

JURISPRUDENCIA

II. SENTENCIAS COMENTADAS

Sobre la inmutabilidad del régimen económico conyugal

(En torno a la sentencia 18 noviembre 1964)

LUIS PUIG FERRIOL (*)

Abogado de Barcelona

I. ANTECEDENTES

Don José R. M. y D.^a Cayetana M. M. contrajeron matrimonio canónico en Granada sin haber otorgado pacto alguno sobre régimen de bienes, y como que tanto el marido como la mujer estaban sujetos al Código civil en el momento de contraerse en matrimonio, el régimen económico del mismo era el de la sociedad legal de gananciales conforme a lo establecido en el art. 1.315 de dicho cuerpo legal.

Ambos cónyuges vivieron separados de hecho durante algunos años y el marido trasladó posteriormente su domicilio a Cataluña, donde hizo manifestación expresa de querer ganar, tanto él como la esposa, la vecindad civil catalana. Una vez verificado el cambio de vecindad civil ambos cónyuges otorgaron con fecha 7 de septiembre de 1949 escritura de capitulaciones matrimoniales en la que declararon acogerse al régimen legal de Cataluña de separación de bienes.

Posteriormente la esposa instó la separación personal y demandó al marido solicitando que se declarara la nulidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada dieciocho años después de haberse celebrado el matrimonio, y en la cual se habían acogido al régimen matrimonial de separación de bienes, alegando que con su otorgamiento se habían infringido preceptos imperativos y prohibitivos de la ley, como son la disolución de la sociedad de gananciales y el establecimiento del régimen de separación absoluta de bienes en el matrimonio, que no tenía más finalidad que burlar los derechos de la mujer.

El Juzgado de Primera Instancia de Cergal estimó en parte la demanda decretando que los bienes inmuebles adquiridos por el marido constante matrimonio formaban parte de la sociedad de gananciales, y que por tanto debía cancelarse parcialmente la inscripción de dichos bienes en cuanto a su naturaleza de propios del marido y su rectificación en el sentido de que pertenecen a la sociedad de gananciales antes mencionada.

(*) Este trabajo forma parte de una serie de estudios que sobre conflictos legislativos interregionales realiza el autor bajo el patrocinio de la Cátedra "DURÁN Y BAS" de Derecho civil catalán.

La anterior sentencia fue revocada por la Audiencia y contra la de ésta interpuso la parte actora recurso de casación, declarando el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de noviembre de 1964 al resolver el citado recurso que:

“El primero de los motivos del recurso amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil, se base en la violación del artículo 1.320 del Código civil, en relación con el artículo 14, párrafo 3.º del artículo 11 y artículo 1.417, todos de dicho cuerpo legal, dirigiéndose a impugnar, como cuestión fundamental del recurso, como lo es del pleito, la declarada validez de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los hoy litigantes, en fecha 6 de septiembre de 1949, por virtud de las cuales optaron, por el régimen económico de separación de bienes, en lugar del de sociedad legal de gananciales, a que venían sometidos desde la celebración de dicho matrimonio, ya que con anterioridad a éste no habían otorgado escritura de esta naturaleza, y ambos contrayentes estaban sometidos a la legislación común, conforme a lo prevenido en el artículo 1.315 de dicho cuerpo legal, basada la escritura impugnada en el hecho de haberse sometido el demandado a la vecindad foral de Cataluña, motivo que plantea la cuestión de la posibilidad legal de alterar el régimen de sociedad de gananciales, que con carácter imperativo había de regir el matrimonio, conforme al citado artículo 1.320 del Código civil, cuyo precepto ha de producir idéntico efecto a quienes no habían otorgado dichas capitulaciones con anterioridad a la celebración del matrimonio, ya que por imperio del artículo 1.315 quedaron sometidos a mentado régimen económico; amparándose la impugnada escritura en la mutación de la ley personal que rigió la celebración del matrimonio, por otra vecindad foral que en su caso otorgare facultad para efectuar la sustitución que con dicha escritura se pretende”.

“Afectando la situación de los cónyuges, en cuanto al régimen de bienes, a una norma de derecho familiar, de carácter prohibitivo, que había de proyectarse durante la vigencia del matrimonio, salvo los casos especialmente previstos por la legislación vigente en el momento de celebrarlo, que originó un derecho adquirido, que si es reconocido por la disposición transitoria 1.ª respecto a los conflictos de leyes intertemporales, con mayor razón ha de entenderse aplicable a los interregionales, por lo que debe entenderse que esta prohibición no puede ser desconocida sin incurrir en fraude legal, por virtud de acto alguno que tienda a liberar a los cónyuges de mentada restricción legal, cual el que aquí se pretende por variar su ley personal, sin que para esta declaración sea óbice el hecho de haber participado ambos litigantes en la impugnada escritura, pues ello iría contra la limitación que establece el artículo 1.255 del Código civil, como contraria al orden público, razones que llevan a acoger el motivo que se examina, casando y anulando la sentencia recurrida, sin que proceda analizar los demás motivos formulados, porque parten implícitamente de la desestimación del anterior, ya que se refieren a supuestos basados en la validez inicial del mencionado contrato.”

Antes de entrar en el estudio de la materia objeto de este comentario,

la mutabilidad o inmutabilidad del régimen económico conyugal ante el cambio de vecindad civil de los esposos, creo conveniente decir antes algunas palabras acerca del carácter jurídico del sistema económico matrimonial, como premisa indispensable para el posterior estudio de sus efectos.

II. CONDICION JURIDICA DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL

Lo mismo en el derecho histórico que en el estado actual de nuestra legislación encontramos como una de las características a destacar del Derecho civil español la gran variedad de sistemas de organización económica de la sociedad conyugal, hasta el punto de que casi puede decirse que cada región con un Derecho civil propio regula los intereses pecuniarios que se derivan del matrimonio de una forma distinta a las demás.

No obstante esta diversidad legislativa, se aprecia en seguida un primer punto de coincidencia entre los distintos ordenamientos civiles españoles en la materia referente a los sistemas de organización económica de los cónyuges, y es la gran libertad que todos ellos ofrecen a los contrayentes para regular a su arbitrio el sistema que haya de regir su matrimonio (véanse en este sentido los artículos 1.315 C. c., 46 del Apéndice de Aragón, 42 de la Compilación de Alava y Vizcaya, 7 de la de Cataluña, 3 y 66 de la de Baleares, y este sistema de libertad de pacto es el que adopta también el proyecto de Fuero recopilado de Navarra). Pero como que siempre existe la posibilidad de que los contrayentes nada hayan estipulado en punto a la determinación del régimen de bienes por el que haya de regirse el matrimonio, viene el legislador a llenar este vacío mediante establecer un régimen supletorio, pues se estima peligroso no sólo para los contrayentes, sino también para los terceros, que en tal caso el régimen matrimonial de bienes haya de determinarse por presunciones. Y es en esta fijación del régimen legal supletorio donde más claramente aparece la diversidad legislativa que existe en España, como lo acredita este somero examen de sus distintos ordenamientos civiles:

— Así, en Cataluña (cfr. art. 7) y Baleares (arts. 3 y 16), en defecto de pacto, el matrimonio queda sujeto al régimen de separación de bienes.

— En Aragón el régimen normal de bienes es el de una comunidad restringida a los bienes muebles presentes y futuros, aun los adquiridos por título lucrativo, y todas las adquisiciones onerosas hechas durante el matrimonio (cfr. art. 46).

— La Compilación de Vizcaya establece un sistema de comunidad absoluta de bienes cuando el matrimonio se disuelve con hijos (cfr. art. 43) o de una comunidad limitada a los gananciales cuando se disuelve sin ellos (art. 49).

— El Código civil fija como régimen supletorio normal—que también es el propio de Navarra— el de la comunidad de adquisiciones a título

oneroso durante el matrimonio (art. 1.315), y como sistema supletorio de segundo grado el dotal (art. 1.364).

— Y todavía la jurisprudencia—sentencia 8 febrero 1892 y resoluciones 19 agosto 1914 y 10 noviembre 1926—se pronuncia por la subsistencia del llamado Fuero del Baylio en algunos pueblos de Extremadura, que establece y presume un régimen de comunidad absoluta de bienes entre los cónyuges.

La organización patrimonial de la sociedad conyugal en los ordenamientos civiles españoles se origina, pues, a través del sistema capitular que deja en libertad a los cónyuges para elegir el régimen matrimonial que preferan, y en su defecto cada ordenamiento establece un régimen legal supletorio. Toca ahora examinar cuál sean la condición jurídica del régimen económico matrimonial paccionado o supletorio.

Del examen de los distintos cuerpos legales vigentes en España parece a primera vista que no cabe dar una respuesta única, pues unas veces se trata de la organización económica del matrimonio como si fuera una materia que formara parte del régimen de obligaciones y contratos, mientras que en otros casos se incluye el instituto dentro del derecho de familia. En efecto, el Código civil se ocupa de los efectos patrimoniales del matrimonio en el título 3.º del libro IV que lleva por rúbrica “De las obligaciones y contratos”, lo cual puede llevar a pensar que el legislador estima que la determinación por los cónyuges del régimen de bienes por el que ha de regirse su matrimonio se establece contractualmente y que en defecto de este contrato expreso entra en vigor el sistema legal supletorio que operaría en este caso como un contrato tácito impuesto por la ley. A la misma conclusión parece llevar el Apéndice de Aragón, que al tratar de las estipulaciones sobre bienes concernientes al matrimonio habla de “sociedad conyugal tácita” y “sociedad conyugal paccionada”, como dando a entender que en unos casos se está ante un contrato expreso y en otros frente a un contrato tácito.

Pero ni la colocación de estos artículos ni las expresiones, ciertamente poco precisas, que aparecen en los citados cuerpos legales pueden considerarse suficientes para caracterizar el régimen económico conyugal como un contrato expreso o tácito. Cuando los cónyuges estipulan el sistema por el que haya de regirse su matrimonio pudiera a primera vista pensarse que con esta determinación lo que quieren es dar vida a un contrato; pero ello no es así, porque, como justamente hace notar Lacruz Berdejo (1), “cualquier régimen económico matrimonial, así, supone un instituto con caracteres propios, muy diferente de las formas de asociación nacidas de contrato o de deuda alimenticia ordinaria, o de negocios creadores de obligaciones. En particular, aunque sea contractual, un régimen económico del matrimonio es algo que opera en virtud de la ley y cuyos efectos no podrían producirse por la mera voluntad privada, ni tampoco excluirse de tal modo que aunque los cónyuges pretendieran eliminar todo efecto propiamente “matrimonial” en su régimen, sustitu-

(1) Vide ALBALADEJO-LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*. Barcelona, 1963. Librería Bosch, pág. 246.

yéndolo, por ejemplo, por una sociedad colectiva, o por una sociedad civil, ello les resultaría imposible: al lado de la sociedad, la obligación de mutuo socorro, la de contribuir a las cargas del matrimonio, la responsabilidad primaria del marido por los gastos domésticos e incluso los de la mujer, etc., operarían bajo un régimen propio constituido no contra, pero sí fuera de la voluntad de los cónyuges”.

Igualmente ha de rechazarse que el sistema supletorio legal suponga un contrato tácito, porque esto supondría que la voluntad de los contrayentes sobre la determinación del régimen matrimonial se ha manifestado tácitamente, y ello no es cierto. Señala Puig Brutau (2) que la voluntad se manifiesta en forma tácita a través de los llamados “actos concluyentes (*facta concludentia*), que son los que permiten inferir sin duda alguna, de manera concluyente, que existe la voluntad de contratación, y en el caso de que los contrayentes nada hayan estipulado sobre el régimen de bienes por el que ha de regirse su matrimonio, no existe ningún acto concluyente que permita suponer su decisión de remitirse al régimen legal supletorio, ya que incluso es posible que lo desconozcan. Más exacto sería quizá hablar aquí de una voluntad presunta de remitirse al sistema legal supletorio; pero como pone de relieve Lacruz Berdejo (3), esta voluntad presunta de voluntad no tiene más que el nombre. Por eso creo que no puede conducir a ningún resultado caracterizar el régimen supletorio legal como un contrato tácito o presunto, pues dicho régimen sigue al matrimonio sin contar para nada con la voluntad presunta o tácita de los contrayentes, y ello por la sencilla razón de que el régimen de bienes no es sino un efecto o derivación del matrimonio, de forma que quien quiera el antecedente—contraer matrimonio—ha de querer necesariamente las consecuencias, o sea, que de una forma u otra se regulen los intereses patrimoniales que se derivan del vínculo matrimonial.

Que esta tesis del efecto legal es la más convincente para explicar la naturaleza jurídica del régimen matrimonial estipulado por los cónyuges o del supletorio que impone la ley es cosa que admiten hoy día los autores pacíficamente (4) y creo que es también el más conforme con el Derecho civil español. La Ley de Bases de 11 mayo 1888, que antecede al Código civil, estableció en su Base 4.^a que “las relaciones jurídicas derivadas del matrimonio en cuanto a la persona y bienes de los cónyuges y de sus descendientes...” se determinarían de conformidad con los principios esenciales en que se funda el estado legal presente del derecho de familia, con lo cual queda claro que en el sentir del legislador toda la materia referente a los efectos patrimoniales del matrimonio formaba parte del derecho de familia, a pesar de que en la Base 25 se hable de “contrato” sobre bienes con ocasión del matrimonio. Y si de esta ya vetusta disposición pasamos a la Ley 21 julio 1960 por la que se aprueba

(2) En *Fundamentos de Derecho civil*. Barcelona, 1954. Bosch, Casa Editorial, tomo II-1.º, pág. 82.

(3) Op. cit., pág. 247.

(4) El problema ha sido ampliamente estudiado por LASALA SAMPER, *El régimen matrimonial de bienes*. Barcelona, 1954, pág. 12.

la Compilación del Derecho civil de Cataluña, veremos cómo también se configura ahora el régimen económico conyugal como un efecto legal del matrimonio, como lo acredita no sólo la colocación del título 3.º, "Del régimen económico conyugal", dentro del libro I, que lleva por rúbrica "De la familia", sino también la expresión que aparece en el artículo 7.º, "el régimen económico *familiar* de los cónyuges...", con lo cual quiere dar a entenderse que toda la materia referente a los efectos patrimoniales del matrimonio forma parte del derecho de familia.

En resumen, pues, cabe decir que en todos los ordenamientos civiles españoles el régimen económico-conyugal forma parte del derecho de familia, y sentada esta afirmación, es posible ya entrar en el examen de la siguiente cuestión.

III. LEY REGULADORA DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

Si se admitiera que el régimen económico conyugal se constituye a través de un contrato expreso o tácito cabría perfectamente entender que los conflictos legislativos referentes a esta materia habian de resolverse de acuerdo con la ley reguladora de las obligaciones contractuales. La determinación de cuál sea esta ley es cosa que no parece haber preocupado al legislador; pero se entendía comúnmente—y así lo ha aceptado el Tribunal Supremo en sentencias 20 marzo 1877 y 19 diciembre 1930—que al amparo de lo establecido en el artículo 1.255 C. c. podían los contratantes escoger libremente la legislación que estimaran más conveniente para regular los efectos de la relación jurídica por ellos creada. Ahora bien, si de acuerdo con lo dicho en el apartado anterior no se admite la tesis del contrato expreso o tácito para configurar la naturaleza jurídica del régimen económico matrimonial, es evidente que no podrán los cónyuges con base en el citado artículo 1.255 C. c. pactar a su arbitrio que los efectos patrimoniales de su matrimonio se rijan por la legislación vigente en cualquier país.

Conforme a la tesis que antes se ha señalado como la más ajustada a nuestros cuerpos legales de que el régimen económico conyugal es un efecto legal del matrimonio, y que, por tanto, forma parte del derecho de familia, la solución se presenta clara. Según el artículo 9 C. c., las leyes relativas a los derechos y deberes de familia obligan a los españoles aunque residan en el extranjero, y, por tanto, será esta misma ley personal la decisiva para resolver los conflictos legislativos interregionales en materia de efectos patrimoniales del matrimonio a tenor de lo establecido en el artículo 14 del citado cuerpo legal y artículo 3.º de la Compilación catalana.

Pero ¿cuál es esta ley personal que regula los efectos del matrimonio? Esta cuestión no la resuelve el citado artículo 9 C. c.; pero como que a tenor del artículo 57 del citado cuerpo legal la familia tiene por cabeza al marido, parece conveniente atenerse a la ley personal del mismo para

determinar cuál sea la ley aplicable a los conflictos internacionales o interregionales en materia de régimen económico de la sociedad conyugal. Esta ley personal del marido será, por tanto, la que determinará dentro de qué límites pueden pactar los contrayentes el régimen económico que ha de regir su matrimonio —y ya se ha visto antes que esta libertad es muy amplia en todos los ordenamientos civiles españoles—, y en defecto de convenio, el matrimonio quedará sujeto al régimen que imponga la ley personal del marido (5), que a partir de la conclusión del matrimonio, es también la de la mujer, ya que ésta sigue la vecindad civil del marido según los artículos 15 y 21 C. c. En el caso de la sentencia objeto de este comentario tanto el marido como la mujer estaban sujetos al Código civil, y como que nada habían convenido acerca de la determinación de su régimen económico conyugal, era evidente que su matrimonio había de quedar sujeto al régimen de la sociedad de gananciales a tenor de lo dispuesto en los artículos 9 y 1.315 del citado Código.

Con el fin de precisar un poco más sobre esta importante cuestión, conviene dilucidar todavía qué ha de entenderse por ley personal del marido, pues por tal cabría entender la que tuviera antes, en el momento o después de contraer matrimonio. Como que en la sociedad actual, la familia tiene su razón en el matrimonio, ha de concluirse que al decir el artículo 9 C. c. que los derechos de familia se rigen por la ley personal del marido, que el citado precepto se refiere a la ley del marido al tiempo de crearse la familia, o sea, a la ley personal del mismo al tiempo de contratarse el matrimonio. Por tanto con respecto al caso de la sentencia que nos ocupa cabe afirmar que el matrimonio hubiera quedado sujeto al régimen de la sociedad de gananciales tanto en el supuesto de que el marido hubiese estado sujeto al Código civil desde su nacimiento, como si posteriormente —pero con anterioridad al matrimonio—, hubiera ganado vecindad civil en lugar donde rige el Código; cfr. sentencia de 10 de diciembre de 1952.

IV. EL REGIMEN MATRIMONIAL DE BIENES Y LOS CAMBIOS DE VECINDAD CIVIL

En el apartado anterior se ha visto cómo según el Derecho español la ley que regula los efectos patrimoniales del matrimonio es la personal del marido al tiempo de contraerlo; ahora bien, el matrimonio supone un vínculo permanente entre los cónyuges, ya que de ordinario sólo se resuelve por la muerte de uno ellos, de manera que puede darse con relativa facilidad un cambio de estatuto personal en el cabeza de familia, que supone también el correspondiente cambio de vecindad civil de la esposa y casi siempre el de los hijos sujetos a la patria potestad (cfr. art. 15 C. c.). Interesa, por tanto, dilucidar si este cambio de re-

(5) Y ello aun en el supuesto de que el matrimonio se contrajera en país extranjero, pues lo dispuesto en el artículo 1.325 C. c. rige únicamente para quienes están sujetos a dicho cuerpo legal. Cfr. LASALA SAMPER, op. cit., pág. 163.

gionalidad lleva consigo el del primitivo régimen económico por el que se gobernaban los cónyuges, problema este de gran interés en nuestros días por las considerables corrientes migratorias que se dan entre las diversas provincias españolas con un ordenamiento civil distinto.

Partiendo de la tesis de que el régimen económico conyugal se origina a través de un contrato expreso o tácito concluido entre los cónyuges, no hay duda de que habría de darse una respuesta negativa, ya que como pone de relieve Castán (6) "sólo las partes contratantes pueden, por mutuo disenso, y siempre que no perjudiquen a tercero, modificar o revocar el contrato celebrado por ellas (caso de mutuo disenso)". Si de acuerdo con esta tesis del contrato expreso o tácito se admitiera que el cambio de vecindad civil de los cónyuges impuesto por el marido producía la modificación del régimen económico matrimonial estaríamos ante un caso de que el cumplimiento de lo pactado dependería exclusivamente de la voluntad del marido —cabeza de la sociedad conyugal— y esto es precisamente lo que en términos absolutos prohíbe el art. 1.256 C. c. al decir que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

Pero rechazada la teoría del contrato expreso o tácito para explicar la naturaleza jurídica del régimen económico conyugal, hay que examinar ahora la solución que cabe dar a este problema partiendo de la tesis antes expuesta de que dicho régimen económico conyugal es una consecuencia o efecto que la ley deriva de la conclusión del matrimonio. Desde este punto de vista procede decir con De Vos (7) que la ley que rige las relaciones mutuas entre los cónyuges no es un estatuto unilateral, sino bilateral, establecido por el propio legislador en el momento del matrimonio, que por consiguiente no puede ser modificado por un acto unilateral del marido, pues aun reconociendo el predominio de éste en la gestión de la sociedad conyugal, es evidente que no podrá modificar por su sola voluntad los efectos legales del matrimonio, ya que éstos efectos se establecen precisamente en interés de la familia, y no en interés exclusivo de uno de sus miembros.

Sabido es que en las escasas y deficientes normas que contiene el Código civil referente a los conflictos legislativos no se establece previsión alguna a este respecto, pero no obstante este vacío entienden unánimemente los autores (8) que el Derecho español acoge la tesis de la inmutabilidad del régimen matrimonial no obstante los cambios de vecindad civil, aduciéndose en pro de la misma la Partida 7.^a, título 9, ley 24, el artículo 13 del Dahir para la ex Zona española de protectorado en Ma-

(6) Vide *Derecho civil español, común y foral*. Madrid, 1954. Instituto Editorial Reus, tomo III, pág. 417.

(7) Vide *Le problème des conflits de lois*. Bruxelles, 1947. Etablissements Emile Bruylant, tomo I, pág. 132.

(8) Cfr., entre otros, TRIAS DE BES, *Derecho Internacional Privado*. Barcelona, 1932, pág. 82; LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*. Madrid, 1933. Editorial Revista de Derecho Privado, página 310; LASALA SAMPER, op. cit., pág. 169, y MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*. Madrid, 1962-63. Ediciones Atlas, tomo II, pág. 293.

rruecos de 1 junio 1914, los arts. 1.090 y 1.320 C. c. y el principio de protección a los derechos adquiridos. La misma dirección ha seguido la jurisprudencia, siendo de destacar aquí la sentencia 29 octubre 1955 la cual establece categóricamente que "... dicho testador y causante de la herencia, no cambió su condición civil ni modificó su estatuto personal de origen, regido por la legislación común, al adquirir la vecindad en territorio foral, en aquellos actos constituidos con anterioridad de los cuales se derivan derechos para otras partes ya reconocidos, que tienen y deben ser respetados y por ello no puede influir en el régimen económico familiar, dado que por el vínculo matrimonial, los cónyuges de modo respectivo obtienen derechos y contraen obligaciones sin serles permitido que uno de ellos varíe el que exista concertado, pues de no ser así, la rectificación originaría, además de un perjuicio, un posible acto de despojo para el otro contrayente" (9), y hoy día puede decirse que la tesis de la inmutabilidad está definitivamente aceptada en Derecho español, como lo acredita el art. 41 de la Compilación de Vizcaya al establecer que "el régimen de bienes en el matrimonio, una vez contraído éste, es inmutable aun en el caso de pérdida o adquisición voluntaria o involuntariamente por parte del marido de la cualidad de vizcaíno infanzón.

V. LA INMUTABILIDAD DEL REGIMEN ECONOMICO CONYUGAL Y LOS CAPITULOS POSTNUPCIALES

En el apartado anterior se ha visto que tanto el legislador español como la jurisprudencia y la doctrina científica admitían resueltamente el principio de la inmutabilidad del régimen económico conyugal a pesar de los cambios de vecindad civil, postura que sin duda alguna ha de estimarse correcta, de suerte que juzgo innecesario insistir más sobre esta cuestión. En el caso de la sentencia 18 noviembre 1964 —objeto de este comentario— las razones antes expuestas que justifican la inmutabi-

(9) En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala 1.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona en sentencia 11 noviembre 1963, según la cual, "no habiendo ambos consortes, don F. L. F. y doña M. C. M., al contraer matrimonio en Barcelona el día 1 de marzo de 1919, adquirido la vecindad en territorio de derecho foral catalán, su régimen matrimonial de bienes estaba sometido a las prescripciones del Código Civil, siendo, por ende, el de la sociedad legal de gananciales, y que habiendo con posterioridad adquirido tal vecindad, que tenía el marido, señor López, a su fallecimiento, ostentaba la condición de catalán con respecto a su régimen sucesorio, sin que sea susceptible de variarse en cuanto al estatuto personal de los interesados en orden a los derechos dimanantes del régimen patrimonial por la adquisición de la vecindad catalana, conforme así lo reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1955, y que por ello y por los propios fundamentos de la sentencia recurrida se estiman procedentes las pretensiones formuladas por la parte demandante, al estimarse probados los presupuestos de hechos indispensables para el reconocimiento de los derechos básicos de las referidas pretensiones, concretamente la del derecho a la mitad del piso de que se trata, como bien ganancial, y a la cuarta marital, en atención a su situación económica, así como proceden las declaraciones solicitadas con respecto a la disolución de la sociedad de gananciales, y que, en su consecuencia, ha de confirmarse la sentencia apelada". (Vide Revista Jurídica de Cataluña, 1964, pág. 522).

alidad carecen de relevancia porque si bien el cambio de vecindad civil se operó también por voluntad del marido que trasladó su residencia a Cataluña, y declaró que tanto él como su esposa adquirirían la vecindad civil catalana, las consecuencias del cambio de vecindad civil no se produjeron sin o contra la voluntad de la esposa, sino con el beneplácito de la misma, que consintió expresamente en modificar el régimen económico conyugal anterior por medio de las capitulaciones matrimoniales otorgadas el día 6 septiembre 1949. A pesar de esta diversidad de supuestos, la sentencia 18 noviembre 1964 sienta también el principio de la inmutabilidad, como ya lo había hecho antes la de 29 octubre 1955, de suerte que conviene examinar ahora las razones esgrimidas por el Tribunal Supremo en el caso que resolvió la sentencia 18 noviembre 1964.

Pero antes de seguir adelante, conviene decir algunas palabras con respecto a la posibilidad de poder otorgar capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio. Sabido es que respecto a este particular el Derecho civil español presenta dos posiciones antagónicas; según los arts. 7 y 9 de la Compilación catalana y art. 58 del Apéndice aragonés cuando el régimen matrimonial de los cónyuges venga determinado por estos ordenamientos jurídicos —o sea, cuando el marido sea catalán o aragonés al contrarse el vínculo según establece el art. 9 C. c.— pueden aquéllos otorgar capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio, lo cual supone evidentemente la posibilidad de poder modificar el régimen convenido en anteriores capitulaciones o el legal supletorio por el que se regía el matrimonio con anterioridad a los capítulos postnupciales. En cambio, según el art. 1.320 C. c. y art. 41 de la Compilación de Vizcaya el régimen de bienes en el matrimonio, una vez contraído éste, no puede modificarse otorgando nuevas capitulaciones, tesis esta que aparece también en el proyecto de Fuero recopilado de Navarra.

Volviendo al caso de la sentencia objeto de este comentario resulta que los cónyuges, sometidos al Código civil al tiempo de contraer matrimonio, no podían modificar posteriormente el régimen de bienes del mismo, y esta prohibición era indiscutible si siempre hubieran estado sujetos al Código en méritos de lo dispuesto en su art. 1.320 —o si hubieran adquirido la vecindad civil posteriormente en territorio donde rige la legislación vizcaína o navarra—. Pero como que adquirieron posteriormente la vecindad civil en lugar donde se admiten los capítulos postnupciales —cfr. arts. 7 y 9 de la Compilación de Cataluña— entendieron que la anterior prohibición había quedado sin efecto por las disposiciones permisivas que contenían su nueva ley personal. El conflicto planteado entre la antigua norma prohibitiva y la nueva permisiva lo resolvió el Tribunal Supremo en favor de la primera, alegando:

1. Que se trataba de proteger un derecho adquirido. Se lee en la sentencia del Tribunal Supremo que si el principio de protección a los derechos adquiridos “es reconocido por la disposición transitoria 1.^a respecto a los conflictos de leyes intertemporales, con mayor razón ha de entenderse aplicable a los interregionales...”. Ciertamente que el principio de protección de los derechos adquiridos es —o habría de ser— uno de

los pilares fundamentales del Derecho interregional español, y el espíritu de la citada disposición transitoria 1.^a cabría invocarlo en el supuesto de que el marido sin o contra la voluntad de la mujer pretendiera modificar el régimen económico conyugal basándose en un cambio de vecindad civil —caso de la repetida sentencia/ 29 octubre 1955—, pero en el supuesto de que tanto el marido como la mujer estén de acuerdo en modificar el antiguo régimen de bienes al amparo de la nueva ley, este principio de protección a los derechos adquiridos queda neutralizado por el apartado 2.º, art. 4 C. c. al establecer que “los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser ésta renuncia contra el interés o el orden público, o en perjuicio de tercero”. Claro que de inmediato ocurre preguntar: ¿Es qué la posibilidad de poder hacer nuevas capitulaciones conforme a la ley personal actual es un acto que va contra el orden público o en perjuicio de tercero?

En este apartado voy a tratar únicamente de esta última excepción, o sea, la de si la posibilidad de poder otorgar capitulaciones matrimoniales constante matrimonio conforme a las disposiciones de la ley personal actual puede suponer un acto realizado en perjuicio de terceros. Hablando en términos abstractos no cabe duda de que es posible responder afirmativamente esta pregunta; así, por ejemplo, el marido, como administrador de la sociedad de gananciales, responde a los acreedores tanto con los bienes privativos suyos como con los comunes (cfr. arts. 1.408 y concordantes del C. c.), y la solvencia del marido podría disminuir a su arbitrio mediante pactar constante matrimonio el régimen de separación de bienes, por virtud del cual la mitad de los bienes comunes pasaran a convertirse en propios de la mujer, cuyos bienes privativos no responden de las deudas del marido. O también en el supuesto contrario de unos cónyuges que han vivido en régimen de separación de bienes y que pactan posteriormente un régimen de comunidad absoluta o limitada, pretextando que los bienes comunes no han de responder de las deudas particulares de cada uno de ellos contraídas con anterioridad al sistema de gananciales (arg. art. 1.410 C. c.).

Esto plantea el problema de los efectos que producen estos capítulos otorgados durante el matrimonio en sustitución del régimen legal o convencional por el que hasta entonces se regía. Caben a este respecto dos posiciones, la de estimar que las capitulaciones así otorgadas rigen la vida patrimonial de los cónyuges desde la fecha de su otorgamiento o que surten efectos retroactivos al tiempo de la celebración del matrimonio. Y aquí sí que el principio de protección de los derechos adquiridos impone considerar que las modificaciones del régimen económico conyugal no pueden tener efectos retroactivos en perjuicio de tercero, solución que acoge expresamente el Apéndice de Derecho civil de Aragón —que como se ha visto antes admite expresamente los capítulos postnupciales— al establecer en el ap. 4.º de su art. 58, que “en todo caso, los derechos adquiridos al amparo de las capitulaciones con anterioridad a un nuevo otorgamiento, quedarán íntegramente a salvo, si los interesados no hacen de ello renuncia expresa, siendo los nuevos pactos ineficaces en cuanto vul-

neren o modifiquen aquellos derechos". Falta una disposición análoga en la Compilación para el supuesto que aquí se examina de que los cónyuges hubieran adquirido la vecindad civil catalana, pero esto no supone una omisión de los compiladores, pues un precepto semejante era innecesario; basta tener en cuenta el art. 77 de la Ley del Registro Civil —cuerpo legal de aplicación general— en el que se establece que las modificaciones del régimen económico de la sociedad conyugal sólo perjudicarán a tercero a partir de la fecha en que al margen de la inscripción de matrimonio se haga constar la modificación, de suerte que siempre quedan a salvo los derechos de quienes contrataron con cualquiera de los cónyuges basándose en un determinado régimen económico matrimonial por no surtir en ningún caso efectos retroactivos la modificación.

En consecuencia, creo puede sentarse como primera conclusión la de que la renuncia hecha por la esposa al sistema de inmutabilidad de su primitivo régimen matrimonial era válida porque la misma no suponía la renuncia de ningún derecho en perjuicio de terceros. Veamos ahora si esta renuncia incidía en la otra excepción que aparece en el apartado 2.º, art. 4 C. c., o sea

2. La excepción de orden público. Para el Tribunal Supremo el hecho de que la modificación del primitivo régimen económico conyugal se hubiera operado por la voluntad concorde de marido y mujer no constituye ningún obstáculo para declarar la ineficacia de las nuevas capitulaciones, "pues ello iría contra la limitación que establece el artículo 1.255 del Código civil, como contraria al orden público..". En este sentido cabría, pues, argumentar que la renuncia hecha por ambos cónyuges al principio de inmutabilidad del régimen económico conyugal es ineficaz, porque a esta renuncia se opone el orden público (cfr. art. 4 C. c.).

En el ámbito de los conflictos legislativos internacionales, la ley extranjera declarada competente queda sin aplicación cuando la misma resulta incompatible con las concepciones morales imperantes en España; pero en el terreno de los conflictos legislativos interregionales esta excepción del orden público carece de toda relevancia, pues de admitirse lo contrario se daría el absurdo de que el Derecho civil español fuera incompatible con los principios morales, sociales o humanos que presiden el ordenamiento civil español. Que la diversidad legislativa imperante en España no puede llevar en ningún caso a que haya de aplicarse la excepción de orden público lo acredita, sobre otros muchos argumentos que podrían citarse, la sentencia 16 octubre 1906 al establecer que el concepto de hijo natural en las leyes romanas vigentes en Navarra no puede considerarse subsistente por ser abiertamente contrario al sentido y espíritu del Derecho canónico, de la legislación común y a las ideas reinantes en las costumbres sociales.

A veces se ha pretendido distinguir entre el llamado orden público interno y el orden público internacional, aduciendo que el primero es el que se desenvuelve en el ámbito del Derecho privado de cada país, y sólo es obligatorio para los ciudadanos del mismo, de suerte que no puede ser derogado por medio de convenciones particulares; pero no impide

que puedan disciplinarse con criterio distinto las relaciones entre extranjeros (10); así se dice que de acuerdo con lo dispuesto en el número 1 del artículo 1.263 C. c. sólo tienen capacidad para contratar quienes, de acuerdo con la legislación española, sean mayores de edad—tener veintiún años cumplidos según el art. 320 C. c.—o hallarse emancipado; pero esta disposición de orden público interno que no puede derogarse por medio de convenciones particulares, no impide que pueda contratar en España o con un español quien tenga, por ejemplo, dieciséis años de edad, si de acuerdo con las disposiciones de la ley personal del contratante a los dieciséis años ya se es mayor de edad (cfr. art. 9 C. c.). Pero de todo cuanto se ha dicho se deduce que este pretendido orden público interno sólo tiene vigencia cuando no existe ningún conflicto legislativo, sino que tan sólo está interesada en la cuestión una sola ley—la que establece imperativamente una determinada prohibición o mandato—, y, por tanto, no cabe invocar el orden público interno en materia de conflictos legislativos interregionales. En rigor, sería más acertado decir que existen unas disposiciones de Derecho interno rigurosamente obligatorias—como la citada del art. 1.263 C. c. que impide puedan prestar válidamente el consentimiento los menores de edad no emancipados—, y que por ser rigurosamente obligatorias siguen a los españoles, aunque pasen a residir en el extranjero (cfr. art. 9 C. c.), todo ello sin perjuicio de que tales disposiciones dejen de ser obligatorias para quien ha perdido la condición de español al haber adquirido una nacionalidad extranjera, pues entonces su capacidad para contratar se regirá por las prescripciones de su nueva ley personal.

Lo dispuesto en el artículo 1.320 C. c.—y también en el art. 41 de la Compilación de Vizcaya—sobre inmutabilidad del régimen económico conyugal después de contraído el matrimonio es una disposición de derecho puramente interno que obliga necesariamente a quienes están sujetos al Código civil o al Derecho civil de Vizcaya dondequiera que se encuentren, y, por tanto, aunque residan en lugar cuya legislación autorice los capítulos *postnupciales*. Pero en el supuesto de que los cónyuges hayan cambiado de regionalidad y su ley personal actual autorice la modificación del régimen económico conyugal, parece evidente que podrán hacer uso de tal derecho, no obstante la prohibición que antes les afectaba, pues a ello no se opone ni el orden público internacional—que en los conflictos legislativos interregionales no tiene relevancia alguna—ni este pretendido orden público interno, que sólo actúa dentro de la órbita de una legislación, pero sin oponerse a las otras.

3. *El fraude a la ley*.—Otra de las razones aducidas por el Tribunal Supremo en pro de la inmutabilidad del régimen económico conyugal fue la de que la prohibición de modificarlo “no puede ser desconocida sin incurrir en fraude legal por virtud de acto alguno que tienda a liberar a los cónyuges de mentada restricción legal, cual el que aquí se pretende por variar su ley personal...”. En resumen, estimaba la sentencia

(10) Cfr. TRIAS DE BES, op. cit., pág. 30, y YANGUAS MESSIA, *Derecho Internacional Privado*. Madrid, 1944. Instituto Editorial Reus, tomo I, pág. 276.

que el hecho de adquirir los cónyuges la vecindad civil catalana y pactar constante matrimonio el régimen de separación de bienes constituye un acto realizado en fraude a la ley, y como tal ineficaz, porque mediante el mismo se ha dejado sin efecto la prohibición establecida en el artículo 1.320 C. c.

El concepto de fraude a la ley ha sido elaborado también por la ciencia del Derecho internacional privado tomando como base la disposición que aparece en el Digesto 1, 2, 29 *infrauden legis facit, qui, salvis verbis legis, penitentiam eius circumvent*. Lo define Niboyet (11) como "el remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo y su sanción en los casos que deja de ser aplicable a una relación jurídica, por haberse acogido los interesados fraudulentamente a otra ley", o sea, que presupone normalmente la mutación de circunstancias personales o territoriales para poder realizar un acto o dejar sin efecto una prohibición establecida por la antigua ley personal. Para los modernos autores la noción de fraude a la ley en Derecho internacional privado ha dejado de ser una excepción autónoma, pues como apunta Miaja de la Muela (12), "en realidad, el fraude a la ley no es otra cosa que un supuesto particular del orden público. Ambos tienen por finalidad el conservar la absoluta imperatividad de ciertas leyes materiales del foro cuando falta, según frase del mismo Niboyet, el mínimo de equivalencia entre las instituciones de diversos países, y ofrecen el peligro común de una aplicación exorbitante por parte de los tribunales". En el apartado anterior se ha demostrado cómo la excepción de orden público internacional no puede invocarse en los conflictos legislativos interregionales, y, por tanto carece también aquí de toda relevancia la excepción de fraude de la ley porque la misma no es sino una faceta del orden público internacional.

Pero junto a la teoría del fraude a la ley en Derecho internacional privado, existe la del fraude a la ley en el Derecho interno, que define De Castro (13) como "el acto cuyo resultado está prohibido por una ley, pero que se ampara en otra dictada con distinta finalidad". En el supuesto que aquí se examina de cambio de vecindad civil para dejar sin efecto la prohibición establecida en el artículo 1.320 C. c. sobre inmutabilidad del régimen económico conyugal no creo que exista fraude a la ley interna, sino que se está ante un supuesto de conflicto o concurrencia de leyes; los cónyuges realizaron un acto permitido por el legislador español, cambiar de vecindad civil, y una vez obtenida la nueva regionalidad, pactaron un nuevo sistema económico conyugal al amparo de las disposiciones de su nueva ley personal. Esta concurrencia de leyes, prohibitiva una y permisiva la otra, debía de haber llevado a declarar la prevalencia de la ley personal actual de los cónyuges—o sea, la que autoriza los capítulos *postnupciales*—, pues la misma no contra-

(11) Citado por TRIAS DE BES, op. cit., pág. 34.

(12) Op. cit., tomo I, pág. 378.

(13) Vide *Derecho civil de España*. Madrid, 1949. Instituto de Estudios Políticos, tomo I, pág. 544.

viene ninguna disposición prohibitiva del Derecho civil español, sino del Derecho civil castellano o también vasco o navarro, y después del cambio de vecindad civil operado por los cónyuges, es evidente que no podían violar las disposiciones de una norma de la cual ya no eran destinatarios (14).

Con todo lo expuesto hasta aquí creo puede sentarse la conclusión de que ninguno de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo para justificar el principio de la inmutabilidad —protección de los derechos adquiridos, orden público y fraude a la ley— puede ser admitido como definitivo. Pero resta por ver si la solución contraria, o sea, la validez de las capitulaciones otorgadas con arreglo a la Compilación, es o no conforme con la naturaleza jurídica del régimen económico conyugal.

Partiendo de la tesis del contrato expreso o tácito, no cabe duda de que se impone la respuesta afirmativa, ya que es un principio comúnmente admitido que las partes contratantes pueden, por mutuo acuerdo, modificar o revocar el contrato celebrado por ellas, pues la excepción que a este principio se señala de que con ello no pueden perjudicar a tercero, queda a salvo en el ordenamiento jurídico español al declarar el artículo 77 de la Ley del Registro civil que la modificación del régimen económico conyugal no surte efectos retroactivos en perjuicio de terceros. Y si se estima que en Derecho civil español el régimen económico conyugal —ya sea el pactado por los contrayentes o el subsidiario impuesto por la ley— es un efecto legal del matrimonio, la respuesta es también la misma: aunque constante matrimonio se modifique el régimen de bienes, en ningún momento habrá existido matrimonio sin régimen conyugal, pues aunque los cónyuges en el supuesto de la sentencia objeto de este comentario hubieran pactado en las capitulaciones matrimoniales que a partir de su otorgamiento había de entenderse disuelta la sociedad de gananciales sin establecer para lo sucesivo otro régimen económico conyugal, hubiera entrado inexorablemente en funciones el sistema supletorio legal, que en este caso entiendo hubiera sido el de separación de bienes que establece el artículo 7 de la Compilación por ser el marido catalán al tiempo del otorgamiento. Por otra parte, abona esta solución el hecho que este régimen de bienes sería el más conforme con la presunta voluntad de los cónyuges, quienes al derogar el anterior sistema sin reemplazarlo expresamente por otro, debían tener presente el régimen matrimonial imperante en el lugar de su nuevo domicilio.

Al hablar antes —*supra* apartado IV— del régimen matrimonial de bienes y los cambios de vecindad civil, ya se ha hecho notar que la mayoría de las legislaciones sientan el principio de la inmutabilidad del régimen económico conyugal, no obstante el cambio de estatuto personal; pero esta regla está pensada para el caso de que el matrimonio adquiera una nueva nacionalidad —o regionalidad— por la sola voluntad del ma-

(14) Otra cosa es que se pretendiera que el cambio de vecindad civil no fue efectivo, sino simulado. Pero éste es un problema completamente distinto que, en su caso, habrá de ser tratado de acuerdo con las reglas de la simulación, pero que en nada afecta a las conclusiones desarrolladas en el texto.

rido, quien comunica la nueva vecindad o nacionalidad a la esposa, sin o contra la voluntad de la misma. Para los supuestos en que, como consecuencia del cambio de estatuto personal, ambos cónyuges quieran pactar un nuevo sistema matrimonial de acuerdo con las prescripciones de su nueva ley ya no rige el principio de inmutabilidad establecido por la antigua ley personal de los cónyuges, como lo acredita, entre otros, el artículo 20 de la ley federal suiza de 1891 al establecer que los cónyuges, en caso de cambio de domicilio, pueden someterse, en esta materia, al derecho del nuevo domicilio, aun por lo que respecta a las relaciones jurídicas recíprocas, mediante manifestación conjunta ante la oficina competente y aprobación judicial; el artículo 15 de la Ley de introducción al Código civil alemán, según el cual en Alemania los cónyuges extranjeros pueden celebrar, durante su matrimonio, capitulaciones, aun cuando ello está prohibido por la ley nacional del marido en la fecha del casamiento; el artículo 14, apartado 2.º de la Ley polaca de 2 agosto 1926 al sancionar que la ley del Estado del que dependieren los esposos en el momento dado es la que decide si pueden, en el curso del matrimonio, bien hacer capitulaciones, bien revocar o modificar las hechas anteriormente; y finalmente, el artículo 4.º de la Convención de La Haya de 17 julio 1905 —no ratificada por España— según el cual “la Ley nacional de los cónyuges decidirá si pueden o no hacer capitulaciones durante el curso del matrimonio o anularlas o modificarlas. Tal cambio en el régimen de bienes si llega a hacerse, no tendrá efectos retroactivos en perjuicio de terceros”, aclarando el artículo 9.º de la misma que “si los cónyuges han adquirido durante el matrimonio una nueva nacionalidad común, su nueva ley nacional será la aplicable en los casos contemplados por los artículos 1, 4, y 5”. Y con referencia al Derecho español no estará de más aludir al proyecto de reforma del Título preliminar del Código civil elaborado en el año 1962, cuyo artículo 9 establece que el cambio de nacionalidad no altera el régimen económico matrimonial, *sin perjuicio del que puedan convenir los cónyuges conforme a la nueva ley nacional común*. Creo que con este precedente ya no hay base alguna para sostener que los cónyuges castellanos, vizcaínos o navarros que hayan ganado vecindad civil en lugar donde se permitan las capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio no pueden modificar el régimen matrimonial anterior porque ello constituye, nada menos, que un atentado al orden público y un acto de fraude a la ley, a menos que se admita que el legislador y los organismos jurisdiccionales tienen un concepto distinto tanto del orden público como del fraude a la ley. Porque si fuera verdad la aseveración que se contiene en la sentencia 18 noviembre 1964, ¿hubiera llegado a figurar la posibilidad de modificar las capitulaciones matrimoniales conforme a la nueva ley personal común en un proyecto de ley?

Y para terminar, creo puede resultar interesante presentar un caso inverso al contemplado en la sentencia objeto de este comentario. Unos catalanes contraen matrimonio sin haber otorgado capitulaciones matrimoniales, y por tanto el régimen económico conyugal de los mismos es el de separación de bienes según el art. 7.º de la Compilación. Si después el

referido matrimonio adquiere la vecindad civil en lugar donde rige el Código o la Compilación de Vizcaya el régimen de separación de bienes continuará vigente en el matrimonio, pero creo que los cónyuges continuarán ostentando el derecho adquirido al amparo del Derecho civil de Cataluña de poder modificar constante matrimonio su primitivo régimen económico conyugal, a pesar de que con arreglo a la nueva ley personal común esto se halle prohibido, pues así lo impone el principio de protección a los derechos adquiridos que sanciona la disposición transitoria 1.^a del Código. Pero también me parece evidente que estos cónyuges ahora castellanos o vizcaínos podrán renunciar válidamente al derecho que antes tenían de modificar el régimen de separación de bienes, pues se trata de un derecho adquirido perfectamente renunciabile—y en tal caso sin posible perjuicio para terceros—, ya que esta renuncia ni va contra el orden público español ni constituye ningún fraude a la ley española, la cual tan válidos estima los sistemas que permiten los capítulos postnupciales como los que los autorizan.