

LAS CUESTIONES DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL PRIMARIO Y LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 2016/1103

THE QUESTIONS OF THE PRIMARY MATRIMONIAL REGIME AND THE APPLICATION OF REGULATION 2016/1103

ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA

Profesora ayudante doctora de Derecho internacional privado.

Universidad de Sevilla

ORCID ID: 0000-0003-2371-9168

Recibido: 11.12.2019 / Aceptado: 09.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5189>

Resumen: estudio sobre las cuestiones que se plantean entre los cónyuges, con distinta nacionalidad, domicilio o residencia, o cuando sus bienes se hallan en el extranjero (o los acreedores o deudores son extranjeros), respecto a sus derechos y deberes esenciales una vez contraído matrimonio, y con independencia del régimen pactado o legal, cuando se aplica el Reglamento 2016/1103 por los órganos jurisdiccionales o autoridades de los Estados participantes en la cooperación reforzada. Se presentan fundamentalmente problemas en relación con la ley aplicable, debido a que, conforme a este Reglamento europeo, el régimen matrimonial primario pudiera ubicarse dentro de las normas imperativas (considerando 18), que funcionan como límite *a priori* de las normas de conflicto. No obstante, nos preguntamos si no sería más adecuado considerar el contenido de las normas que regulan estos derechos y deberes esenciales del matrimonio, para que pueda operar el orden público como límite *a posteriori*.

Palabras clave: el matrimonio internacional, el régimen primario, las normas imperativas, el orden público.

Abstract: presentation of the questions that arise between married couple with different nationality, domicile or residence, or when their property is abroad (or the creditors or borrowers are foreigners), with respect to their essential rights and duties upon marriage, and regardless of the agreed or legal regime, when Regulation 2016/1103 is applied by the courts or authorities of the States participating in the enhanced cooperation. Problems mainly arise in relation to the applicable law, since, under this European Regulation, the primary matrimonial regime could fall within the imperatives rules (statement 18), which function as a priori limit on conflict rules. However, we wonder whether it would not be more appropriate to consider the content of the rules governing these essential rights and duties of marriage, so that public order can operate as a posteriori limit.

Keywords: the international marriage, the primary regime, the imperatives rules, the public order.

Sumario: 1. Introducción. 2. Calificaciones del régimen matrimonial primario. A) El régimen matrimonial primario en el ordenamiento interno español. B) El régimen matrimonial primario en los ordenamientos forales. C) El régimen matrimonial primario en los ordenamientos europeos. 3. La aplicación de las normas de conflicto del Derecho internacional privado español: la solución de la ley aplicable al régimen primario en los conflictos interregionales. 4. Normas aplicables al régimen matrimonial primario en el Reglamento 2016/1103. A) Cuestiones preliminares. a) La inclusión del régimen primario en el ámbito de aplicación del Reglamento. b) Los órganos jurisdiccionales y autoridades competentes para conocer del régimen matrimonial primario. B) El régimen matrimonial

primario protegido en el Reglamento por normas imperativas o por el orden público del foro. 5. Las diferencias de las leyes de policía con el orden público para salvaguardar el régimen matrimonial primario. 6. Conclusiones sobre las normas aplicables al régimen matrimonial primario.

1. Introducción

1. En este estudio sobre la regulación del régimen matrimonial primario en el Reglamento 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales¹, vamos a abordar diversas cuestiones². Pues, los efectos del matrimonio con elemento extranjero (cónyuges con distinta nacionalidad, domicilio o residencia habitual o bienes situados en distintos países, o estando todos estos elementos conectados con un solo país, los acreedores o deudores, los terceros, se encuentran en país o países distintos), presenta un problema de Derecho internacional privado: la calificación³. Dependiendo de los órganos jurisdiccionales o autoridades del Estado que conozcan del asunto, conforme a sus propios ordenamientos, van a interpretar qué se entiende por régimen matrimonial primario (así denominado por la doctrina civilista⁴) de manera diferente. Si bien, coinciden en que este régimen primario está integrado por aquellos derechos y deberes esenciales de los cónyuges celebrado el matrimonio, cualquiera que sea el régimen económico pactado

¹ DO L 183/1, 8 de julio de 2016. Dispone el artículo 70 que el presente Reglamento entró en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (el 8 de julio de 2016). Sin embargo, es aplicable, en los Estados miembros que participen en una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones relativas a los regímenes económicos de las parejas internacionales, tanto en materia de regímenes económicos matrimoniales como de efectos patrimoniales de las uniones registradas, autorizada por la Decisión (UE) 2016/954, a partir del 29 de enero de 2019. Con excepción de sus artículos 63 y 64, que fueron aplicables a partir del 29 de abril de 2018, y de sus artículos 65, 66 y 67, que fueron aplicables a partir del 29 de julio de 2016. Estos últimos artículos se refieren a la obligación de los Estados miembros, que han participado en la cooperación reforzada, de publicar en la Red Judicial Europea, y de informar a la Comisión, sobre la legislación material, procedimientos relativos a la materia y las autoridades competentes en cada Estado.

² En relación con el Reglamento (UE) 2016/1104, del Consejo, de 24 de junio por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DO L 183/2, 8 de julio de 2016), también podría entenderse que existe un régimen primario que las parejas registradas debieran respetar, no obstante excede de nuestro trabajo teniendo en cuenta la diversidad de modelos que existen. Así, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *La Ley Unión Europea*, nº 40, 30 de Septiembre de 2016, Año IV, Editorial LA LEY, p. 14, considera que el tratamiento diferencial suscitó las naturales reticencias hacia la unificación del sector, esencialmente por no gozar las parejas registradas de un reconocimiento homogéneo en Europa y recibir a su vez, donde ya se reconocen, una consideración jurídica diversa.

³ Es preciso diferenciar el problema de la interpretación de la cuestión de calificación. Esta cuestión consiste en subsumir una concreta situación privada internacional en el concepto jurídico empleado por la norma de conflicto. Surge el problema, cuando un mismo supuesto de la realidad puede ser subsumido en el supuesto de hecho de varias normas de conflicto. La calificación es decidir en qué concreta norma de conflicto será subsumida la concreta situación privada internacional. Las tesis modernas se alejan de la calificación conforme a la *lex fori* o la *lex causae* (siguiendo las doctrinas de E. RABEL, “Das problema der Qualifikation”, *Rabelsz*, núm. 241, 1930, L. MERIGGI, “Les qualifications en droit international privé”, *Revista Crítica de Derecho Internacional Privado*, 1933 y F. CASTRO y BRAVO, “La cuestión de las calificaciones”, *Revista de Derecho Privado*, 1933), y defienden una calificación autónoma. Esta tesis parte de considerar el Derecho internacional privado como un derecho independiente del Derecho civil de cada Estado, y como tal, utiliza en el supuesto de hecho de sus normas de conflicto conceptos “autónomos” o “propios” de Derecho internacional privado que pueden tener significados diferentes a los del Derecho civil. Una vez empleado el concepto de Derecho internacional privado hay que decidir si la situación privada internacional encaja con ese concepto propio del supuesto de hecho de la norma de conflicto. A.L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 414-416.

⁴ J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, IV. *Familia*, 4ª ed., Madrid, Dykinson, 2010, pp.123-129; la doctrina más reciente que continúa P. BLASCO GASCÓ, *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 111. Sin embargo, para L. DIEZ-PICAZO, y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia*, IV, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 2018, p.132, parece más correcto el término de “disposiciones generales”, tal y como se regula en el Código civil. *Vid.* monografías sobre este régimen en M. J. MONFORT FERRERO, *La responsabilidad de los cónyuges ante las necesidades ordinarias de la familia*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2004; y F. J. PEREDA GÓMEZ, *Las cargas familiares*, Madrid, La Ley, 2007.

por los cónyuges o el supletorio legal, su regulación puede ser distinta, así como su carácter esencial o no, sustraído a la voluntad de las partes o no.

2. En primer lugar, por tanto, la cuestión de calificación: es decir, qué se entiende como régimen matrimonial primario en los distintos ordenamientos jurídicos, y si está contemplado en los mismos, y cómo se regula en el ordenamiento jurídico español interno (en el Derecho común y en los Derechos forales)⁵. Y si existe una calificación autónoma en el Reglamento 2016/1104.

3. Una vez constatada la existencia de este régimen en distintos ordenamientos, ¿qué regulación se aplica cuando se plantea ante los tribunales o autoridades una situación relativa al régimen económico matrimonial primario con elemento extranjero? Es decir, cuando en un matrimonio en que los cónyuges tienen distinta nacionalidad, domicilio, residencia habitual o sus bienes están ubicados en distintos países⁶, se presenta un litigio relativo al régimen primario, qué instrumento jurídico aplicamos para conocer los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes y determinar la ley aplicable; y si existe una decisión de órgano jurisdiccional o autoridad extranjera sobre esta materia qué mecanismos debemos emplear para su reconocimiento y/o ejecución en otro país. Cuestiones de Derecho internacional privado que, por primera vez, aparecen reguladas en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia en esta materia civil, en el Reglamento 2016/1103.

4. Así, pese a las dudas que planteaba la Propuesta de Reglamento del Consejo relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (COM (2011) 126 final)⁷, en el Reglamento 2016/1103, el considerando 18, parece referirse a este régimen matrimonial primario, aunque no expresamente⁸: “El ámbito de aplicación del presente Reglamento debe incluir todos los aspectos de Derecho civil de los regímenes económicos matrimoniales, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial como con la liquidación del régimen, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de los cónyuges. A efectos del presente Reglamento, el término “régimen

⁵ P. DIAGO DIAGO, “La protección de la vivienda familiar: un análisis de Derecho interregional”, *Actualidad civil*, nº 4, 1999, pp. 1343-1363, ya constata en su análisis, p. 1343: “el carácter híbrido o bifronte de dicho régimen, a medio camino entre lo personal y lo patrimonial, ha dado lugar a un complicado debate doctrinal sobre la determinación de la ley aplicable”.

⁶ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Artículo 1. Ámbito de aplicación”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea, Comentarios a los Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 28, para este autor, al verificar la repercusión transfronteriza de los efectos patrimoniales del matrimonio (así como de las uniones registradas) deben considerarse dos circunstancias: por una parte que los propios elementos del matrimonio fueran de naturaleza transfronteriza, en cuyo caso las consecuencias patrimoniales también lo serán; por otra parte, que hallándose todos los elementos del matrimonio vinculados con un ordenamiento estatal, fueran sus efectos patrimoniales los que tuvieran repercusión transfronteriza (existencia de acreedores y deudores de los cónyuges de distinta nacionalidad o residencia habitual que aquellos).

⁷ Vid. H. MOTA, “El ámbito de aplicación material y la ley aplicable en la propuesta de reglamento “Roma IV”: algunos problemas y omisiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2, 2013, pp. 428-447.

Estudios sobre el ámbito de aplicación en el Proyecto del Reglamento, vid. A. RODRÍGUEZ BENOT, “La armonización del régimen económico matrimonial en la Unión Europea: la propuesta de Reglamento marzo 2011”, *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 566-580; P. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, “El Proyecto de Reglamento Europeo sobre regímenes matrimoniales”, *Academia Matritense del Notariado*, tomo LIV, 2013, pp. 77-150.

⁸ El Proyecto no era tan claro, así J. M., FONTANELLAS MORELL, “Una primera lectura de las propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económicos matrimoniales y de los efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en C. PARRA RODRÍGUEZ (dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán. Las perspectivas de futuro*, Barcelona, 2013, (pp. 257-290), en pp. 261 y 262, “menos evidente es la suerte del denominado “régimen matrimonial primario” habida cuenta del silencio que el proyecto guarda acerca de él podría interpretarse como un designio de no comprenderlo en el ámbito de aplicación, lo que se explicaría por la índole general y obligatoria de las normas que la integran, que a diferencia de lo que acontece en el régimen secundario (el régimen económico matrimonial propiamente dicho) imposibilita el juego de la autonomía de la voluntad”. No obstante, como sostiene, A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 1, 2019, p. 28, nota a pie 77, aunque los Reglamentos no hacen referencia expresa al régimen primario, su invocación fue una constante por las delegaciones belga, francesa o luxemburguesa durante la discusión de las propuestas de la Comisión en el Comité de Derecho civil del Consejo.

económico matrimonial” debe interpretarse de forma autónoma y ha de abarcar no solo las normas imperativas para los cónyuges, sino también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable. Incluye no solo las capitulaciones matrimoniales específica y exclusivamente previstas para el matrimonio por determinados ordenamientos jurídicos nacionales, sino también toda relación patrimonial, entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución”. De esta definición autónoma del Reglamento podríamos extraer, y someter a sus normas de Derecho internacional privado, las cuestiones relativas al régimen matrimonial primario.

5. Ahora bien, antes de conocer la posible aplicación de las disposiciones de este Reglamento europeo, es necesario determinar qué es el régimen matrimonial primario y como está contemplado, si lo está, en distintos ordenamientos jurídicos, como ya se constata en relación con el ordenamiento interno común y foral⁹.

2. Calificaciones del régimen matrimonial primario

6. El llamado régimen primario significa, para la mayoría de la doctrina¹⁰, como apuntamos, las relaciones pecuniarias esenciales entre cónyuges, distinto del régimen económico matrimonial o régimen secundario (el régimen económico matrimonial que eligen los cónyuges o el supletorio legal). El régimen primario lo conforman el conjunto de derechos y deberes básicos a los que los cónyuges no pueden sustraerse: las materias que la integran obligan a los miembros de la pareja de manera vinculante. Son materias que se refieren a valores esenciales de un ordenamiento jurídico (la protección a la familia, por ejemplo), defendido directamente por estas normas que conforman el régimen primario. De

⁹ P. DIAGO DIAGO, ob. cit., p. 1345, se refiere a este régimen y de los problemas que genera cuando se tenga que aplicar una ley extranjera, e incluso problemas de Derecho interregional: “La Ley de 13 de mayo de 1981 que modificó el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, introdujo una importante novedad, la inclusión de unas Disposiciones Generales que constituyeron lo que la doctrina denominó régimen matrimonial primario... Se trata, en principio, de normas imperativas y, por tanto, aplicables a todos los matrimonios. Esta afirmación requiere una matización inmediata. No todas las normas que integran el régimen primario son imperativas, empezando por la primera de ellas, artículo 1315 cuyo objetivo es ofrecer a los cónyuges la posibilidad de estipular capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, sí que se desprende un carácter tuitivo de este régimen, en la medida en que contiene normas básicas de la convivencia conyugal, aplicables a todo régimen matrimonial. Añade la autora que, “junto a la regulación del Código Civil, están las regulaciones propias de los Derechos civiles autonómicos, que deberían ser receptoras de las normas del sistema primario. Sólo si estas normas son de general aplicación en España, puede justificarse que existen unos principios fundamentales, necesariamente uniformes, que informan el orden público o que exigen la aplicación en su caso, del Derecho español. También se plantearían problemas en el caso de aplicación de esa normativa autonómica al régimen primario, en supuestos de Derecho Interregional. ¿Debería de poder ser aplicada, cuando una normativa similar extranjera en el ámbito internacional privatista, es excluida o produce el efecto de la exclusión misma del conflicto de leyes? De todas estas consideraciones, puede deducirse la importancia de que las normas que integran el necesario régimen primario, sean de general aplicación en nuestro país, bien porque así se recojan en las diferentes compilaciones, bien porque supletoriamente reciban aplicación en los derechos autonómicos, o incluso porque tales preceptos penetren por cualquier otra vía”.

¹⁰ Al igual que en la doctrina civilista (*vid. nota a pie 3*), los autores que han investigado sobre los regímenes económicos matrimoniales con factor internacional se han referido a este régimen primario. En otros, E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial: aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002, p. 95: “Los sistemas jurídicos conocen reglas por defecto para organizar los aspectos básicos de la convivencia familiar, reglas de carácter uniforme para todo matrimonio. Esta ordenación puede consistir en ausencia de reglas específicas (como ocurre en los países árabes) o bien en reglas detalladas como ocurre en los países de influencia civilista francesa (incluida España) donde la doctrina elabora incluso una categoría en la que se articulan todas ellas, *v. gr.* el régimen primario”. Para E. GÓMEZ CAMPELO, *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Madrid, Reus, 2008, pp. 158 y 159, que, “el contenido de la materia regulada es de tal entidad que solo puede ser objeto del Derecho interno a través de normas de carácter imperativo, muy próximas al concepto de orden público”. En el mismo sentido, P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 40: “el matrimonio genera desde su celebración una serie de consecuencias matrimoniales... en primer lugar, abarca los derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico, que hace referencia a una serie de disposiciones de carácter eminentemente patrimonial y que se aplican por el mero hecho del matrimonio, resultando indisponibles por las partes. Este conjunto de relaciones jurídicas recibe, en algunos ordenamientos jurídicos, el nombre de régimen matrimonial primario”. También, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, ob. cit., p. 15.

tal manera, que de esos derechos y deberes no pueden disponer, en principio, los cónyuges libremente, ni pueden ser regulados de otra forma en ciertos aspectos.

A) El régimen matrimonial primario en el Derecho interno español

7. Esas reglas del régimen matrimonial primario se contienen en nuestro Código Civil (CC), entre los artículos 1318 a 1324. Regulan la contribución a las cargas de la familia, la responsabilidad ante acreedores, la representación entre cónyuges, la fijación de medidas cautelares, la protección contra los actos que hacen peligrar el patrimonio familiar, y la protección de la vivienda familiar y de los bienes que lo integran (actos de disposición sobre la vivienda y sus bienes). Sin embargo, no todos estos artículos conforman el régimen matrimonial primario en el ordenamiento español. Es cierto que, habría que distinguir entre efectos de todo matrimonio con independencia del régimen económico matrimonial pactado por los cónyuges o el legal, aplicable supletoriamente, y los efectos predicables también en el régimen pactado o legal.

8. Así, se incluiría dentro del régimen matrimonial primario, el artículo 1318 CC relativo a las cargas del matrimonio. Del que se deduce que, son todos aquellos gastos que redundan en provecho de la familia: alimentos, educación, protección, salud; que permiten a la misma unas condiciones adecuadas (para todo tipo de unión sea matrimonial o no). Regulándose en el apartado tercero de este artículo la litis expensas, para asegurar que los cónyuges no pierdan la posibilidad de litigar entre sí, o frente a terceros en provecho de la familia, durante el matrimonio, por falta de medios económicos.

9. Se podría incluir también, el artículo 1319 CC sobre el ejercicio de la potestad doméstica por cualquiera de los cónyuges, sin consentimiento del otro, ni participación, y con independencia del régimen económico matrimonial. Tampoco este artículo define el concepto de necesidades ordinarias de la familia, lo que tiene como consecuencia que en ocasiones se confunda con el levantamiento de las cargas del matrimonio¹¹. Pero abarca, la representación mutua entre los cónyuges para el ejercicio diario de la vida familiar, y como responden de las deudas contraídas los bienes comunes y subsidiariamente los bienes del otro cónyuge, con derecho a reintegrarse (en este caso, dependiendo del régimen matrimonial)¹².

10. En lo que respecta a la vivienda familiar, también se considera como norma prototipo del régimen matrimonial primario, el artículo 1320 de nuestro CC que dispone que, “para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos

¹¹ En la jurisprudencia se establecen posibles criterios interpretativos (en sentido negativo). Así se señalan en F. LEFEBVRE, “Régimen económico matrimonial”. *Comentarios al Código civil*. Colección LEFEBVRE, 2017, pp. 17 y 18, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 10 de enero de 2000, que entendió que las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio ordinario de su profesión, arte u oficio no debían responder los bienes privativos de su cónyuge, ya que no cabe incluir estas deudas en el concepto de cargas del matrimonio al que se refiere el artículo 1318 CC, ni tampoco en el concepto de deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica, entendida como actos encaminados a la atención de las necesidades ordinarias de la familia, a la que se refiere el artículo 1319 CC. De la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 de marzo de 1999, se puede deducir que los alimentos debidos a los hijos e incluso al otro cónyuge, se incluye dentro del concepto de potestad doméstica. También se pueden incluir en el artículo 1319 CC las deudas contraídas por el arrendamiento de la vivienda del matrimonio, de las que responden los bienes de ambos cónyuges: la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 4 de marzo de 1999 establece que se podrían incluir, del mismo modo, en el concepto más amplio de cargas del matrimonio que regula el artículo 1318 CC. La sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 1 de septiembre de 1988, falló que los gastos realizados por el marido para material de construcción son una carga del matrimonio, en tanto en cuanto, ese material iba destinado a mejorar los negocios que eran el medio de vida de ambos cónyuges (los gastos de conservación lo eran para las necesidades familiares).

¹² M.J. MONFORT FERRERO, *ob. cit.*, pp. 49, 50 y 60: “los acreedores deberán demostrar el carácter doméstico del gasto para poder dirigirse indistintamente contra los bienes privativos del cónyuge deudor y contra el patrimonio común”. “Si el acreedor prueba la insolvencia del deudor y la falta de bienes del patrimonio común, subsidiariamente responderá el patrimonio del cónyuge que no contrajo la deuda”. “Se produce, pues, el derecho de reintegro siempre que uno de los cónyuges aporte caudales propios para satisfacer necesidades ordinarias de la familia, puesto que corresponde a la sociedad de gananciales o ambos cónyuges, según cuál sea su régimen económico, hacerse cargo de estos gastos”.

pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial”¹³. Es decir, ninguno de los cónyuges podrá vender, subarrendar o constituir una hipoteca sobre esa vivienda sin el consentimiento del otro, aunque quien desee hacerlo tenga la propiedad del bien¹⁴. Por otra parte, este artículo protege a terceros de buena fe: “La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”¹⁵.

11. Podría considerarse incluido en el régimen matrimonial primario, el artículo 1323 CC. Según el mismo: “Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”. Dispone la libertad de contratación entre los cónyuges cualquiera que sea el régimen económico matrimonial pactado por los cónyuges o el legal, regulado en la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno y acorde con el principio constitucional de igualdad.

12. En relación con el resto de los artículos incluidos en las disposiciones generales sobre regímenes económicos matrimoniales del Código Civil, aunque alguno de ellos se puede aplicar como efecto patrimonial de cualquier matrimonio, se refieren a aspectos concretos, fallecido alguno de los cónyuges o cuando es necesaria la prueba de confesión y el artículo 1322 CC se aplica sólo al régimen matrimonial de gananciales.

B) El régimen matrimonial primario en los ordenamientos forales

13. Como en el ordenamiento jurídico español de Derecho común, en los Derechos forales también existen normas que se refieran al régimen matrimonial primario¹⁶.

14. Las Compilaciones forales reproducen esencialmente el sistema del Derecho común español, no siempre con el mismo carácter de sus normas¹⁷, no obstante, las recientes reformas las han aproximado.

¹³ Además, en el mismo sentido, en caso de sentencia de separación judicial, nulidad o divorcio, o su ejecución, el artículo 91 CC y el artículo 96 CC. Garantía que alcanza incluso frente a terceros, a través de la posibilidad de anotar el derecho de uso de la vivienda familiar en el Registro de la Propiedad, conforme a lo previsto en el artículo 26 de la Ley Hipotecaria (LH).

¹⁴ Los actos de disposición sobre la vivienda familiar, aunque pertenezca solo a uno de los cónyuges realizados sin consentimiento del otro o sin autorización judicial serán anulables, si nos remitimos a la sanción que establece en el artículo 1322 CC (referido a los actos de administración o disposición sobre bienes gananciales). Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 29 de septiembre de 2006 que cita sentencias anteriores), el consentimiento *uxoris* puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio jurídico, inferido de las circunstancias concurrentes, debiendo en estos casos ponderarse la pasividad de la esposa y su no oposición a la enajenación conociendo la misma, así como la ausencia de fraude o perjuicio, e incluso el silencio, que puede ser interpretado como revelador del consentimiento.

¹⁵ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de mayo de 2002, debe primar el interés de la familia sobre la seguridad del tráfico, por lo que se entiende que la buena fe no debe presumirse, de ahí que no solo se le debe exigir al adquirente su ignorancia del carácter familiar de la vivienda, sino también que no tuvo posibilidad de conocerlo (F. LEFEBVRE, ob. cit., p. 21).

¹⁶ M. A. AMORES CONRADI, “Efectos del matrimonio”. *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 1995, p. 343: “con frecuencia se olvida el dato de que las normas del régimen matrimonial primario ni siquiera son de general aplicación en nuestro país, pues coexisten con las regulaciones propias de los ordenamientos civiles especiales o forales”.

¹⁷ Otra cuestión que se planteaba sobre la facultad disposición de la vivienda habitual: no se contemplaba en algunos ordenamientos jurídicos como incluida en el régimen matrimonial primario. Así, P. DIAGO DIAGO, ob. cit., p. 1351: “La familia, como unidad básica de la estructura social es objeto de protección integral, como así lo ha dispuesto el artículo 39 de la Constitución. Por ello, son muchas las medidas que las diferentes legislaciones adoptan, en aras a la consecución de ese objetivo. Entre ellas, se introduce en el Código Civil y otras legislaciones autonómicas, una limitación a la facultad de disposición de la vivienda familiar y de sus muebles de uso ordinario, de forma que se exige el consentimiento de ambos cónyuges, y ello aun cuando los bienes pertenezcan a uno solo de ellos. No obstante, esta medida no se ha adoptado por todos los ordenamientos autonómicos, lo que provoca que la misma situación es tratada de manera diferente, según cual sea el ordenamiento que aplicar al caso concreto. Ello se evidencia en la práctica judicial, en la que es relativamente frecuente el conocimiento de estas cuestiones. Destaca en este contexto, una reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares que reconoce no haber lugar a esta medida, por no existir precepto semejante en la Compilación Balear (Tribunal Superior de Baleares en Sentencia del 3 de septiembre de 1998). Es obvio, que esta cuestión repercute de forma directa en el Derecho Internacional privado, y en concreto, en el tratamiento que la protección de la vivienda familiar y los bienes muebles de uso ordinario, merece desde esta disciplina”.

15. Así, en los Derechos forales encontramos una regulación similar, más actualizada, y con algún deber más, como el de información entre cónyuges o los derivados de la representación.

16. Tal como se regula en el Código Civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio, que modifica el Libro II, en materia de persona y familia, en el artículo 231. 3 a 9 y 11): los cónyuges determinan de común acuerdo el domicilio familiar; la dirección de la familia corresponde a los dos cónyuges de común acuerdo; son gastos familiares los necesarios para el mantenimiento de la familia; los cónyuges deben contribuir a los gastos familiares, de la forma que pacten, con los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y, si estos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios; los cónyuges tienen la obligación recíproca de informarse adecuadamente de la gestión patrimonial que llevan a cabo con relación a la atención de los gastos familiares; ante terceras personas, ambos cónyuges responden solidariamente de las obligaciones contraídas para atender a las necesidades y los gastos familiares ordinarios de acuerdo con los usos y nivel de vida de la familia; con independencia del régimen económico matrimonial aplicable, el cónyuge titular, sin el consentimiento del otro, no puede hacer acto alguno de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario que comprometa su uso, aunque se refiera a cuotas indivisa; y los cónyuges pueden transmitirse bienes y derechos por cualquier título y hacer entre ellos todo tipo de negocios jurídicos.

17. En la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, las normas del régimen matrimonial primario se encuentran en las disposiciones del régimen legal de comunicación foral (en la sección primera, del capítulo II, del título III): cuando se refiere en el artículo 134 a las cargas (“1.– Se entenderá que son cargas del matrimonio las necesarias para el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes o de los que aun siendo de uno de los cónyuges convivan en el hogar familiar. Cualquier otro gasto que fuera sufragado con los bienes comunes, pero se refiera a intereses o bienes de uno de los cónyuges, dará derecho a exigir el reintegro al tiempo de la liquidación de la comunicación. 2.– Las cargas del matrimonio serán sufragadas en primer lugar con los bienes ganados, y sólo a falta o por insuficiencia de ellos responderán los bienes procedentes de cada cónyuge, en proporción a su valor); en el artículo 135 a los actos de disposición (“1. – En la comunicación foral, los actos de disposición de bienes requerirán el consentimiento de ambos cónyuges. Si uno de los cónyuges se negara a otorgarlo, podrá el juez autorizar la disposición si lo considera de interés para la familia. 2.– No obstante, cualquiera de los cónyuges podrá, por sí solo, disponer del dinero, cuotas, aportaciones cooperativas o partes representativas de la participación en sociedades, activos financieros o de los valores mobiliarios de los que sea titular”); y en el artículo 138 a las deudas (“1. – Las deudas y obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges sin consentimiento del otro únicamente serán de cargo de la respectiva mitad del obligado...”).

18. En la Compilación de Derecho Civil de Baleares (Ley 7/2017, de 3 de agosto)¹⁸, que regula los efectos patrimoniales del matrimonio en el artículo 4 (para Mallorca y Menorca¹⁹), se recoge que los bienes propios de cada cónyuge estarán afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio, y que, en defecto de pacto, cada uno de los cónyuges contribuirá en proporción a sus recursos económicos. Además, se considera como contribución, el trabajo para la familia y cada cónyuge responderá con sus bienes propios del cumplimiento de las obligaciones que hubiera contraído, no obstante, de las causadas por el levantamiento de las cargas del matrimonio, será subsidiariamente responsable el otro cónyuge. Si se incumpliera, total o

¹⁸ Se engloba con el apelativo de “Balear” al Derecho Foral de la que hoy es la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, dentro de esa denominación cabe diferenciar tres ordenamientos forales: el de Mallorca, el de Menorca y el de Ibiza y Formentera. Todos ellos reunidos, pero regulados en libros distintos, tanto en la primera Compilación de Derecho Civil de Baleares (Ley 5/1961, de 19 de abril) como en la actualmente vigente (Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares). Ley 7/2017, afecta, en materia de economía del matrimonio, a los libros de Mallorca y de Ibiza y Formentera.

¹⁹ También, para Ibiza y Formentera, el artículo 67 contiene las mismas normas sobre régimen primario, si bien hay una diferencia respecto del régimen de las otras dos islas: la responsabilidad de los cónyuges frente a terceros por las obligaciones contraídas para el levantamiento de las cargas familiares, en Mallorca y Menorca es del cónyuge que las contrajo y subsidiariamente del otro; en Ibiza y Formentera, la responsabilidad es siempre solidaria, como en el Código Civil.

parcialmente, el deber de levantamiento de cargas del matrimonio, por parte de uno de los cónyuges, el otro podrá solicitar al juez que adopte las medidas oportunas para asegurar su cumplimiento. Se añade que, salvo prueba en contrario, se presumirá que pertenecen al cónyuge, por mitad, los bienes que integran el ajuar de casa, pero no se considerarán comprendidos en la presunción las joyas y los objetos artísticos o históricos de valor considerable. Y, del mismo modo que en otros ordenamientos, para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque estos derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requiere el consentimiento de los dos o, en su caso, autorización judicial.

19. Igualmente, como integrantes en el régimen primario, en la Compilación de Derecho Civil foral de Navarra (en la Ley 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo), las leyes 79 a 82, son relativas a los consentimientos y poderes entre los cónyuges, a las cargas o gastos del matrimonio, a la protección de la vivienda familiar, y a la libertad de celebración de contratos entre cónyuges. En los mismos términos del Derecho común.

20. En la Compilación de Derecho Civil de Aragón (Ley 2/2003, de 12 de febrero que deroga el título IV, de régimen económico matrimonial y derecho de viudedad), se califican expresamente como normas imperativas (artículo 3) los siguientes derechos y deberes de los cónyuges, con independencia del régimen pactado o legal: la contribución a las necesidades familiares, la responsabilidad común para el levantamiento de las cargas, el deber información entre los cónyuges, y el límite de disposición de la vivienda familiar, aunque pertenezca a uno de los cónyuges.

21. La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, contiene mayor número de artículos sobre economía del matrimonio, en los que se perfilan mejor las pocas materias que regula, pero, en lo fundamental se mantiene en los mismos términos que su predecesora (la Ley 4/1995): remite al Derecho civil general del Estado como Derecho supletorio en materia de derechos y deberes esenciales del matrimonio (en virtud de lo dispuesto en el artículo 1. 3: “En defecto de ley y costumbre gallegas, será de aplicación con carácter supletorio el Derecho civil general del Estado, cuando no se oponga a los principios del ordenamiento jurídico gallego”).

C) El régimen matrimonial primario en los ordenamientos europeos

22. Las diferencias más notables en cuanto a la regulación del régimen matrimonial primario las observamos entre los ordenamientos europeos²⁰.

23. Así, respecto a los efectos del matrimonio se pueden incluir los siguientes derechos y deberes fundamentales de los cónyuges, en la mayoría de los países europeos²¹: en primer lugar, la autonomía y capacidad de los cónyuges para realizar todo tipo de actos y contratos²²; en segundo lugar, el deber

²⁰ E. GÓMEZ CAMPELO, *ob. cit.*, pp. 80 y 158-160; H. MOTA, *ob. cit.*, pp. 429-430.

²¹ P. QUINZÁ REDONDO, *ob. cit.*, pp. 43-44, en los ordenamientos europeos, no disponen de normas de régimen primario Estados como el Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Finlandia, Eslovaquia y Hungría (en el caso de Reino Unido, aunque el matrimonio no produce efecto alguno entre los cónyuges, están obligados a proveer todo lo necesario entre ellos y para sus hijos, y respecto a la vivienda se reconoce un derecho de ocupación por el cónyuge no propietario y lo protege para que esta no sea vendida sin su conocimiento o consentimiento; además contribuirán económicamente a los gastos del hogar).

No obstante, la mayoría de los ordenamientos europeos sistematizan, de forma agrupada (Derecho portugués, Derecho italiano, Derecho alemán), o dispersa, este régimen primario: enumeran las deudas comunes, con independencia del régimen pactado o legal, el Derecho francés y el Derecho belga.

²² H. MOTA, *ob. cit.*, p. 432: “En el derecho portugués existen innumerables limitaciones a la autonomía contractual de los cónyuges que, durante el matrimonio, no pueden solos, sin el consentimiento del otro, enajenar, gravar, arrendar o incluso disponer de los derechos personales de gozo (comodato, por ejemplo) de ciertos bienes, propios o comunes. En lo que respecta a los bienes muebles, los cónyuges solamente podrán enajenar o gravar solos los bienes muebles de los que son propietarios y administradores exclusivos en los términos de los arts. 1678º núm. 1 e 2 ex vi art. 1682º, núm.2; en cualquier caso, los bienes en causa no podrán ser bienes propios del otro cónyuge ni tratarse de muebles utilizados por ambos cónyuges en la vida del día a día del hogar (enseres del domicilio familiar) o como instrumento común de trabajo. En relación a los bienes inmuebles, incluso

de información entre los cónyuges (con variantes en la aplicación al régimen legal supletorio); en tercer lugar, en cuanto a la representación entre los cónyuges, hay países, como Hungría o Suecia, que siguen las reglas generales de representación, y los que contienen reglas específicas a la representación en el matrimonio (el resto de los Estados miembros de la Unión Europea²³, salvo los del Common law²⁴); en cuarto lugar, todos los Estados miembros incluyen dentro del llamado régimen primario, las protección de la vivienda familiar²⁵; y, por último, también incluyen la contribución a las necesidades de la familia y al levantamiento conjunto de los gastos de la familia²⁶.

24. En otros casos, aunque los ordenamientos extranjeros conocen figuras similares, pueden regular el contenido de modo flexible: así el Derecho francés (artículo 214 *Code Civil*) o el Derecho holandés (artículo 84.2 *Burgerlijk wetboek*), pues permiten que los esposos pacten como han de contribuir. También, en el Derecho francés y en el Derecho belga se regula la posibilidad de abrir y disponer de una cuenta corriente en banco sin necesidad del consentimiento del otro cónyuge (artículo 221 *Code Civil* francés y artículo 218 *Code Civil* belga) por el principio constitucional de igualdad y no discriminación; o la disposición exclusiva del salario una vez levantadas las cargas del matrimonio (artículo 223 *Code Civil* francés y artículo 217 *Code Civil* belga).

25. Por otra parte, dentro del régimen primario se podrían incluir, del mismo modo, aquellas normas que afectan a las relaciones personales, por ejemplo, el deber de fidelidad y de la cohabitación, de los cónyuges. En nuestro país, y en los de nuestro entorno, estos efectos carecen de sanción o solo, en ocasiones, pueden ser causa de la disolución del vínculo matrimonial²⁷. Pero, son las normas que

tratándose de un bien propio, el cónyuge necesita del consentimiento del otro para enajenar, gravar (ej. hipoteca), arrendar o constituir un derecho personal de gozo (ej. comodato) si el régimen de bienes fuera un régimen de comunidad general o ganancial (art. 1682º-A, núm. 1 e 2). Además de estas limitaciones, los cónyuges no pueden, salvo en los casos expresamente previstos en la ley (ej. separación judicial de bienes, separación de personas y bienes, insolvencia...), modificar los regímenes de bienes, celebrar el contrato de compra y venta entre ellos, ni celebrar contratos de sociedad sin responsabilidad limitada (art. 1714º)".

²³ P. QUINZÁ REDONDO, *ob. cit.*, p. 44, el poder de representación se presume *ex lege* para los casos relacionados con las necesidades del hogar, y en las situaciones de ausencia o incapacidad de alguno de los cónyuges, pero para el resto de las transacciones legales algunos sistemas de derecho civil exigen el consentimiento expreso del cónyuge que va a ser representado (Portugal y España), y otros, con carácter negativo, permiten que un cónyuge excluya la representación respecto de ciertos actos jurídicos (Austria, Francia e Italia).

²⁴ En el caso de Reino Unido, aunque el matrimonio no produce efecto alguno entre los cónyuges, los cónyuges están obligados a proveer todo lo necesario entre ellos y para sus hijos, y respecto a la vivienda se reconoce un derecho de ocupación por el cónyuge no propietario y lo protege para que ésta no sea vendida sin su conocimiento o consentimiento; además contribuirán económicamente a los gastos del hogar. *Vid.* P. QUINZÁ REDONDO, *ob. cit.*, pp.84 y siguientes.

²⁵ En Derecho italiano, artículo 144 del *Codice Civile* (la deuda derivada del ejercicio de potestad doméstica, no la regula como deuda común); y en el Derecho francés, artículo 215.3 del *Code Civil*; y en el mismo artículo en el Derecho belga. No está regulado este límite en el Derecho alemán, salvo en caso de disolución del vínculo matrimonial.

²⁶ Por ejemplo, en el Derecho italiano, artículos 143, 147 y 148 del *Codice Civile*; y en el Derecho francés, artículos 214 y 220 del *Code Civil*.

²⁷ Distinto es la regulación en el derecho musulmán donde existen obligaciones personales de contenido patrimonial y obligatorio (como la dote), como analiza, E. ZÁBALO ESCUDERO, "Efectos del matrimonio y sociedad multicultural", *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 13-20. P. DIAGO DIAGO, *ob. cit.*: "La cuestión era especialmente problemática por lo que se refiere al sistema anterior. El antiguo artículo 9.2 y 3 del Código Civil (en adelante CC), diferenciaba las relaciones personales de las patrimoniales y, por tanto, de la calificación que se hiciera del régimen primario, dependía su inclusión en un precepto u otro. Tras la reforma de 1990 (Ley 11/1990 de 15 de octubre sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo), la nueva redacción dada al artículo 9.2 vino a solucionar el problema de ubicación de estas disposiciones. La categoría utilizada actualmente es la de «los efectos del matrimonio» y en ella se entienden incluidos tanto los personales como los patrimoniales, evitándose así el problema de calificación que se planteaba en la etapa anterior. No obstante, no se puede decir que la regulación actual haya resuelto totalmente la problemática internacional privatista, originada alrededor del régimen matrimonial primario. Existen al menos dos bloques de cuestiones, que plantean no pocas dudas en la plasmación práctica de la mencionada reglamentación. En el supuesto en que los cónyuges decidan pactar su régimen económico matrimonial, el precepto de referencia artículo 9.3, señala las leyes conforme a las cuales los cónyuges pueden celebrar capitulaciones. Ahora bien, ¿qué ley regirá en estos supuestos el régimen primario? Se puede entender que la misma que rige los efectos personales del matrimonio, o la ley conforme a la que se ha capitulado o incluso se puede producir una duplicación en la ley a aplicar, en atención al carácter más o menos personal de las normas que lo integran. También puede plantearse un tratamiento dual del régimen primario, de forma que la ley aplicable al régimen económico matrimonial sea también la rectora del régimen primario, salvo en los supuestos en que los cónyuges en virtud de la autonomía

se refieren a los efectos patrimoniales del matrimonio las que se contienen en el ámbito de aplicación material del Reglamento 2016/1103, pues así, se establece en el artículo 1 y lo define el artículo 3: “A efectos del presente Reglamento, se entenderá por: a) «régimen económico matrimonial»: conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución”.

26. Además, el considerando 18 establece una calificación autónoma para los órganos jurisdiccionales o autoridades de los Estados vinculados por el Reglamento, que solo abarca los aspectos civiles patrimoniales de los efectos del matrimonio.

27. Los posibles efectos personales del matrimonio con elemento extranjero se regulan por las normas autónomas²⁸. En nuestro Derecho internacional privado, cuando son competentes los órganos jurisdiccionales o autoridades españolas²⁹, por la norma de conflicto del artículo 9.2 CC Este artículo y el 9.3 CC, en el caso de pacto o capitulaciones matrimoniales, se aplican también, para resolver los conflictos de leyes interregionales que se suscitan en el Estado español, por la existencia de varios ordenamientos jurídicos, los Derechos forales, que regulan el régimen económico matrimonial. Determinando la ley aplicable en estos supuestos³⁰.

3. La aplicación de las normas de conflicto del Derecho internacional privado español: la solución de la ley aplicable al régimen primario en los conflictos interregionales

28. El artículo 9.2 CC dispone de un supuesto de hecho amplio: los efectos del matrimonio. En el mismo se pueden incluir tanto los efectos personales como los patrimoniales en un matrimo-

material confeccionan unas capitulaciones que sólo subsumen a una determinada ley o pluralidad de leyes para darles validez, en este caso la ley rectora sería la determinada por las conexiones del artículo 9.2”.

²⁸ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea. Property consequences of marriages and of registered partnerships in the European Union”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 1, 2019, (pp.8-50), p. 27, nota a pie 74: “En la primera reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE para trabajar sobre las propuestas de Reglamento de la Comisión, celebrada el 15 de abril de 2011, ésta aclaró que el único aspecto abordado de los regímenes matrimoniales era el patrimonial, por cuanto los efectos personales pertenecían a la esfera de competencia de los Estados miembros; así se decidió también para las uniones registradas a partir de la reunión del 16 de mayo del mismo año. Ello significa que en el sistema español de Derecho internacional privado la Ley aplicable a los efectos personales del matrimonio se seguirán determinando por la norma de conflicto del apartado 2 del artículo 9 del Código Civil”.

²⁹ Como el Reglamento 2016/1103 solo se aplica a los efectos patrimoniales de los matrimonios transfronterizos, para determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de los efectos personales aplicamos el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (que se modifica por el artículo único.5 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio). El artículo 22, *quater*; en el apartado c), en materia de relaciones entre los cónyuges, establece que, los tribunales españoles son competentes cuando, ambos cónyuges tengan la residencia habitual en España al tiempo de la demanda; o la última residencia de uno de ellos esté en España; o el demandado resida en España, o uno de ellos en caso de demanda de mutuo acuerdo; o demandante sea español y tenga su residencia habitual en España durante 6 meses o 1 año si no es español; o ambos cónyuges tengan nacionalidad española. No es posible, la sumisión expresa o tácita.

³⁰ Hasta la aplicación del Reglamento 2016/1103 las normas de conflicto del Derecho internacional privado español que determinan las leyes aplicables a los efectos del matrimonio se regulan en el artículo 9.2 CC, cuando no hay pactos o capitulaciones matrimoniales (“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”); y en el artículo 9.3 CC, cuando existen pactos y capitulaciones matrimoniales que regulen el régimen económico matrimonial (“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 rijan 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”).

³¹ *Vid.* la bibliografía abundante sobre las leyes aplicables a los efectos del matrimonio, doctrina española (en relación con los artículos 9.2 y 9.3 CC) y extranjera (referente a aspectos generales y al Convenio de La Haya 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales), en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Granada, Colección Ciencia Jurídica y Derecho Internacional, 2000, pp. 252-256; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 213-214.

nio con elemento extranjero. Por tanto, si el régimen matrimonial primario abarca también los efectos personales, éstos se regularían por la ley aplicable que determine los puntos de conexión de la norma de conflicto del 9.2 CC. Puntos de conexión que funcionan jerárquicamente. De tal forma que, si los cónyuges ostentan la misma nacionalidad, determina la primera ley aplicable; en su defecto, y como segundo punto de conexión, se atiende a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, siempre que se cumplan determinados requisitos de fondo, tiempo y forma; en su defecto, como tercera ley aplicable, la de la residencia habitual de los cónyuges, inmediatamente después de contraer matrimonio; y como ley de cierre, la del lugar de celebración del matrimonio.

29. En relación con la determinación de la ley en los supuestos de conflictos interregionales, establece el artículo 35 del Reglamento 2016/1103, que, en los Estados miembros, como España, en que coexisten varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de regímenes económicos matrimoniales, estos Estados no están obligados a aplicar las normas de conflicto del Reglamento para resolver los conflictos de leyes internos.

30. La solución en el Derecho civil español³², para regular el régimen matrimonial primario, si no se aplica el Reglamento 2016/1103, viene prevista en el artículo 16 CC, que dispone en su apartado tercero, que “los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código Civil”.

31. Con lo cual, tal y como establece este artículo, cuando haya que determinar la ley aplicable al régimen matrimonial primario, incluido en los efectos del matrimonio, entre cónyuges de distinta vecindad civil, acudimos a la norma de conflicto del artículo 9.2 del Código Civil, sustituyendo el punto de conexión de la nacionalidad por la vecindad civil (artículo 16.1 CC).

32. Así, si los cónyuges tienen vecindad común la ley aplicable viene determinada por esa vecindad³³; en su defecto por la autonomía de la voluntad limitada; en su defecto, por la ley de residencia habitual inmediata; y en su defecto, por la ley de celebración del matrimonio. Sin embargo, si el lugar de residencia habitual o el lugar de celebración no se encuentra en España, se aplica la regulación de los efectos del matrimonio del Código Civil, como regula el artículo 16.3 CC, pues estamos ante un conflicto interregional y ambos cónyuges tienen la nacionalidad española. Pero, se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación.

33. Ahora bien, tanto en relación con los efectos personales del matrimonio, como en la regulación del régimen matrimonial primario en los conflictos interregionales, la ley determinada por los puntos de conexión de la norma de conflicto del artículo 9.2 CC no se aplicaría, si consideramos que el régimen matrimonial primario lo conforman derechos y deberes indisponibles que deben ser regulados por normas imperativas del foro. Veremos la solución para los conflictos transfronterizos en el ámbito del Reglamento 2016/1103.

³² Sobre el carácter plurilegislativo del Estado español en esta materia y su posible solución en el Reglamento: A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La necessità di applicare strumenti convenzionali e dell'unione europea: l'ambito della persona, della famiglia e delle successioni. la situazione spagnola e quella italiana a confronto- the need to apply international and european union instruments: persons, family and successions. a comparison between the italian and spanish systems”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 4, 2015, p. 772.

³³ Sobre esta materia *vid.* C. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, “La vecindad civil como criterio de sujeción a uno u otro de los ordenamientos jurídico-civiles vigentes en España”, en A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, *Determinación del régimen jurídico de la economía conyugal en los ámbitos europeos e intraestatal español*, Madrid, Reus, 2018, pp. 233-236.

4. Normas aplicables al régimen matrimonial primario en el Reglamento 2016/1103

A) Cuestiones preliminares

34. Diseñado, pues, que se entiende por régimen matrimonial primario en distintos ordenamientos jurídicos, el problema que se nos plantea, en el supuesto de un litigio sobre los efectos del matrimonio con elemento extranjero, es determinar qué órganos jurisdiccionales o autoridades van a conocer el asunto y qué ley van a aplicar para regular ese régimen matrimonial primario, a la vista de la calificación autónoma del Reglamento.

35. Otra cuestión, que debemos contemplar, es si lo que se entiende por régimen matrimonial primario, en este instrumento jurídico, está siempre regulado por normas imperativas, de aplicación inmediata, leyes de policía; o es posible aplicar las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103 que determinan leyes extranjeras para regular el régimen primario³⁴. En este caso, y otra cuestión que surge, es si atendiendo a su contenido, opera el límite de orden público internacional.

36. Pero, previamente, algunas precisiones sobre el ámbito de aplicación del Reglamento, para advertir si el régimen matrimonial primario se incluye en el mismo, y si pueden conocer los órganos jurisdiccionales o autoridades vinculadas por el Reglamento.

a) La inclusión del régimen primario en el ámbito de aplicación del Reglamento

37. Las situaciones jurídicas sobre los efectos esenciales, patrimoniales, del matrimonio con elemento extranjero, adelantamos, que sí podían incluirse en el ámbito de aplicación del Reglamento 2016/1103, para aplicar sus normas.

38. Así, el artículo 1 del Reglamento 2016/1103 dispone, de manera genérica, que, “el presente Reglamento se aplicará a los regímenes económicos matrimoniales”.

39. El régimen matrimonial primario no está entre las materias excluidas de este artículo 1, párrafo segundo. Pues, excluye expresamente, la capacidad jurídica de los cónyuges; la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio; las obligaciones de alimentos; la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges; la seguridad social; el derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges, en caso de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante este; la naturaleza de los derechos reales sobre un bien, y cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, incluidos los requisitos legales para llevarla a cabo, y los efectos de la inscripción o de la omisión de la inscripción de tales derechos en un registro.

40. Además, debemos atender, para incluir aspectos del régimen primario en el ámbito de este instrumento jurídico, en relación a la exclusión de la capacidad de las partes, a lo dispuesto en el considerando 20 del Reglamento cuando señala que, “no obstante, esta exclusión no debe abarcar las facultades y los derechos específicos de uno o de ambos cónyuges con respecto a su patrimonio, bien entre sí, bien por lo que respecta a terceros, ya que dichas facultades y derechos deben entrar en el ámbito de aplicación del presente Reglamento”. Por ejemplo, sí se incluiría en el ámbito del Reglamento, la limitación para disponer de la vivienda familiar, que engloban la mayoría de los ordenamientos jurídicos en el régimen matrimonial primario.

41. Por otra parte, la definición autónoma sobre lo que entiende por régimen económico matrimonial la encontramos en el artículo 3. 1 que comprende, a efectos del Reglamento, el conjunto de

³⁴ El Reglamento 2016/1103 es un instrumento jurídico de aplicación universal, tal y como dispone el artículo 20.

normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución. Se contienen, pues, todas las normas sobre los efectos patrimoniales del matrimonio transfronterizo vigente o disuelto, aunque no, los efectos personales.

42. ¿Podrían abarcar estas relaciones patrimoniales entre los cónyuges, al régimen matrimonial primario? Es el considerando 18 del Reglamento 2016/1103, como vimos, el que pareciera referirse a este régimen, cuando diferencia dentro del régimen económico matrimonial, las normas imperativas de las normas dispositivas, como incluidas, ambas, en el ámbito de aplicación del Reglamento³⁵: “a efectos del presente Reglamento, el término régimen económico matrimonial debe interpretarse de forma autónoma y ha de abarcar no solo las normas imperativas para los cónyuges sino también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable”. La cuestión será aclarar si todos los derechos y deberes patrimoniales de los cónyuges, con independencia del régimen pactado o legal supletorio, están regulados por normas imperativas o no, como consideraremos.

b) Los órganos jurisdiccionales y autoridades competentes para conocer del régimen matrimonial primario

43. En cuanto a los órganos jurisdiccionales y autoridades vinculados por el Reglamento 2016/1103³⁶, y que tendrían que conocer sobre este régimen matrimonial primario con elemento extranjero, no son todos los de los Estados miembros, pues es un Reglamento de cooperación reforzada. El Consejo, en la Decisión (UE) 2016/954, el 9 de junio de 2016, autoriza dicha cooperación reforzada entre los siguientes Estados miembros: Bélgica, Bulgaria, la República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia Suecia y Chipre. Como regula el artículo 328.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁷, la cooperación reforzada estará, del mismo modo, abierta a todos los Estados miembros en el momento en que se establezcan, siempre y cuando se respeten las posibles condiciones de participación establecidas en la decisión de autorización³⁸. También lo estarán en cualquier otro momento, siempre y cuando se respeten, además de las mencionadas condiciones, los actos ya adoptados en ese marco. La Comisión y los Estados miembros que participen en una cooperación reforzada procurarán fomentar la participación del mayor número posible de Estados miembros³⁹. Por tanto, y de momento, solo están

³⁵ La doctrina mayoritaria estima que el régimen primario se integra en la categoría del régimen económico matrimonial definida por el Reglamento 2016/1103, tal y como la recoge N. CHIKOC BARREDA, “Normas de policía y autonomía de la voluntad en los Reglamentos europeos en materia familiar y sucesoria”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo XVIII, 2018, p. 116, nota a pie 65.

³⁶ El artículo 3.2 del Reglamento 2016/1103, a efectos del presente Reglamento, dispone que el término “órgano jurisdiccional” debe entenderse en un sentido amplio, que incluye no solo a los órganos jurisdiccionales en el sentido estricto de la palabra, que ejercen funciones judiciales, sino también, por ejemplo, a los notarios de algunos Estados miembros que, en determinadas cuestiones del régimen económico matrimonial, ejercen funciones judiciales del mismo modo que los órganos jurisdiccionales propiamente dichos.

³⁷ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (versión consolidada del Tratado publicada en el *DO C* 201, de 7 de junio de 2016).

³⁸ Reino Unido, Irlanda (Protocolo núm. 21 sobre la Posición del Reino Unido e Irlanda respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia unido al TFUE) y Dinamarca (Protocolo núm. 22 sobre la Posición de Dinamarca respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia unido al TFUE) no han ejercido su derecho para aplicar este Reglamento. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 2016, p. 42, para estos autores, Dinamarca a partir del Tratado de Lisboa de 2007 asume la fórmula de *opting in* como la que disfrutaban Reino Unido y Dinamarca, puesto que conforme al régimen anterior estaba excluida (*opting out*) lo que le obligaba a recurrir a convenios específicos con la Unión Europea para su incorporación a los reglamentos.

³⁹ P. QUINZÁ REDONDO, “- Unificación –fragmentada- del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 41, 2017, p. 5, “Quedarían, por tanto, 6 Estados miembros no vinculados actualmente por el Reglamento, a saber, Polonia, Hungría, Eslovaquia, Letonia, Lituania y Rumania. Más allá de los intereses político-religiosos que pueden subyacer tras la posición de estos Estados miembro, una simple mirada a su regulación sustantiva respecto de ciertas cuestiones básicas de derecho de familia podría explicar, en parte, el porqué de su postura: ninguno de ellos contempla, en el momento presente, el matrimonio entre personas del mismo sexo, como tampoco la formalización de la pareja homosexual mediante el registro, a excepción en este último caso,

vinculados dieciocho Estados que podrán aplicar este Reglamento para determinar la ley aplicable al régimen matrimonial primario.

44. Las normas que atribuyen la competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales y autoridades participantes en la cooperación reforzada en materia de régimen económico matrimonial, se contienen en los artículos 4 a 19 del Reglamento 2016/1103, atendiendo a criterios de conexidad, autonomía de las partes, limitada, y jerarquía⁴⁰. Así, si los asuntos relativos al régimen económico matrimonial no tienen relación con procesos pendientes ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro sobre la sucesión de uno de los cónyuges o el divorcio, la separación judicial o la anulación del matrimonio, no se dan los requisitos requeridos⁴¹, o no son competentes los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (participantes en la cooperación reforzada), el presente Reglamento 2016/1103 establece otros criterios para atribuir la competencia judicial internacional, ordenados de manera jerárquica, para fijar la competencia judicial internacional. Estos foros distribuyen, en primer lugar, la competencia judicial entre los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada atendiendo a la elección, expresa o tácita de las partes. El Reglamento permite que, en determinadas circunstancias, las partes celebren un acuerdo de elección del foro, o se sometan tácitamente, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la ley aplicable (conectando foro y derecho aplicable) o de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la celebración del matrimonio (ante cuyas autoridades se haya celebrado el matrimonio, atendiendo a la noción que sobre el mismo de cada Derecho nacional). Si no hay elección expresa o tácita de los cónyuges o no se cumplen sus condiciones legales, el Reglamento 2016/1103 fija, subsidiariamente, una serie de criterios jerárquicos de competencia judicial internacional, de foros, que atienden a la residencia habitual de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda (criterio personal y fáctico) y otros foros basados en la conexión del régimen económico matrimonial con el órgano jurisdiccional del Estado miembro, participante en la cooperación reforzada, que conoce el asunto. Además, el Reglamento regula, la posible inhibición de los órganos jurisdiccionales competentes (distribuyendo la competencia entre otros órganos jurisdiccionales de Estados participantes en la cooperación reforzada), la competencia subsidiaria de los órganos jurisdiccionales de los Estados participantes en el Reglamento, para que conozcan de determinados bienes del régimen económico matrimonial. Prevé, también, para evitar situaciones de denegación de justicia, un foro de necesidad: permite a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro participante en la cooperación reforzada resolver, con carácter excepcional, sobre un régimen económico matrimonial que tenga una estrecha conexión con un tercer Estado.

45. Estos órganos jurisdiccionales o autoridades de los Estados, competentes en esta materia, deberán atender a las normas de conflicto que contiene el Reglamento 2016/1103, que no unifica las normas jurídicas sustantivas, sino que armoniza las normas de conflicto determinando la ley aplicable

de Hungría. Precisamente para asegurar que estos Estados miembro no tuvieran que lidiar con instituciones desconocidas en sus ordenamientos jurídicos –el matrimonio homosexual y las parejas registradas-, ambos Reglamentos –el de régimen económico matrimonial y el de efectos patrimoniales de las uniones registradas- incorporaron en su art. 9 un foro de competencia alternativa. La cuestión que subyace de fondo, es, sin embargo, mucho más compleja de resolver que mediante la inclusión de una disposición específica para evitar este tipo de supuestos: en algunos Estados miembros –mejor dicho, de acuerdo con la ideología del Gobierno actual en dichos Estados- podría existir el temor de que la adopción de estos Reglamentos pudiera llevar aparejada una apertura gradual y paulatina de la regularización de las parejas homosexuales”.

⁴⁰ Sobre la regulación de la competencia judicial internacional en este Reglamento *vid.* el estudio de P. PEITEADO MARISCAL, “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, 2017.

⁴¹ En virtud de los Reglamentos de sucesiones (Reglamento (UE) n°650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO L 201/107, del 27 de julio de 2012)) y del Reglamento Bruselas II bis (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 (DO L 338 de 23 de diciembre de 2003)).

al fondo. El Reglamento no sólo va a determinar entre los Estados, participantes en la cooperación reforzada, la competencia judicial internacional y la ley aplicable al régimen económico matrimonial, también va a trascender a otras cuestiones que afectan a los regímenes económicos matrimoniales, como el reconocimiento y ejecución de resoluciones o documentos públicos europeos sobre la materia⁴².

B) El régimen matrimonial primario protegido en el Reglamento por normas imperativas o por el orden público del foro

46. Para determinar el Derecho aplicable, sin olvidar la diversidad respecto a la regulación del fondo o sustantiva de regímenes económicos matrimoniales que existen en los Estados europeos⁴³, debemos atender a las normas de conflicto del Reglamento, entre los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada⁴⁴.

47. No obstante, estas normas de conflicto pueden estar limitadas por las normas imperativas de los Derechos nacionales, como límite anterior a la determinación de la ley aplicable; o puede ocurrir que, al aplicar la norma de conflicto del Reglamento, la ley extranjera determinada, su contenido, sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro.

48. Si el régimen matrimonial primario está incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento, ¿qué normas aplican los Estados participantes en la cooperación reforzada? ¿Funciona algún límite a la ley aplicable determinada por las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103, establecidas en los artículos 22 y 26 con sus propios límites⁴⁵?

⁴² Los mecanismos de reconocimiento, o ejecución, de decisiones o documentos públicos sobre regímenes económicos matrimoniales dictadas por órganos jurisdiccionales o autoridades de otro Estado miembro están regulados en los Capítulos IV y V, de los artículos 36 a 60, del Reglamento 2016/1103.

⁴³ Vid. P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, cit., pp. 39-117, sobre los diferentes regímenes económicos matrimoniales en los Estados miembros de la Unión Europea, distinguiendo entre los sistemas de Derecho civil y del *Common law* de Inglaterra y Gales. Las legislaciones nacionales regulan de manera muy distinta los regímenes económicos matrimoniales, pero, respetando los pactos o capitulaciones entre los cónyuges, se pueden agrupar en tres grandes sistemas: regímenes legales comunitarios (gananciales o universales), regímenes legales de participación y regímenes legales de separación. E. GÓMEZ CAMPELO, *ob. cit.*, pp. 91-94, distingue entre cuatro grandes regímenes económicos matrimoniales. En la doctrina extranjera vid.: H. PÉROZ, “Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux”, *La Semaine Juridique, Notariale et Immobilière*, núm. 29, 2016, pp. 33-39; G. ALPA, G. CAPILLI, *Diritto privato europeo*, Padova, 2006, pp. 53-63 sobre los regímenes patrimoniales de los cónyuges desde una perspectiva comparada. Un estudio en el ámbito europeo, F. ROMANA FANTETTI, “Il regime patrimoniale europeo della famiglia”, *Famiglia, Persona, Successioni*, núm.1, 2011, pp. 1-5, donde destaca tres puntos esenciales: la convergencia del régimen legal patrimonial de comunidad y de separación en Europa, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad para regular el régimen patrimonial conyugal y la comunidad de adquisiciones como modelo europeo matrimonial.

⁴⁴ También, P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, cit., pp.120-166, sobre la diversidad de normas de conflicto aplicables al régimen económico matrimonial en los Estados miembros de la Unión Europea. Teniendo en cuenta en lo que respecta al ámbito de aplicación de estas normas de conflicto, que en los sistemas del *Civil law* determinan la ley aplicable de la composición y administración del patrimonio y de la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, mientras que los sistemas del *Common law* fijan la ley aplicable solo para el momento de la disolución del vínculo matrimonial bien por separación judicial, divorcio o nulidad, bien por el fallecimiento de uno de los esposos. El Reglamento Europeo de cooperación reforzada no va a vincular a estos Estados del *Common law*, que seguirán aplicando sus propias normas de conflicto con su peculiar regulación y ámbito. Sobre las consecuencias económicas del matrimonio en el *Common law*: W. PINTENS, “Matrimonial property law in Europe”, en K. BOELE WOELKI, J. MILES, and J.M. SHERPE (eds.), *The future of Family property in Europe*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2011, pp. 19-46.

⁴⁵ La elección de ley por los cónyuges, limitada, se encuentra regulada en el artículo 22 (los cónyuges o futuros cónyuges podrán designar, o cambiar de común acuerdo la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, siempre que se trate de la ley de residencia habitual o nacionalidad de cualquiera de los cónyuges). En defecto de elección de ley por los cónyuges (o no cumplen los requisitos de forma y fondo de los artículos 23 y 24), se aplica la ley determinada por el artículo 26, de modo jerárquico, y con cláusula de excepción: en primer lugar, la ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, o, en su defecto, la ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, o, en su defecto, la ley con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias. A modo de excepción, y a instancia de cualquiera de los

49. Si consideramos que el régimen matrimonial primario, acorde con la calificación autónoma del Reglamento, son normas imperativas, de las que las partes no pueden disponer, debemos acudir a lo dispuesto en el artículo 30, y al considerando 53, del Reglamento 2016/1103, que determinan que las normas imperativas, o leyes de policía del foro, operan como límites *a priori* a sus normas de conflicto⁴⁶.

50. Así, el artículo 30 define qué son las normas imperativas (como leyes de policía, según el considerando 53) y fija cuál es su ámbito de aplicación⁴⁷ (“1. Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro. 2. Las leyes de policía son disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de ser aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al régimen económico matrimonial en virtud del presente Reglamento”). Y el considerando 53, además, aclara que, “por consiguiente, el concepto de «leyes de policía» debe abarcar las normas de carácter imperativo, como las normas para la protección de la vivienda familiar”⁴⁸. Haya elección de ley por los cónyuges o no, pues, en el Reglamento 2016/1103, no se hace tal distinción. Así en el artículo 22, cuando regula la norma de conflicto que permite la libre elección de las partes, no la limita con aquellas normas que no se pueden excluir (como establecen los Reglamentos sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales)⁴⁹. No obstante, esta excepción de la ley aplicable al régimen económico matrimonial habrá de interpretarse en sentido estricto, para que pueda seguir siendo compatible con el objetivo general del presente Reglamento; y es el considerando 72 el que establece que se considera el objetivo del Reglamento 2016/1103: “la libertad de circulación de las personas, posibilitando que los cónyuges organicen sus relaciones patrimoniales entre sí y en relación a terceros garantizando la previsibilidad y la seguridad jurídica”.

cónyuges, la autoridad judicial que tenga competencia para resolver sobre el régimen económico matrimonial podrá decidir que la ley donde los cónyuges tuvieron su última residencia habitual común sea aplicable si se cumplen determinados requisitos.

⁴⁶ N. CHIKOC BARREDA, ob. cit., p. 108.

⁴⁷ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, cit., pp. 43 y 44 enumera los requisitos que se extraen de este artículo 30: “a) en primer término se define qué se entiende por estas normas: disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos; b) seguidamente se concreta cuáles pueden ser éstos: su organización política, social o económica; c) en tercer lugar se señala que su naturaleza es imperativa; d) a continuación se indican los efectos de estas normas: serán aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la Ley aplicable al régimen económico matrimonial en virtud de los Reglamentos, sobre la que se imponen; e) en quinto término se recalca el carácter excepcional de su utilización y, además, a discreción de la autoridad competente (se trata de una facultad para ésta); f) finalmente, desde un punto de vista exegético, se recuerda que estas leyes se han de interpretar en sentido estricto”.

⁴⁸ N. CHIKOC BARREDA, ob. cit., pp. 106-108, nos dice que el artículo 30 recoge una cláusula estándar de aplicabilidad de las normas de policía del foro, definidas tal cual se describen en el artículo 9. 1º del Reglamento Roma I (Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DO L 177/6 de 4 de julio de 2008) alienándose de este modo con la posición del Reglamento Roma II (Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (DO L 199/40 de 31 de julio de 2007), que excluye las leyes de policía extranjeras (artículo 16). Sin embargo, el respeto a las exigencias de proximidad entre la ley elegida y la relación jurídica puede explicar la ausencia de una cláusula general relativa a las normas de policía en el artículo 10 del Reglamento Roma III (Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DO L 343/10 de 29 de diciembre de 2010) y en el artículo 30 del Reglamento de sucesiones en las que se sustituye por una cláusula especial.

⁴⁹ En relación a la posible diferencia entre las normas imperativas (o de aplicación inmediata o necesaria) y las leyes de policía conviene hacer la siguiente precisión atendiendo a otros Reglamentos europeos. Así, el Reglamento Roma I, en el artículo 3, párrafos 3º y 4º y el Reglamento Roma II, en el artículo 14, párrafos 2º y 3º (en los mismos términos), cuando regulan la libre elección por las partes de la ley aplicable, disponen que la elección de ley no puede eludir aquellas normas vinculadas con el contrato o con la responsabilidad extracontractual que no pueden excluirse mediante acuerdo (normas imperativas). En otros artículos de estos Reglamentos europeos, se regulan y definen que se entiende por leyes de policía y cuándo se han de aplicar haya o no elección de las partes (artículo 9 del Reglamento Roma I y artículo 16 del Reglamento Roma II). *Vid.* sobre esta distinción, S. SÁNCHEZ LORENZO, “El carácter *ultra vires* del Reglamento “Roma I” y el test de compatibilidad de las normas imperativas estatales”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo VI, 2006, pp. 165-178.

51. Como señala parte de la doctrina⁵⁰, ejemplos de normas de policía o imperativas cubiertas por el Reglamento, además de las que protegen la vivienda familiar (a las que se refiere expresamente el considerando 53)⁵¹, serían aquellas referentes a la solidaridad económica de los cónyuges para hacer frente a las cargas del matrimonio, así como la facultad de cada esposo para vincularse por contratos que tengan por objeto la gestión doméstica.

52. Por tanto, si considera el órgano jurisdiccional o autoridad que conoce del asunto, que se encuentra dentro del ámbito de su aplicación, que hay que proteger esos intereses esenciales de su Estado, de su organización política, social o económica -que no son *numerus clausus*, pero que hay que interpretar restrictivamente-, no aplicará ninguna otra ley que no sea la que protege los intereses de su Estado. En consecuencia, no se aplicaría la ley extranjera, señalada por la norma de conflicto del Reglamento, que regula el régimen económico matrimonial, sino la ley del foro⁵².

53. En caso de incumplimiento, si las leyes de policía no contemplan las consecuencias jurídicas de dicho incumplimiento, el órgano jurisdiccional o autoridad debe decidir en cada caso qué consecuencia se debe derivar. Se podría atender a lo dispuesto en el artículo 6.3 CC, si conocen autoridades españolas⁵³: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

54. Ahora bien, si partimos que los fines o intereses esenciales de las normas que regulan el régimen matrimonial primario son equivalentes en la ley del foro y en las leyes extranjeras (los ordenamientos extranjeros pueden conocer figuras similares defendiendo este régimen, como vimos), nada obstaría a la aplicación de las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103 para todas las cuestiones del régimen matrimonial primario. Solo cuando los principios que recoge ese régimen no estén suficientemente asegurados (por consideraciones de interés público), los órganos jurisdiccionales o autoridades podrán excluir la aplicación de la ley extranjera. Pero ya teniendo en cuenta su contenido, y *a posteriori*, por ser contraria una determinada disposición del Derecho extranjero, al orden público, en los términos del artículo 31 del Reglamento y del considerando 54.

55. Así, el artículo 31 dispone que, “la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado determinada por el presente Reglamento solo podrá ser rehusada si dicha aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público (*ordre public*) del foro”. El considerando 54, para especificar ese límite, establece que, las consideraciones de interés público también deben permitir a los órganos jurisdiccionales y demás autoridades competentes que conozcan de asuntos relativos al régimen económico matrimonial en los Estados miembros no tener en cuenta, con carácter excepcional, determinadas disposiciones de la ley extranjera cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro de que se trate. Sin embargo, los órganos

⁵⁰ M. A. GANDÍA SELLENS, “Artículo 30. Leyes de Policía”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea, Comentarios a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 342, en nota a pie 12 cita, entre otros, a E. FONGARO y E. FREMONT, “L’entrée en application des règlements européens sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 48, 2017, párrs. 6 y 7.

⁵¹ N. CHIKOC BARREDA, ob. cit., p. 108, precisa: “el artículo 30 del Reglamento 2016/1103, que adopta una cláusula general de admisibilidad de las normas de policía del foro y la definición clásica de las mismas, puede ser visto, no sin cierta paradoja, como una anomalía dentro de la tendencia a la especialización de la imperatividad internacional seguida por los otros reglamentos en materia familiar y sucesoria. Un esfuerzo por adoptar la cláusula general al ámbito de las relaciones patrimoniales entre cónyuges se infiere de la precisión contenida en el considerando 53 del Reglamento, al ofrecer una directiva al intérprete sobre las disposiciones que pueden calificarse como tal en el ordenamiento del foro. Se trata de las “normas para la protección de la vivienda familiar”, las cuales forman parte del régimen primario imperativo consagrado en numerosos ordenamientos jurídicos”.

⁵² M. BUSCHBAUM y V. SIMÓN, “Les Propositions de la Commission européenne relatives à l’harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés”, *Revue Critique de Droit international privé*, núm. 4, 2011, p. 808, para estos autores, ya en la Propuesta, el artículo 30 del Reglamento solo preveía la aplicación de las leyes de policía del foro, no la de terceros Estados.

⁵³ M. A. GANDÍA SELLENS, ob. cit., pp. 343 y 344.

jurisdiccionales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar la ley de otro Estado, cuando ello sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en particular, a su artículo 21 sobre el principio de no discriminación.

56. Por ejemplo, si una ley establece que solo uno de los cónyuges soporta las cargas del matrimonio o solo él asume la potestad doméstica, o una ley permita que uno de los cónyuges enajene o grave sin consentimiento del otro o sin autorización judicial la vivienda familiar, estaríamos ante una manifiesta vulneración del orden público del Estado miembro que conociera del asunto, en contra del principio de no discriminación de la Carta de la Unión Europea. En estos casos, no se aplicaría esa determinada disposición de la ley extranjera porque constituiría una manifiesta incompatibilidad con el orden público del foro.

57. Por tanto, es conveniente conocer que diferencias existen entre estos dos límites aplicables para proteger el régimen matrimonial primario, que el Reglamento 2016/1103 regula, como las normas imperativas y el orden público⁵⁴, y cuáles son sus consecuencias.

5. Las diferencias de las leyes de policía con el orden público para salvaguardar el régimen matrimonial primario

58. Los cónyuges no pueden acordar la ley aplicable, ni se puede atender a la ley determinada en defecto de elección, si la cuestión relativa al régimen económico matrimonial está protegida por leyes de policía, normas imperativas o de aplicación inmediata o necesaria⁵⁵, por consideraciones de interés público, como la protección de la organización política, social o económica de un Estado miembro. En este caso, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada solo pueden aplicar esas leyes de policía o normas imperativas.

59. Dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 2016/1103, se incluye el llamado régimen económico matrimonial primario, es decir, aquellos aspectos patrimoniales de los cónyuges que, en parte, pueden ser indisponibles, y pueden ser regulados por normas imperativas (considerando 18 del Reglamento).

60. Por tanto, en la determinación de la ley aplicable, si consideramos que existen normas imperativas del foro, en caso de los litigios internacionales en relación con determinados aspectos relativos al régimen económico matrimonial, vigente o disuelto el matrimonio, los cónyuges están sometidos a esas normas imperativas o de aplicación inmediata del Estado del juez o tribunal o autoridad que conoce el asunto. En consecuencia, en el tráfico jurídico internacional, sea cual sea la ley elegida (o aplicable conforme a las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103), se aplicarán las normas imperativas previstas por la ley del foro. Este es sentido de lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento.

61. Sin embargo, la aplicación de estas normas imperativas, como límite a la elección o aplicación de ley de los cónyuges a su régimen económico matrimonial, debe ser excepcional, como señala el considerando 53 del Reglamento 2016/1103. Los órganos jurisdiccionales o autoridades no pueden impedir a las partes que regulen sus relaciones matrimoniales patrimoniales de la manera que estimen conveniente, eligiendo la ley que más les favorezca o más vinculada con sus pretensiones (dentro de los

⁵⁴ H. PÉROZ. "Les lois applicables au régime primaire: incidences du Règlement (UE) 2016/1103 sur le Droit applicable au régime primaire en Droit international privé français", *Journal du Droit International*, n° 3, 2017, pp. 813-829.

⁵⁵ Las leyes de policía (disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica), abarcan las normas imperativas que son de aplicación inmediata o necesaria por los órganos jurisdiccionales o autoridades que conocen del asunto, aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al régimen económico matrimonial en virtud del presente Reglamento (artículo 30 y considerando 53 del Reglamento 2016/1103).

límites de fondo y forma previos regulados), ni que se aplique una ley extranjera determinada legalmente. Hay que valorar que estamos en un ámbito de libre disposición del matrimonio, donde debe primar tanto la autonomía de la voluntad material (los cónyuges establecen el régimen económico matrimonial que estimen conveniente), como la autonomía conflictual (los cónyuges eligen la ley, con límites, que va a regir su régimen económico matrimonial tanto pactado como el legal supletorio⁵⁶). Solo cuando se tengan que proteger intereses o valores esenciales del ordenamiento jurídico de un Estado miembro se podrán límites a la determinación de la ley aplicable, porque el órgano jurisdiccional está obligado a aplicar las normas imperativas a toda situación internacional, como a la interna, sin que la voluntad de las partes pueda prevalecer.

62. Distinto de este límite *a priori*, anterior a la determinación de la ley aplicable, es el límite *a posteriori* de la excepción de orden público, aunque con algunas similitudes. Porque, son también consideraciones de interés público, las que deben permitir a los órganos jurisdiccionales y demás autoridades competentes que conozcan de asuntos relativos al régimen económico matrimonial en los Estados miembros, no tener en cuenta, con carácter excepcional, determinadas disposiciones de la ley extranjera (elegida de común acuerdo por los cónyuges o futuros cónyuges, o determinada de manera supletoria), cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro de que se trate.

63. Es decir, si las partes eligen una de las leyes aplicables (o se determina de manera subsidiaria por las disposiciones del Reglamento 2016/1103) a su régimen primario matrimonial, si esta ley es un derecho material extranjero que contiene alguna disposición que vulnera de manera manifiesta el orden público internacional del foro, esta disposición extranjera no se aplicará y se regulará el fondo del asunto, en principio, por el derecho material del foro, el derecho de los órganos jurisdiccionales que conocen el asunto⁵⁷.

64. La excepción de orden público ha de invocarse de manera limitada⁵⁸, pues, además de su aplicación cuando exista incompatibilidad manifiesta, y con carácter excepcional, tiene como consecuencia que no se aplique la ley extranjera que regula el régimen económico matrimonial, pactado o legal, y se aplique la ley del órgano jurisdiccional del Estado miembro participante en la cooperación reforzada⁵⁹. Este es el sentido del artículo 9 del Reglamento 2016/1103⁶⁰, que regula la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros puedan inhibirse de conocer de los efectos patrimoniales de un matrimonio, si su derecho no contempla esa institución matrimonial (por ejemplo, en matrimonios poligámicos), para luego no tener que invocar la excepción del orden público porque la ley del foro no permite determinados matrimonios y, por tanto, no puede regular sus efectos⁶¹.

⁵⁶ El artículo 22 del Reglamento 2016/1103 solo permite la elección de determinadas leyes y con cumplimiento de determinados requisitos de forma y fondo (artículos 23, 24 y 25).

⁵⁷ El artículo 10 del Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, dispone que cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro.

⁵⁸ Así hay que interpretar lo establecido en el considerando 54 del Reglamento 2016/1103.

⁵⁹ Como sostiene, P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, cit., pp. 376-378, en los casos de disolución o liquidación del régimen económico matrimonial de matrimonios poligámicos o en los supuestos de repudio irrevocable, los órganos jurisdiccionales españoles, a pesar de tratarse de instituciones no previstas por el Derecho español, recurrirán a la aplicación del orden público atenuado al ser ésta la solución que se viene aceptando desde hace algunos años tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, reconociendo derechos sucesorios, de alimentos, pensiones compensatorias y a la disolución del régimen económico matrimonial en estos tipos de situaciones.

⁶⁰ También en el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/1104 se establece que los órganos jurisdiccionales competentes en virtud de los foros de este Reglamento pueden inhibirse de conocer si considera que en su derecho no está reconocida la institución de la unión registrada. Si el órgano jurisdiccional decide inhibirse, lo hará sin dilación indebida.

⁶¹ J.M. FONTANELLAS MORELL, ob. cit., pp. 277 y 278, para este autor, parece lógico y coherente pensar que si el tribunal no se ha inhibido en un litigio referente a una institución desconocida en su ordenamiento jurídico cuando ha tenido la oportunidad de hacerlo, posteriormente ya no pueda invocar la excepción de orden público por el hecho de que la ley del foro no contempla el matrimonio o la unión en cuestión.

65. La excepción del orden público internacional, regulada en el artículo 31 del Reglamento 2016/1103, se encuentra prevista, en los mismos términos, en todos los Reglamentos europeos de ley aplicable: en el artículo 21 del Reglamento Roma I⁶², relativo a las obligaciones contractuales, en el artículo 26 del Reglamento Roma II⁶³, relativo a las obligaciones extracontractuales, en el artículo 12 del Reglamento Roma III⁶⁴, sobre la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio, en el artículo 13 del Protocolo de La Haya de 2007 de obligaciones alimenticias (al que remite el Reglamento 4/2009)⁶⁵ y en el artículo 35 del Reglamento 650/2012, en materia sucesoria⁶⁶.

66. Pero, este artículo 31 del Reglamento 2016/1103 relativo a los regímenes económicos matrimoniales, no define qué se entiende por orden público⁶⁷, ni ninguno de los Reglamentos europeos, solo establece que la aplicación de una disposición (extranjera) designada por el Reglamento debe ser manifiestamente contraria al orden público del foro, del Estado del órgano jurisdiccional que conoce del asunto.

67. El orden público internacional se entiende como el conjunto de valores, intereses o principios esenciales del ordenamiento jurídico de un Estado, que los órganos y las autoridades del mismo pueden defender, bien mediante el respeto a las normas imperativas, bien invocando la excepción de orden público del foro para no aplicar la ley extranjera, o la disposición, determinada por la norma de conflicto; o bien, no reconociendo o ejecutando una decisión extranjera que implique vulneración de orden público del Estado de los órganos jurisdiccionales donde esa decisión se pretende reconocer o ejecutar. Por tanto, el orden público en las situaciones internacionales se puede defender de tres maneras, y como límite anterior o posterior a la aplicación de la ley determinada para regir el fondo del asunto. Son los Estados los que determinan las exigencias del orden público, pero teniendo en cuenta los límites impuestos por los objetivos de los instrumentos internacionales⁶⁸.

68. De otro modo, la excepción orden público internacional se puede entender⁶⁹, de manera general, en sentido material, cuando se vulneran, por ejemplo, principios como el de igualdad o no discrimi-

⁶² Artículo 21 del Reglamento Roma I: “Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

⁶³ Artículo 26 del Reglamento Roma II: “Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

⁶⁴ Artículo 12 del Reglamento Roma III: “Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

⁶⁵ Artículo 13 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (DO L 331 de 16 de diciembre de 2009): “La aplicación de la ley determinada conforme al Protocolo sólo podrá rechazarse en la medida en que sus efectos fueran manifiestamente contrarios al orden público del foro”.

⁶⁶ Artículo 35 del Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo: “Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por el presente Reglamento si esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro”.

⁶⁷ Como señala O. FERACI, “L’autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell’Unione Europea”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XCVI, fasc. 2, 2013, p. 485.

⁶⁸ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE), de 28 de marzo de 2000, Asunto C-7/98, *Krombach*, afirmaba que el contenido de orden público corresponde precisarlo al juez que conoce del asunto, es decir, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) corresponde fijar los límites y el alcance de ese orden público. *Vid.* R. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “Límites a la construcción de un orden público europeo en materia de derechos fundamentales. (A propósito de la sentencia del TJCE *Krombach c. Bamberski* de 28 de marzo de 2000)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 8, 2000; M. GUZMÁN ZAPATER, “¿Hay avances en la construcción de una noción de orden público en el ámbito comunitario? (A propósito de las SSTJCE de 1 de junio de 1999, 28 de marzo y 11 de mayo de 2000 sobre el art. 27.1 del Convenio de Bruselas)”, *Aranzadi Civil*, núm. 5, 2001; L. CABALLERO PIÑERO, “Orden público comunitario, derechos fundamentales e interpretación del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas. Comentario a la sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000, *Krombach*”, *La Ley Unión Europea*, núm. 3, 2000. También, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), de 6 de septiembre de 2012, Asunto C-619/10, *Trade Agency*, y STJUE, de 25 de mayo de 2016, Asunto C-559/14, *Meroni*, sobre la cláusula de orden público en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (fundamentos 33 a 35).

⁶⁹ Doctrina sobre el orden público internacional, en S. L. FELDSTEIN DE CARDENAS, “El Orden Público Internacional: una mirada desde el Derecho Internacional Privado”, *Globalización y Derecho*, Madrid, 2003; y O. FERACI, *L’ordine pubblico nel diritto internazionale privato dell’Unione europea*, Milano, 2012.

minación contenidos en las Constituciones de los distintos Estados y en los Convenios internacionales o europeos sobre los derechos humanos⁷⁰; y en sentido procesal, cuando se vulnera el principio de tutela judicial efectiva⁷¹.

69. Así, el orden público debe permitir a los órganos jurisdiccionales y demás autoridades competentes que conozcan de asuntos relativos a los regímenes económicos matrimoniales en los Estados miembros, no tener en cuenta, con carácter excepcional, determinadas disposiciones de la ley extranjera cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro de que se trate⁷². Sin embargo, los órganos jurisdiccionales, u otras autoridades competentes, no deben poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar la ley de otro Estado⁷³ (o de negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución judicial, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro), cuando ello sea contrario a la Carta y, en particular, a su artículo 21 sobre el principio de no discriminación⁷⁴.

70. Las leyes de policía o normas imperativas, que intervienen como límite a las normas de conflicto antes de determinar la ley aplicable, también defienden intereses públicos esenciales de un Estado para proteger unos determinados efectos del matrimonio⁷⁵.

⁷⁰ La STJCE, de 11 de marzo de 2000, Asunto C-38/98, *Renault*, en el fundamento 30: “Para respetar la prohibición de revisión en cuanto al fondo de la resolución extranjera, el menoscabo debería constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento”.

⁷¹ La STJUE, de 2 de abril de 2009, Asunto C-394/07, *Gambazzi*, en el fundamento 28: “Por lo que se refiere al ejercicio del derecho de defensa, al que se refiere la cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia ha recordado que tienen una importancia destacada en la organización y el desarrollo de un proceso justo y que figura entre los derechos fundamentales que se desprenden de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y de los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos”.

⁷² Sobre esta materia se pronuncia la Resolución de la DGRN, de 20 de julio de 2016 (LA LEY 7486/2016), en el fundamento de derecho segundo: “cuando el causante presenta vínculos o posee bienes en otro Estado, cuyos principios culturales, y por ende su axiología, se diferencian de aquellos que informan el ordenamiento de la ley aplicable al supuesto puede ocurrir que principios esenciales del ordenamiento de la Autoridad que aplica la norma determinen la inaplicabilidad de las soluciones normativas a las que conduce la ley aplicable. Se trata de la aplicación de la excepción de orden público internacional que tiene una especial significación en los derechos de familia y sucesiones, de manera que la doctrina y la jurisprudencia de los países de nuestro entorno han profundizado en su aplicación y a reconocer efectos de situaciones jurídicas creadas fuera del propio ordenamiento o la doctrina de la proximidad, en que se fortalece la proyección del orden público internacional en situaciones próximas”.

⁷³ El artículo 18.2 de la Propuesta de Reglamento sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas de 2011 (COM (2011) 127 final), (el artículo 23 de la Propuesta de Reglamento sobre Regímenes económicos matrimoniales de 2011 no incluía la misma regulación sobre la excepción de orden público), impedía el recurso a la excepción de orden público si su invocación se debía exclusivamente a que la ley del tribunal competente desconocía este tipo de unión. En la misma línea, el artículo 24 de la citada Propuesta disponía que el juez del Estado requerido tampoco podía denegar el reconocimiento o la ejecución de una resolución, ni de una parte de una resolución, relativa a los aspectos patrimoniales de una unión registrada por el hecho de que su ley interna no reconociera la unión registrada o no le atribuyera los mismos efectos patrimoniales. Los actuales Reglamentos regulan del mismo modo la excepción de orden público: artículo 31 en ambos. La explicación la encontramos en M. VINAIXA MIQUEL, “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2017, p. 306: “la deducción a la que nos lleva la lectura del artículos 9.1 de ambos Reglamentos (es decir, la posibilidad de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de inhibirse si su derecho desconoce la institución matrimonial o la unión registrada), quizás ha sido el motivo por que el legislador de la UE haya optado por incluir en ambos Reglamentos una cláusula general de orden público, es decir, una cláusula que no ofrece directrices a las autoridades judiciales de cómo debe ser aplicada”.

⁷⁴ El Reglamento 2016/1103 respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular sus artículos 7, 9, 17, 21 y 47, relacionados con la materia de régimen económico matrimonial, relativos, respectivamente, al respeto de la vida privada y familiar, el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia según las leyes nacionales, el derecho a la propiedad, el principio de no discriminación y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Como dispone el considerando 73, el presente Reglamento 2016/1103 debe ser aplicado por los órganos jurisdiccionales, y otras autoridades competentes de los Estados miembros, en cumplimiento de dichos derechos y principios.

⁷⁵ La excepción de orden público solo se utilizaría, no para no reconocer determinada relación familiar, sino para no aplicar los efectos patrimoniales de esa relación familiar. En este sentido A. BONOMI, en el *Informe explicativo del Protocolo de La Haya de 23 de diciembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias*, Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, La Haya 2013, párrafo 177.

71. Entonces, ¿cuál es la distinción entre la excepción del orden público y las leyes de policía, para conocer cuando no se puede aplicar la ley extranjera, o una concreta disposición, para proteger el régimen matrimonial primario?

72. Empecemos con un ejemplo, ya tratado anteriormente. Así, en lo relativo al límite *a priori* de la ley aplicable, si consideramos que la protección del uso y atribución de la vivienda familiar constituye un contenido obligatorio y esencial de los efectos del matrimonio⁷⁶, en caso de los litigios en relación con la misma, el órgano jurisdiccional o autoridad competente, no aplicará la ley extranjera, determinada por la norma de conflicto del Reglamento 2016/1103. Los asuntos relativos a la vivienda habitual son protegidos por una ley de policía, que abarca esta norma imperativa del órgano jurisdiccional o autoridad del Estado que conoce del asunto (tal y como establece el considerando 53 del Reglamento 2016/1103), por razón de interés público.

73. Se observa, por tanto, que la norma imperativa, como norma directa de Derecho internacional privado⁷⁷, y que actúa como límite anterior a la determinación de la ley señalada por la norma de conflicto, es de aplicación restrictiva⁷⁸, solo opera en el ámbito de aplicación de los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes, al igual que la excepción de orden público. En este caso, como límite posterior, solo se podrá oponer, con carácter excepcional, a la aplicación de la ley extranjera determinada por la norma de conflicto, cuando exista una contrariedad manifiesta entre los efectos de la aplicación de esta ley extranjera y la ley del foro (de los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes), y no cuando existan regulaciones distintas.

74. No obstante, también podemos destacar las diferencias, como límites de la ley aplicable, de la norma imperativa y de la excepción de orden público, pues operan en momentos distintos y pueden conducir a diversas consecuencias en su aplicación al régimen matrimonial primario.

75. En primer lugar, como ya apuntamos, el momento de su intervención en relación con la ley aplicable: las leyes de policía o normas imperativas actúan antes de determinar la ley aplicable por las normas de conflicto, como límite a la libre elección de esta o a la determinación subsidiaria, por ser normas de aplicación directa (aplicables tanto a situaciones internas como a situaciones internacionales) y, que, además, pueden limitar la competencia judicial internacional⁷⁹. El orden público internacional, interviene cuando se aplica la ley extranjera que contiene una disposición, su contenido, que va en contra, manifiestamente, de los principios y valores que un determinado país considera esenciales en un momento histórico determinado⁸⁰.

76. Del mismo modo, las leyes de policía están fijadas en normas imperativas de cada Estado que no se pueden excluir mediante acuerdos de las partes y que obligan al órgano jurisdiccional o autoridad que conoce del asunto a su aplicación dentro de su ámbito, de oficio, sin atender a otras normas

⁷⁶ Así, en distintos ordenamientos jurídicos (artículo 1320 del Código civil, artículo 144 del *Codice Civile*; y en el Derecho francés, artículo 215.3 del *Code Civil* y en el mismo artículo en el Derecho belga), ninguno de los cónyuges puede disponer de la vivienda familiar, sin consentimiento del otro o sin autorización judicial.

⁷⁷ En este sentido, J. M. FONTANELLAS MORELL, ob. cit., p. 262, que señalaba que, es precisamente este carácter imperativo de las reglas del régimen primario el que las hace entrar dentro de la esfera de influencia de la Propuesta, hoy Reglamento, que acaba por traerlas a colación en calidad de leyes de policía.

⁷⁸ B. AÑOVEROS TERRADAS, “La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho internacional privado comunitario de la familia”, en J.J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS y R. VIÑAS FARRÉ (eds.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 131, para esta autora así lo establece el considerando 53 del Reglamento 2016/1103.

⁷⁹ Pues como vimos al estudiar esta cuestión, los cónyuges pueden elegir los órganos jurisdiccionales competentes, por su misión expresa o tácita, pero en conexión con la ley elegida (artículos 7 y 8 del Reglamento 2016/1103). Son en estos supuestos cuando las normas imperativas actúan como límite también para determinar la competencia judicial internacional.

⁸⁰ Sobre las características esenciales del orden público internacional: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 2065, 2008, pp. 2351-2378; y A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, pp. 365-370.

(como las normas de conflicto)⁸¹. El orden público internacional, son principios y valores contenidos en las Constituciones o en la Carta o Declaración de los Derechos Fundamentales o en Convenios internacionales, que obligan a los Estados miembros, o a los que la han firmado y ratificado, y que pueden excluir la aplicación de una ley extranjera determinada por la norma de conflicto cuando aquella es contraria, en un caso concreto y en un momento determinado, a esos principios y valores, con los límites que los objetivos de los instrumentos internacionales dictan.

77. En segundo lugar, y respecto a las diferencias en cuanto a las consecuencias, los órganos jurisdiccionales siempre están obligados a aplicar a la situación jurídica, sea interna o internacional, la norma imperativa del foro, si el asunto se enmarca en el supuesto de hecho contemplado por esa norma imperativa. Sin embargo, cuando la aplicación de la ley extranjera, determinada por la norma de conflicto, es contraria a los principios y valores esenciales de un Estado, interviene la excepción del orden público internacional, y los órganos jurisdiccionales o autoridades que conocen del asunto, no aplican esa concreta ley, pero si la norma de conflicto contiene otros puntos de conexión que conducen a otra ley extranjera, puede ésta serlo al fondo del asunto sin tener que aplicar siempre la ley del foro⁸².

78. Teniendo en cuenta que, las normas de conflicto en materia de régimen económico matrimonial, que incluye el régimen primario, funcionan con varios puntos de conexión: dependiendo si hay elección de ley por las partes (artículo 22 del Reglamento 2016/1103) o no, y en este último caso, los puntos de conexión son objetivos y vinculados con el matrimonio aplicándose uno en defecto de otro (artículo 26 del Reglamento 2016/1103)⁸³, la excepción del orden público a esta situación jurídica privada internacional, pues, no siempre tiene porque implicar la aplicación de la ley del foro. Puede ser aplicable una ley extranjera que no sea contraria a este orden público. Si bien, en Derecho de familia, al igual que en Derecho de sucesiones, debido a la disparidad de normas nacionales, los órganos jurisdiccionales o autoridades que conocen del asunto pueden tender a aplicar su propia ley⁸⁴, cuando la aplicación de la ley extranjera se considere que vulnera los principios o valores que defienden sus ordenamientos jurídicos en estas materias tan ligadas a los valores esenciales de cada país⁸⁵. Pero ¿y si estos principios son similares?

6. Conclusiones sobre las normas aplicables al régimen matrimonial primario

79. El considerando 18 del Reglamento 2016/1103, como señalamos, establece una apreciación autónoma para definir lo que se entiende por régimen económico matrimonial. Del mismo, estimamos la calificación autónoma que se otorgue al régimen matrimonial primario, pues puede cambiar de manera

⁸¹ En la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 9 de octubre de 2017 (BOE núm. 274, de 11 de octubre de 2017), en el recurso interpuesto contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Ceuta a la inscripción de sendas escrituras de aportación a la sociedad de gananciales y ulterior de capitulaciones matrimoniales y liquidación de sociedad conyugal, se deniega la inscripción por no aplicación de norma imperativa del ordenamiento español, con independencia de la nacionalidad de los cónyuges.

⁸² Así se regula en el artículo 14. 2 de la Ley italiana de Derecho internacional privado de 1995. En nuestro Derecho internacional privado al no establecer la solución el artículo 12.3 CC, la jurisprudencia resuelve en multitud de ocasiones que, si no se aplica la ley extranjera, por ser manifiestamente contraria al orden público en un caso concreto, se regule el fondo del asunto por la ley del foro, de tal forma que los órganos jurisdiccionales españoles apliquen la ley española. Para M.A. GANDÍA SELLENS, “Artículo 31. Orden público”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea, Comentarios a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 349, la excepción de orden público lleva aparejada un efecto negativo o excluyente de la ley aplicable por la norma de carácter institucional, en aquellos aspectos que regule infringiendo los principios y valores de la ley del foro; y un efecto positivo o de aplicación de la ley del foro.

⁸³ Artículo 26.1 del Reglamento 2016/1103.

⁸⁴ La determinación de la ley del foro cuando no puede aplicarse la ley extranjera por ir en contra de los principios de no discriminación e igualdad, está prevista expresamente en el artículo 10 del Reglamento Roma III, en un supuesto especial de aplicación del orden público internacional.

⁸⁵ O. FERACI, “L’autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell’Unione Europea”, *Rivista di Diritto Internazionale*, cit., p. 486.

absoluta el ordenamiento aplicable. Si lo consideramos como reglas imperativas del foro, de los órganos jurisdiccionales o autoridades que conocen del asunto, éstos aplicarán sus propias normas; si no todo el régimen primario lo conforman leyes de policía, sería posible aplicar las normas de conflicto del Reglamento y determinar que una ley extranjera regule aspectos de aquellos efectos patrimoniales de todo matrimonio (con independencia del régimen pactado o legal), que puede ser la ley de cualquier país, tal y como establece la aplicación universal del Reglamento en el artículo 20.

80. Nos preguntamos, en este estudio, si todo el régimen primario lo conforman normas imperativas⁸⁶, como pareciera deducirse de la definición autónoma del Reglamento. Teniendo en cuenta que éstas pueden ser aplicables tanto a situaciones internas como a las situaciones internacionales sea cual sea la ley aplicable al fondo del asunto⁸⁷, pues son de aplicación inmediata.

81. Como consecuencia, tanto si los cónyuges pactan capitulaciones, o eligen la ley de un Estado para regir su régimen económico matrimonial (artículo 22 del Reglamento 2016/1103, con los requisitos de los artículos 23, 24 y 25), o la ley aplicable se determina por los puntos de conexión objetivos y subsidiarios establecidos por el Reglamento (artículo 26), las normas del régimen matrimonial primario del foro (de los órganos jurisdiccionales o autoridades que conozcan de un asunto) deberían de aplicarse.

82. Sin embargo, dependiendo de los países, y de los jueces, tribunales o autoridades que resuelvan el litigio o conozcan del asunto, el carácter imperativo de este régimen primario puede variar: podrán ser considerados ciertos aspectos como indisponibles y, por tanto, sustraídos a la elección de ley de los cónyuges⁸⁸, o a las leyes supletorias que regula el Reglamento 2016/1103, o no⁸⁹. Por otra parte, no es descartable considerar que estas normas imperativas o leyes de policía, que protegen los intereses políticos, sociales y económicos de un Estado, son aplicables en el ámbito territorial de los órganos jurisdiccionales o autoridades que conocen del asunto, lo que puede dificultar su efectiva aplicación.

83. Además, de su carácter imperativo, o no, y de su ámbito de aplicación, está la dificultad de calificación de algunas normas del régimen matrimonial primario, como, por ejemplo, la referida a la atribución del uso de la vivienda familiar, que conllevaría aplicar a las cuestiones de competencia judicial internacional, ley aplicable, y reconocimiento o ejecución, otro instrumento jurídico: el Reglamento (CE) 4/2009⁹⁰, que en su capítulo II remite para determinar la ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre familia, parientes y afines (cónyuges y ex cónyuges) al Protocolo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007. Así, la atribución del uso de la vivienda habitual tras la crisis matrimonial podría ser calificada como materia alimenticia (por ejemplo,

⁸⁶ J. BARCELÓ DOMÉNECH, "Disposiciones generales", en J. RAMS ALBESA y J.A MORENO MARTÍNEZ (coords.), *El régimen económico matrimonial. Comentarios al Código civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 45 (pp.41-106), siguiendo a la doctrina civilista española, que adopta la expresión de régimen primario para designar el conjunto de disposiciones contenidas en el capítulo I del Título III CC, ha señalado que si bien estas normas constituyen la base del sistema de las relaciones patrimoniales entre cónyuges, no puede decirse que su aplicabilidad a todos los regímenes matrimoniales proceda de su carácter imperativo. Para M.J. MONFORT FERRERO, *ob. cit.*, p. 26, el problema que se plantea es el de la imperatividad o no de este conjunto de normas, si todos los preceptos que contiene son imperativos o solo lo es parcialmente.

⁸⁷ Como sostiene M. VINAIXA MIQUEL, *ob. cit.*, p. 285.

⁸⁸ E. GÓMEZ CAMPELO, *ob. cit.*, p. 160, precisa que, solo ciertas materias que integran el llamado régimen primario (como la protección de la vivienda familiar o la responsabilidad frente a terceros en operaciones de naturaleza bancaria, como apertura de cuenta corriente o depósito de títulos) no pueden ser objeto de otras normas que las que imperativamente establece un ordenamiento interno. En el resto de los derechos y deberes fundamentales de los cónyuges (solo supuestos patrimoniales, no personales) a la hora de determinar la ley aplicable en un matrimonio de distinta residencia o nacionalidad sí recomienda obviar la elección de ley aplicable por los cónyuges decantándose por otros puntos de conexión como la nacionalidad o la residencia.

⁸⁹ Para E. RODRÍGUEZ PINEAU, *ob. cit.*, p. 96, esta construcción propia del ámbito interno puede provocar algunas cuestiones cuando nos situamos en el ámbito del tráfico jurídico internacional, y se pregunta si es necesario reproducir las funciones que cumplen estas normas en el ámbito interno.

⁹⁰ Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DO L 7 del 10 de enero de 2009).

por considerarla como pago de la prestación compensatoria entre los excónyuges)⁹¹, distinta a la que se refiere a la titularidad de esa vivienda (que se calificaría como cuestión relacionada con las consecuencias patrimoniales producidos por la liquidación del vínculo matrimonial)⁹². Como consecuencia, tendríamos que aplicar el Reglamento 4/2009 y el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la regulación en materia de alimentos, y no el Reglamento 2016/1103⁹³. No obstante, ante esta tesis, la calificación más correcta es entender que todo lo relativo a la protección de la vivienda familiar se integra en el contenido del régimen esencial o primario del matrimonio y, por tanto, en el ámbito de aplicación del Reglamento 2016/1103. Esta es la solución que podríamos deducir del considerando 53 de este último Reglamento⁹⁴. Con lo que se concluye que, la norma del régimen matrimonial primario, que recogen la mayoría de los ordenamientos, sobre las limitaciones de la vivienda familiar, debiera ser considerada como norma imperativa, y, así, de aplicación inmediata por parte del juez o autoridad que conoce del asunto internacional⁹⁵.

84. No es discutible, que sea cual sea el modelo de régimen económico matrimonial al que nos remita el Reglamento 2016/1103, aquel estará conformado tanto por normas dispositivas como por normas imperativas, que actuaran como límites a la autonomía de voluntad, de los contrayentes o cónyuges, tanto material como conflictual. Pero, solo las normas imperativas, del foro, aplicables a las situaciones internacionales limitarían la aplicación de la ley determinada por las normas de conflicto reguladas en este Reglamento. Este es el sentido del artículo 30 del Reglamento 2016/1103, que establece como límite de las leyes aplicables a los regímenes económicos matrimoniales, las normas imperativas, como leyes de policía⁹⁶.

⁹¹ A. DOMÍNGUEZ LUELMO, “El matrimonio y su naturaleza tras la Ley 15/2005: consecuencias jurídicas de la supresión de las causas de separación y divorcio”, en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (ed.), *Estudios de Derecho de familia y sucesiones*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 103 y 104, sostiene que en la práctica son abundantes los casos en que a través de la pensión del artículo 97 CC, se está encubriendo una prestación alimenticia o bien se sortea el estado de necesidad preciso para reclamar alimentos. Citando a M. P. GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Civitas, 1995, p. 35, la pensión de alimentos entre cónyuges separados guarda una cierta relación de subsidiariedad con la pensión compensatoria: se ha de probar que no se da el desequilibrio y si no se da el mismo o se renuncia a la pensión compensatoria o si la misma no es suficiente para satisfacer un mínimo vital necesario para el cónyuge necesitado, entonces correspondería tomar en consideración el derecho de alimentos del artículo 142 CC y siguientes. Tiene también en cuenta el carácter temporal de la pensión compensatoria del artículo 97 CC tras la Ley 15/2005, en los casos de separación: una vez transcurrido el plazo de esa pensión, el cónyuge separado puede encontrarse en una situación de necesidad y puede reclamar alimentos al otro cónyuge por la vía de los artículos 142 y siguientes (hace notar que, en caso de divorcio, esta posibilidad no se da, al haber desaparecido el vínculo matrimonial).

En relación con la atribución de la vivienda familiar en concepto de alimentos que se deben al cónyuge y a los hijos mayores, se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, STS de 23 de enero de 2017 (Roj: STS 117/2017- ECLI: ES: TS: 2017:117).

⁹² S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 69 y 70.

⁹³ E. RODRÍGUEZ PINEAU, ob. cit., pp. 98 y 99, para esta autora el levantamiento de las cargas familiares se acerca mucho a la idea de alimentos entre los cónyuges, como paradigma de la comunidad de vida generada por el matrimonio; sin embargo parece que la doctrina se inclina por una lectura en clave de efecto del matrimonio, por considerar que se trata de una regla del régimen primario, sometida a la ley de los efectos del matrimonio (generados por el matrimonio, están dirigidos a asegurar la subsistencia de aquel y se predicán de todo matrimonio). No obstante, rechaza el carácter de la obligación de levantar las cargas del matrimonio como norma internacionalmente imperativa. Solo cuando este mínimo de solidaridad no se satisface por la legislación extranjera, por ir en contra del principio constitucional de igualdad, se puede imponer la ley española como resultado de activar el orden público.

⁹⁴ El considerando 53, como atendíamos en otros apartados, establece que, el interés público de un Estado miembro, deben justificar que se confiera a sus órganos jurisdiccionales o autoridades, en casos excepcionales, hacer excepciones basadas en leyes de policía que abarcan las normas de carácter imperativo, como las normas para la protección de la vivienda familiar.

⁹⁵ Para, N. CHIKOC BARREDA, ob. cit., p. 118, probablemente se consideró que la cláusula abierta a la aplicación de las normas de policía de la *lex fori* sería suficiente para salvaguardar la política legislativa de la vivienda familiar en la mayoría de los casos, y no se perjudicaría a terceros. Pues, conforme a lo dispuesto en el artículo 28 solo se permite la sustitución de la ley aplicable al régimen económico matrimonial por la *lex rei sitae* en los actos relativos a inmuebles.

⁹⁶ El artículo 30 del Reglamento 2016/1103, como establecíamos en otros apartados, dispone que las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro, y esas leyes de policía son disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de ser aplicables a toda situación, incluso internacional, que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al régimen económico matrimonial en virtud del presente Reglamento.

85. Por tanto, dentro de los derechos y deberes patrimoniales contemplados en el régimen matrimonial primario, dependiendo de si los órganos jurisdiccionales o autoridades que conocen el asunto, dentro de su ámbito territorial, consideran que son esenciales o no, estarán limitados, *a priori*, para su regulación, a sus normas imperativas⁹⁷.

86. No obstante, también existen cuestiones del régimen matrimonial primario, que los jueces o autoridades que conocen del asunto, pueden considerar que no hay razones, basadas en sus normas imperativas, para excepcionar la aplicación de la ley extranjera, a la que remita las normas de conflicto que regula el Reglamento 2016/1103.

87. Pues, pudiera resultar, que los órganos jurisdiccionales o autoridades no contemplaran las normas del régimen matrimonial primario del foro como de inmediata aplicación, dada la similitud con otros ordenamientos o su dificultad de aplicación a situaciones con elemento extranjero⁹⁸. Entonces, pudiera ocurrir, que, determinada la ley aplicable conforme a las normas de conflicto del Reglamento, su contenido pudiese ser una norma extranjera manifiestamente incompatible con el ordenamiento del foro. En este caso, habría que aplicar el límite, *a posteriori*, si la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado determinada por el presente Reglamento 2016/1103 es manifiestamente incompatible con el orden público del foro (artículo 31).

88. Para un sector de la doctrina⁹⁹, “el carácter imperativo tendrá poca proyección en sede conflictual, aun reconociendo los fuertes intereses que están en juego, si se realiza una lectura de las normas de conflicto que considere tanto su función de puente entre sistemas como los principios que lo inspiran y solo admite la fungibilidad de las normas si los fines que persiguen son equivalentes a los que impondría la *lex fori*, solo cuando dichos principios no resultan suficientemente asegurados, el órgano jurisdiccional o autoridad que conoce puede excluir la aplicación de la norma extranjera por contrariedad con el orden público”.

89. De tal manera que, no se aplicaría la ley extranjera que regula el régimen matrimonial primario sino la ley del foro, si considera el órgano jurisdiccional o autoridad que conoce del asunto que hay que proteger esos intereses esenciales de su Estado, sin atender al contenido de la ley extranjera. Ahora bien, si partimos que los fines de las normas que regulan el régimen primario son equivalentes en la ley del foro y en las leyes extranjeras (los ordenamientos extranjeros pueden conocer figuras similares, como vimos), nada obstaría a la aplicación de las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103, para todas las cuestiones del régimen primario. Solo cuando los principios que recoge ese régimen no sean suficientemente asegurados, podemos excluir la aplicación de la ley extranjera (ya teniendo en cuenta su contenido) por ser contraria al orden público, en los términos del artículo 31 del Reglamento, cuando, por ejemplo, solo uno de los cónyuges soporta las cargas del matrimonio o ejercita la potestad doméstica, prohibiéndosela al otro; o se dispone, sin consentimiento o autorización, de la vivienda familiar o se priva de la misma al cónyuge necesitado.

⁹⁷ Así, S. ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, PPU S.A., 1992, p. 20, este autor ya destacaba que la regulación establecida en torno a la vivienda familiar es ajena al régimen económico matrimonial que rija entre los cónyuges. La existencia y el régimen de la vivienda familiar derivan de la relación conyugal, por más que en ocasiones puedan trascender a situaciones de crisis matrimonial, es independiente del régimen económico específico del matrimonio. También, M. VINAIXA MIQUEL, *ob. cit.*, p. 281.

⁹⁸ Como sostiene N. CHIKOC BARREDA, *ob. cit.*, p.119, la vocación internacionalmente imperativa del régimen primario se conjuga difícilmente con la concepción amplia de la categoría “régimenes económicos matrimoniales” que se deriva del artículo 3. 1º a), del considerando 18 y del artículo 27, y con la autonomía de la voluntad que constituye la justificación predominante de la norma de conflicto en el Reglamento 2016/1103. Para B. AÑOVEROS TERRADAS, *ob. cit.*, p. 131, que no es posible excepcionar la aplicación de la ley elegida por las partes por aplicación de las normas imperativas del foro puesto que, de lo contrario, se corre el riesgo de anular toda virtualidad al principio de la autonomía de la voluntad. Además, estas limitaciones, según la autora, ya las ha contemplado el legislador de la UE al restringir el elenco de leyes susceptibles de elección. Sin embargo, debe precisarse que la ley designada aplicable por las partes sí que podrá quedar afectada cuando las disposiciones imperativas del foro son internacionalmente imperativas.

⁹⁹ E. RODRÍGUEZ PINEAU, *ob. cit.*, p. 97.

90. Concluimos que, aunque el Reglamento 2016/1103 incluya dentro de su clasificación autónoma las normas imperativas que regulan el régimen económico matrimonial, no todas se pueden predicar que conformen el régimen matrimonial primario, y, por tanto, que todos sus aspectos estén regulados por las leyes de policía de los órganos jurisdiccionales o autoridades que conozcan sobre la materia. Incluso aquellas normas del régimen matrimonial primario a las que se refiere el propio Reglamento (las que protegen la vivienda familiar) pueden no excluir la aplicación de una ley extranjera cuando ésta proporcione la misma protección que la ley del foro. Solo cuando los derechos y deberes patrimoniales esenciales del matrimonio estén regulados por distinta ley de la de los órganos jurisdiccionales o autoridades que conocen el asunto, manifiestamente contraria a esta última, no se aplicará esa ley de otro Estado y se aplicará la ley del foro; sin descartar la posible aplicación de otras leyes, cuando la norma de conflicto del Reglamento 2016/1103 regule otros puntos de conexión que conduzcan a leyes que no vulneren intereses fundamentales del Estado de los órganos jurisdiccionales o autoridades, participantes en la cooperación reforzada, que conozcan sobre régimen matrimonial primario.