libremente se pacte, estableciendo a continuación un régimen supletorio para los supuestos de falta de elección; así por ejemplo los artículos 1.315 y 1.316 CC.

(ii) Mutabilidad: los cónyuges pueden cambiar el régimen siempre que quieran y se respete los derechos adquiridos de terceros (art. 1.317 CC).

Esta mutabilidad en el Derecho interno, unida a la complejidad propia del elemento internacional, es lo que justifica para RODRÍGUEZ PINEAU<sup>26</sup> la existencia del artículo 9.3. En mi opinión, es razonable su posición, en tanto que no deja de ser sorprendente que la Ley aplicable al matrimonio quede congelada, pero no así todo lo relativo a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, en las que juega un papel destacado la autonomía de la voluntad, antes<sup>27</sup> y después de la celebración del matrimonio.

En el presente apartado trataremos sobre el artículo 9.3 CC, esto es, sobre las capitulaciones matrimoniales, y su validez en los supuestos de conflicto de leyes.

## 2. La norma de conflicto del artículo 9.3 CC

El artículo 9.3 CC regula –tal y como hemos visto más arriba– la norma de conflicto en materia de pactos y capitulaciones matrimoniales, complementando la regla general del 9.2 CC, determinante de la Ley que regula el matrimonio. En cuanto a su alcance, la Audiencia Provincial de Baleares (sentencia de 9 de junio de 2006<sup>28</sup>), determina que este artículo cubre tanto las capitulaciones matrimoniales *stricto sensu* como cualquier otro documento con análoga intención: «*se considera que dicha escritura notarial contiene es, básicamente, unas capitulaciones matrimoniales, mediante cambio del régimen legal de*

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *op. cit.*, p. 35.

<sup>27</sup> Pensemos en la pareja con nacionalidad común pero distinta residencia habitual antes de la celebración del matrimonio; no podrán pactar la Ley que rijan el matrimonio ex. 9.2 CC, pero sí el régimen económico ex. 9.3 CC.

<sup>28</sup> ECLI: ES: APIB: 2006:1571.

*participación en ganancias o gananciales al de separación de bienes» en referencia a un acuerdo elevado a público en el que se cambiaba el régimen económico matrimonial de la pareja.*

Por el contrario, según CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, deben excluirse de esta norma los pactos entre cónyuges (i) sin relación con la economía matrimonial y (ii) que sirvan para fijar el lugar de residencia habitual posterior a la celebración del matrimonio, así como las escrituras confirmatorias del régimen económico matrimonial fijado por la Ley.

En cuanto a sus efectos, en palabras de la Dirección General de los Registros y del Notariado (23 de noviembre de 2006<sup>29</sup>, en adelante DGRN), nos encontramos ante un supuesto de *favor validatis*, ya que únicamente será inválido el acto que no sea eficaz formalmente en alguno de los cuatro –o cinco– ordenamientos:

*«En nuestro Ordenamiento jurídico, el artículo 11 del Código civil favorece la validez formal de las capitulaciones matrimoniales adoptando un sistema de puntos de conexión alternativos, de manera que la falta de reconocimiento de validez formal del acto o negocio jurídico no se dará sino cuando dicha validez sea rechazada conjuntamente por todos las leyes llamadas por los citados puntos de conexión alternativos, esto es, la ley del lugar en que se otorguen, la ley aplicable al contenido, la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Basta que una sola de estas leyes admita la validez formal del acto o contrato para que tal validez sea reconocida a los efectos de nuestro Ordenamiento jurídico.»*

### 3. Estudio de los diferentes puntos de conexión

El artículo 9.3 CC, con el objeto de favorecer la validez de los acuerdos entre las partes, establece unos puntos de conexión alternativos; así serán válidos si se otorgan –es decir, hace falta una actuación expresa, y como veremos, formal– conforme a:

- (i) La ley que regula los efectos del matrimonio conforme al artículo 9.2 CC, lo que en opinión de autores como RODRÍGUEZ PINEAU<sup>30</sup> es redundante respecto al citado apartado.
- (ii) La ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges en el momento del otorgamiento, lo que supone una autonomía de la voluntad limitada para las partes, en tanto no podrán elegir cualquier Ley, pero en deter-

<sup>29</sup> JUR 2008,112558.

<sup>30</sup> RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *op. cit.*, p. 39 y ss.

minados supuestos extremos podrán elegir hasta entre cuatro –o cinco si la determinada por el 9.2 no coincide con alguna de las anteriores–; por el contrario, no podrán elegir una diversa a estas<sup>31</sup>.

Especialmente significativa es la mención de la residencia habitual, lo que supone una mayor proximidad, en tanto puede alterarse ésta con más facilidad que la nacionalidad.

Y esta remisión a la Ley extranjera nos plantea, de nuevo, la cuestión de la norma de conflicto de la Ley elegida y el eventual reenvío de retorno a la española, sobre la que no cabe sino reiterar lo dicho más arriba.

Siguiendo a CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>32</sup> podemos decir que la Ley elegida regulará los siguientes aspectos:

- (i) La elaboración de los pactos y capitulaciones matrimoniales válidos, incluyendo «a) *La posibilidad de estipular, modificar, o sustituir válidamente los pactos y capitulaciones matrimoniales; b) El “contenido obligatorio” o régimen imperativo de tales pactos y/o capitulaciones; c) Los acuerdos que los cónyuges pueden alcanzar, es decir, el ámbito de la autonomía material de los cónyuges reconocido por la ley; d) La interpretación de estos acuerdos...».*
- (ii) La interpretación de los pactos o capitulaciones matrimoniales.
- (iii) La liquidación del régimen económico matrimonial.

La generalidad de la doctrina, considera que debe elegirse cualquiera de las leyes, pero la totalidad de las cláusulas pactadas han de ser legales conforme a la misma. Así FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO<sup>33</sup> dicen «*no parece de recibo que la validez de los distintos pactos contenidos en las capitulaciones puedan fragmentarse u observarse conforme a leyes distintas dentro del artículo 9.3.º Una sola ley debe ser retenida para determinar la validez global por más que la sucesión en el tiempo de pactos o capitulaciones pueda conducir, indirectamente, a dicha fragmentación*»; en idéntico sentido se expresa IRIARTE ÁNGEL<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Eso se concluye de la Resolución de la DGRN, de 23 de noviembre de 2006, antes citada.

<sup>32</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, Vol. II, pp. 169 y siguientes.

<sup>33</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *op. cit.*, p. 447.

<sup>34</sup> IRIARTE ÁNGEL, J.L.: «Comentario...», p. 142.



#### 4. Capacidad

La capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales se determina de conformidad con la ley nacional del otorgante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.1 CC. Esto supone que las reglas podrán ser diversas, si diversas son las nacionalidades, debiendo, en todo caso, tenerse en cuenta el orden público si alguna de las normativas aplicables tiene condiciones extravagantes a nuestro sistema legal, como, por ejemplo, limitaciones a la capacidad de las mujeres.

#### 5. La ley aplicable a la forma de las capitulaciones. Publicidad

La RDGRN, de 10 de enero de 1973<sup>35</sup>, remite al artículo 11 CC para determinar el régimen formal de las capitulaciones matrimoniales, y que tiene la siguiente redacción:

*«1. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que estos radiquen.*

*Si tales actos fueren otorgados a bordo de buques o aeronaves durante su navegación, se entenderán celebrados en el país de su abanderamiento, matrícula o registro. Los navíos y las aeronaves militares se consideran como parte del territorio del Estado a que pertenezcan.*

*2. 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 aquellos en el extranjero.*

*3. Será de aplicación la ley española a los contratos, testamentos y demás actos jurídicos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero.»*

Es decir, habrá de acudir a la ley reguladora para determinar si resulta necesaria alguna forma *ad solemnitatem*, como ocurriría si las capitulaciones están regidas por el derecho español según el artículo 1.327 CC y concordantes forales, y la citada forma cumplirse de acuerdo con alguna de las leyes habilitadas –con carácter alternativo– por el artículo 11:

<sup>35</sup> Sobre esta resolución existe un interesante estudio de la época en PECOURT GARCÍA, E.: *Jurisprudencia española de Derecho internacional privado (1973)*.

- (i) La ley del país en que se otorguen.
- (ii) La ley aplicable a su contenido.
- (iii) La Ley común de los otorgantes.
- (iv) La ley del lugar de radicación de los inmuebles.

En relación con este precepto y la interacción de las diferentes normas llamadas a resolver el conflicto, la RDGRN, de 25 de septiembre de 2007<sup>36</sup>, establece:

*«En nuestro Ordenamiento jurídico, el artículo 11 del Código Civil favorece la validez formal de las capitulaciones matrimoniales adoptando un sistema de puntos de conexión alternativos, de manera que la falta de reconocimiento de validez formal del acto o negocio jurídico no se dará sino cuando dicha validez sea rechazada conjuntamente por todas las Leyes llamadas por los citados puntos de conexión alternativos, esto es, la Ley del lugar en que se otorguen, la Ley aplicable al contenido, la Ley personal del disponerte o la común de los otorgantes. Basta que una sola de estas Leyes admita la validez formal del acto o contrato para que tal validez sea reconocida a los efectos de nuestro Ordenamiento jurídico.*

*No obstante, cuando la Ley aplicable al fondo de las capitulaciones, determinada con arreglo a lo dispuesto por el artículo 9 n.º 3 del Código Civil, exige una forma jurídica ad solemnitatem, como sucede con el Derecho español que exige para tales pactos capitulares escritura pública bajo sanción de nulidad (cfr. arts. 1327 y 1280 n.º3 del Código Civil), tal forma ha de ser observada por exigencias del párrafo segundo del artículo 11 del Código, de manera que en tales casos la llamada lex causae impone una unidad de régimen entre el fondo y la forma, como ha destacado nuestra más autorizada doctrina internacionalista (vid. también Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1977)...*

(...)

*La doctrina más autorizada apunta como guía de solución el criterio favor validitatis que impregna el artículo 11 del Código Civil en materia de forma de los actos y contratos, lo que inclinaría a acoger como principio de elucidación del tema el de entender que la Ley rectora del fondo de las capitulaciones ha de ser la menos exigente en cuanto a las formalidades extrínsecas de las capitulaciones, en este caso la menos formalista entre la Ley española y la italiana...»*

Es decir, que bastará cumplir las formalidades exigidas por la menos formalista de las leyes llamadas por el 9.3 CC, para que las capitulaciones sean válidas.

<sup>36</sup> JUR 2007,315032.

Finalmente, en lo referente a la publicidad de las capitulaciones, autores como FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO<sup>37</sup> consideran que «*Las reglas existentes sobre validez sustancial y formal de las capitulaciones no sólo no son adecuadas para determinar dicha cuestión por su carácter plural, sino que su aplicación implicaría una confusión entre la validez y eficacia entre los cónyuges, que es su objeto, y su eficacia frente a terceros u oponibilidad.*»

Ello implica que es la ley reguladora del fondo de las capitulaciones la que determinará si es obligatoria o no la inscripción en un Registro público, y la ley del Estado del que depende el Registro, determinará la normativa registral. Por tanto, unas capitulaciones que afecten a un inmueble sito en España, deberán inscribirse en el Registro de la propiedad competente para que sean eficaces frente a terceros, sin perjuicio de la Ley que regule aquellas.

## VI. CONCLUSIONES

Las conclusiones que podemos extraer de lo tratado anteriormente son las siguientes:

- (i) El fuero judicial español será competente para conocer cuestiones relativas a la Ley aplicable al matrimonio en multitud de supuestos dado que existen hasta cinco foros de atribución de competencias.
- (ii) En materia de norma de conflicto la autonomía de la voluntad es limitada, en tanto desaparece en los casos de nacionalidad común y no es omnicomprendensiva a falta de esta.
- (iii) El CC determina cuatro puntos de conexión jerarquizados y excluyentes entre ellos, siendo el último el lugar de celebración del matrimonio, fácil de determinar pero que puede carecer de vinculación efectiva con el matrimonio.
- (iv) Por el contrario, la capacidad de modificar el régimen económico matrimonial mediante el otorgamiento de capitulaciones es mayor; en tanto la nacionalidad común no excluye la posibilidad de acogerse a la ley de la residencia habitual de alguno de los contrayentes; adicionalmente, la norma no excluye el conflicto móvil, al permitir su modificación después de celebrado el matrimonio.

---

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *op. cit.*, p. 448.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., *La ley aplicable al divorcio en el Derecho internacional privado español*, disponible en internet: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344069511?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content>
- ANDERSON, M., «El régimen económico matrimonial» en la obra colectiva *Derecho de familia*. Barcelona, 2011, pp. 179-216.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*. 2 Volúmenes. Granada 2014, 15.<sup>a</sup> Edición Vol. II, pp. 147 a 183.
- CASADO ABARQUERO, M., IRIARTE ÁNGEL, J. L. y MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., *Derecho internacional privado*. Cizur Menor, 2014, 1.191 pp.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*. Madrid, 2013, 7.<sup>a</sup> ed., pp. 446-452.
- IRIARTE ÁNGEL, F. B., *La unidad de la sucesión después de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014; efectos en los conflictos internos*, [www.forulege.com](http://www.forulege.com) 13 de octubre de 2014.
- IRIARTE ÁNGEL, J. L., «Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones», *Revista General de Derecho*, núm. 537, 989.
- «Comentario a los artículos 9.2 y 9.3» en la obra colectiva *Comentarios del Código Civil*. Bosch. Barcelona, 2006, Tomo I, pp. 136-143.
- «Conflictos internos de leyes en materia de regímenes económicos matrimoniales», en la obra colectiva *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho común, foral y especial*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008. Tomo I pp. 565-600.
- «Reenvío y sucesiones en la práctica española», en la obra colectiva *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de familia*. Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 136-245.
- MORETÓN SANZ, M<sup>a</sup> F., «Determinación de la ley personal del causante: notas sobre la recuperación de la vecindad civil por residencia y el alcance de la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de unidad familiar», *RCDI*, 719, pp. 1.282 y ss.

PARRA RODRÍGUEZ, C., «Derecho internacional privado: los matrimonios mixtos», en la obra colectiva *Derecho de familia*. Bosch. Barcelona, 2011, pp 217-236.

PECOURT GARCÍA, E., *Jurisprudencia española de Derecho internacional privado (1973)*: [http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/20095/1/ADI\\_II\\_1975\\_21.pdf](http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/20095/1/ADI_II_1975_21.pdf)

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

