

Matrimonial Property Regimes in Private Comparative International Law^(*)

LOS REGIMENES MATRIMONIALES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMPARADO

Señoras, señores, amigos:

Debo empezar con unas escuetas palabras de gratitud para la Law Society y la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado Latino, que en estos momentos me conceden el honor inmerecido de ocupar esta tribuna, que han prestigiado tantos ilustres juristas cuya ciencia nunca podrá ser alcanzada por la mía. De antemano solicito su comprensión, indulgencia y perdón, tanto por mis humanos fallos técnicos como por mi deficiente expresión en lengua inglesa, y espero, al menos, que mi exposición sea sencilla y clara.

1. OBJETO Y LÍMITES DE ESTE TEMA

La creciente internacionalización de la vida moderna, debida en gran parte a la importancia del progreso de los medios de comunicación y de transporte, hace más frecuentes las relaciones entre personas de diferente nacionalidad. Y esta movilidad, característica del mundo actual, implica con mucha frecuencia que ciudadanos de un Estado tomen contacto con ciudadanos de otro Estado para la celebración de matrimonios, contratos,

(*) Traducción de la conferencia pronunciada el 17 de octubre de 1979 en la Faculty Reading Room, Parliament House, de Edimburgo, organizada por The Scottish Lawyers' European Group, en su Annual General Meeting, bajo los auspicios de la Law Society of Scotland y la Faculty of Advocates.

relaciones comerciales, adquisición y transmisión de bienes sitos en territorio extranjero.

Y precisamente en esta movilidad y en la frecuencia de tales contactos entre sistemas jurídicos de diferentes Estados está la razón de ser del Derecho Internacional Privado, porque si los sujetos de derecho interno sólo viviesen sus relaciones sociales en el territorio de un solo Estado, no habría ningún motivo para buscar una legislación que resolviese los conflictos de leyes en el espacio.

Consecuentemente, el primer rasgo típico del Derecho Internacional Privado consiste en el estudio de los conflictos de leyes. Pero no acaba aquí, sino que necesariamente se extiende a los conflictos de jurisdicciones y a los conflictos de autoridades. Los primeros consisten en la atribución a la jurisdicción de un Estado determinado de la competencia para conocer una cuestión concreta, y comprende la cuestión conexas del reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras; los segundos, más difíciles de definir, se refieren al reparto de competencias entre autoridades y profesionales de diferentes Estados (Notarios, Solicitors, Cónsules), así como la eficacia internacional de los documentos en que ellos intervienen.

A continuación expongo de forma sintética los principios fundamentales que rigen esta materia desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado comparado, con referencias al Derecho convencional.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El concepto «Matrimonial Property Regimes» se refiere a los efectos del matrimonio sobre los bienes de los esposos, y la búsqueda de una ley aplicable a tales relaciones jurídicas es muy delicada, ya desde antiguo, porque los derechos nacionales internos presentan una diversidad muy grande. En el plano de las reglas materiales, son muy variados los sistemas matrimoniales; algunos países admiten la mutabilidad, mientras otros la rechazan. Las reglas de conflicto son también dispares, tanto en presencia de un contrato matrimonial (régimen convencional) como cuando no existe elección por los esposos (régimen legal).

Ni el Derecho romano ni el Derecho germánico prevén soluciones para los conflictos de leyes, siendo en la Edad Media cuando propiamente nace el Derecho Internacional Privado, con la importancia considerable de la llamada Teoría de los Estatutos, que suele presentarse en cuatro escuelas: italiana, francesa, española y holandesa.

Son precisamente las relaciones patrimoniales entre cónyuges las que dan ocasión, en Francia, a un debate sobre la Teoría de los Estatutos, produciendo los enfrentamientos doctrinales que dieron origen a la *famossissi-*

ma quaestio, haciéndose célebre DUMOULIN, en el asunto de los esposos Ganey. La teoría tiene un eco considerable en la jurisprudencia francesa. Y más tarde la recoge SAVIGNY en Alemania, utilizando el domicilio conyugal, el del marido, como *connecting factor*.

En los países de «Common Law», la influencia de DICEY fue tal, que su doctrina es aún hoy la regla de conflicto de leyes en materia de regímenes matrimoniales. Tal sistema se basa en una distinción entre los bienes muebles e inmuebles. Excepto ciertas excepciones, como la sumisión de los inmuebles pertenecientes a los esposos a la *proper law* del contrato de matrimonio, los inmuebles se rigen por la ley del lugar de situación. Los muebles se someten a la ley designada por las partes, de modo implícito o explícito, si hay contrato matrimonial, y en su defecto rige la ley del domicilio conyugal, no teniendo trascendencia ni el lugar de celebración del matrimonio ni el domicilio de la mujer antes del mismo.

Hay que destacar, por último, la influencia del italiano MANCINI, que incluye el régimen matrimonial en los dominios del estatuto personal bajo la competencia de la ley nacional, y no teniéndola común los esposos, inclinándose por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio.

3. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL «MATRIMONIAL PROPERTY REGIME»

El problema más delicado que plantea la búsqueda de la ley aplicable a los «Matrimonial Property Regimes» es, sin duda, el de la unidad o pluralidad de tales regímenes, lo que puede expresarse con esta interrogante: ¿Debe una ley única regir el conjunto de cuestiones que ofrecen las relaciones patrimoniales entre esposos y frente a terceros o, por el contrario, es preferible escindir el régimen en tantas partes como sean los bienes que lo componen, preconizando como *connecting factor* la autonomía de la voluntad, la forma, el régimen legal o los bienes muebles e inmuebles?

Los países continentales, de Derecho escrito, se inclinan por la primera tesis generalmente. Todas las relaciones patrimoniales forman una categoría única, y salvo raras excepciones se rigen por una ley sola. Mientras que en los países de «Common Law» se diversifica la solución para los muebles (ley del domicilio del propietario) y los inmuebles (*lex rei sitae*). La doctrina suele decir que la primera solución es más racional; la segunda, más simple y pragmática.

El segundo problema, también grave, a tener en cuenta es el de la existencia o no existencia de contrato matrimonial, ya que tal puede condicionar que sea diferente el *connecting factor*. El alcance de la auto-

nomía de la voluntad conduce a esta interrogante: ¿Debe someterse el contrato matrimonial a la ley aplicable a las obligaciones convencionales o, por el contrario, depende su validez de la ley que rige las relaciones patrimoniales entre esposos? En esta segunda perspectiva, se suelen desglosar las cuestiones referentes a la sustancia o fondo y a los efectos del contrato, incluidos en el dominio de la ley aplicable, y a los problemas de capacidad y forma, regidos, respectivamente, por el estatuto personal y por la ley aplicable a la forma de los contratos.

Al tiempo de elegir el *connecting factor*, las divergencias legislativas y doctrinales son importantes: nos encontramos con la nacionalidad, el domicilio o la residencia, el lugar de la situación de los bienes y la autonomía de la voluntad.

- Entre los países que aplican la ley nacional del marido podemos citar Bélgica, España, Portugal, Italia, Grecia, Holanda, Alemania (República Federal), Finlandia, Polonia, Rumania, Suecia, Japón, Guatemala... La elección de esta conexión presenta el doble inconveniente de atribuir la preponderancia a la nacionalidad de uno de los sujetos y de fijar el factor de nacionalidad a un tiempo determinado. El conflicto móvil puede recibir diferentes soluciones: el momento determinante puede ser la celebración del matrimonio, la celebración de un contrato, el nacimiento de un litigio o una sentencia judicial. La preferencia suele referirse al momento de celebración del matrimonio, con lo que se descarta el riesgo de un cambio fraudulento de nacionalidad con vistas a eludir las disposiciones prohibitivas de una determinada ley nacional que permita un trato de favor hacia el marido.

- Algunos países, en razón de la particular concepción del estatuto personal, utilizan el domicilio del marido en lugar de su nacionalidad, y no siempre en cuanto a los inmuebles. Tal sucede en Estados Unidos, Argentina, Brasil, Dinamarca, Noruega, Paraguay y Perú.

Otros países prefieren el domicilio conyugal. En Francia, esta conexión se basa en la voluntad implícita de las partes. En Suiza tiene carácter imperativo, salvo si se trata de inmuebles pertenecientes a ciudadanos suizos. Esta solución tiene la ventaja de evitar preferencias entre uno u otro cónyuge y de inclinarse por una ley única, común a ambos esposos; pero tiene, por otra parte, sus inconvenientes, ya que el domicilio conyugal puede ser ficticio, lo que puede suponer que llegue a ser aplicable una ley que no tiene lazos reales con los esposos. Por esta razón se prefiere a veces el lugar de celebración del matrimonio, por presumir que es el domicilio conyugal inicial.

- La aplicación de la ley de situación sólo se refiere a los inmuebles, ya que ningún país dice lo mismo para los muebles, que suelen sujetarse

a la ley domiciliar. Este factor provoca, como es lógico, la escisión del régimen matrimonial. Encontramos aplicada la *lex rei sitae* en los países de «Common Law», Argentina, Austria y Estados Unidos. En definitiva, este *connecting factor* niega cualquier incidencia del matrimonio sobre el régimen de bienes que están sujetos al estatuto real, siguiendo la tesis de que cada Estado tiene el privilegio de determinar los títulos de la propiedad inmobiliaria.

La solución parece excesiva, porque el Estado es lógico que influya sobre los derechos reales de naturaleza inmobiliaria, pero es excesivo que se inmiscuya en los efectos del matrimonio sobre tales derechos. Además, la aplicación de la ley de situación tiene otro grave inconveniente, ya que conduce fatalmente a aplicar tantas leyes matrimoniales como sean los Estados en que los esposos tienen situados sus bienes.

● También se ha defendido por la doctrina y la jurisprudencia francesas, la sumisión a la ley determinada por la autonomía de la voluntad de los esposos. Pero tal voluntad no es clara, sino desconocida, cuando no eligen un régimen matrimonial determinado ni, por consiguiente, se inclinan por un régimen legal en defecto de contrato. Presumir en tales casos la aplicabilidad de una ley determinada llevaría a situaciones injustas. Supongamos, a título de ejemplo, que los bienes del marido estén situados en un país que sigue como régimen legal la comunidad, mientras que el país de la situación de bienes de la esposa se decide por el régimen legal de separación.

El último gran problema que plantea la ley aplicable es el de sus posibles excepciones.

El orden público (*public policy*) puede desempeñar un papel importante en el tema de las relaciones patrimoniales entre esposos, por lo que debe procurarse una estricta limitación de su uso, ya que una interpretación extensiva arriesgaría la finalidad esencial e incluso la razón de ser del Derecho Internacional Privado. Por ello es conveniente denunciar con energía su utilización por los sistemas judiciales de algunos Estados, como remedio fácil que permite una arbitraria extensión de la ley del foro (*lex fori*), ya que tales actitudes encubren un desconocimiento del Derecho extranjero, que es uno de los fines primordiales del Derecho Internacional Privado.

Entre las cuestiones que interesan al orden público, susceptibles de una solución positiva o negativa según el tribunal competente, cabría citar: la exigencia de una forma determinada para los contratos matrimoniales, la inmutabilidad del régimen, la prohibición de donaciones entre esposos, el carácter imperativo de ciertos derechos y deberes, especial-

mente en lo que se refiere al llamado régimen primario: deber de alimentos, facultades de administración y disposición...

La técnica del reenvío reducida a su expresión más simple supone interrogarse sobre si el *connecting factor*, referido a un ordenamiento jurídico extranjero, debe comprenderse *stricto sensu*, como ordenamiento jurídico que contiene exclusivamente normas de Derecho material o, por el contrario, se comprenden en el mismo las normas de Derecho Internacional Privado, que son de aplicación preferente. Con la primera alternativa no existe remisión a otra ley; con la segunda cabe que haya que aplicar la primera ley o la de un tercer Estado. Así ha surgido la teoría de la remisión (*renvoi*, según la terminología francesa) de primero o segundo grado, *Rückverweisung*, *Weiterverweisung*, según que se declare aplicable la ley material del foro o la de un tercer Estado que acepte esta competencia.

Desde el punto de vista legislativo caben a este problema tres soluciones:

- Aceptar la remisión en primero y segundo grado: Bélgica, Polonia, Portugal, Suiza, Checoslovaquia. E incluso, como sucede en los países del «Common Law», se acepta la doble remisión: *Foreign Court Theory*, que significa que el Juez debe decidir y sentenciar como lo haría la jurisdicción extranjera competente.

- Una segunda actitud consiste en prohibir radicalmente la remisión a una ley extranjera aplicando sistemáticamente el Derecho sustancial designado por el *connecting factor*. Esta es la solución de Italia, Dinamarca, Grecia, Suecia, Brasil, Egipto y, en cierto modo, Canadá y Estados Unidos.

- Una solución intermedia consiste en admitir sólo la remisión de primer grado a la *lex fori*. Así, por ejemplo: Alemania Federal, España, Japón.

- Francia mantiene una solución muy particular, ya que admitiendo, como admite, la remisión en Derecho Internacional Privado, la jurisprudencia rechaza esta posibilidad en materia de «Matrimonial Property Regimes», posiblemente debido a la naturaleza contractual del sistema francés, que hace difícil pensar que los esposos tuvieron la voluntad de aplicar no un Derecho material extranjero, sino una regla de conflicto que ellos ignoraban.

4. AMBITO DE LA LEY APLICABLE

La ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre esposos tiene un campo de aplicación particularmente amplio, ya que normalmente determina: el régimen, convencional o legal, de los bienes de los esposos, e incluso cuestiones tan variadas como la capacidad, la forma, la posibilidad o necesidad de la dote o instituciones análogas e incluso la mutabilidad del régimen matrimonial. Si bien en algunos países la capacidad se somete al estatuto personal, y la forma al formal (*locus regit actum*). También alcanza el ámbito de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias entre cónyuges, y a los contratos, compraventas, donaciones, entre ellos.

Si cuanto antecede puede afirmarse constante el matrimonio, no cabe duda que disuelto el matrimonio es también interesante conocer el ámbito de la ley aplicable, en los casos de disolución, cuando el matrimonio declarado nulo se contrajo de buena fe por ambos esposos o, al menos, por uno de ellos. La mejor solución consiste en aplicar al llamado matrimonio putativo las mismas reglas que al matrimonio válido.

5. CAMBIO DEL «MATRIMONIAL PROPERTY REGIME»

Hasta ahora la búsqueda del *connecting factor* del «Matrimonial Property Regime» se ha hecho teniendo en cuenta tan sólo la relatividad espacial de los ordenamientos jurídicos, pero debe notarse que tal solución opera de modo estático, desatendiendo el factor tiempo.

La modificación del régimen puede provenir de una modificación del Derecho material aplicable, en cuyo caso son de aplicación los principios generales de los conflictos transitorios. Por otra parte, la materia de los «Matrimonial Property Regimes» utilizando un factor susceptible de desplazamiento en el tiempo y en el espacio, no escapa al conflicto móvil, y entonces cabe preguntarse: cuando cambian la nacionalidad o el domicilio, tomados como *connecting factors*, ¿hay que tomar en cuenta el factor antes o después del cambio?

El conflicto móvil puede incidir sobre los «Matrimonial Property Regimes» si el factor tiempo sólo se refiere a la nacionalidad nuevamente adquirida o al domicilio de residencia actuales, que no son los mismos que los iniciales al tiempo de la celebración del matrimonio. Y, por otra parte, cabe que sea la voluntad de los esposos el factor determinante del cambio, es decir, cuando quieren modificar su anterior régimen, planteándose entonces el problema de saber qué ley debe determinar su mutabilidad o inmutabilidad.

En algún tiempo esta cuestión presentaba poco interés, porque la mayoría de países consideraban casi dogmático el principio de inmutabilidad. Pero no sucede hoy igual, ya que el principio tiene numerosas, cada día más, excepciones. La cuestión de la mutabilidad pertenece incontestablemente al ámbito de la ley aplicable al «Matrimonial Property Regime». La mayoría de países entienden hoy que dicha ley determina tanto la admisibilidad, como las condiciones de la mutabilidad.

6. PUBLICIDAD DEL «MATRIMONIAL PROPERTY REGIME»

El cambio de régimen matrimonial plantea el delicado problema de la protección de los terceros, exigiendo cierta publicidad que concilie la autonomía de la voluntad con el respeto a los derechos adquiridos.

Quiero destacar aquí que precisamente para permitir a los terceros un fácil conocimiento del régimen matrimonial legal aplicable a los esposos casados sin contrato, la primera comisión del Séptimo Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino propuso en 1963 la obligación de elegir una ley determinada cuando la situación en presencia presentaba algún elemento de extraneidad.

Cuando los esposos contratan con terceras personas importa a éstas conocer a qué «Matrimonial Property Regime» están sujetos. Y ésta es la razón por la que algunos derechos nacionales imponen una especial publicidad para la constitución o cambio de tal régimen.

Así, los Derechos belga, francés y neerlandés obligan a los esposos a presentar al Oficial del estado civil un certificado del Notario autorizante del contrato matrimonial, documento que es objeto de una anotación al margen de la inscripción de matrimonio.

En España, los contratos matrimoniales y sus modificaciones deben constar necesariamente en escritura pública autorizada por Notario, salvo cierta excepción sin importancia. Y en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención de tales contratos y modificaciones, y si afectan a inmuebles se tomará razón en el Registro de la Propiedad.

En otros países, como Alemania, Suiza y los escandinavos, también tienen acceso al registro de «Matrimonial Property Regimes» cuando tales contratos existen.

Ello no obstante, no todas estas disposiciones son aplicables a las relaciones internacionales. Puede decirse, en general, que la protección a terceras personas está muy limitada en estos aspectos. Así, por ejemplo, la solución de los Derechos francés, belga y neerlandés sólo se aplica a los matrimonios celebrados en los países respectivos. Lo que quiere decir que

la protección no será verdaderamente eficaz más que en el caso de que un esposo quiera prevalerse de su contrato matrimonial frente a un tercero en el país considerado.

7. CONFLICTOS DE AUTORIDADES Y DE JURISDICCIONES

No es posible detallar en el marco de esta conferencia el campo, particularmente amplio, de los conflictos de autoridades y de jurisdicciones. Pero considero útil dejar, al menos, un planteamiento de esta problemática.

En efecto, cuando se exige la forma auténtica para los contratos matrimoniales puede preguntarse si es competente para actuar el Notario, el Cónsul o el Oficial del estado civil; pero tal es un simple problema de competencia de atribución entre autoridades y profesionales de un mismo Estado, y será la ley interna la decisoria en tales casos. Si se trata de conflictos de competencia territorial internacional deben resolverse en función de la ley del foro, pudiendo presentarse algunos conflictos positivos si varias autoridades aceptan su competencia, o negativos si ninguna es competente. Esta posible falta de armonía es inevitable mientras no proliferen o se ratifiquen tratados bilaterales y multilaterales.

Las soluciones nacionales a los problemas que plantea la eficacia de las sentencias extranjeras varían sensiblemente. Un principio, al menos, les es común: la eficacia se limita a las fronteras del Estado al que pertenece la autoridad que ha dictado sentencia, debido a que los ordenamientos jurídicos son cerrados y sus soluciones relativas.

En materia de «Matrimonial Property Regimes» no se plantea ninguna dificultad especial y, por tanto, hay que referirse a las reglas generales sobre el reconocimiento de sentencias extranjeras. Todos los Estados lo someten a ciertas condiciones, más o menos severas, mediante un control judicial que suele denominarse *exequatur*.

Dicho control puede comportar seis tipos de condiciones, a saber: la competencia internacional del Juez extranjero, la regularidad de la notificación de citación según la ley del país de origen, la existencia de un plazo razonable para comparecer en juicio, el carácter definitivo de la sentencia extranjera y su fuerza de cosa juzgada, el respeto al orden público y la autenticidad en la expedición o comunicación de la sentencia.

8. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La trascendencia de los conflictos que pueden plantearse, que deriva de un Derecho material comparado radicalmente diverso, ha llevado a los

diferentes Estados a tratados o convenciones de muy diversa índole y con ámbito bilateral o multilateral.

Una diferencia importante separa unos de otros. Normalmente, los tratados bilaterales (a veces esta denominación podría extenderse a más de dos firmantes) son elaborados entre Estados que tratan de resolver situaciones que les son propias y específicas. Por el contrario, los tratados multilaterales suelen ser negociados en el seno de organizaciones o reuniones internacionales que agrupan un gran número de Estados cuyos sistemas jurídicos son divergentes, y sus soluciones son fruto de concesiones mutuas de mucha más envergadura que las soluciones bilaterales. Por otra parte, aunque el tratado multilateral no encuentre un éxito inmediato, constituye frecuentemente un modelo de referencia que servirá, por ejemplo, para modificar leyes internas o para elaborar tratados bilaterales. Es por esto conveniente y aprovechable una referencia a tales tratados.

Ciñéndonos a países del área europea, de los participantes en el «Livre bleu», tan sólo dos, Austria (con Polonia e Irán) y Francia (con Polonia y Yugoslavia), tienen tratados bilaterales específicos en materia de «Matrimonial Regimes». Ellos mismos y todos los demás han suscrito numerosas convenciones de carácter consular o relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

Porque considero escapan un poco a nuestro interés, me limito sólo a mencionar los tratados latinoamericanos y los nórdicos. El llamado «Código Bustamante» de 1928 consagró la ley nacional, mientras que los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 se inclinaron por la ley domiciliar. Este mismo criterio siguió la Convención Nórdica de 1931 para Dinamarca, Noruega, Suecia, Finlandia e Islandia. No tuvo éxito el Tratado de Benelux de 1951, ya que sólo fue ratificado por Luxemburgo, pero no por Bélgica ni por Holanda.

Cito la Convención de La Haya de 17 de julio de 1905, porque la que seguidamente comentaré con más extensión de 1978, en su artículo 20 dice que no deroga las Convenciones anteriores; aunque su alcance sea incierto y muy restringido, ya que habiendo entrado en vigor en 1912, fue denunciada por Francia, Bélgica, Suecia, Polonia y Holanda, no quedando en este momento más países ratificantes que Alemania, Italia, Portugal y Rumania. Por esta razón no me parece interesante profundizar en su estudio.

La Convención de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los «Matrimonial Property Regimes» entrará en vigor en el momento en que se deposite el tercer instrumento de ratificación o adhesión. Hasta el momento presente sólo ha sido firmada, que no ratificada, por Austria, Francia y Portugal.

Después de 1904, la Conferencia de La Haya sufrió una notable

expansión al admitir en su seno una serie de Estados representativos de la mayoría de sistemas jurídicos mundiales. Para llegar a una solución común era preciso intentar un compromiso entre sistemas jurídicos tan profundamente diferentes: a los defensores de la ley nacional se oponían los de la ley del domicilio; la unidad del régimen matrimonial era impugnada por los partidarios de una escisión entre muebles e inmuebles; la permanencia de algún *connecting factor* se oponía a la mutabilidad total de la ley admitida, por ejemplo, en los Estados Unidos.

Un compromiso realizado sobre la base de divergencias tan acusadas no podía abocar sino a un resultado demasiado complicado. Pero esta complejidad, como señaló BATIFFOL, no basta para descalificar la empresa, y si un lector precipitado advierte una impresión de complejidad desmesurada, una lectura más atenta le mostrará una estructura ordenada.

Tal vez el rasgo que mejor defina la naturaleza jurídica del Convenio sea su carácter universalista, ya que su artículo 2 se declara aplicable, con independencia de cuál sea la nacionalidad o la residencia habitual de los esposos o la ley que resulte designada por las normas de conflicto convencionales. Quiere esto decir que los Estados que lleguen a ser partes en el Convenio sustituirán, por ese mismo hecho, sus iniciales y diferentes sistemas de Derecho Internacional Privado en el tema, por un sistema pactado y común. De donde se derivan dos grandes consecuencias, aparte otras ventajas teóricas y prácticas: de una parte, en el orden interno de cada uno de estos Estados, un tratamiento similar de todas las situaciones con elementos extranjeros que se susciten ante sus tribunales; de otra, en razón directa del grado de aceptación que logre el Convenio, se avanzará en la realización del principio de la armonía internacional de las soluciones, puesto que, en principio, éstas serán las mismas siempre, hecha abstracción del foro ante el que los problemas se planteen.

Las transformaciones socioeconómicas, de distinto alcance, habidas en los últimos tiempos se han traducido en una serie de principios inspiradores del Convenio, que lo hace profundamente diferente del elaborado en 1905, en la misma Conferencia de La Haya. Entre los mismos destaca, como idea-fuerza, el amplio reconocimiento de la función que corresponde a la autonomía de la voluntad de los esposos en la organización de su «Matrimonial Property Regime», lo que significa que el Convenio, en línea de una serie de ordenamientos, entre los que se encuentra el Derecho español, se basa en la primacía del régimen pactado sobre el régimen legal, por lo que sólo subsidiariamente, cuando los esposos no hagan uso de la facultad conformadora que se reconoce a su voluntad, entrarán en juego los criterios fijados para la determinación objetiva de la ley aplicable.

La relativa facilidad con que este principio se impuso desde los primeros trabajos de la Comisión Especial, incluso respecto de ordenamientos

que lo desconocen en sus sistemas jurídicos nacionales, es la mejor muestra de que su consagración se siente como una necesidad en el actual momento histórico. Así destacó VON OVERBECK: la importancia de esta nueva orientación es tan grande, que todos los Estados representados en la Conferencia la han aceptado sin oposición.

De acuerdo con la anunciada primacía del régimen pactado sobre el legal, el artículo 3 del Convenio dispone que el régimen matrimonial se encuentra sometido a la ley interna designada por los esposos antes del matrimonio.

En distinto plano, el Convenio incorpora una limitación sustantiva al juego de la autonomía de la voluntad en el tema. La limitación procede de la opción realizada por un sistema unitario, es decir, por el deseo de que se aplique una única ley al conjunto de los bienes de los esposos, con independencia de su situación. Tal principio sólo resulta atenuado en el Convenio por la posibilidad reconocida a los esposos de someter los inmuebles al régimen previsto en la *lex rei sitae* (arts. 3 y 6). Lo que supone, en definitiva, que aunque se mantiene en toda su pureza la unidad del régimen determinado por imperativo legal, los cónyuges van a disponer, en el marco de la autonomía de la voluntad que se les reconoce, del derecho a optar respecto de sus bienes inmuebles, presentes o futuros, por la aplicación de uno de los sistemas contemplados por la ley del lugar de su situación.

Reducida a estos términos, que elimina riesgos de escisión automática y supuestos de fraude, la aplicabilidad parcial de la *lex rei sitae* se encuentra ampliamente justificada, por motivos que se refieren a la protección del tráfico jurídico del lugar de situación de los bienes inmuebles. Por otra parte, de este modo se tiene en cuenta el punto de vista de los países anglosajones, haciendo posible que éstos consideren las ventajas de una eventual ratificación del Convenio.

Precisamente atendiendo al papel que desempeña la autonomía de la voluntad como criterio de localización, su manifestación en la materia puede ser dual. Así, podrá manifestarse tanto a través de contratos matrimoniales, permitidos por uno de los ordenamientos entre los que pueden optar los esposos, como mediante simples acuerdos de elección de la ley aplicable, siempre que la designación pueda establecerse de manera indubitada (art. 11).

Ahora bien, cualquiera que sea la vía utilizada, la manifestación de la voluntad de los esposos va a encontrarse sometida a una o varias leyes, que serán las que establezcan las condiciones relativas, por un lado, al consentimiento de las partes y, por otro, a los requisitos formales del acto jurídico en cuestión. En el primer plano, el artículo 10 consagra la solu-

ción, que comienza a dibujarse como tradicional en la materia, con arreglo a la cual es la misma ley declarada aplicable la que determina la validez y eficacia de la *electio legis*.

En cuanto a los requisitos formales, tanto los contratos matrimoniales como los contratos de designación de la ley aplicable serán válidos si se respetan las condiciones establecidas, bien por la ley interna designada, bien por la ley interna del lugar de conclusión del contrato (arts. 12 y 13). En ambos casos se dice que basta un escrito fechado y firmado por los esposos. Y si es bien evidente la debilidad que ofrecen como garantía jurídica tales exigencias formales, su juicio crítico debe verse atemperado por dos órdenes de consideraciones: de una parte, la subsidiariedad en la aplicación va a traducirse en la práctica a una escasísima invocación, porque, como demuestra cualquier examen de Derecho comparado, el contrato de bienes con ocasión del matrimonio figura entre los que se encuentran rodeados de mayores garantías formales; de otra, el desarrollo de la protección de los terceros en la normativa convencional reduce los riesgos de una invocación fraudulenta frente a los mismos de contratos de matrimonio puramente privados.

La amplia acogida que reserva el Convenio al principio de la autonomía de la voluntad se proyecta igualmente en la regulación del tema de la mutabilidad o inmutabilidad del régimen pactado. Ahora bien, al incidir sobre una realidad conformada también por la voluntad de los esposos, la autonomía de la voluntad va a traducirse en dos consecuencias hasta cierto punto contradictorias. Así es en virtud de que se reconoce a los esposos un papel decisivo en la regulación de su régimen de bienes en el matrimonio, por lo que se les autoriza a modificar, a lo largo del matrimonio, el régimen jurídico anteriormente aplicable.

En este sentido, con la misma técnica que el artículo 3 sigue respecto de los acuerdos de voluntad anteriores o coetáneos al matrimonio, el artículo 6 del Convenio establece cuáles son las opciones entre las que los cónyuges pueden elegir.

La segunda consecuencia que se deriva del respeto a la autonomía de la voluntad es la de la inmutabilidad del régimen pactado, en tanto no se produzca una nueva manifestación de la misma, en los términos previstos en el artículo 6. Reflejo de tal concepción, el artículo 7 dispone, en su primer párrafo, que la ley competente en virtud de las disposiciones del Convenio continúa siendo aplicable mientras los esposos no hayan designado ninguna otra, incluso si cambian de nacionalidad o de residencia habitual.

El juicio que merezcan las soluciones alcanzadas para el régimen legal subsidiario, no debería nunca de prescindir de su encuadre en un proceso más general que marca el continuo retroceso de la conexión nacio-

nalidad, frente al criterio de la residencia habitual. Posiblemente, la sociología jurídica pueda explicarnos mejor que ninguna rama del Derecho el porqué de esta evolución, y desde tal óptica, tal vez quepa apuntar cómo el hombre de la segunda mitad del siglo xx ve cada vez con mayor escepticismo el contenido jurídico de que MANCINI quiso dotar a la noción de nacionalidad. Frente a la misma, el principio tradicional del domicilio, desprovisto de formalismo en la idea de residencia habitual gana terreno, incluso respecto de situaciones que, por su vocación a la permanencia, constituyen para muchos juristas continentales auténticas piedras de toque de la virtualidad de la nacionalidad como *connecting factor*.

Resulta evidente que la Conferencia, en la búsqueda de un compromiso aceptable para todos los Estados miembros, ha ido muy lejos, renunciando a la consagración de un punto de conexión único para todos los esposos. Por el contrario, de acuerdo con el artículo 4, la ley aplicable va a depender de los criterios mantenidos *in casu*, tanto por la ley nacional como por la ley de la residencia habitual. No obstante, un logro, y no menor, se habrá alcanzado el día en que el Convenio entre en vigor: en cada supuesto concreto, para unos esposos determinados, todos los Estados partes adoptarán una misma solución.

En otro orden de cuestiones, la solución del conflicto móvil se dibujó, como era lógico y desde un principio, como el otro elemento sobre el que había de construirse el deseado equilibrio de intereses entre los Estados miembros de la Conferencia.

El artículo 7 del Convenio prevé dos hipótesis de cambio automático del régimen legal aplicable: de acuerdo con la primera, la ley de la residencia habitual común se aplicará, con independencia del tiempo transcurrido, siempre que coincida con la ley nacional, bien porque haya habido cambio en la nacionalidad de los esposos, bien porque éstos retornen a su país de origen; conforme a la segunda, la ley de una residencia habitual que ha durado más de diez años sustituirá automáticamente a la ley que se aplicaba con anterioridad, al margen de la voluntad de los esposos, quienes, no obstante, amparándose en el artículo 6, pueden en todo momento oponerse a semejante aplicación, mediante un acuerdo de designación de ley o un contrato de capitulaciones matrimoniales.

En un orden paralelo de preocupaciones, la aceptación del principio de la mutabilidad automática había de acompañarse necesariamente de una delimitación que fijara de modo estricto sus consecuencias jurídicas. En tal sentido, el artículo 8 del Convenio circunscribe el ámbito de aplicación de la nueva ley a las relaciones y efectos que surjan a partir del cambio previsto, manteniendo los bienes que pertenecieran con anterioridad al matrimonio sometidos al régimen aplicable en el momento de su adquisición. La solución, que puede presentar dificultades en su aplica-

ción práctica, se flexibiliza por el reconocimiento a los esposos de la posibilidad de extender también a los bienes anteriores el régimen previsto por la nueva ley aplicable, bien entendido que el ejercicio de dicha facultad no afectará nunca a los posibles derechos de los terceros que pudieran de buena fe prevalerse del régimen económico matrimonial anterior.

En términos más generales, el artículo 9 autoriza al Estado parte a hacer una declaración en que especifique las condiciones de publicidad o registro previstas para que un régimen matrimonial sea oponible a terceros, respecto de las situaciones en que algunas de las partes tengan residencia habitual sobre su territorio; requisitos que serán exigibles, a menos que la relación jurídica considerada haya nacido cuando el tercero conocía o debía conocer la ley aplicable al régimen matrimonial.

Ahora bien, pese a su generalidad, la limitación que este precepto incorpora, al exigir la residencia habitual de una de las partes sobre el territorio del Estado, aunque se justifica por razones obvias de efectividad, puede resultar inadecuada tratándose de inmuebles. Para cubrir tal laguna, la delegación española presentó una propuesta, que fue adoptada, por la que tratándose de relaciones jurídicas concernientes a bienes inmuebles sitos en su territorio, el Estado podrá exigir, previa declaración en el momento de obligarse por el Convenio, en cualquier caso, los requisitos que estime necesarios para garantizar la seguridad del tráfico jurídico y evitar sorpresas a terceros contratantes de buena fe.

Este rápido recorrido que acabamos de hacer sobre las principales soluciones incorporadas al Convenio, principalmente de las que considero ideas básicas, deja fuera del ámbito de este estudio otros problemas también importantes, que el tiempo y su atención no me permiten desarrollar.

Quiero insistir una vez más en que el Convenio es el fruto de un generoso esfuerzo por parte de todas las delegaciones; esfuerzo tanto más admirable cuanto que busca la armonía de las soluciones, incluso más allá del círculo de los futuros Estados parte en el mismo. Pero al buscar un punto de equilibrio entre concepciones profundamente diferentes, el texto adoptado en cuanto al régimen legal supletorio resulta de una complejidad difícilmente superable y, desde luego, en gran medida inaplicable por quienes *viven* el Derecho.

El mismo VON OVERBECK reconocía que la combinación de los principios de la residencia habitual y de la nacionalidad es una solución de compromiso que seguramente no puede satisfacer plenamente a quienes defienden uno u otro principio; por tanto, corresponderá a los Estados la decisión de aceptar tales inconvenientes como precio por la consagración de la autonomía de la voluntad, de la seguridad jurídica y de armonía de decisiones, que la Convención permite obtener con generosidad.

En todo caso, las dificultades con que tropieza la codificación internacional muy bien podrían ser la resultante del temor subconsciente a reconocer la existencia todavía de sectores reacios a la unificación conflictual. Y ésta es precisamente la última reflexión que me permito hacer aquí y ahora. En un mundo en que los hombres, los bienes y los capitales circulan con facilidad cada vez mayor, es absolutamente indispensable aportar, que aportemos todos los juristas de ese mundo, un riguroso criterio de estabilidad para las relaciones jurídicas.

VICENTE L. SIMÓ SANTONJA
Notario de Sagunto