

Igualdad entre cónyuges y regímenes económicos matrimoniales transfronterizos

PILAR JIMÉNEZ BLANCO

*Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo**

SUMARIO: 1. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y ALCANCE DEL REGLAMENTO REM. 2. LA IGUALDAD EN LAS CONEXIONES OBJETIVAS Y EN EL RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL. 2.1. *La neutralidad de las conexiones objetivas.* 2.2. *Las garantías para una igualdad real en la elección de ley.* 2.2.1. Capacidad para celebrar el acuerdo. 2.2.2. Forma. 2.2.3. Consentimiento. 2.2.4. El interrogante sobre la elección tácita. 3. GARANTÍAS DE IGUALDAD EN EL RÉGIMEN PACTADO DURANTE EL MATRIMONIO Y EN PREVISIÓN DE RUPTURA. 3.1. *En las condiciones de negociación de los pactos.* 3.2. *En el control de fondo de los pactos en el momento de su celebración.* 3.2.1. Parámetros generales de valoración; 3.2.2. Análisis por pactos. 3.3. *En el control de fondo de los pactos en el momento de la ruptura matrimonial.*

1. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y ALCANCE DEL REGLAMENTO REM

La prohibición de discriminación en sus múltiples formas y, en concreto, de la discriminación en contra de la mujer, se encuentra presente, respectivamente, en el art. 21 Carta de Derechos Fundamentales UE¹ y en la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas

* El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2021-123452OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE, “Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza” (GENDERMOB) en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE núm 131, 2 de junio de 2011)

¹ El art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE establece que: “1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

de discriminación contra la mujer, del que son parte todos los Estados UE². Resulta evidente que el Reglamento (UE) n° 2016/1103, sobre regímenes económicos matrimoniales transfronterizos (en adelante, Reglamento REM) ni puede tener ni generar ninguna discriminación y, además, debe evitar que tales discriminaciones – de existir – puedan manifestarse. En este componente correctivo, el Reglamento incorpora determinadas soluciones especiales garantistas ante posibles desequilibrios ocultos y que pueden manifestarse, señaladamente, en el ámbito de la autonomía de la voluntad. Pero también el expediente del orden público, nacional y europeo, debe activarse frente a soluciones discriminatorias.

El orden público del foro impide, con base en el art. 31 del Reglamento REM, la aplicación de un Derecho extranjero que establezca un régimen legal no igualitario entre los cónyuges, ya sea durante la vida matrimonial o con ocasión de su ruptura. En su vertiente positiva, el orden público del foro informa las leyes de policía del art. 30 que podrían aplicarse cuando un cónyuge requiera una especial protección en atención a una situación de vulnerabilidad (por ejemplo, para la atribución de la vivienda habitual³) o la adopción de determinadas de protección civil (como una orden de alejamiento de la vivienda familiar en episodios de violencia de género).

El orden público europeo se visibiliza en el art. 38 del Reglamento, que obliga a los Estados miembros a respetar los derechos fundamentales de la Carta DFUE y, en particular, el principio de no discriminación, cuando se invocan las causas de denegación del reconocimiento. El Considerando 54 extiende la Carta DFUE (y, en concreto, su art. 21) también al sector del Derecho aplicable, impidiendo que pueda excluirse la aplicación de una ley extranjera sobre la base de un orden público del foro que tuviera un componente discriminatorio. No será probable su utilización en el ámbito del Reglamento REM, porque precisamente aquellos Estados UE reticentes a la adopción de determinados modelos de familia no llegaron a participar en la cooperación reforzada del Reglamento.

Ese mismo valor compartido del art. 21 de la Carta DFUE podría fundamentar la utilización del *forum necessitatis* del art. 11 del Reglamento si

² Convención NNUU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979.

³ Para los supuestos (hipotéticos) en los que la vivienda familiar no merezca especial protección conforme a la ley rectora REM, el Considerando 53 del Reglamento indica su posible caracterización como norma de policía en el sentido del art. 30 del Reglamento.

se acredita por los cónyuges la imposibilidad, por razones discriminatorias, de plantear una demanda ante un tribunal de un tercer Estado para liquidar el régimen económico matrimonial o cualquier otro litigio que entre dentro del ámbito de aplicación del Reglamento.

Puede afirmarse, por tanto, que el Reglamento tiene herramientas para garantizar el posicionamiento igualitario de los cónyuges dentro del matrimonio, durante su vigencia y en el momento posterior de su ruptura. Sin embargo, no puede afirmarse que garantice el posicionamiento igualitario de los cónyuges respecto de todo tipo de matrimonio. En este contexto, debe partirse de una limitación inicial del ámbito de aplicación del Reglamento al estar excluido de su ámbito de aplicación “la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio” [art. 1.2.b)], de modo que la definición concreta de qué debe entenderse por matrimonio queda en manos de los Derechos nacionales (apdo. 17 de los Considerandos). La falta de pronunciamiento del Reglamento sobre el matrimonio impide, de un lado, garantizar la igualdad de los cónyuges al acceso a todo tipo de matrimonios (claramente, matrimonios entre personas del mismo sexo); por otro lado, permite incluir en su ámbito matrimonios que originariamente se han celebrado con un componente discriminatorio (el caso del matrimonio poligámico).

En relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo, la neutralidad en la concepción matrimonial del Derecho europeo, consecuente con la competencia sobre Derecho civil retenida por los Estados miembros, permite encajar dentro del concepto de matrimonio las diversas concepciones de los Estados miembros, incluyendo matrimonios entre personas del mismo sexo. El mayor inconveniente es que, esta misma neutralidad y respeto a las diversas configuraciones matrimoniales nacionales, lleva aparejada la posibilidad de “veto” por parte de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, que pueden rechazar resolver un litigio sobre régimen económico matrimonial por no reconocer en su sistema el matrimonio en cuestión⁴.

⁴ *Vid.* en este contexto el Considerando 38 del Reglamento. Véase la similitud en la posibilidad de bloqueo del art. 9 del Reglamento REM (para el sector de la competencia judicial internacional) con la prevista en el art. 13 de Roma III (para el sector de la ley aplicable): el primero permite la inhibición del tribunal (de manera facultativa) si considera que en su Derecho nacional no está reconocido el matrimonio en cuestión a los efectos de un procedimiento sobre el REM; el segundo establece que el Reglamento no obliga a un tribunal a pronunciar una sentencia de divorcio si no se consideran válido el matrimonio a efectos de un procedimiento de divorcio [sobre su alcance, *vid.* GUZMÁN ZAPATER, M., “Divorcio,

La interpretación autónoma del concepto de “cónyuge”, neutro desde la perspectiva de la orientación sexual, se ha utilizado ya en la jurisprudencia del TJUE a los efectos del derecho de la movilidad y derecho de residencia en la UE (asunto *Coman*) o de la obtención de una pensión de jubilación (asunto *MB*)⁵. Tal jurisprudencia ciertamente no conlleva un pronunciamiento europeo sobre el matrimonio, pero sí que implica la obligación de “reconocer/admitir algún efecto” a la relación matrimonial así constituida al amparo de otro ordenamiento de la UE. La interpretación autónoma en los asuntos citados tiene como destinatarias a las autoridades administrativas del Estado de acogida para permitir la entrada y residencia de la pareja “cónyuge” del ciudadano de la UE, pero las autoridades y tribunales civiles no resultarán vinculadas por tal conclusión. El resultado es la fragmentación de la valoración del matrimonio en función de lo que se pretenda y puede conllevar respuestas contradictorias en relación con una misma realidad matrimonial. Y ese planteamiento, formalmente admisible, aboca a resultados artificiosos en la vida real, una de cuyas manifestaciones puede verse precisamente para litigios relativos a la liquidación del régimen matrimonial: un matrimonio del mismo sexo podría residir en un Estado miembro, pero sin embargo tener vedada la posibilidad de acceder a sus tribunales.

La posibilidad de veto o bloqueo que permite el art. 9 – la denominada cláusula polaca - impide, de facto, un acceso a los tribunales utilizando un motivo de discriminación (en función de los integrantes del matrimonio) que, sin embargo, no podría cuestionarse al amparo del art. 21 Carta DFUE porque la dimensión civil del matrimonio está fuera del ámbito de aplicación del Derecho UE. Si no se utiliza ese veto, un tribunal de un Estado miembro no debería poder invocar luego orden público por el hecho de que la ley reclamada admite matrimonio mismo sexo⁶.

matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III”, en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G., (Ed.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 521 y ss.. No obstante, el citado art. 9 del Reglamento REM no se consideró suficiente a juicio de algunos Estados, como Polonia, que forzaron una reserva que determinó la adopción del Reglamento finalmente por la vía de la cooperación reforzada: *vid.* TWARDOCH, P., “Le règlement européen en matière de régimes matrimoniaux de la perspective du droit polonais”, *Revue critique de droit international privé*, 2016, pp. 465 y ss.

⁵ STJUE de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16: *Coman*, ECLI:EU:C:2018:385; STJUE de 28 de junio de 2018, asunto C-451/16: *MB*, ECLI:EU:C:2018:492.

⁶ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La nulidad, separación judicial y divorcio en el Derecho internacional privado español: cuestiones de competencia judicial interna-

Una vertiente diferente de la exclusión de la existencia del matrimonio del ámbito del Reglamento y, por tanto, de la libertad de los Estados a la hora de admitir o rechazar los mismos, se manifestaría para el caso de matrimonios poligámicos, cuya admisión incidental pudo haberse producido a los efectos de la entrada y reagrupación familiar, conforme al art. 17.1.a) de la LO 4/2000 de extranjería. Admitida la relación matrimonial a los efectos de la residencia en España de uno de sus cónyuges (sea o no el primero), no tendría sentido utilizar la posibilidad de veto del art. 9 del Reglamento REM, para impedir un litigio sobre régimen económico matrimonial. La utilización en estos procedimientos de la técnica del efecto atenuado del orden público resultaría totalmente pertinente y, en coherencia, la misma solución retenida para la extranjería debería seguirse para los litigios relativos al régimen económico matrimonial. De este modo, un matrimonio que tiene un componente claramente discriminatorio va a tener eficacia indirecta en el Reglamento y será admitido a los efectos de cualquier litigio sobre el REM.

2. LA IGUALDAD EN LAS CONEXIONES OBJETIVAS Y EN EL RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL

2.1. La neutralidad de las conexiones objetivas

La ley rectora REM se conforma a partir de dos ejes: la posibilidad de elección de ley, en los términos del art. 22, y las conexiones objetivas en defecto de elección, conforme al art. 26. El ejercicio de la autonomía de la voluntad tiene unas reglas específicas, a las que nos dedicaremos posteriormente.

Las conexiones objetivas utilizadas en el Reglamento, como no podía ser de otro modo, son neutras desde la perspectiva del género: se basan, en igualdad de condiciones, en la residencia o nacionalidad común de los cónyuges, o en la residencia o nacionalidad de cualquiera de ellos, si son diferentes. Los objetivos declarados del Reglamento en este punto están más dirigidos a la integración del matrimonio en el Estado de su residencia habitual, que a la continuidad de identidad respecto de su nacionalidad. Recuérdese que esta solo opera cuando no existe residencia habitual común en el inicio de la vida matrimonial.

cional y ley aplicable”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2011*, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 135 y ss., esp. p. 213.

El Derecho rector del REM integra, de existir, el régimen matrimonial primario y el régimen legal rector del régimen matrimonial en defecto de pacto o acuerdo entre los cónyuges.

El régimen económico primario recoge las reglas imperativas esenciales, indisponibles para los cónyuges y que se aplican a cualquiera que sea el régimen matrimonial. En principio, no cabe equiparar orden público, leyes de policía y normas relativas al régimen matrimonial primario. Estas últimas, de aplicación imperativa al margen del concreto régimen matrimonial, pertenecen a la ley rectora REM, pero no reclaman necesariamente su aplicación cuando esta ley rectora es extranjera. Solo resultará aplicable una norma del foro, a título de ley de policía, cuando la ley aplicable al fondo vulnere un valor de especial protección, como el principio de igualdad entre los cónyuges⁷.

Por lo que se refiere al régimen matrimonial legal, el Reglamento tiene, en principio, una posición neutra respecto al régimen establecido en el Derecho reclamado por la norma de conflicto siempre que el mismo no tenga componentes discriminatorios entre los cónyuges en atención a la distribución de bienes, derechos y obligaciones, la gestión y administración del patrimonio o su liquidación. Ese control de fondo será sencillo si el Derecho reclamado contiene normas explícitamente discriminatorias; en otro caso, será difícil la fiscalización del Derecho extranjero. ¿Esto significa que todos los regímenes matrimoniales son neutros respecto de la situación de los cónyuges? Evidentemente, no. Puede pensarse que un régimen legal objetivo de separación de bienes es acorde con una situación económica independiente de cada cónyuge, mientras que un régimen legal de gananciales nivela la situación (durante el matrimonio) cuando un cónyuge es económicamente dependiente de otro. Por su parte, la separación de bienes si un cónyuge carece de recursos propios, aunque formalmente no sea discriminatorio, puede traducirse en una desprotección del cónyuge económicamente dependiente. La separación de bienes funciona realmente con un matrimonio igualitario⁸. Esto implica que la admisión inicial

⁷ VAQUERO LÓPEZ, C., “Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de Derecho internacional privado desde una perspectiva de género”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1, 2018, pp. 439 y ss., esp. p. 450, considera que entrarían directamente en este art. 30 las normas que integran el régimen matrimonial primario, entre las que se encuentran, la igualdad de los cónyuges o su independencia patrimonial.

⁸ *Vid.* esa perspectiva de género en GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Party Autonomy in International Family Law”, *Recueil des Cours*, vol. 408, 2020, pp. 201 y ss.

a cualquier tipo de régimen puede corregirse en caso de ruptura si da a lugar a un grave desequilibrio de un cónyuge respecto a otro.

Existen supuestos en los que el Derecho reclamado no establece un régimen económico matrimonial como tal, pero sí obligaciones patrimoniales que pueden exigirse en caso de disolución o ruptura del vínculo. El Derecho inglés sería ejemplo. También el Derecho musulmán, que mantiene como regla la separación de bienes, pero con un sistema en el que los efectos personales derivados del matrimonio siguen siendo importantes, dando además muestra de los diferentes roles de género. Así ocurriría con la obligación de la esposa al cuidado del hogar a cambio de la *nafaqa* que paga el marido, cuyo incumplimiento puede determinar una acción de responsabilidad patrimonial o ser causa de divorcio⁹. La valoración del orden público requiere su aplicación en modo atenuado, a la vista de las circunstancias concretas en las que la propia mujer puede ser la demandante y la beneficiada. Desde la misma perspectiva, la exigencia de la dote prevista en el Derecho musulmán no deja de ser un instrumento para compensar la posición de debilidad de la mujer en el matrimonio¹⁰.

2.2. Las garantías para una igualdad real en la elección de ley

Los cónyuges pueden ejercer su autonomía de la voluntad de dos modos diferentes: eligiendo una ley rectora del régimen matrimonial conforme al citado art. 22 (autonomía conflictual); o alcanzando acuerdos concretos sobre la configuración de sus relaciones patrimoniales a través de las capitulaciones (autonomía material), cuya validez y eficacia estará en todo caso supeditada a la ley rectora general.

La posibilidad – controlada - de elección de ley responde a un modelo que permite a los cónyuges o bien “huir” de su sistema nacional o bien “mantener su identidad cultural” con la elección de ley, renunciando a la integración en el Estado de la residencia habitual. Podría darse aquí la circunstancia de que un cónyuge tuviera especial interés en la elección de ley, frente a otro más reticente. Pudiera también ocurrir que un cónyuge, en una posición fuerte, intentase controlar o manipular la elección de ley

⁹ Cf. GÓMEZ CAMPELO, E., *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Reus, Madrid, 2008, p. 86.

¹⁰ DIAGO DIAGO, P., “La dot islamique à l’épreuve du conflits de civilisations, sous l’angle de droit international privé espagnol”. *Annales de Droit de Louvain*, vol. 61, 2001, pp. 407 ss., esp. p. 426.

frente al otro cónyuge, en posición de debilidad en la negociación. Es importante para ambos, en todo caso, el conocimiento anticipado sobre el Derecho rector del régimen matrimonial.

Existen modelos ensayados de protección de la parte débil en el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Claramente, en consumidores o en trabajadores, el impacto de una elección de ley potencialmente perjudicial queda minimizado con el correctivo mínimo de la protección irrenunciable prevista en su residencia habitual del consumidor o en el lugar habitual donde el trabajador desempeña su trabajo. En el caso de los contrayentes o cónyuges no puede identificarse, en principio, cuál de ellos pueda estar en una posición de debilidad frente al otro; no estaría justificado fijar como criterio apriorístico el rol de género, estableciendo una discriminación positiva en las conexiones a favor de la mujer frente al hombre o viceversa. Las garantías de igualdad tienen que ser, por tanto, neutras en cuanto al género. Además, la nivelación de posibles desequilibrios no puede realizarse en este caso en la fase de comparación de Derechos reclamados – algo incompatible con la necesaria seguridad jurídica y previsibilidad del Derecho rector del régimen matrimonial– sino en las cautelas iniciales que eviten una elección impuesta por un cónyuge frente a otro. La posible inexistencia de desigualdad real o desequilibrio entre los contrayentes/ cónyuges debe tratar de minimizarse con instrumentos para garantizar la existencia de un consentimiento real e informado, que parta de un equilibrio en las condiciones de negociación. A todo ello van destinadas las reglas sobre forma y consentimiento del Reglamento, unido a la exigencia de una capacidad para pactar en condiciones de igualdad.

2.2.1. Capacidad para celebrar el acuerdo

Las condiciones de capacidad de celebración de acuerdos entre los cónyuges, entre los que se incluye el pacto de elección de ley, no deben tener un componente discriminatorio. La exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento REM de la capacidad jurídica de los cónyuges debe entenderse referida a la capacidad general, pero no a las reglas especiales vinculadas al matrimonio y con repercusiones sobre las relaciones patrimoniales. La cuestión tiene especial trascendencia en relación con la “capacidad” para otorgar capitulaciones matrimoniales y las limitaciones para realizar tran-

sacciones o actos de disposición por parte de los cónyuges¹¹. Tales reglas de capacidad “especiales” también deberían ser consideradas a los efectos de la posibilidad de elección de ley, desechando cualquier condicionamiento discriminatorio que pudiera existir.

2.2.2. Forma

En los Reglamentos de Derecho de familia, son comunes las exigencias de forma cualificadas que funcionan como mínimos de aplicación uniforme: el acuerdo tiene que constar por escrito, fechado y firmado. A ello se añaden los requisitos cumulativos que estén previstos en la ley del Estado miembro de la residencia habitual de los cónyuges o, al menos, donde uno de ellos tenga residencia. Pretende evitarse que, por ejemplo, la admisión de un documento privado en un Estado pueda ser suficiente para incorporar una cláusula de elección de ley. El riesgo evidente es que documentos públicos, en los que conste la elección de ley, pueden resultar ineficaces si no respetan las especiales exigencias de la ley del Estado miembro de la residencia habitual, circunstancia que deberá ser especialmente advertida por los notarios que, en su caso, intervengan en el otorgamiento del documento. Esto significa que, en la práctica, en la elección de ley es más importante la residencia habitual que la nacionalidad de los cónyuges. Subyace aquí la presión de determinados sectores profesionales que querían garantizar su posición también en el caso de matrimonios internacionales. Pero lo cierto es que también funciona como una garantía cualificada de protección del consentimiento de los cónyuges. Dado ese carácter protector del consentimiento, procede una interpretación amplia de los requisitos de forma: no solo respecto a la exigencia de una escritura pública, también respecto de otras condiciones como el asesoramiento profesional previo. Esta finalidad tuitiva hace inexplicable la diferencia de trato de residentes en un Estado miembro respecto de residentes en un tercer Estado, cuyas exigencias formales no serían consideradas a tenor del art. 22 del Reglamento. En el contexto de la cooperación reforzada del Reglamento, esto afecta a cónyuges residentes en Estados UE que no sean partícipes en el instrumento¹².

¹¹ JIMÉNEZ BLANCO, P., *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 97 y ss.

¹² Ver también la crítica sobre este punto DÖBEREINER, CH., “Rechtswahlfreiheit im Ehegüterrecht”, en DUTTA, A. y WEBER, J. (Coord.), *Die Europäischen Güterrechtsverordnungen*, München, C.H. Beck, 2017, pp. 63 y ss., esp. p. 97; WAUTELET, P., “What’s

2.2.3. Consentimiento

El consentimiento y la validez material de la elección de ley se determina por la ley hipotética, es decir, por la propia ley elegida si la elección fuera válida (art. 24.1). Ocurre que, a medida en que se incrementan las exigencias formales y condiciones de información y asesoramiento, disminuyen las posibilidades de invocar vicios del consentimiento para anular la cláusula. Claramente se observa esta correlación inversa en una – limitada – posibilidad de intentar anular la cláusula por error o dolo, en la medida en que un adecuado asesoramiento profesional debería garantizar el conocimiento del alcance y efectos de la elección de ley. Otras circunstancias, como la violencia o intimidación, quizá menos evitables solo con condicionamientos formales, quedarían sujetas a la ley hipotética elegida (o, en su caso, a la posibilidad de veto del art. 24.2). En todo caso, estaría fundamentada una intervención del orden público del foro ante un eventual desconocimiento por la ley hipotética de la violencia o intimidación como causas invalidantes del consentimiento; o cuando el Derecho extranjero sometiera su aplicación a unas exigencias probatorias que hicieran inviable su utilización en la práctica.

Se reconoce, adicionalmente, la posibilidad de bloqueo de la cláusula por uno de los cónyuges invocando la ley de su residencia habitual en el momento de la demanda si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley hipotética elegida (art. 24.2). La posibilidad de veto del art. 24.2 es una norma heredada del art.10.2 de Roma I, que permite a una parte contractual basar la nulidad o inexistencia de consentimiento en la ley de su residencia habitual. La norma tiene su utilidad para protegerse frente a vicios del consentimiento no previstos (o no previstos de la misma manera) en la ley hipotética. También podría utilizarse en el caso de que la ley de la residencia habitual estableciera requisitos cualificados sobre el consentimiento (ejemplo, un asesoramiento previo preceptivo) que, de no darse, invalidara la voluntad aparentemente manifestada.

El art. 24.2 es criticable por su fijación temporal: no sería correcto apreciar la residencia de la persona que alega la falta de consentimiento “en el momento de la demanda”. En este caso, no se ha trasladado el criterio seguido en el art. 10.2 de Roma I que, con mayor acierto, establece la po-

Wrong with Article 22? The Unsolved Mysteries of Choice of Law for Matrimonial Property”, *Yearbook of Private International Law*, 2017-2018, pp. 213 y ss., esp. p. 229.

sibilidad de bloqueo valorando la residencia habitual en el momento de la celebración de pacto¹³. La opción seguida en el Reglamento REM, posponiendo ese bloqueo al momento de la demanda, introduce un elemento de inseguridad jurídica insoportable no solo para valorar el régimen matrimonial en las relaciones entre los cónyuges sino también en su impacto en relación con terceros, en el marco del art. 28 del Reglamento.

2.2.4. El interrogante sobre la elección tácita

Las exigencias de forma antedichas del art. 23 tratan de garantizar la existencia de consentimiento. Y es aquí donde se suscita la duda sobre la exigencia de que la elección de ley sea expresa o de si también estaría cubierta una elección tácita. El art. 23 no lo indica directamente, moviéndose en la misma ambigüedad que el resto de los Reglamentos UE sobre familia.

La ausencia de esa mención en el Reglamento, unido al sentido del art. 24 del Reglamento, permitiría entender que una elección expresa no sería necesaria siempre que pudiera derivarse “una elección” de forma indubitada de un documento escrito, fechado y firmado por los cónyuges. Así ocurriría, por ejemplo, en el caso de que los cónyuges hubieran otorgado unas capitulaciones matrimoniales “a medida” de un Derecho estatal, citando instituciones o normas matrimoniales de un Estado, aun sin incluir una cláusula independiente de elección de ley o, incluso, acudiendo a un notario del Estado en cuestión¹⁴. Sin embargo, existen criterios contrapuestos para determinar si realmente es posible una elección tácita de la ley aplicable.

¹³ El art. 10.2 de Roma I no introduce expresamente una fecha crítica para apreciar la residencia habitual del cónyuge que invoca ese veto; pero siguiendo las reglas de interpretación de este Reglamento, salvo solución expresa contraria, la residencia habitual se entiende referida al momento de celebración del contrato (art. 19.3 de Roma I).

¹⁴ Véase esta interpretación en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 198-199. Admite claramente esa posibilidad el Convenio de La Haya de 1978, cuyo art. 11 dispone que “La designación de la ley aplicable deberá ser objeto de una estipulación expresa o resultar indubitadamente de las disposiciones de un contrato matrimonial.”. WAUTELET, M., (*op. cit.*, pp. 218 y ss.) plantea la posible compatibilidad de la elección tácita con el Reglamento. A favor de la posibilidad de elección tácita de la ley rectora REM se pronuncia MAGNUS, M. (“Die konkludente Rechtswahl im internationalen Erb- und Familienrecht”, *IPrax.*, 2019 pp. 8 y ss., esp. p. 14) invocando los antecedentes del art. 22; en el mismo sentido, Ch. Döbereiner, *loc. cit.*, pp. 77-78. Por el contrario, la Circular del Ministerio de

La interpretación literal de la norma no nos ofrece una respuesta definitiva sobre esta cuestión. A favor de la elección tácita, se encontraría una interpretación estricta del art. 22, que no exige que la elección sea expresa. En contra de la elección tácita, se encuentra, en primer lugar, que nada se dice en el articulado, a diferencia del art. 22 Reglamento de sucesiones en el que directamente se permite una elección que resulte “de los términos” de una disposición *mortis causa*. Además, el Considerando 46 del Reglamento exige la manifestación expresa de la voluntad de los cónyuges para cualquier modificación en la ley aplicable al régimen matrimonial. Es cierto que la referencia se limita a la “modificación” de la ley, sin mención a la ley originaria; sin embargo, la justificación utilizada, relativa a la seguridad en las transacciones y en evitar cambios del régimen sin notificación a los cónyuges, es enteramente aplicable a la determinación de la elección inicial.

Adicionalmente, la aceptación de la elección tácita se concilia mal con las condiciones formales descritas y las garantías consentimiento; con la eficacia frente a terceros ley rectora del régimen matrimonial y con la vinculación de la competencia judicial internacional a la ley aplicable.

En efecto, los exigentes requisitos de forma del art. 23 parecen que van destinados a proteger la voluntad “inequívoca” de una elección de ley. La finalidad del art. 23 es la protección del consentimiento informado que obliga a que, al menos, la existencia de la propia elección de ley resulte evidente y no pase desapercibida para ninguno de los cónyuges. Es decir, no parece compatible establecer unas garantías formales destinadas a proteger la voluntad del cónyuge más débil con permitir que tal elección se pueda derivar de la redacción e interpretación de los acuerdos entre los cónyuges, cuyo alcance – en términos de elección tácita ley – pudo haber pasado desapercibido para uno de los cónyuges. A ello debe añadirse una interpretación lo más homogénea posible con los requisitos de elección de ley en materia de divorcio (art. 7.1 de Roma III)¹⁵ y de alimentos (art. 8.2 del Protocolo de La Haya de 2007)¹⁶.

Justicia francés de 24 de abril de 2019 (ficha 3, p. 3) entiende que dicha elección ha de ser expresa.

¹⁵ El Considerando 18 del Reglamento Roma III subraya la importancia de la “elección informada” por parte de los cónyuges.

¹⁶ KROLL-LUDWIGS, K., en CALLIES, G.-P- (ed.): *Rome Regulations (Commentary)*, 2ª ed., Kluwer, Países Bajos, 2015, p. 887; MARINO, S., “Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: the Patrimonial Effects on Family Relationships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, 2017, pp. 265 y ss., esp., p. 278, nota 44; AÑOVEROS TERRADAS, B., “Autonomía de la voluntad conflictual y

La elección tácita sería en todo caso “inoponible” frente a terceros: recuérdese que, conforme al art. 28 del Reglamento REM, cualquier pacto (y el de elección de ley lo es) requiere figurar inscrito en un registro. Ello supone, en consecuencia, que no podrá exigirse al tercero que “infiera” una elección tácita de ley por parte de los cónyuges

Finalmente, la elección tácita no resultaría compatible con la sumisión de los cónyuges a los tribunales del Estado cuya ley resulte aplicable (art. 7). Si, con carácter general, ya plantea problemas “anticipar” la ley aplicable a efectos de valorar la sumisión permitida por el art. 7, ¿vamos también a decidir con anterioridad si hay esa elección de ley que no ha sido expresamente mencionada?

En todo caso, el Reglamento deja abierta una posibilidad de una elección encubierta en el supuesto del art. 26.3, si los cónyuges con residencia habitual común inicial, sin embargo, planifican y acomodan su vida matrimonial a la última residencia habitual lo que podría determinar la aplicación de esta última ley. Se llegaría a una especie de elección tácita de ley que podría pasar desapercibida para uno de los cónyuges. Existen evidentes riesgos de falta de información o conocimiento por alguno de los cónyuges que no se ven beneficiados en ningún momento ni por las garantías formales ni por las garantías en torno al consentimiento. El efecto sorpresa invalida la eficacia retroactiva de la nueva ley, pero no la aplicación de la misma¹⁷. Por otra parte, este cambio de ley sería contradictorio con el citado Considerando 46 del Reglamento, que exige la manifestación expresa de la voluntad de los cónyuges para cualquier modificación en la ley aplicable al régimen matrimonial.

sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (Dir.), *Persona y familia en el nuevo modelo de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 241 y ss., esp. pp. 267-268.

¹⁷ En este sentido, el art. 26.3, solo establece que, en caso de desacuerdo por uno de los cónyuges, la ley de la última residencia habitual solo podrá aplicarse desde el establecimiento de la residencia habitual común en ese Estado, y no desde el momento de la celebración del matrimonio.

3. GARANTÍAS DE IGUALDAD EN EL RÉGIMEN PACTADO DURANTE EL MATRIMONIO Y EN PREVISIÓN DE RUPTURA

3.1. *En las condiciones de negociación de los pactos*

El otro ámbito importante, y muy frecuente en la práctica, de la autonomía de la voluntad se manifiesta en la autonomía material, ya sea para pactar capitulaciones matrimoniales, en sentido estricto, para regir las relaciones patrimoniales vigente el matrimonio, o para establecer acuerdos en previsión de ruptura.

Las especiales exigencias de forma también van dirigidas en este ámbito a evitar un efecto sorpresa para los cónyuges y tener pleno conocimiento de lo que se pacta y de su alcance. Dado ese carácter protector del consentimiento, procede una interpretación amplia de los requisitos de forma: no solo la exigencia de una escritura pública, también otras condiciones como el asesoramiento previo o incluso la obligación de conocer la situación financiera real (interesante en relación con el consentimiento)¹⁸.

La validez formal de las capitulaciones está sometida a exigencias aún más estrictas que las aplicables a la cláusula de elección de ley. Así, además de cumplir los requisitos mínimos por el Reglamento (que figuren en un escrito, fechado y firmado) y por la ley del Estado miembro que se corresponda con la residencia habitual de los cónyuges o con la de uno de ellos, en caso de tenerla separada, deberán adicionalmente cumplirse las exigencias de la ley rectora del fondo del régimen matrimonial. La aplicación cumulativa de todas estas exigencias formales se explica, por un lado, como garantía de protección de un consentimiento informado por parte de los cónyuges y también como requisito mínimo de publicidad¹⁹. Por otro lado,

¹⁸ Así, el art. 231-20.2 del Código civil catalán establece: «2. El notario, antes de autorizar la escritura a que se refiere el apartado 1, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4.», que se refiere a su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto.

¹⁹ En esta clave, se reclamaba por parte de los notarios italianos el respeto a las exigencias formales adicionales de la ley de la residencia habitual, *vid.* LAGARDE, P., “Réglements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés”, *Revue critique de droit international privé.*, 2016, pp. 676 y ss., esp. p. 682. Véase que el carácter solemne de las capitulaciones es una característica común en Derecho comparado (en el

en el obligado respeto a las exigencias de forma impuestas por el Estado miembro de la residencia habitual subyace una condición para la aceptación de las capitulaciones en todos los Estados miembros, considerando las divergencias legislativas sobre este aspecto²⁰. Dentro de estas condiciones puede resultar necesaria su inscripción registral, cuando sea requisito de validez de las capitulaciones.

La consideración, desde la perspectiva del Reglamento REM, de los acuerdos en previsión de ruptura como capitulaciones matrimoniales²¹ implica que aquellos deberán cumplir los requisitos de forma establecidos en el art. 25 del mismo. Y ello con independencia de que los Derechos nacionales prevean unas reglas diferentes para las “capitulaciones”, entendidas en sentido estricto, y para los “acuerdos en previsión de ruptura”, que podrían incorporarse, en su caso, en una escritura aparte²². Incluso resulta posible entender que, tras la ruptura de la convivencia matrimonial, se den acuerdos

estudio del TMC Asser Institut, *Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le Droit international privé et le Droit interne*, JAI/A3/2001/03., p. 86; CERVILLA GARZÓN, M.D., *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 22, nota 5, con referencias normativas concretas); también DENGEL, K., *Die Europäische Vereinheitlichung des Internationalen Ehegüterrechts und des Internationalen Güterrechts für Eingetragene Partnerschaften*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 288-289. Sin embargo, en Suecia, por ejemplo, es suficiente el acuerdo escrito y firmado por los cónyuges, sin documento público (<http://www.coupleseurope.eu>); o en Austria, solo se exige la forma escrita para los acuerdos de reparto de determinados bienes conyugales (§97 de la *EheGesetz*).

²⁰ Así lo indica el Considerando 48 del Preámbulo del Reglamento.

²¹ Vid. JIMÉNEZ BLANCO, P., *op. cit.*, pp. 104 y ss.

²² Vid. el art. 231-20 del Código civil catalán. En ese sentido, GARCÍA RUBIO, M.P. (“Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil”, *Anuario de Derecho civil*, vol. LVI, 2003, pp. 1653 y ss., p. 1660) hace referencia a la posibilidad de que la renuncia de pensiones y otros pactos en previsión de ruptura estén fuera de las capitulaciones matrimoniales e incluso sin exigencia de forma determinada. En esa clave también se muestra GASPAR LERA, S., (“Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho civil*, vol. LXIV, 2011, pp. 1041 y ss., esp. pp. 1071-1072), indicando que puede ser suficiente la forma escrita, aunque es recomendable la escritura pública para asegurar la formación del consentimiento.

de separación, fuera del convenio regulador, que podrían tener unos requisitos de forma más flexibles, manteniendo un carácter vinculante²³.

Esta interpretación amplia de las condiciones de forma es especialmente interesante si se entiende que el art. 24 no cubre el consentimiento sobre las capitulaciones matrimoniales, valoración importante para determinar su validez y la protección de la igualdad entre los cónyuges²⁴. En este punto, su precedente Roma I tiene una regulación completa y más coherente, dado que regula el consentimiento y la validez material del acuerdo de elección de ley (art. 3.5) y el consentimiento y validez material del propio contrato o de cualquiera de sus disposiciones (art. 10), siendo este el antecedente inmediato del analizado art. 24 del Reglamento REM. Precisamente esta comparativa muestra la inaplicabilidad de este precepto a las capitulaciones matrimoniales, dado que lo lógico en ese caso sería que el art. 24 previera como ley rectora la ley hipotética rectora del régimen matrimonial, sea ésta fruto de una elección de ley o de la conexión objetiva aplicable conforme al art. 26. Sin embargo, esta última no se menciona.

La exclusión del art. 24 del control del consentimiento sobre las capitulaciones matrimoniales no significa, lógicamente, que no haya lectora para este: el consentimiento se controlará en todo caso a partir de la ley rectora del régimen matrimonial. Podrían entrar aquí alegaciones como el desconocimiento del idioma (lo que intentó invocarse en el caso de la STS núm. 315/2018, de 30 de mayo, en relación con la cónyuge rusa) o incluso una baja formación cultural por parte de un cónyuge que, sin asesoramiento adecuado, acredite una imposible comprensión sobre el alcance y consecuencias del pacto suscrito²⁵.

²³ En este sentido el art. 233.5 del Código civil de Cataluña establece ese carácter vinculante tanto de los pactos en previsión de ruptura formalizados en escritura pública y los adoptados después de la ruptura, aunque fuera del convenio regulador. Estos últimos, solo para el caso de que se hubieren firmado sin asistencia letrada, podrían revocarse durante los tres meses siguientes y, como máximo, hasta la contestación de la demanda o reconvencción.

²⁴ Estos acuerdos sólo son válidos si son fruto del consentimiento informado, prestado por las partes de forma libre y ausente de toda intimidación, coacción o sometimiento por parte de cualquiera de los cónyuges (STS 572/2018, Sala Primera, 19 octubre 2015 [ECLI:ES:TS:2015:4175] y STS 315/2018, Sala Primera, 30 mayo 2018 [ECLI:ES:TS:2018:1925]).

²⁵ Véase, a los efectos de valorar la sociedad española en el contexto de la nacionalidad, la STS, Sala 3ª, núm. 1521/2021 de 17 de diciembre de 2021, consideró que tal requisito debe atemperarse y adecuarse en el caso de mujeres migrantes con escasa instrucción y formación cultural determinantes de especial vulnerabilidad.

También deberá valorarse la inexistencia de vicios del consentimiento, los aspectos relativos a la incorporación de la propia cláusula, el requisito de la claridad en la redacción de las cláusulas o la necesidad de un asesoramiento previo, garantías especialmente importantes en capitulaciones otorgadas antes del matrimonio y que funcionarían de modo semejante a como lo hacen las cláusulas de incorporación en las condiciones generales de la contratación. No obstante, alguna de estas cuestiones se vincula con condicionantes formales; así, por ejemplo, si se establece una obligación de información por parte de un notario (u otra autoridad) es porque se presupone el otorgamiento de una escritura pública. En estos supuestos, las reglas de conflicto aplicables a la forma absorberían la acreditación del consentimiento, de ahí la importancia de una interpretación amplia del concepto de forma.

3.2. En el control de fondo de los pactos en el momento de su celebración

3.2.1. Parámetros generales de valoración

La validez material de las capitulaciones está sometida a la ley rectora del régimen matrimonial, ya sea la ley elegida, conforme al art. 22, o la conexión objetiva subsidiaria que se derive del art. 26 [art. 27.g) del Reglamento]. Este sometimiento no impide que puedan realizarse “incorporaciones por referencia”, en ejercicio de la autonomía material de los cónyuges, a otras leyes estatales para pactos concretos entre los cónyuges o incluso a los Principios Europeos de Derecho de familia. Pero la eficacia última de estas incorporaciones dependerá de que no vulnere las reglas imperativas de la ley rectora del régimen matrimonial. Esta “validez material” de los pactos incluiría el control sobre su contenido, licitud y eficacia, todo ello sometido a la ley rectora REM [art. 27.g)].

En el momento de su celebración, los pactos se valoran de manera fraccionada en función de su contenido. Puede ser habitual incluir cuestiones que van más allá del régimen patrimonial de los cónyuges, incluyendo acuerdos sobre alimentos o pensiones, o incluso sobre responsabilidad parental. Lógicamente tiene que tratarse de una materia disponible, lo que

Aunque la necesidad de acreditar un grado de integración suficiente no comporta discriminación por razón de sexo, la normativa en materia de igualdad obliga a tener en cuenta la procedencia de ambientes socioculturales discriminatorios para acomodar la exigencia legal a esas circunstancias, valorando las particularidades del solicitante.

en el ámbito de las relaciones privadas internacionales conllevará su verificación conforme a la ley que resulte en cada caso aplicable en función de la materia, sea la ley rectora del régimen matrimonial, de los alimentos o de la responsabilidad parental.

La valoración de estos pactos ha de partir de un equilibrio entre la libertad personal (arts. 17 y 19 CE) de los cónyuges (siempre que esta esté claramente asegurada) y la protección igualdad (arts. 14 y 32 CE) y la dignidad (art. 10 CE), todo ello conformando el orden público²⁶. Teniendo esto en cuenta, la valoración difiere en función de una ordenación del régimen matrimonial dentro del matrimonio o si se trata de un acuerdo en previsión de ruptura; en este último caso, también difiere en función del momento: ya sea cuando el pacto se celebra o ya sea en el momento de su exigibilidad.

Entrarían en este ámbito limitaciones como las establecidas en el art. 1328 C.c., en relación con la nulidad de cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge; el art. 1256 C.c. que impide que el cumplimiento de los contratos quede al arbitrio de una de las partes; o previsiones como las del art. 231-20.3 del Código civil catalán, en relación con la exigencia de reciprocidad y claridad de los pactos de exclusión o limitativos de derechos. Tales condicionantes integrarían el Derecho rector del régimen matrimonial que, a su vez, rige la validez material de las capitulaciones. Todo ello, sin perjuicio de la operatividad del orden público para el caso de lesión de un derecho fundamental o grave desprotección de un cónyuge en situación de especial vulnerabilidad²⁷. En el ámbito del Reglamento REM, puede suscitarse la duda sobre el parámetro a utilizar, dado

²⁶ Cf. ALLUEVA AZNAR, L., “Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial”, *InDret*, núm. 1, 2013, pp. 1 y ss., esp. p. 11. En este sentido, la citada STS (Civil) de 30 mayo de 2018 (*loc. cit.*) entendió que la renuncia recíproca a las reclamaciones de indemnización o de pensión no vulneraba nuestro orden público porque, cuando se firmaron los pactos prematrimoniales, no se indujo al cónyuge a una situación de previsible precariedad, ni hubo sometimiento a la voluntad del marido.

²⁷ La eventual contradicción con el orden público y con la libertad y dignidad de la persona fue analizado expresamente por la STS (Civil) núm. 315/2018, de 30 de mayo, para rechazarlo en el caso concreto de un matrimonio mixto entre español y rusa que hicieron constar pactos prematrimoniales de renuncia recíproca a indemnizaciones y pensiones futuras, sin presencia de hijos comunes; *vid.* al respecto, CERVILLA GARZÓN, M.D., “Acuerdos prematrimoniales y ruptura conyugal”, *Diario La Ley*, núm. 9301, de 19 de noviembre de 2018 y ANTÓN JUÁREZ, I., *Acuerdos prematrimoniales internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 267 y ss.

que el margen imperativo en el marco de una norma estatal no se convierta automáticamente en parámetro para exceptuar la aplicación de la ley extranjera. Así, por ejemplo, se suscitarían dudas sobre el alcance general del art. 1328 C.c. para todo el Derecho español en el caso de inexistencia en las legislaciones autonómicas. Es más que dudoso que pueda utilizarse directamente un precepto como el art. 1328 C.c. como cláusula de orden público frente al Derecho extranjero, dado que la referencia del límite derivado las leyes, las buenas costumbres o la igualdad de los cónyuges resulta, en todos sus términos, difícilmente aplicable a situaciones transfronterizas al entremezclarse normas imperativas internas (leyes o costumbres) con valores que pueden informar el orden público internacional, como sería la igualdad entre los cónyuges. Dicho precepto integrará, por tanto, el Derecho rector de la ley reclamada.

La intervención del orden público debería reservarse para los acuerdos discriminatorios o atentatorios contra cualquier derecho fundamental de cualquiera de los cónyuges. Como excepción al Derecho reclamado sobre la base del art. 31 del Reglamento, el orden público del foro actuaría cuando los acuerdos suscritos pudieran afectar a la libertad personal o a la dignidad de alguno de los contrayentes, si alguno consintió en condiciones de sometimiento o dejándose a sí mismo en una grave situación de desprotección²⁸.

La protección de la igualdad y de la reciprocidad debe entenderse en sus justos términos en este contexto. Por una parte, debe ser una igualdad real y no meramente formal: no basta, por ejemplo, con que renuncien los dos a reclamaciones futuras si en la práctica solo tiene uno de ellos ingresos. Por otra parte, hay que considerar que los acuerdos van a generar un desequilibrio entre los cónyuges que, por sí mismo, no vulnera el orden público siempre que hayan sido libremente consentidos por las partes. Debe, por tanto, hacerse un balance entre la protección de la igualdad de los cónyuges y de la autonomía de la voluntad: parece consustancial a los acuerdos económicos que se produzca una diferencia de trato en la distribución patrimonial entre los cónyuges. Debe valorarse también conforme a la ley rectora la posibilidad y el alcance de la renuncia de derechos o de acciones sobre el patrimonio del otro cónyuge. En este contexto, se ubicaría el art. 6.2 C.c., en el que la referencia al orden público como límite a la renuncia de derechos no es equivalente a “orden público internacional”. También sería dudosa la intervención

²⁸ Así, la STS 392/2015, Sala Primera, 24 junio 2015 [ECLI:ES:TS:2015:2828] alude al respeto de la dignidad de la persona y el principio de la igualdad jurídica entre los cónyuges y de no discriminación.

automática del orden público del foro frente a una ley que permitiera una renuncia genérica frente a acciones o derechos futuros, como ocurrió en el asunto *Radmacher y Granatino*, en el que los cónyuges habían pactado, para caso de divorcio o muerte, que no podría interponerse una demanda contra el patrimonio privativo del otro²⁹.

3.2.2. Análisis por pactos

Con los parámetros indicados, pueden valorarse determinados pactos-tipo habituales en los acuerdos en previsión de ruptura:

-Pactos unilaterales de exclusión o limitativos de derechos. Obsérvese que, por ejemplo, en este ámbito el Código civil catalán exige reciprocidad en tales tipos de pactos. Similares a los anteriores, serían los pactos de renuncia a reclamar pensiones o compensaciones futuras³⁰. No estaría justificada la exigencia de reciprocidad como criterio general de orden público: la igualdad se garantiza con consentimiento libre y sin dependencia o sometimiento de un cónyuge frente a otro. Las garantías del consentimiento informado son determinantes a la hora de valorar la validez inicial de la renuncia. El problema podrá darse, en su caso, en el momento de exigibilidad si el cónyuge queda en una grave situación de vulnerabilidad.

- Pactos que alteran el sistema reparto de bienes y ganancias del matrimonio introduciendo un reparto no equitativo. En principio, garantizadas las condiciones de consentimiento libre e informado, no parece que pueda entenderse nulo ese reparto en todos los casos, que podría obedecer a múltiples razones. Imaginemos una expectativa futura de ganancia patrimonial del cónyuge aparentemente perjudicado por el reparto. Nuevamente habrá que valorar, en el momento de la exigencia del pacto, que ningún cónyuge quede en situación de vulnerabilidad.

Podría incluirse como modalidad, dentro de este tipo de pactos, los *avantages matrimoniaux* del Derecho francés, acuerdos que pretendan alterar el régimen de distribución o liquidación del régimen matrimonial

²⁹ Vid. en SCHERPE, R.M., “Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras *Radmacher v Granatino*. Equidad, libertad y ‘elementos extranjeros’”, *InDret*, núm. 2, 2012, pp. 1 y ss., p. 4.

³⁰ Caso de la citada STS núm. 315/2018, de 30 de mayo.

generando una situación de ventaja patrimonial de un cónyuge frente a otro y rompiendo la igualdad en el reparto de la comunidad conyugal³¹.

- Pacto que atribuya la administración de los bienes de la sociedad de gananciales a uno solo de los cónyuges. Tampoco está claro que ese pacto, por sí mismo, vulnerara el orden público, si ha existido libertad en el consentimiento. Tales pactos podrían justificarse en razones prácticas, en un reparto interno de distribución de funciones matrimoniales o en las mayores habilidades gestoras de uno de los cónyuges.

- Obligaciones que quedan al arbitrio de uno de los cónyuges, prohibidas en el art. 1256 C.c., sí podría entenderse que vulneran el orden público, en la medida en que, aun aceptadas libremente por el otro cónyuge, introducen un desequilibrio excesivo entre ellos y un sometimiento de un cónyuge a los criterios del otro. Así podría ocurrir si, por ejemplo, la fijación de una pensión depende exclusivamente de la voluntad de uno de los cónyuges³².

- Una concesión voluntaria unilateral de derechos que un cónyuge frente a otro, sin obligación legal preexistente, podría entenderse inicialmente válido. Tal sería el caso, por ejemplo, pacto de renta vitalicia de un cónyuge a favor del otro cónyuge³³. En este caso, tampoco parece necesaria la reciprocidad en ese tipo de pactos, siempre que no conlleve una situación de precariedad para el cónyuge concedente.

-También pueden existir pactos en los que los propios cónyuges limitan sus derechos personales incluyendo cláusulas penales o indemnizatorias. Podrían tratarse de pactos establecidos sobre obligaciones personales preexistentes (obligación de fidelidad), vinculados por tanto a los efectos personales del matrimonio. Otros compromisos, que afectarían a diversos aspectos de la libertad personal, serían de más difícil ubicación, al tener por objeto cuestiones ajenas a los efectos del matrimonio, como el acuerdo

³¹ Esta figura está recogida en el art. 1527 del *Code civil* francés. Aquí podrá plantearse la incidencia del Derecho sucesorio, por ejemplo, con un régimen de posible reducción o colación de donaciones; *vid.* BONOMI, A., "The Interaction among the future EU instruments on Matrimonial Property, Registered Partnerships and Successions", *Yearbook of Private International Law*, 2011, pp. 217 y ss., esp. pp. 219 y ss.

³² *Vid.* en este contexto GASPARD LERA, S., *op. cit.*, pp. 1064-1065. Para una valoración del orden público en relación con una renuncia anticipada a una pensión compensatoria, tratada en el caso como alimentos, *vid.* GRUBER, U.P., "Renonciation anticipée a la prestation compensatoire et liberté des conventions matrimoniales", *Revue critique de droit international privé*, 2016, pp. 126 y ss.

³³ STS 315/2018, de 30 de mayo, y STS 392/15, de 24 de junio.

de no residir en un determinado lugar o el compromiso de no volver a casarse. A los problemas de ubicación normativa, habría que añadir las dudas de orden público para la coerción de tales acuerdos³⁴. Debe descartarse, en todo caso, la coercibilidad *in natura* (no volver a casarse) pero sí es planteable su coercibilidad económica³⁵. Se suscita un problema de equilibrio que debe resolverse nuevamente en cada caso entre la libertad personal (y de autonomía de la voluntad) y la protección de la igualdad y dignidad de los cónyuges, que impide un sometimiento de un cónyuge frente a otro. En estos casos, también deben entenderse las limitaciones derivadas de la dignidad de la persona y de la igualdad que impondría que fueran limitaciones recíprocas; sería difícilmente justificable la unilateralidad de la obligación asumida.

-Otro tipo de pactos, similares a los anteriores, serían los pactos destinados a incidir en las causas de separación o divorcio. Tales acuerdos quedarían incluidos en el Reglamento (UE) n° 1259/2010 (Roma III), cuya eficacia dependerá, en última instancia, de no contrariar el orden público, lo que exigirá reciprocidad y no afectar a la dignidad de ninguno de los cónyuges. Quedarían incluidos aquí los supuestos de *covenant marriage* o “matrimonio blindado”, admitidos expresamente en algunos Estados de EEUU, y que permite a los cónyuges restringir los motivos de divorcio³⁶.

³⁴ GARCÍA RUBIO, M.P., “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en Derecho de familia”, en *Neue repts en Dret de família. Materials del Trezenes Jornades de Dret Catalá a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2005, esp. p. 107.

³⁵ Conforme a una calificación funcional, debería someterse a la ley rectora de los efectos personales del matrimonio, esto es, el art. 9.2 C.c. *Vid.* GASPAR LERA, S., *op. cit.*, p. 1051.

³⁶ GASPAR LERA, S., *loc. cit.*, p. 1053, nota 21. En el Derecho español, al no existir un divorcio causal, solo tendría sentido para limitar las causas de divorcio y, en este caso, deberían valorarse a partir de las reglas de reciprocidad e igualdad entre los cónyuges (en contra de su eficacia se pronuncia CERVILLA GARZÓN, M.D., “Sobre la eficacia de los acuerdos prematrimoniales y matrimoniales con previsiones de

ruptura que afectan a los hijos menores”, en MOTA, H. y GUIMARÃES, M.R., *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 671 y ss., esp. p. 672). Quedaría también por valorar la adecuación de tal autolimitación al divorcio desde la perspectiva del Reglamento Roma III.

3.3. En el control de fondo de los pactos en el momento de la ruptura matrimonial

Desde la perspectiva de la exigibilidad de fondo, la aprobación judicial de los acuerdos en previsión de ruptura estará supeditada a los requisitos legales preestablecidos (que no haya perjuicio de derechos de terceros, por ejemplo) y a condiciones de equidad, en función de la aparición de circunstancias sobrevenidas imprevisibles inicialmente para los cónyuges³⁷. Ello es especialmente importante a la hora de valorar renunciaciones anticipadas (a pensiones, indemnizaciones o reclamaciones sobre el patrimonio del otro cónyuge), cuya eficacia puede quedar comprometida por hechos posteriores, como el nacimiento de los hijos o una inesperada variación en la situación patrimonial en cada uno de los cónyuges (premio en la lotería, situación de desempleo...) ³⁸. Sobre esta base se construyó el asunto *Radmacher v. Granatino* y la valoración de la *equity* para dotar de eficacia al acuerdo prematrimonial³⁹. De modo semejante, la jurisprudencia española ha venido aplicando la teoría de la base objetiva del contrato o la cláusula *rebus sic stantibus* para modular la eficacia del acuerdo en particular si ello implica dejar al cónyuge renunciante de un derecho en una situación de necesidad⁴⁰.

Dicha valoración no puede (no debería) realizarse de manera aislada en función de cada pacto o acuerdo prematrimonial, a pesar de que exista, como se ha indicado, ese fraccionamiento desde la perspectiva de la ley aplicable. Cuando el acuerdo incorpora una renuncia de derechos que dejen

³⁷ De hecho, el Código civil catalán exige que los casos de renuncia de derechos que comprometen la situación de terceros se incluyan en el convenio regulador para su aprobación judicial (art. 233-2, apdos. 2 y 3). Así ocurre, por ejemplo, con la renuncia a la pensión compensatoria y la atribución de la vivienda familiar. Si estos acuerdos no se incluyen en el convenio, no son eficaces si comprometen las necesidades básicas del cónyuge acreedor (*vid.* CERVILLA GARZÓN, M.D., *op. cit.*, p. 185).

³⁸ Corresponde a la autoridad judicial, *ex art.* 90 CC., comprobar que no ha habido un cambio sustancial de las circunstancias determinante de un grave perjuicio para alguno de los cónyuges o de un daño para los hijos como consecuencia de lo estipulado. *Vid.* a este respecto, el art. 231-20.5 y, en relación con la atribución de la vivienda familiar, el art. 233-21.3, ambos del Código civil catalán.

³⁹ *Vid.* SCHERPE, R.M., *op. cit.*, pp. 1 y ss.

⁴⁰ Claramente en esta clave, *vid.* el 235-20.5 del Código civil catalán. *Vid.* GASPAR LERA, S., *op. cit.*, pp. 1063 y ss.; CERVILLA GARZÓN, M.D., *op. cit.*, p. 185. La cláusula "*rebus sic stantibus*" se consideró en la STS (Civil) de 24 de junio de 2015, en relación con el pacto de una renta vitalicia, aunque se descartó su aplicación en el caso concreto porque se entendió que no se había producido una variación en la situación financiera respecto al momento del acuerdo.

a uno de los cónyuges en una situación económica de vulnerabilidad debe verificarse el “mínimo vital” en relación a todos los acuerdos suscritos. Ello implica una valoración global o, si se prefiere, en cadena, de los diferentes acuerdos para determinar si el resultado final total alcanza a cubrir la protección de los cónyuges. La *equity* de la jurisprudencia británica⁴¹ marca el camino de modo que, salvada la protección del mínimo vital, no habría problema en mantener la validez del resto de los acuerdos prematrimoniales.

Nuevamente, el papel del orden público del foro debería quedar reservado para la protección de la igualdad y dignidad de la persona, de modo que solo debería activarse teniendo en cuenta la situación global final en la que va a quedar el cónyuge⁴². En la utilización del criterio del orden público también debe considerarse la protección de terceros, en particular que no se vulnere el interés superior de los menores ni lesionen intereses públicos, entendiendo que las renunciaciones de derechos por los cónyuges no conlleven tener que acudir a la carga asistencial pública del Estado⁴³.

La *equity* se basa en la constatación de tres aspectos: la necesidad, la compensación entre cónyuges por quedar en situación de desventaja uno respecto al otro y la distribución de patrimonios. Los dos primeros han

⁴¹ Vid. en relación con el asunto *Radmacher c. Granatino* en SCHERPE, R.M., *op. cit.*, p. 16. A favor de una valoración global de estos acuerdos también se manifiesta BARBA, V., “Los pactos prematrimoniales en el Derecho italiano. Propuesta de reforma de acuerdo con el Derecho catalán”, *Anuario de Derecho civil*, 2021, pp. 21 y ss., esp. p. 29.

⁴² Vid. GALLANT, E., “Contrats nuptiaux internationaux et anticipation des conséquences financières du divorce : quel ordre public?”, *InDret*, 2017, número extraordinario Nuria Bouza, pp. 139 y ss., p. 150, con referencia al art. 13 Protocolo La Haya de 2007. La renuncia a los alimentos o pensión compensatoria puede plantear problemas de orden público en la medida en que contravenga principios esenciales del estatuto rector alimenticio, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 163; CHALAS, CH., “Les méthodes du droit international privé à l’épreuve des contrats nuptiaux internationaux”, en *Le Droit à l’épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l’honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ/Iprolex, Madrid, 2018, pp. 385 y ss.

⁴³ Tal valoración se realizó por el TS en su Sentencia núm. 315/2018, de 30 de mayo, en relación con la renuncia recíproca a reclamación de indemnizaciones y pensiones, aunque se descartó en el caso concreto por “la holgura de recursos de ambos”. También alude a ello, para prohibir los pactos en los que uno de los cónyuges quede en situación de abuso de posición dominante, sumiendo al otro a una clara situación de precariedad que le genere la necesidad de asistencia de instituciones públicas o privadas la STS n° 392/2015, de 24 de junio.

de estar garantizados; no ocurre lo mismo con el último, lo que otorga un mayor margen a la autonomía de voluntad de los cónyuges en ese ámbito.

La valoración de los pactos en función de la situación de necesidad implica la activación del orden público si el Estado tiene que hacerse cargo del cónyuge por desprotección. El mínimo vital vendría inicialmente asegurado por el Protocolo de La Haya de 2007, que fija el alcance de la renuncia de derechos vinculados a la protección de las necesidades de un cónyuge, ya sea por alimentos o por pensión compensatoria.

El punto de partida se encuentra en los arts. 8.4 y 8.5 del Protocolo. El art. 8.4 obliga, en caso de elección de ley a alimentos/pensión compensatoria, a realizar una primera comprobación sobre la posibilidad de renuncia conforme a la ley de la residencia habitual del acreedor en el momento de la elección. Por su parte, el art. 8.5 permite, en clave de justicia material, descartar la elección de ley si conduce a una situación “manifiestamente injusta” o “irrazonable” para cualquiera de las partes a menos que hubiera existido un verdadero consentimiento informado y consciente sobre las consecuencias de la aplicación de la ley elegida, lo que obliga a un asesoramiento legal previo que acredite ese conocimiento con causa sobre el objeto del consentimiento.

En este contexto, la calificación de la pensión compensatoria como alimentos tiene una orientación material: limita los pactos de renuncia anticipada que puedan resultar injustos. Si el mínimo vital no puede asegurarse por la vía del Protocolo de La Haya (por ejemplo, por no ser acreedor de alimentos o de pensión) cualquier pacto de renuncia económica debería examinarse desde la perspectiva de este test de necesidad para valorar su eficacia en el momento de la exigibilidad.

El criterio de la compensación entre los cónyuges se plantea cuando el régimen matrimonial legal o pactado haya implicado, en la práctica, un gran desequilibrio en las aportaciones y beneficios obtenidos por cada cónyuge. Si el Derecho reclamado prevé esta compensación, se seguirá el sistema allí establecido, ya sea con base legal o jurisprudencial⁴⁴. Si el Derecho reclamado no lo prevé, habrá de buscarse tal compensación incluso a través de una

⁴⁴ Así, por ejemplo, en relación con el art. 49 del Código de Familia marroquí, en caso de litigio o a falta de acuerdo, la costumbre y la jurisprudencia marroquí reconocen a la mujer un derecho en relación con los bienes del esposo si logra demostrar que ella ha ayudado o contribuido con su esfuerzo y trabajo a la adquisición de ese bien (ESTEBAN DE LA ROSA, G., *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad*, Junta de Andalucía, 2004, p. 68).

calificación de la pretensión como obligación extracontractual por enriquecimiento injusto del otro cónyuge⁴⁵. Un eventual desconocimiento por el Derecho reclamado de cualquier forma de compensación a la dedicación al hogar de un cónyuge podría entenderse una vulneración de orden público por impedir un tratamiento igualitario de los cónyuges dentro del matrimonio. En este contexto, también se ha considerado que un eventual pacto de renuncia a todo tipo de compensación implica, en realidad, una forma de explotación de la mujer que, en muchas ocasiones, ha sacrificado su vida profesional para atender a las necesidades del hogar⁴⁶.

En otros casos, esa compensación se justifica sobre la base del daño que el divorcio pueda ocasionar a un cónyuge, considerándose para su cálculo el deterioro de las condiciones de vida, la duración del matrimonio y la culpa exclusiva del cónyuge demandado⁴⁷.

Queda la cuestión de quién y cómo se realiza el control de los acuerdos cuando se produce la ruptura matrimonial. Si se trata de un divorcio judicial, será el juez quien realice el control en el momento de aprobar el convenio regulador. Debe valorarse, no obstante, el impacto que puede tener en este contexto la desjudicialización del divorcio y si ello puede implicar una pérdida de garantías sobre la igualdad de los cónyuges en la ruptura. Tal pérdida no se producirá, con carácter general, cuando el notario o profesional interviene en ejercicio de una función jurisdiccional, equiparando su actividad a la de un juez en sentido formal⁴⁸. En estos casos, como ocurre con el divorcio notarial español, el notario realiza un control de lesividad antes de aprobar el convenio regulador, que le sirve para verificar que no se derive ningún perjuicio para ninguno de los cónyuges.

⁴⁵ Base que se utiliza, por ejemplo, en el Derecho griego, que no establece la compensación como norma imperativa pero sí para justificar una acción de enriquecimiento injusto (*vid.* cuestión 5.3 de *Couples in Europe*. <<https://www.coupleseurope.eu/couples-in-greece>>).

⁴⁶ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Party Autonomy...”, *op. cit.*, p. 203.

⁴⁷ Véase el caso del Derecho rumano (*vid.* Cuestión 5.3 <<https://www.coupleseurope.eu/couples-in-romania>>). En estos supuestos, puede plantearse un problema de delimitación entre la pensión compensatoria (calificada de alimentos) y una compensación basada estrictamente en la liquidación del régimen económico matrimonial.

⁴⁸ *Vid.* JIMÉNEZ BLANCO, P., “La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 555 y ss.

Más problemático resulta, sin embargo, un modelo de desjudicialización en el que el notario o profesional tenga un papel pasivo, sin realizar ningún control de fondo. Así, por ejemplo, el divorcio por mutuo consentimiento del art. 229 del *Code civil* francés parte de un acuerdo privado de los cónyuges, con asesoramiento de abogados, que se protocoliza en un acta notarial⁴⁹. El notario se limita en este ámbito a un control de regularidad (pero no de equidad) de la documentación que se le presenta⁵⁰.

Los propios trabajos del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (GEDIP) mostraban su reticencia a admitir la eficacia de un divorcio consensual privado, precisamente por la falta de control sobre el consentimiento⁵¹. La respuesta sobre “quién” debe hacer el control es complicada si la intervención del profesional es meramente formal, de modo que no se garantizaría la equidad entre los cónyuges. Lo relevante es que, desde la perspectiva del art. 64 del Reglamento Bruselas II ter, el acuerdo privado merece un tratamiento, en términos de reconocimiento, similar al de una

⁴⁹ La introducción de esta modalidad de divorcio en el *Code civil* francés se realizó por la Ley n° 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016 de *modernisation de la justice du XXIe siècle*.

⁵⁰ El notario debe comprobar que se respetan las exigencias formales previstas en el art. 229-3 – que establece el contenido del acuerdo de divorcio. Dicho precepto establece el contenido preceptivo que debe tener el acuerdo de divorcio, a saber: los datos de los cónyuges y, en su caso, de los hijos; los datos de los abogados participantes en las negociaciones; la mención del acuerdo de los cónyuges sobre la ruptura del matrimonio y sus efectos en los términos del acuerdo; las regulaciones de los efectos del divorcio, sobre todo, si se pacta una prestación compensatoria; el estado de la liquidación del régimen matrimonial; la mención de que se ha informado al menor por sus padres de su derecho de audiencia ante el juez en las condiciones establecidas en el art. 388.1 y que no desea hacer uso de esa facultad. También debe comprobar que se ha respetado el plazo de reflexión establecido en el art. 229-4.

⁵¹ En este sentido, en el art. 42 de Propuesta del GEDIP de un Reglamento sobre divorcio, hecha en Anvers, en septiembre de 2018, sometía los divorcios consensuales a un control de ley aplicada. Posteriormente, con ocasión de la reunión de Katowice, de septiembre de 2019, se generó una solución híbrida para los divorcios consensuales (nuevo art. 41 de la Propuesta) combinando el reconocimiento con un control de ley aplicada (nacionalidad o residencia de cualquiera de los cónyuges) y con motivos de denegación de reconocimiento basados en el orden público o el carácter inconciliable con otras decisiones y/o acuerdos. Particularmente interesante es la regla material, dentro de la cláusula del orden público, para denegar el reconocimiento si, antes de la conclusión del acuerdo, uno de los cónyuges no fue correctamente informado de los efectos del acuerdo o si su consentimiento no fue enteramente libre. *Vid.* toda la documentación en <<https://gedip-egpil.eu>>.

resolución judicial, aspecto que incidirá en el reconocimiento de la disolución del vínculo matrimonial. Supone la confianza mutua sin juez. Sin embargo, su impacto en la liquidación del régimen matrimonial será limitado. El reconocimiento de un acuerdo privado registrado que incluya pactos sobre régimen económico no queda incluido en el ámbito del Reglamento REM. Será la ley rectora del régimen matrimonial la que determine la aptitud del acuerdo privado para disolver un régimen económico matrimonial y su liquidación. Y en la aplicación de esa ley rectora, se mantiene el instrumento del orden público como garantía de igualdad de los cónyuges en la ejecución de la liquidación del régimen matrimonial.