

LA MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL *

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho civil. Universidad de Alicante

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA INMUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y SUS CONSECUENCIAS.—III. EL FUNDAMENTO DE LA MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.—IV. LOS SISTEMAS DE MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. 1. Mutabilidad del régimen económico matrimonial basada en la previa autorización judicial. 2. Mutabilidad del régimen económico matrimonial sin necesidad de previa autorización judicial. 3. Mutabilidad del régimen económico matrimonial con limitación temporal. 4. Mutabilidad del régimen económico matrimonial sin limitación temporal. 5. Mutabilidad del régimen económico matrimonial circunscrita a los regímenes previstos en la ley. 6. Mutabilidad del régimen económico matrimonial no circunscrita a los regímenes previstos en la ley.—V. ANÁLISIS CRÍTICO DEL SISTEMA DE MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL ADOPTADO POR EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. 1. La innecesariedad de previa autorización judicial. 2. La publicidad de la modificación del régimen económico matrimonial. 3. La protección de los acreedores. 4. La protección de los terceros otorgantes. 5. La libertad de los cónyuges para adoptar un régimen económico matrimonial no previsto legalmente. 6. La inexistencia de un plazo de inalterabilidad del régimen económico matrimonial.—VI. LAS CONSECUENCIAS DE LA MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL.

* Este estudio monográfico constituye la culminación de una serie de trabajos sobre los problemas que plantea el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial por voluntad de los cónyuges, plasmada en capitulaciones matrimoniales, que tienen su origen en la ponencia de defendí en el año 1977 en el Seminario de Derecho civil del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, que dirigiera don FEDERICO DE CASTRO.

I. INTRODUCCIÓN

Si se tiene en cuenta el elevado número de estudios publicados en los últimos años, el tema que se examina en este estudio es uno de los que más interés ha suscitado en torno a la reforma del Derecho de familia, que arranca de la Ley de 2 de mayo de 1975 y concluye, en lo relativo al régimen económico matrimonial, con la Ley de 13 de mayo de 1981.

En este estudio tratamos de precisar las repercusiones que la supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial ha tenido en nuestro Derecho común, es decir, en el marco del Código Civil (en adelante CC). A tal efecto, ha sido imprescindible como tarea previa, reflejar la situación anterior a la promulgación de la Ley de 2 de mayo de 1975, exponiendo el significado y las consecuencias de la inmutabilidad del régimen económico matrimonial. Realizada esta labor, analizamos el fundamento de la mutabilidad del régimen económico matrimonial y los sistemas a través de los que puede organizarse, ya que en la actualidad el problema que interesa no es tanto el de la fundamentación de la mutabilidad del régimen económico matrimonial, que es admitida en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, como el de la manera en que se ha de estructurar jurídicamente dicha mutabilidad, pues puede ser organizada de formas diversas, como prueba el Derecho comparado, buscando la salvaguardia de intereses de muy variada naturaleza, como el de la familia, el de los cónyuges y el de los terceros, especialmente los acreedores de los cónyuges. El análisis comparativo apuntado sirve, sin duda, para conocer mejor el sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial que rige en nuestro Derecho y para enjuiciarlo con el debido rigor. Desde esta perspectiva examinamos las diversas críticas que en relación con el mismo se han formulado por la doctrina, lo cual es necesario para apreciar adecuadamente su efectividad. Ello nos obliga a analizar con particular atención el trascendental problema de la protección de los acreedores cuando tiene lugar el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial. En la práctica ésta es la cuestión que más interesa, como evidencia el elevado número de sentencias del Tribunal Supremo (en lo sucesivo TS) que la solucionan con criterios no totalmente coincidentes. El examen crítico de la importante doctrina jurisprudencial existente constituye una tarea inexcusable, que afrontamos con detenimiento en este estudio. Por último, tras conocer el sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial acogido en nuestro CC, procede exponer las diversas consecuencias que derivan de la posibilidad que tienen los cónyuges, a través del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, de cambiar o modificar durante el matrimonio el régimen económico conyugal.

El título del estudio pone de relieve implícitamente la conexión existente entre las capitulaciones matrimoniales y la mutabilidad del régimen económico matrimonial. Ciertamente, el régimen económico matrimonial puede ser modificado en nuestro Derecho por obra directa de la ley en determinados casos, o a través de una decisión judicial, pero cuando se habla de mutabilidad del régimen económico matrimonial se está aludiendo a la posibilidad que tienen los cónyuges de llegar a un acuerdo para modificar o sustituir el régimen económico matrimonial, lo cual han de hacerlo a través de un negocio de Derecho de familia denominado capitulaciones matrimoniales (artículos 1.315, 1.325 y 1.326 CC) ¹.

De los artículos 1.325 y 1.326 se desprende que la facultad que el CC confiere a los cónyuges para determinar por sí mismos el régimen económico matrimonial puede ejercitarse antes o después de celebrado el matrimonio. Por tanto, la libertad de estipulación se extiende, no sólo a la determinación del régimen, sino también a su modificación posterior, bien que rija entre ellos un régimen convencional o legal, al haber incorporado las reformas de 1975 y 1981, al principio de libertad de pacto, el de mutabilidad.

Cuando se menciona la mutabilidad del régimen económico matrimonial se está aludiendo al cambio o a la modificación del régimen económico matrimonial que se produce durante el matrimonio en virtud de un acuerdo de los cónyuges plasmado en capitulaciones matrimoniales. La posibilidad de modificar o sustituir el régimen económico matrimonial adoptado antes de la celebración del matrimonio, en virtud de nuevas capitulaciones, nunca ha planteado problemas de licitud en nuestro Derecho. Se admitió en la redacción originaria del artículo 1.319 CC, y después de la reforma de 13 de mayo de 1981, la eficacia de las capitulaciones prenupciales, contempladas en el artículo 1.326, está sometida a lo dispuesto en el artículo 1.334.

El análisis de las consecuencias de la mutabilidad del régimen económico matrimonial va a circunscribirse al Derecho común,

¹ Por ello, la facultad de solicitar a la autoridad judicial la disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación, que los artículos 1.393 y 1.415 CC otorgan a cada cónyuge, no tiene nada que ver con el sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial al que hacemos referencia. En los casos contemplados en el artículo 1.393, la autoridad judicial decreta la disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación porque uno de los cónyuges se lo ha pedido, basándose necesariamente en alguna de las causas establecidas taxativamente en dicho precepto. Además, debemos remarcar que la disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación por concurrir alguna de las causas previstas en el artículo 1.393, es totalmente ajena al sistema de mutabilidad judicialmente controlada, que rige en algunos ordenamientos jurídicos, como el francés, el belga o el suizo, ya que en los mismos la modificación o el cambio del régimen económico matrimonial se apoya en el acuerdo de los cónyuges (*le contrat de mariage*) sobre el que se proyecta la autorización judicial, como tendremos ocasión de mostrar más adelante.

teniendo en cuenta la normativa de nuestro CC. Ello no implica, desde luego, que desconozcamos la extraordinaria importancia del tema en el ámbito de los Derechos especiales o forales, sino todo lo contrario. Precisamente, el gran interés que ofrece el tema en algunos de éstos, donde tradicionalmente se ha permitido el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales constante matrimonio (Aragón, Baleares, Cataluña y Navarra), ha aconsejado, en aras de no hacer este estudio excesivamente largo o puramente superficial, limitarlo en su posible contenido.

Muy importante es la trascendencia sociológica de la mutabilidad del régimen económico matrimonial. El nuevo principio es causa determinante del espectacular incremento del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en los territorios de Derecho común, seguramente, porque es durante el matrimonio cuando el interés de la familia suele aconsejar el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales.

Con anterioridad a la reforma de 2 de mayo de 1975, las capitulaciones matrimoniales en los territorios de Derecho común se otorgaron escamamente, debido a que no podían ser postnupciales. Es un fenómeno sociológico que se observa en todos los países que las convenciones sobre el régimen económico matrimonial no suelen establecerse antes de la celebración del matrimonio, sino durante el mismo. En Francia, donde se ha analizado con rigor el fenómeno, diversas encuestas realizadas por el Instituto de la Opinión Pública (INOP) han evidenciado las principales razones que lo explican. De los resultados de las mismas se extrae la conclusión de que la mayor parte de los que contraen matrimonio no están informados, al menos suficientemente, antes de casarse del contrato de matrimonio (las capitulaciones matrimoniales), del régimen legal y de los regímenes convencionales. Por ello, se ha dicho que la libertad de las convenciones matrimoniales que establece el CC es una libertad «ignorada» para la inmensa mayoría de los que contraen matrimonio. Además, se observa que la adopción del régimen legal parece, de hecho, más el resultado de una actitud pasiva respecto a las convenciones matrimoniales que el objeto de una reflexiva elección por parte de los interesados ². En nuestra doctrina ³ se ha puesto de relieve este problema en relación con la sociedad de gananciales, destacándose que los contrayentes celebran el matrimonio bajo un régimen económico que ni siquie-

² RUIN, «Le statut matrimonial et l'intérêt de la famille», en *Le statut matrimonial du français*, II, 75 Congrès des Notaires de France. La Baule 7 au 10 mai, 1978, p. 797. Un completo análisis estadístico sobre los contratos de matrimonio (capitulaciones matrimoniales) en Francia por A. RIEG, F. LOTZ y P. REIG, *Tecniqne des régimes matrimoniaux*, París, 1993, pp. 167 y ss.

³ DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», *ADC*, 1969, p. 30.

ra conocen o del que sólo tienen una vaga referencia. No puede considerarse como una capitulación tácita. He aquí las razones que explican el escaso número de las capitulaciones matrimoniales en los territorios de Derecho común cuando regía el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial y porque se capitulaba en mucha mayor medida en los de Derecho foral.

Lo afirmado viene avalado por las estadísticas de los Anuarios de la Dirección General de los Registros y del Notariado, donde se da noticia del número de instrumentos autorizados en los distintos Colegios Notariales de España. Estos datos estadísticos muestran que, a partir de 1975, cada vez con mayor intensidad ha aumentado el número de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en los territorios de Derecho común, que sobrepasa con creces al de las otorgadas en aquellos territorios de Derecho foral donde ha sido posible tradicionalmente otorgar capitulaciones constante matrimonio.

En el año 1991 las capitulaciones matrimoniales otorgadas en las regiones de Derecho común fueron las siguientes:

Colegio Notarial de Albacete	1.470
Colegio Notarial de Burgos	730
Colegio Notarial de Cáceres	480
Colegio Notarial de Granada	2.066
Colegio Notarial de Las Palmas	1.414
Colegio Notarial de Madrid	5.474
Colegio Notarial de Oviedo	744
Colegio Notarial de Sevilla	2.117
Colegio Notarial de Valencia	5.271
Colegio Notarial de Valladolid	840

Total

20.606

En las regiones de Derecho foral se otorgaron en el año 1991 las siguientes:

Colegio Notarial de Baleares ...	192
Colegio Notarial de Barcelona ..	359
Colegio Notarial de Bilbao	1.130
Colegio Notarial de La Coruña .	1.506
Colegio Notarial de Pamplona ..	784
Colegio Notarial de Zaragoza ...	1.059

Total

5.030

La razón del extraordinario aumento de las capitulaciones matrimoniales se encuentra en la supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial por la Ley de 2 de

mayo de 1975. Lo más frecuente es la estipulación del régimen de separación de bienes, siendo otorgadas las capitulaciones matrimoniales en la mayor parte de los casos por cónyuges que están separados de hecho, aunque tampoco es infrecuente que los cónyuges traten de esta manera de poner una parte importante de los bienes del matrimonio a cubierto cuando uno de ellos es comerciante o está dedicado a una actividad arriesgada desde el punto de vista económico.

El hecho de que en Cataluña el régimen legal supletorio sea el de separación de bienes, explica, de acuerdo con lo apuntado, el escaso número de capitulaciones matrimoniales que en el año 1991 se otorgaron en esta región, en comparación con regiones como las de Madrid o Valencia, donde el régimen legal supletorio es el de la sociedad de gananciales.

Aunque ha podido cuestionarse si la Ley de 7 de julio de 1981, al introducir la posibilidad del divorcio y dar solución a las separaciones de hecho, determinaría una disminución también espectacular del número de capitulaciones postnupciales⁴, no parece, sin embargo, que haya decrecido o que vaya a decrecer por tal causa el número de las capitulaciones matrimoniales, porque la separación de hecho no ha de avocar necesariamente en el divorcio o la separación judicial, y si tiene lugar uno u otra, es lógico que en el período precedente, que puede ser bastante largo, a la demanda de separación o divorcio, los cónyuges traten de solucionar amistosamente determinados problemas a través de capitulaciones matrimoniales, que como ha señalado Fosar⁵ pueden incluso contener pactos que contemplen una determinada manera de liquidar sus consecuencias patrimoniales, incidiendo de esta manera en la futura configuración del contenido del convenio regulador previsto en el artículo 90 CC⁶.

⁴ ROCA TRIAS, «Constitució i família», *RJC*, 1984, p. 302.

⁵ FOSAR, «La separación y el divorcio en el Derecho español vigente», en *Estudios de Derecho de familia*, II-1.º, Barcelona, 1982, pp. 322-324.

⁶ MARTÍN GANCEDO («Algunos problemas que plantean las capitulaciones matrimoniales como fórmula notarial de encauzar jurídicamente la separación de hecho a la vista de la nueva reforma del CC de 13 de mayo de 1981», en *La reforma del Derecho de familia*, Sevilla, 1982, p. 82) considera perfectamente posible que los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales, que regulan la separación de hecho, establezcan el convenio regulador, que sólo será necesario presentar a la aprobación judicial cuando decidan pasar de esta separación «amistosa» a una separación judicial o al divorcio y entre tanto les obligará como un pacto más de las capitulaciones matrimoniales.

DE LA CÁMARA («La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», *BICNG*, 1986, pp. 27-28) pone de relieve que el contenido de los pactos privados de separación suele coincidir con el que ha de tener el convenio regulador según el artículo 90 CC. Es decir, se tocan casi siempre los mismos extremos que en aquel precepto se indican. Mi experiencia profesional me ha enseñado que no es del todo infrecuente que, existiendo mera separación de hecho,

La posibilidad de otorgar capitulaciones postnupciales, además de su incidencia en lo relativo a las cuestiones referentes al régimen económico matrimonial, también repercute en el ámbito sucesorio, habiendo cobrado en este punto las capitulaciones matrimoniales desde el año 1975 una importancia práctica que antes poseían en grado muy escaso, ya que los pactos sucesorios admitidos excepcionalmente en el CC (artículos 826, 827 y 831) pueden establecerse ahora en capitulaciones otorgadas durante el matrimonio ⁷.

II. LA INMUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y SUS CONSECUENCIAS

De conformidad con el Derecho consuetudinario francés ⁸, la jurisprudencia del Parlamento de París ⁹ y la doctrina de Pothier ¹⁰,

el pacto se prevea como un posible convenio regulador para el supuesto de que, en el futuro, los cónyuges decidan separarse legalmente.

En análogo sentido GARRIDO DE PALMA (*Derecho de la familia*, Madrid, 1993, pp. 37 y ss.), que examina las cuestiones fundamentales sobre las capitulaciones con convenio regulador de la separación o del divorcio. Además refleja un modelo de capitulaciones con convenio regulador, con estipulaciones sobre los hijos, la vivienda y ajuar familiares, las cargas del matrimonio y alimentos, el régimen económico del matrimonio y la pensión.

⁷ Sobre esta problemática, VALLET DE GOYTISOLO, «Las capitulaciones matrimoniales y su modificación», en *Estudios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades*, Madrid, 1980, pp. 269 y ss.

⁸ En contra la tesis de KUNTZ («Origine de l'article 1.395 du Code Civil», en *Revue Générale du Droit, de la Legislation et de la Jurisprudence en France et à l'étranger*, 1883, pp. 493-494), que trató de demostrar el origen germánico del principio de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, todo parece indicar que el mismo surge en el Derecho consuetudinario francés. En numerosas costumbres se proclama la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, una vez que haya tenido lugar el matrimonio (DELALANDE, *L'inmutabilité des conventions matrimoniales*, thèse, París, 1948, pp. 12 y ss; VILLERS, «Note sur l'inmutabilité des conventions matrimoniales dans l'ancien Droit français», en *Droit privé et institutions régionales. Études historiques offertes à Jean Ivier*, París, 1976, pp. 682 y ss).

⁹ En la famosa sentencia del Parlamento de París de 19 de mayo de 1589, denominada sentencia «Coigneaux», se proclama con suma claridad la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, por ser necesaria «pour vivre en patience, sans perturbation dans les ménages» (CHENU, *Règlements notables, question 63*, París, 1611, p. 259). Durante el siglo XVII, cada vez con mayor rotundidad, el Parlamento de París (Sentencias de 5 de abril de 1605, 16 de agosto de 1605, 7 de diciembre de 1625, 27 de julio de 1634 y otras) va a rechazar la validez de las modificaciones de todo tipo realizadas durante el matrimonio por acuerdo de los cónyuges (LOUET, *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, aumentado por BRODEAU, *Lettre M. Sommaire 4*, París, 1663). Esta jurisprudencia influirá decisivamente en la doctrina francesa de los siglos XVII y XVIII, defendiéndose de forma unánime la regla de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales constante matrimonio.

¹⁰ POTHIER, «Introduction au traité de la communauté», en *Oeuvres*, VIII, nueva edición por SIFFREIN, París, 1822, pp. 7-9. Explica con claridad el significado de

el CC francés de 1804 (artículo 1.394)¹¹ y los CC que siguieron su orientación, entre los que se encontraba el español (artículo 1.320)¹², establecieron de forma rigurosa el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial constante matrimonio. De este principio la doctrina y la jurisprudencia extrajeron numerosas consecuencias jurídicas. Como sucede frecuentemente, no existió una total concordia entre los autores y Tribunales a la hora de establecerlas, ya que algunos afirmaron la más completa imposibilidad de modificar en algún sentido a través del acuerdo de los cónyuges el régimen económico matrimonial, y otros, en cambio, no defendieron una tesis tan radical. En realidad, como señaló

la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, señalando que después de la celebración del matrimonio no cabe su modificación por acuerdo de los cónyuges.

¹¹ En los trabajos preparatorios del CC francés apenas suscitó controversias la regla de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, justificándola sin paliativos BERLIER y SIMEON (FINET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, XIII, reimpresión de la edición de París de 1827, Osnabrück, 1968, pp. 667 y 810).

¹² Con anterioridad, la regla de la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales aparece formulada en los artículos 1.238 y 1.242 del Proyecto de 1851, cuyo criterio es justificado por GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, pp. 666 y ss), argumentando de manera similar a la de los primeros comentaristas del CC francés (vid. DURANTON, *Cours de Droit civil français*, XIV, París, 1832, pp. 30-39; TROPONG, *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, I, París, 1850, p. 240).

En el Derecho castellano existieron capitulaciones matrimoniales que no eran meras cartas dotes o manifestaciones de los bienes aportados al matrimonio, tal como ha demostrado PEÑA [«Acerca del artículo 1.364 del Código Civil (exclusión de la sociedad de gananciales, renuncia a la sociedad de gananciales)», *RDN*, 1976, p. 165 y *Derecho de familia*, Madrid, 1989, pp. 191-192], basándose en las Partidas (P. 4, 11, 24) y en la doctrina de nuestros clásicos (AZEVEDO, MATIENZO, JUAN GUTIÉRREZ, RODRIGO SUÁREZ, entre otros). La verdad es que según los autores clásicos castellanos la organización económica del régimen conyugal había de regirse, en primer lugar, por los convenios de los contrayentes, siempre que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (AZEVEDO, *Comm.*, 5, 9, 9, núm. 7.º, 3.º), y una de las hipótesis posibles —y frecuentes cuando se casaba hombre rico con mujer pobre— era el pacto, *anterior al matrimonio*, en el que la mujer renunciaba a los gananciales, estipulando los contrayentes que no había de regir entre ellos la sociedad de gananciales, con lo que se daba paso así al sistema de separación. Esta tesis es confirmada, a nuestro juicio, por el análisis de los documentos de la época que se encuentran en el Archivo Histórico Nacional y en el Archivo Histórico de Protocolos (en esta difícil labor me fue de gran utilidad la ayuda de María Luz Alonso, investigador del CSIC), pudiendo citarse, a título de ejemplo, unas capitulaciones matrimoniales otorgadas en Córdoba el día 16 de febrero de 1776 (Archivo Histórico Nacional. Sección Consejos, leg. 2100, núm. 5) por don Francisco Martínez de Vallejo y doña María Pérez de Guzmán el Bueno. Todo indica que no se podía modificar el régimen económico conyugal constante matrimonio (PEÑA, como hemos visto, se refiere precisamente al pacto anterior al matrimonio) por el mero acuerdo de los cónyuges, si bien es cierto que la Ley 60 de Toro permitía excepcionalmente que la mujer pudiese renunciar a los gananciales durante el matrimonio (vid. Antonio GÓMEZ, *Ad leges Thauri commentarium absolutissimum*, Matriti, 1794, pp. 633 y ss).

Thebaud¹³, la solución adoptada dependía de la postura favorable o contraria al principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial.

La cuestión era extraordinariamente importante, porque la generalidad de los autores¹⁴ estimó que la vulneración del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial determinaba la nulidad absoluta de cualquier acto que estuviera en contra del mismo. En nuestro Derecho, esta tesis se apoyaba en los textos de los artículos 1.319, 1.320 y 1.393 CC, en su redacción originaria¹⁵.

La doctrina francesa¹⁶ destacó incluso que el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial obedecía a una razón de orden público.

Ciertamente, la vulneración del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial determinaba la nulidad absoluta de las capitulaciones postnupciales y de los actos contrarios al mismo, por el carácter marcadamente imperativo de los artículos 1.319, 1.320 y 1.393 CC. Sin embargo, Díez-Picazo¹⁷ señaló con

¹³ THEBAUD, *Les rapports de l'inmutabilité des conventions matrimoniales et du emploi dans les régimes de communauté*, thèse, Paris, 1960, p. 10.

¹⁴ MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, IX, 6.ª edición revisada y puesta al día por MORENO MOCHOLI, Madrid, 1969, pp. 181-182; DE BUEN, «Notas al Curso elemental de Derecho civil de COLIN y CAPITANT», VI, *De los regimenes matrimoniales*, Madrid, 1955, p. 84; NAGORE, «Doctrina actual sobre las capitulaciones matrimoniales en el Derecho común y foral», en *Estudios en honor del prof. Castán Tobeñas*, IV, Pamplona, 1969, p. 546; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, IV-1.º, *Familia y sucesiones*, Pamplona, 1966, p. 167; PUIG BRUTAU, *Fundamentos del Derecho civil*, IV-1.º, *El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes*, Barcelona, 1967, p. 418.

Igual criterio fue adoptado por la doctrina francesa en atención al texto de los artículos 1.394 y 1.395 CC francés, e incluso con anterioridad: PREVOT DE LA JANES, *Principes de la jurisprudence française suivant l'ordre des divers especes d'actions qui se poursuivent en Justice*, II, Paris, 1780, núm. 321; ROGRON, *Codes français expliqués*, Paris, 1843, p. 262; TROPLONG, *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, I, Paris, 1857, p. 243; GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, I, Paris, 1885, p. 200; GUERIN, *Étude sur le principe de l'inmutabilité des conventions matrimoniales*, thèse, Paris, 1906, pp. 134 y ss.; ESMEIN en AUBRY y EAU, *Droit civil français*, VII, Paris, 1948, pp. 415 y ss.; DE PAGE y DEKKERS, *Les régimes matrimoniaux*, X-1.º del *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, 1949, p. 230; COLIN y CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, III, 10 edición por JULIOT DE LA MORANDIERE, Paris, 1950, pp. 90 y ss.; BOULANGER, «Régimes matrimoniaux», en *Traité pratique de droit civil français* de PLANIOL y RIPERT, VIII, Paris, 1957, p. 114.

También la doctrina italiana: BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, Napoli-Torino, 1924, pp. 77-78; PACIFICI-MAZONI, *Istituzioni di diritto civiles*, 5.ª edición por VENZI, V-1.ª parte, Firenze, 1921, pp. 83-84.

¹⁵ MANRESA (*Comentarios al Código Civil español*, IX, cit., pp. 641-642) aplicó el criterio que informaba al artículo 1.393 a cualquier régimen matrimonial.

¹⁶ Véase la referencia doctrinal que aparece en la nota 14.

¹⁷ Díez-Picazo, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, Madrid, 1976, p. 78.

toda razón que no podía decirse seriamente que la regla de la inmodificabilidad del artículo 1.320 CC fuese una norma de orden público, porque ello equivaldría a admitir la existencia de un orden público castellano distinto del orden público catalán o del orden público aragonés.

Las consecuencias jurídicas que se conectaron al principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial fueron las siguientes:

1.^a *Los cónyuges no podían cambiar o modificar durante el matrimonio su régimen económico, legal o convencional.* Esta importante consecuencia se deducía de los artículos 1.319 y 1.320 CC. Además, a igual criterio respondían los artículos 1.393 y 1.417, relativos al comienzo y la terminación de la sociedad de gananciales, 1.338, 1.369, 1.370 y 1.371, referentes al régimen dotal, y 1.432, sobre el régimen de separación.

La mayor parte de los autores y el propio TS dieron un alcance extraordinariamente amplio al principio de inmutabilidad¹⁸. Se afirmaba que no sólo las capitulaciones matrimoniales eran irreformables después de celebrado el matrimonio, sino que cualquiera que fuese el régimen económico matrimonial no se admitían más alteraciones que las resultantes de la ley o de la providencia judicial (artículos 1.433 y ss. CC).

Con claridad dirá Sánchez Román¹⁹ que el artículo 1.320 es tan terminante que ni siquiera autoriza el Código para abandonar las estipulaciones hechas con tal motivo (la celebración del ma-

¹⁸ SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V-1.º, *Derecho de familia*, Madrid, 1912, p. 566; MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, IX, cit., pp. 185-186; MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XXI, revisado por REYES MONTERREAL, Madrid, 1967, pp. 216 y ss.; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V, *Derecho de familia*, 1.º, *Relaciones conyugales*, 8.ª edición revisada y ampliada con el concurso de CALVILLO, Madrid, 1960, p. 199; BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, Madrid, 1960, p. 199; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-1.º, cit., p. 383; PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, *Notas al Tratado de Derecho civil de Enneccerus, Kipp y Wolff*, IV-1.º, *Derecho de familia. El matrimonio*, Barcelona, 1953, p. 300; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil*, IV-1.º, cit., pp. 170-171.

En Francia: TROPLONG, *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, I, cit., pp. 246 y ss.; GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, I, cit, pp. 208 y ss.; LAURENT, *Principes de droit civil français*, XXI, Bruxelles-Paris, 1878, pp. 90 y ss.; JACQUET, *Effets et sanctions de l'inmutabilité des conventions matrimoniales*, thèse, Paris, 1902, pp. 90 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS y SURVILLE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du contrat de mariage ou des régimes matrimoniaux*, I, Paris, 1906, pp. 126 y ss.; BOULANGER, «Régimes matrimoniaux», cit., pp. 114 y ss.

En Italia: BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, cit., pp. 77 y ss.; PACIFICI-MAZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, V-1.ª parte, cit., pp. 84 y ss.; RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, II-2.º, traducción de la 4.ª edición italiana por SERRANO SÚÑER y SANTA CRUZ TEJJEIRO, Madrid, s.f., p. 127; TEDESCHI, *El régimen patrimonial de la familia*, traducción por SENTÍS y AYERRA, 1954, p. 71.

¹⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V-1.º, cit., p. 566.

trimonio) y sustituirlas por el régimen legal presunto de gananciales, que el artículo 1.315 establece en defecto de capitulaciones matrimoniales, porque, aunque dicho régimen legal de gananciales sea un régimen arraigado en el Derecho de Castilla y de carácter normal, es al fin un sistema de índole supletoria, sólo presumido por la ley en defecto de dichas capitulaciones, cuya inalterabilidad sanciona en términos absolutos el expresado artículo 1.320, sin hacer excepción alguna.

Frente a una concepción tan absoluta del principio de la inmutabilidad, que cercenaba cualquier posibilidad de alteración, directa e indirecta, del régimen de bienes durante el matrimonio, y que incluso para algunos autores se extendía más allá de las convenciones referentes al régimen económico matrimonial, un sector de la doctrina acogió una concepción menos rígida, tratando de dar solución de esta manera a las anómalas situaciones que surgen cuando los cónyuges están separados de hecho y, en general, a los problemas que siempre surgen cuando el régimen económico matrimonial adoptado no se adecua bien a las nuevas necesidades de la familia.

De igual manera que aconteció en Francia²⁰ o en Italia²¹, algunos autores propugnaron en nuestro Derecho una concepción flexible del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, con atinadas observaciones.

De la Cámara²² justificó con amplitud este punto de vista: El CC no contiene ningún precepto que de forma terminante y general prohíba todas las posibles modificaciones o alteraciones del régimen de bienes vigente en el matrimonio. Se limita concretamente a prohibir la modificación postnupcial de lo pactado en capitulaciones y a prohibir, asimismo, que éstas se otorguen por quienes ya están casados (artículos 1.315 y 1.319 CC). De estos preceptos se desprende, sin duda, un criterio hostil a la modificación, posterior al matrimonio, del régimen de bienes vigente en el mismo, pero de aquí no se sigue necesariamente que cualquier

²⁰ SAVATIER, «De la portée et de la valeur du principe de l'inmutabilité des conventions matrimoniales», *RTDC*, 1921, pp. 93 y ss.; THEBAUD, *Les rapports de l'inmutabilité des conventions matrimoniales*, cit., p. 60.

La jurisprudencia francesa considera que sólo son nulos por estar en contra de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, los actos que avocan a un resultado contrario al fin general perseguido por los cónyuges al adoptar el régimen: El acto celebrado por los cónyuges durante el matrimonio no modifica el pacto matrimonial, sino que asegura solamente su ejecución, cuando, conforme a las previsiones del contrato, conduce a unos resultados equivalentes a los que han querido los cónyuges (H. L. y J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, IV-1.º, *Régimes matrimoniaux*, París, 982, pp. 80-81).

²¹ FERRARA, *Diritto della persona e di famiglia*, Napoli, 1941, pp. 306 y ss.

²² DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», cit., pp. 39 y ss.

cambio o modificación respecto de la situación jurídica de los bienes de los cónyuges esté prohibido y sea ilícito. Es menester preguntarse dentro de qué límites debe moverse la aplicación de los preceptos citados y la prohibición que en ellos se contiene. Para resolver este problema han de tenerse en cuenta dos consideraciones: en primer término, el muy débil fundamento que tiene la obligación de inmutabilidad del régimen económico conyugal. En segundo lugar, la necesidad de interpretar restrictivamente las normas prohibitivas, impuesta por el respeto a la libertad civil de la persona, principio básico de nuestro Derecho privado, que también se aplica (dentro de los límites de los artículos 1.316 y 1.317) a la organización económica de la sociedad conyugal según resulta del artículo 1.315. En rigor, pues, las prohibiciones que formulan los artículos 1.315 y 1.319 en cuanto a la imposibilidad de otorgar capitulaciones, o modificar las ya otorgadas, después de celebrarse el matrimonio, constituye una excepción o limitación a aquel principio, que no tiene parangón en otra clase de contratos y que tampoco en éste, pese a su especial naturaleza, está suficientemente justificada. De estas consideraciones se sigue una consecuencia contraria a la que antes quedó apuntada, es decir, las normas que no pueden ser extensivamente interpretadas son precisamente las que limitan y prohíben la modificación del sistema económico conyugal. Por consiguiente, la alteración del régimen matrimonial de bienes sólo debe considerarse ilícita: 1.º Cuando se trate de alterar, después del matrimonio, lo pactado en capitulaciones matrimoniales otorgadas antes de celebrarse aquél. 2.º Cuando las modificaciones pretendidas sean de tal naturaleza que su articulación sólo sea posible a través de capitulaciones matrimoniales, lo que sucede si se pretende sustituir el régimen vigente por otro distinto, o se quiere introducir en aquél una alteración general en su estructura o funcionamiento. Por el contrario, la simple adaptación del sistema a las circunstancias de hecho por las que atraiesen los esposos no debe reputarse prohibida, especialmente si existen normas que, mediante la aplicación analógica, consienten llegar a la solución permisiva ²³.

La argumentación expuesta no dejó de influir en nuestra doctrina ²⁴, como prueba el hecho de que un autor de la autoridad de Lacruz ²⁵ afirmase la validez de principio de la tesis de De la Cámara, y señalase que una cosa es la regla de la inalterabilidad

²³ Más adelante insiste en esta idea DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», cit., pp. 99-100.

²⁴ LETE DEL RÍO y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (*Notas sobre «mutabilidad» del régimen económico matrimonial en el Derecho com, RDP, 1977, p. 174, nota 2*) señalan que el trabajo de DE LA CÁMARA ha de considerarse como una aportación especialmente decisiva.

²⁵ LACRUZ, *Derecho de familia*, I, Barcelona, 1974, pp. 177-178.

de los capítulos enunciada expresamente por el CC, y otra la supuesta regla de la absoluta inmutabilidad del régimen económico del matrimonio, no enunciada en texto alguno, y que apenas podría motivarse, como la prohibición de alterar los capítulos, en la imaginada necesidad de evitar el fraude a los terceros (la práctica en los territorios forales demuestra lo infrecuente de tal fraude).

La vigencia del principio de inmutabilidad planteaba problemas especialmente en dos casos: En primer lugar, cuando los cónyuges estaban separados de hecho y estaba vigente el régimen de la sociedad de gananciales o un régimen de comunidad. En segundo lugar, cuando alguno de los esposos era comerciante y asumía importantes riesgos financieros.

A) La separación de hecho de los cónyuges y la sociedad de gananciales

De la Cámara ²⁶ destacó que la sociedad de gananciales era un régimen totalmente inadecuado cuando los esposos estaban separados, puesto que en tal caso desaparecía la comunidad de vida, faltaban los presupuestos sobre los que se asienta y fundamenta la sociedad de gananciales. De aquí que la ley considere su disolución (artículos 73 y 74 CC), como efecto característico de la separación personal de los cónyuges (judicialmente declarada).

La separación de hecho, sin embargo, no bastaba para operar la disolución de la sociedad de gananciales. Ni siquiera era posible que los cónyuges, aunque se pusieran de acuerdo sobre este extremo, la disolvieran (artículos 1.320 y 1.417 CC). Se producía, pues, un fenómeno anómalo. Persistía la sociedad de gananciales a pesar de que las circunstancias en que se encontraban los esposos habían cambiado radicalmente, de tal modo que aquella institución resultaba ya completamente inapropiada para regir sus relaciones económicas.

La separación de hecho, aunque sin fuerza bastante para provocar la disolución de la sociedad de gananciales, tenía empero virtualidad suficiente para justificar la modificación en algún aspecto de sus efectos y consecuencias.

Para De la Cámara, una serie de pactos de los cónyuges durante el matrimonio (pactos de separación) no eran necesariamente obstaculizados por el citado principio de inmutabilidad, el orden público, las buenas costumbres, ni su causa era ilícita, como dijeron nuestro TS en algunas sentencias, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en varias resoluciones y

²⁶ DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», cit., pp. 10-12.

un sector doctrinal ²⁷. Se refirió a los siguientes pactos: a) La concesión de la licencia marital concebida en términos generales e incluso con carácter irrevocable ²⁸; b) La recuperación de los parafernales entregados ²⁹; c) La asignación de una pensión periódica con cargo a determinados bienes gananciales, que son administrados por la propia mujer en virtud de un poder irrevocable otorgado por el marido ³⁰; d) El otorgamiento del consentimiento uxorio del artículo 1.413 CC en términos generales, pero no en forma irrevocable porque el especial fundamento de este precepto, proteger a la mujer, adquiere aún mayor significación en la situación de separación ³¹.

B) El ejercicio del comercio por persona casada

Debido a la vigencia del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial era prácticamente imposible dar satisfacción al deseo de los esposos de desarrollar una empresa ya existente, o crear una nueva, y poner, a través de la modificación constante matrimonio del régimen económico conyugal, a uno de ellos al margen de los riesgos financieros que esta actividad podía entrañar: proteger, en definitiva, al cónyuge y los hijos del comerciante de los recursos de terceros.

Algunos autores ³² se refirieron a este problema, al contemplar la hipótesis en que alguno de los esposos proyectase acometer o se viera inmerso en empresas de singular riesgo, cosa que en la actual coyuntura económica no deja de ser frecuente. En tal caso, la transformación del régimen de la sociedad de gananciales, o de cualquier régimen comunitario, en el de separación de bienes ³³,

²⁷ Completa información doctrinal y jurisprudencial por DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», cit., pp. 13 y ss.; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La separación de hecho matrimonial*, Madrid, 1982, pp. 36 y ss.; VALPUESTA, *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Sevilla, 1982, pp. 73 y ss.

²⁸ DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», cit., pp. 33 y ss. y 79 y ss.

²⁹ DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», cit., pp. 34 y ss.

³⁰ DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», cit., pp. 96 y ss.

³¹ DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», cit., pp. 124 y ss.

³² CAMPO VILLEGAS, «En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separación de bienes», *RJC*, 1977, p. 274. En la doctrina francesa, RUIN, «Le statut matrimonial et l'interêt de la famille», cit., p. 835.

³³ SERRANO MONFORTE (*Ejercicio del comercio por mujer casada*, Madrid, 1974, p. 421) apuntó que el régimen de separación era el que mejor se conciliaba con las exigencias del comercio.

sería un medio conveniente para limitar la responsabilidad patrimonial del otro cónyuge. Sin embargo, tal posibilidad era vedada por el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial.

2.^a *Se señaló que ninguno de los esposos podía durante el matrimonio renunciar a la sociedad de gananciales y, en general, a las ventajas que derivasen del régimen económico matrimonial.* El artículo 1.394 CC, en su redacción originaria, se puso en conexión, de un lado, con la prohibición de las donaciones entre cónyuges, y, de otro lado, con el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial ³⁴.

Según Lacruz ³⁵, no cabía renunciar al régimen de la sociedad de gananciales constante matrimonio, porque para autorizar tal derogación de la regla de la inmutabilidad habría de exigirse expresión más clara en el artículo 1.364 o en el 1.394. Además, nada induce a pensar que las causas de disolución de la sociedad de gananciales no sean, sola y exclusivamente, las expresadas en el artículo 1.417.

Con claridad Mucius Scaevola ³⁶ señaló que el fundamento del artículo 1.394 acaso se encontrara en el rigor de la prohibición de las donaciones entre cónyuges; acaso también la consideración de las influencias que el marido pueda ejercer sobre la mujer, y viceversa; influencias, por supuesto, dolosas e ilícitas, para la apropiación del total de los beneficios obtenidos durante el matrimonio. Pero seguramente, más que estas razones, pesó sobre los autores del Código el carácter permanente que se ha querido dar en toda esta materia al régimen de bienes establecido por los cónyuges con anterioridad al matrimonio.

Otros autores ³⁷, sin embargo, con acertado criterio, no conectaron el problema de la renuncia contemplada en los preceptos mencionados con el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, ya que históricamente no fue ésta la problemática que surgió en torno a la Ley 60 de Toro, precedente básico

³⁴ SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V-1.º, cit, p. 836; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V.1.º, cit, p. 262; MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, IX, cit., p. 645; DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Derecho civil de COLIN y CAPITANT*, VI, cit., p. 82; LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pp. 579 y ss.

³⁵ LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 581.

³⁶ MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XXII, revisado por REYES MONTERREAL, Madrid, 1967, p. 222.

³⁷ PEÑA, *Acerca del artículo 1.364 del Código Civil (exclusión de la sociedad de gananciales. Renuncia a la sociedad de gananciales)*, cit., p. 205; DE LA CÁMARA, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, cit., p. 100; SANZ FERNÁNDEZ, «La situación de la mujer casada en el Derecho civil (observaciones sobre la reforma del Código Civil por la Ley de 2 de mayo de 1975)», en *Libro-Homenaje a Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, p. 985.

de aquéllos. La cuestión que preocupó a nuestros clásicos y al propio TS fue si la renuncia a los gananciales por la mujer constante matrimonio con el objeto de no quedar obligada por las deudas contraídas por el marido constituía o no una donación prohibida.

3.^a *Numerosos autores y el Tribunal Supremo entendieron que el principio de inmutabilidad se proyectaba sobre las liberalidades contenidas en capitulaciones matrimoniales.* Esta consecuencia fue expuesta por los comentaristas de las costumbres francesas y aceptada por Pothier³⁸ sin que hubiese motivos para suponer que el legislador quisiera romper con una tradición que determina el carácter inmutable de las liberalidades contenidas en el contrato de matrimonio (las capitulaciones matrimoniales)³⁹.

La jurisprudencia francesa declaró nula, ya en la sentencia del Tribunal de Casación de 22 de enero de 1894⁴⁰, la renuncia de un cónyuge durante el matrimonio a una liberalidad que se le hizo en las convenciones matrimoniales.

Nuestra doctrina también justificó esta tesis. Manresa⁴¹ precisó que si bien se está ante convenciones que no son propias de las capitulaciones matrimoniales, pues pueden existir con separación y no se realizan entre esposos, sino con un tercero, están íntimamente vinculadas con dichas capitulaciones, quedaron irrevocablemente unidas a la existencia de las mismas, y por ello la renuncia del esposo donatario envuelve una alteración no consentida por la ley, puesto que sufre un cambio una parte de las condiciones bajo las que fue fundada la sociedad conyugal.

En la sentencia del TS de 30 de octubre de 1949 se afirma que cuando la donación de bienes que hacen los padres a sus hijos en razón del matrimonio de éstos es la base sobre la cual ha de estipularse el régimen económico conyugal de los futuros esposos, por constituir los tales bienes todo o parte del acervo matrimonial de los mismos, es notorio que no puede alterarse la aludida aportación, sin que esta alteración, que puede en algún caso ser ocasión de fraude en perjuicio de algún otorgante, repercuta en el convenio patrimonial establecido, y como tal cambio o modificación del

³⁸ POTHIER, *Introduction au traité de la communauté*, cit., p. 8.

³⁹ GUILLOUARD, *Traité de contrat de mariage*, I, cit., p. 213; LAURENT, *Principes de droit civil*, XXI, cit., p. 93; JACQUET, *Effets et sanctions de l'inmutabilité des conventions matrimoniales*, cit., pp. 26 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS y SURVILLE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du contrat de mariage*, I, cit., pp. 149 y ss.; COLIN y CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, III, cit., pp. 90 y 96; DE PAGE y DEKKERS, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 230.

En Italia siguieron también este criterio: BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, cit., pp. 82-83; TEDESCHI, *El régimen patrimonial de la familia*, cit., pp. 71 y ss.

En estas obras aparece, además, una amplia referencia jurisprudencial.

⁴⁰ *Recueil Sirey*, 1894, I, p. 173; *Recueil Dalloz*, 1894, I, p. 394.

⁴¹ MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, IX, cit., pp. 186-187.

contenido de los capítulos matrimoniales no puede realizarse, a tenor del artículo 1.320 CC, habrá de reconocerse que no es tampoco lícita la alteración de la donación en razón del matrimonio en tal forma establecida.

No faltaron, sin embargo, autores que, con mejor criterio, se opusieron a semejante conclusión. En nuestra doctrina, Lacruz⁴² afirmará que el concepto de inmutabilidad debe relegarse al ámbito que le es propio: la reforma del estatuto económico del matrimonio después de la boda, prohibida por el artículo 1.320. En cuanto a las liberalidades capitulares, lo que hay es una suerte de interdependencia entre cada una, las restantes y las determinaciones estatutarias. Según esto, ningún donante podrá evitar que se alteren las otras donaciones hechas a los esposos en capítulo, pero sí, alegando la interdependencia que tan claramente deriva del artículo 1.319 CC, revocar las suyas cuando por voluntad de los cónyuges haya variado sustancialmente el *status* patrimonial que, configurado en los capítulos, sirvió de base a la liberalidad.

4.^a *Un importante sector de la doctrina entendió que, bajo la vigencia del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, no tenían cabida la condición y el término*⁴³. Los futuros contrayentes no podían someter el régimen económico matrimonial que acordasen ni a una condición suspensiva, en cuyo caso y al cumplirse dejaría de regularse el matrimonio por el régimen que se tiene para pasar al régimen previsto, ni tampoco a una condición resolutoria, porque también su cumplimiento implicaría la desaparición del régimen vigente y su sustitución por el legal o el convenio para tal evento. Todo ello llevaba consigo una mutación en contra del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial.

Frente al argumento del carácter retroactivo de la condición, se señaló que si bien la letra de la ley es respetada, se viola, en

⁴² LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 300. También NAGORE, «Doctrina actual sobre las capitulaciones matrimoniales en el Derecho común y foral», cit., p. 542.

⁴³ MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, IX, cit., p. 642; SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, II, cit., p. 348; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., pp. 235 y 261; PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, *Notas al Derecho de familia de KIPP y WOLFF*, V-1.º, Barcelona, 1953, pp. 302-303; NART, *El régimen matrimonial de separación de bienes*, RDP, 1951, p. 35; NAGORE, «Doctrina actual sobre las capitulaciones matrimoniales en el Derecho común y foral», cit., p. 547; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, p. 158.

En el Derecho francés: LAURENT, *Principes de droit civil*, XXI, cit., pp. 35-36; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS y SURVILLE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du contrat de mariage ou des régimes matrimoniaux*, cit., pp. 74-76; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, III, Paris, 1932, pp. 32-33; BOULANGER, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pp. 125-128; DE PAGE y DEKKERS, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pp. 220-222.

cambio, su espíritu en lo concerniente a las convenciones matrimoniales, ya que existe una diferencia esencial entre el contrato ordinario hecho bajo condición y las convenciones matrimoniales condicionales. Cuando una venta ha sido realizada bajo condición suspensiva los efectos del contrato están en suspenso y cuando la condición se cumpla, habrá retroactividad sin mayores problemas. No es éste el caso del régimen económico matrimonial estipulado bajo condición, ya que desde la celebración del matrimonio ha de regir necesariamente un régimen económico matrimonial y si éste es condicional nadie deseará contratar con los esposos, que, sin embargo, tienen necesidad de hacerlo. Quienes traten, a pesar de la incertidumbre, con ellos, se encontrarán sorprendidos por el cumplimiento de la condición. Si de derecho no hay más que un régimen por obra de la retroactividad de la condición, de hecho habrá dos⁴⁴. La ficción de la retroactividad no puede borrar los hechos. Si se admitiese la condición no habría un solo régimen, sino más bien dos regímenes distintos, sucediendo uno a otro el día de la realización de la condición. Además, las necesidades del crédito no se acomodan al empleo de las nociones jurídicas de forma abstracta⁴⁵. El principio de unidad del régimen económico matrimonial proscribía que dos regímenes distintos puedan sucederse durante el matrimonio⁴⁶.

Algo semejante se sostuvo en relación con la aposición de un término. El inicial de vigencia obligaba a que el matrimonio se rigiera, en defecto de otro régimen, por el ganancial, y una vez llegado el término, por el acordado. Igualmente, el término final provocaba la pérdida de eficacia del régimen que regulaba el matrimonio y su sustitución por otro. Estas consecuencias estaban en contra del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial.

En contra del argumento consistente en que Pothier y los comentaristas de las costumbres francesas habían admitido la validez de las convenciones matrimoniales sometidas a término o condición, se señaló que la autoridad de la tradición es un argumento débil en una materia innovada por el CC. En este cuerpo legal la regla de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales adquirió una importancia y una generalidad que no había tenido anteriormente⁴⁷.

⁴⁴ LAURENT, *Principes de droit civil*, XXI, cit., pp. 246-247.

⁴⁵ BOULANGER, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 128.

⁴⁶ BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS y SURVILLE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du contrat de mariage ou des régimes matrimoniaux*, cit., pp. 74-76.

⁴⁷ DE PAGE y DEKKERS, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pp. 221-222; BOULANGER, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pp. 127-128.

Los argumentos expuestos no fueron, sin embargo, aceptados por todos los autores. Ya los primeros comentaristas del CC francés, como Rogron⁴⁸, Mourlon⁴⁹ y Guerin⁵⁰, consideraron que el artículo 1.399 CC francés (similar al artículo 1.393 de nuestro CC en su redacción originaria) impedía la validez de un término, o el artículo 1.395 dejaba sin valor una condición puramente potestativa, pero no derivaba de los mismos necesariamente la prohibición de la estipulación de una condición suspensiva, debido a su carácter retroactivo, o resolutoria. No hay que olvidar, dice Guerin⁵¹, que el artículo 1.387 proclama la libertad de las convenciones matrimoniales; los esposos pueden hacer las convenciones que no están prohibidas por la ley. Además, el antiguo Derecho que autorizaba la inserción de un término o de una condición en las convenciones matrimoniales no ha sido seguido por el legislador de 1804 en lo concerniente al término, porque ha prohibido claramente su aposición en el régimen de comunidad; si el legislador hubiese pretendido prohibir la inserción de una condición casual, no habría dejado de expresar su voluntad de una manera tan formal como para el término. Se trata de rebatir esta tesis diciendo que la condición implica la vigencia de dos regímenes sucesivos; pero los que sostienen esto cometen el error de olvidar que la condición produce efectos retroactivos.

Colin y Capitant⁵² señalaron que en lo concerniente a la comunidad el empleo de un término suspensivo estaba prohibido por el artículo 1.399, que establece que la comunidad comienza el día del matrimonio, y añaden que no se puede estipular que comience en otra época. Queda la cuestión para los restantes regímenes matrimoniales e incluso para la comunidad, si se trata de un término extintivo que tuviese por efecto reemplazar la comunidad por otro régimen. Algunos autores estiman que esta estipulación es contraria al principio de inmutabilidad, pero no es un argumento decisivo. Se puede rebatir diciendo que los esposos son libres para regular como deseen sus convenciones matrimoniales y que el principio de inmutabilidad sólo prohíbe los cambios que se producen durante el matrimonio por voluntad de los cónyuges. Puede invocarse también la opinión de Pothier, que declaraba que las partes tienen derecho a establecer un término o una condición al adoptar la comunidad.

⁴⁸ ROGRON, *Codes français expliqués*, cit., p. 264.

⁴⁹ MOURLON, *Répétitions écrites sur la troisième examen du Code Napoleon*, III, París, 1856, pp. 10-11.

⁵⁰ GUERIN, *Etude sur le principe de l'inmutabilité des conventions matrimoniales*, cit., pp. 49 y ss.

⁵¹ GUERIN, *Etude sur le principe de l'inmutabilité des conventions matrimoniales*, cit., pp. 55-57.

⁵² COLIN y CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, III, cit., pp. 92-93.

No se ven los argumentos que pueden oponerse a la validez de la estipulación de una condición. Si la condición se realiza, sólo habrá un régimen económico matrimonial por el efecto retroactivo de la misma. Pero Colin y Capitant⁵³ destacan que la incertidumbre que crea la condición es perjudicial para el crédito de los cónyuges, por lo que tal estipulación es poco utilizada.

En todo caso, la condición deberá ser casual. Toda condición cuya realización dependa de la voluntad de los esposos viola, evidentemente, la regla de la inmutabilidad. En este sentido la sentencia del Tribunal de Colmar de 8 de marzo de 1864.

En parecido sentido Esmein⁵⁴ precisó que los cónyuges pueden subordinar sus convenciones matrimoniales, y especialmente el establecimiento de una comunidad, a una condición suspensiva o resolutoria, porque la condición no supone un hecho cuyo cumplimiento dependa de su voluntad o de la de un tercero.

Un argumento esencial para admitir el libre juego de la condición, e incluso del término, a pesar del texto del artículo 1.399 CC francés⁵⁵, en las convenciones matrimoniales, fue la doctrina de Pothier.

Según Pothier⁵⁶, se puede convenir que habrá comunidad entre cónyuges y que comenzará al cabo de un año de la celebración del matrimonio. Paralelamente se puede convenir que sólo habrá comunidad entre los cónyuges si tiene hijos en su matrimonio.

Nada impide que las partes puedan establecer un término o una condición, aunque la convención de comunidad en los contratos de matrimonio es ordinariamente pura⁵⁷.

En la doctrina italiana, Tedeschi⁵⁸, de acuerdo con Gangi, afirmó con notable claridad que el principio de inmutabilidad no impedía la estipulación de convenciones matrimoniales a término o bajo condición, pues el término o la condición puestos a una con-

⁵³ COLIN y CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, III, cit., pp. 92-93.

⁵⁴ ESMEIN en AUBRY y RAU, *Droit civil français*, VII, cit., pp. 440-441.

⁵⁵ Según RODIERE y PONT (*Traité du contrat de mariage*, I, París, 1869, núm. 92, p. 77), los inconvenientes para la aposición de un término al régimen escogido por los esposos son nulos; en efecto, ni los esposos ni los terceros sufrirán, puesto que en todo momento la situación actual y los derechos de los esposos pueden ser conocidos de manera cierta y están claramente determinados. Comentando críticamente la opinión de estos autores, LAURENT (*Principes de droit civil*, XXI, cit., p. 246) la rechaza contundentemente, diciendo que es inútil discutir cuestiones que están resueltas por el texto y por el espíritu de la ley, sobre todo cuando se trata de cuestiones teóricas que sólo se plantean en la escuela y que la vida real siempre ignora.

⁵⁶ POTHIER, *Traité de la communauté*, cit., núm. 278, p. 180.

⁵⁷ Esta doctrina es la dominante en el antiguo Derecho francés: LEBRUN, *Traité de la communauté*, lib. I, cap. III, núm. 10; RENUSSON, *Communauté*, 1.ª parte, cap. IV, núm. 8; DENISART, *Communauté*, núm. 27 (cfr. GUERIN, *Étude sur le principe de l'inmutabilité des conventions matrimoniales*, cit., p. 54, nota 3).

⁵⁸ TEDESCHI, *El régimen patrimonial de la familia*, cit., pp. 70-71.

vención se contienen en ella, y, por tanto, si vence el término o se verifica la condición no se puede decir que haya cambiado la convención.

Refiriéndonos a nuestra doctrina, si la opinión de Pothier fue tenida en cuenta por la doctrina francesa, la de García Goyena debe considerarse también muy importante en la línea permisiva del término y de la condición en capitulaciones matrimoniales. En el comentario al artículo 1.310 del Proyecto de 1851, señaló que este texto no quita que pueda estipularse la sociedad bajo una condición suspensiva que no deba realizarse sino después de la celebración, porque, si llega a existir, surtirá su efecto retroactivo, según el artículo 1.037⁵⁹.

De Buen⁶⁰ acogió una solución semejante a la defendida por Colin y Capitant. Si los artículos 1.393 y 1.417 CC impedían hacer depender la vigencia de la sociedad de gananciales de un término fijado por los cónyuges, la cuestión quedaba en pie para los restantes regímenes. Una razón de analogía pudiera aconsejar aplicarles el mismo precepto que al de gananciales; pero también hay importantes razones para llegar a otra solución. De un lado, el principio de libertad de las capitulaciones matrimoniales, sancionado por el artículo 1.315 CC —según el cual las capitulaciones no están sometidas a otras limitaciones que las establecidas en el Código mismo—, inclina a consentir el establecimiento de un plazo —extintivo o resolutorio— cuando se trate de regímenes distintos del de gananciales. De otro lado, no se opone a ello el principio de inmutabilidad de las capitulaciones, ya que, a pesar del establecimiento del plazo, el régimen matrimonial no queda al arbitrio de los contrayentes, y, si se modifica, no es por voluntad de éstos posterior al matrimonio, sino por voluntad anterior.

Si el régimen matrimonial se sujeta a una condición, no puede decirse que, cumplida la condición, hayan existido dos regímenes en el matrimonio; aplicando el principio de la retroactividad de las condiciones, una vez cumplida ésta, será como si sólo hubiera existido el régimen producido por su cumplimiento.

En ningún caso la condición podrá ser potestativa. Si se admitiera una condición de esta clase, la modificación de las capitulaciones podría quedar al arbitrio de uno o de los dos cónyuges, lo cual es contrario a lo dispuesto en la ley.

Después de referirse a la posición de De Buen, Lacruz⁶¹ puso de relieve que la invocación del principio de inmutabilidad del artículo 1.320 CC no era un argumento excelente; ni el término

⁵⁹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., p. 705.

⁶⁰ DE BUEN, «Notas al Curso elemental de Derecho civil de COLIN y CAPITANT», VI, cit., pp. 83-84.

⁶¹ LACRUZ, *Derecho de familia*, I, cit., pp. 182-183.

ni la condición quedan afectados por el principio de inmutabilidad de los capítulos, precisamente porque, al hallarse contenidos en ellos, no puede decirse que dichos capítulos se muden si se produce el hecho determinante del cambio. Y en otro aspecto, el cambio de régimen puede ser útil y conveniente.

En lo que se refiere al término suspensivo hay en el Código una disposición prohibitiva expresa, siquiera no contemple más que el régimen legal: el artículo 1.393. Pero, a juicio de Lacruz, no cabe deducir de él una regla prohibitiva general de cualquier clase de término, el cual parece admisible en casos distintos de los contemplados por aquel precepto ⁶².

5.^a *Se entendió por un sector de la doctrina que el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial constituía un obstáculo para la validez de la contratación onerosa entre cónyuges.* Se justificó esta tesis en el tan citado principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, en la teoría de la *unitas carnis* de los esposos, en la necesidad de preservar la autoridad marital y en que había de extraerse una regla general prohibitiva de los artículos 1.458, 1.541 y 1.667 CC ⁶³.

Frente al criterio hostil hacia la contratación onerosa entre cónyuges, y muy especialmente, frente a las sociedades constituidas por marido y mujer ⁶⁴, reaccionó un amplio sector doctrinal apoyándose en sólidos argumentos: 1.º Ningún precepto del CC prohíbe con carácter general la contratación onerosa entre cónyuges y ha de estarse a la norma general según la cual toda persona es capaz de contratar mientras que no sea declarada incapaz por la ley. Lo que el CC pretende con sus prohibiciones no es mantener la vieja teoría de la *unitas carnis*, sino salvaguardar la independencia de los cónyuges, la prohibición de las donaciones entre éstos y la de alterar el régimen económico matrimonial, con reglas prohibitivas concretas, insusceptibles de aplicación analógica. 2.º Las razones alegadas contra la posibilidad de que los cónyuges celebren contratos entre sí, o al menos contra las sociedades, sólo serán convincentes cuando se demuestre que la sociedad constituida ha logrado modificar el régimen económico del matrimonio, y que la posición patrimonial de ambos cónyuges en la sociedad

⁶² Precisamente CASTÁN (*Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., p. 235) señala que, sobre todo, habrá que reputar como nulo el plazo inicial o final tratándose del régimen de gananciales, toda vez que están taxativamente señalados por la ley el momento en que ha de comenzar sus efectos (cfr., artículo 1.393) y las causas que pueden producir su extinción.

⁶³ Véase CABANILLAS, «La contratación entre cónyuges», *ADC*, 1985, pp. 507 y ss.

⁶⁴ No surgía ningún tipo de cuestión en nuestro Derecho respecto a los contratos a título gratuito, pues el artículo 1.334 CC los prohibía expresamente, de conformidad con una tradición que proviene del Derecho romano (CABANILLAS, «La contratación entre cónyuges», cit., pp. 507 y ss.).

sea de tal naturaleza que llegue a subvertir el principio de la autoridad del marido. En otro caso, si la ley no lo prohíbe expresamente, no cabe impedir a los cónyuges que se asocien en una empresa común de carácter patrimonial, si bien ello tampoco les permite modificar las reglas de la sociedad de gananciales y conseguir que los bienes tengan un destino distinto del establecido por el Código. 3.º Es conveniente que los cónyuges pudiesen contratar *de lege ferenda*, porque existirán frecuentemente relaciones de intereses entre los esposos que deben ser reguladas, ya porque hay contratos que, reposando sobre la confianza mutua entre las partes, están especialmente indicados entre los cónyuges. Con razón destacó Gullon que la exclusión de toda sociedad entre cónyuges les privaría arbitrariamente de múltiples posibilidades, sin el menor fraude, de desenvolver sus negocios en situaciones en que no exista otro medio mejor para aunar su trabajo y hacer fructificar sus capitales. 4.º Los precedentes históricos no son favorables a una prohibición indiscriminada de los contratos onerosos entre cónyuges ⁶⁵.

6.ª *Por exigencia del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, parte importante de la doctrina y la jurisprudencia no admitieron el régimen de la anulabilidad de las capitulaciones matrimoniales y, en especial, su posible confirmación durante el matrimonio.* La jurisprudencia francesa ⁶⁶, a partir de la sentencia del Tribunal de Casación de 5 de mayo de 1855 ⁶⁷, admitió esta consecuencia, partiendo de la solemnidad e inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, que no interesan sólo a los esposos y las familias que se unen y los hijos que nacerán, sino también a los terceros que se relacionan con los esposos y sus causahabientes.

Un criterio semejante fue defendido por diversos autores ⁶⁸, que señalaron que las convenciones matrimoniales no eran susceptibles de confirmación. Para confirmar un acto nulo es preciso cumplir las condiciones exigidas para otorgarlo, y tras la celebración del matrimonio no pueden acordarse contratos de matrimonio (capitulaciones matrimoniales). En el momento en que triunfase la acción de anulabilidad, un nuevo régimen, el legal, sustituiría

⁶⁵ Véase CABANILLAS, «La contratación entre cónyuges», cit., pp. 507 y ss.

⁶⁶ Amplia referencia jurisprudencial por GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, I, cit., pp. 290 y ss, y BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS y SURVILLE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du contrat de mariage ou des régimes matrimoniaux*, I, cit., pp. 291 y ss.

⁶⁷ *Recueil Sirey*, 1855, I, pp. 348-351.

⁶⁸ GUILLOUARD, *Traité de contrat de mariage*, I, cit., p. 303; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, III, cit., pp. 37-41; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS y SURVILLE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du contrat de mariage ou des régimes matrimoniaux*, I, cit., p. 221.

al pactado, lo cual era contrario al principio de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales.

En nuestro Derecho esta tesis contó con bastantes partidarios ⁶⁹ y con el propio TS.

Manresa ⁷⁰ invocó el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial para justificarla. Un cónyuge podría durante el matrimonio, por halagos o violencia, admitir la confirmación, no siendo, por esto, libre su consentimiento, y ésta es una de las razones de la prohibición de alterar las capitulaciones en esta época.

Nuestro TS, en la importante sentencia de 1 de julio de 1955 ⁷¹, estableció que, de conformidad con el artículo 1.318 CC, la falta de concurso de las personas que habían de completar la capacidad del menor en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales motivaba la nulidad absoluta de éstas, con lo cual el TS se mostró contrario a la anulabilidad de las capitulaciones, en un caso en que esta forma de ineficacia negocial parece claramente aplicable (artículo 1.300 CC).

Con acierto, numerosos autores ⁷² admitieron la posible anulabilidad de las capitulaciones matrimoniales y la confirmación de las mismas durante el matrimonio, porque no estaban en contradicción con el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial. De forma convincente, Peña ⁷³, al comentar críticamente la sentencia referida, rebatió todos los argumentos esgrimidos en contra de la posible anulabilidad de las capitulaciones matrimoniales. Del propio CC se desprende que el concurso exigido por el artículo 1.318 no es un requisito formal, sino un auténtico requisito de capacidad y cumple la función de un complemento de capacidad; las expresiones del artículo 1.318 «única-

⁶⁹ MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, IX, cit., pp. 169 y ss.; MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XXI, cit., p. 212; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V-1.º, cit., p. 564; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., p. 183.

⁷⁰ MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, IX, cit., p. 183.

⁷¹ Esta sentencia ha sido comentada ampliamente por PEÑA, *El concurso de las personas designadas en el artículo 1.318 en el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. Ley aplicable al régimen económico matrimonial de española con extranjero (Notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1955)*, ADC, 1856, pp. 299 y ss., y DIEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, Madrid, 1976, pp. 71 y ss.

⁷² DE BUEN, «Notas al Curso elemental de Derecho civil de COLIN y CAPIANT», VI, cit., p. 100; PEÑA, «El concurso de las personas designadas en el artículo 1.318...», cit., pp. 305 y ss.; GULLÓN, *Lecciones de Derecho civil (Familia)*, Granada, 1971, p. 117; LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., pp. 309-310; DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 501; DIEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, cit., p. 75.

⁷³ PEÑA, «El concurso de las personas designadas en el artículo 1.318...», cit., pp. 299 y ss.

mente serán válidas», «en el caso de que las capitulaciones fuesen nulas», pueden perfectamente entenderse en el sentido de proclamar que, en tal supuesto, las capitulaciones están afectadas de un tipo de ineficacia, sin que aquellas expresiones delimiten su régimen sino que en su simplicidad remiten a los preceptos que estructuran los tipos de ineficacia de los contratos, ya que el CC emplea sin rigor las expresiones «invalidez», «nulidad» y, en su contexto, se descubre que muchas veces se refiere con ellas a la anulabilidad; la tesis de la nulidad absoluta presenta importantes inconvenientes prácticos, siendo la de la anulabilidad más conveniente al interés social y al interés de los terceros que la inexistencia o nulidad absoluta; y el principio de inmutabilidad no representa un obstáculo insalvable, pues no ha de exagerarse la influencia del mismo en la reglamentación de los tipos de ineficacia de las capitulaciones.

Para Peña⁷⁴ es evidente que la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales impide los efectos que ordinariamente tiene el mutuo disenso de las partes, impide también los de remisión o renuncia unilateral, pero no vale para quitar a un contrayente aquellos medios de ataque contra la convención concluida que la ley, por un vicio intrínseco de ella o por otros motivos, les concede. Ni esta prohibición ni las demás establecidas entre cónyuges pueden determinar que la ineficacia de los contratos prohibidos, verificados en tiempo hábil, haya de calificarse siempre como absoluta, *ipso iure* e insubsanable, aunque el vicio sólo dé lugar ordinariamente a la anulabilidad. Las prohibiciones —y una de ellas es la de otorgar o alterar capitulaciones durante el matrimonio— deben interpretarse en sentido restrictivo. Cuando el CC establece la prohibición de otorgar o alterar las capitulaciones se está refiriendo a la imposibilidad de que una o ambas partes, por su sola voluntad, puedan volverse atrás o modificarlas (voluntad negocial capitular). Pero no impide que cada parte use de las facultades derivadas de la eficacia peculiar, ordinaria o extraordinaria, que a las mismas asigna el legislador.

Comentando también la sentencia de 1 de julio de 1955, Díez-Picazo⁷⁵ llegará a una conclusión semejante, porque la comparecencia de la menor por sí sola al otorgamiento de los capítulos constituye una irregularidad o un vicio del negocio, y que la concesión de autorización por el padre adoptivo no fue un complemento suficiente. Parece claro que todo ello debe llevar a la conclusión de que el negocio adolece de un defecto de capacidad de uno de los otorgantes, por insuficiente complemento de la limitada

⁷⁴ PEÑA, «El concurso de las personas designadas en el artículo 1.318...», cit., p. 314.

⁷⁵ Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, cit., p. 75.

capacidad del mismo. De esta manera no nos encontramos frente a un contrato en el que haya faltado totalmente el consentimiento, sino frente a un contrato que posee todos sus requisitos y todos sus presupuestos, pero en el cual uno de sus presupuestos —la capacidad— es defectuoso. El contrato no es entonces inexistente o radical y esencialmente nulo, sino simplemente anulable, conforme al artículo 1.300 CC, como lo son los contratos celebrados por menores y por incapacitados.

De forma clara y convincente Lacruz ⁷⁶ evidenció que no hay dificultad para admitir la confirmación durante el matrimonio de las capitulaciones anulables, como eran las de la sentencia citada. La confirmación no es la reiteración de un acto nulo, sino la manifestación de voluntad que elimina del acto preexistente el defecto que podría hacerlo claudicar mediante la renuncia a la acción de impugnación, con lo cual el acto queda definitivo: por tanto, no equivaliendo al otorgamiento de nuevos capítulos, no hay por qué invocar un presupuesto como la anterioridad al matrimonio, que ha sido establecido exclusivamente para evitar los cambios de régimen matrimonial ulteriores a las nupcias.

7.^a *Se afirmó que el principio de inmutabilidad determinaba que el régimen económico matrimonial adoptado por los cónyuges o el legal persistiese aunque éstos cambiasen de vecindad. Se hablaba así de la inmutabilidad en el espacio del régimen económico matrimonial.* En la sentencia del TS de 18 de noviembre de 1964 ⁷⁷ se planteó el problema de determinar si, después de contraído el matrimonio, los cónyuges que hubiesen adquirido la vecindad catalana podían o no, acogiéndose al Derecho foral catalán, otorgar válidamente capitulaciones, pactando el régimen de separación de bienes y dejando sin efecto la sociedad de gananciales a la que había quedado el matrimonio sujeto desde su celebración. El TS afirmó que afectando la situación de los cónyuges en cuanto al régimen de bienes a una norma de Derecho de familia de carácter prohibitivo, que había de proyectarse durante la vigencia del matrimonio, salvo los casos especialmente prevenidos 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 la mentada restricción legal,

⁷⁶ LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 309.

⁷⁷ Esta sentencia ha sido ampliamente comentada por PUIG FERRIOL, «Sobre la inmutabilidad del régimen económico conyugal (en torno a la Sentencia de 18 de noviembre de 1964)», *ADC*, 1966, pp. 240 y ss., y DíEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, cit., pp. 76 y ss.

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 concepto de otorgantes, en la impugnada escritura, pues ello iría contra la limitación que establece el artículo 1.255 CC, como contraria al orden público.

Nuestra doctrina más autorizada⁷⁸ criticó tanto la solución como los argumentos en que se fundó esta sentencia. Díez-Picazo⁷⁹ señaló que la solución preconizada por esta sentencia no posee un fundamento muy claro, ni sus argumentos parecen decisivos. En primer lugar, el TS entiende que la norma de Derecho familiar y de carácter prohibitivo de que hablamos «originó un derecho adquirido», el cual, «si es reconocido por la disposición transitoria 1.ª respecto a los conflictos intertemporales», con mayor razón «ha de entenderse aplicable a los interregionales». El argumento carece de verdadera consistencia. En primer término, es dudoso que pueda decirse que la norma prohibitiva del artículo 1.320 origine un *derecho*. En segundo término, no parece que exista auténtico paralelismo entre los conflictos intertemporales o de Derecho transitorio y los conflictos interregionales, por lo cual la alusión a la disposición transitoria 1.ª del CC, carece de sentido. Por último, cabe también pensar que en un conflicto intertemporal genuino la idea que se aplicaría será precisamente la contraria. Piénsese que se derogara el artículo 1.320 CC, y que se sustituyera por una norma que admitiera ampliamente los pactos modificativos del régimen económico matrimonial. Con razón pensó Díez-Picazo que no cabría duda de que el nuevo régimen legal sería también aplicable a los matrimonios contraídos con anterioridad. Ello demuestra la inconsistencia del argumento.

Inconsistente era también el argumento de que la escritura en que se pactaba la separación de bienes iba en contra de las limitaciones impuestas por el artículo 1.255 a la autonomía privada, por ser un negocio contrario al orden público. No cabía duda de que cualquiera que sea su delimitación o posible justificación, bajo la idea de orden público solamente caben aquellas cuestiones o aquellas materias que son básicas en cuanto a la organización jurídica de la nación. Desde este punto de vista, y teniendo en cuenta que la modificación de los capítulos matrimoniales y del régimen económico matrimonial está admitida por algunos de los Derechos forales, no podía decirse seriamente que la regla de la inmodificabilidad del artículo 1.320 CC fuese una norma de orden público, porque ello equivaldría a admitir que existe un orden

⁷⁸ PUIG FERRIOL, «Sobre la inmutabilidad del régimen económico conyugal (en torno a la Sentencia de 18 de noviembre de 1964)», cit., pp. 242 y ss.; Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, cit., pp. 78-79; TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, Madrid, 1976, p. 1080.

⁷⁹ Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, cit., pp. 78-79.

público castellano distinto del orden público catalán o del orden público aragonés.

La única idea que apuntaba a la médula del problema, era la del fraude, legal, que en la sentencia asoma, aunque sea sólo levemente. Únicamente si se prueba que la adquisición de una nueva vecindad civil ha tenido por objeto violar la prohibición del artículo 1.320, la escritura de modificación del régimen matrimonial debe caer. Ello significa que, por regla general, debe admitirse, con la única excepción de que constituya fraude de ley.

Tampoco consideró que existía fraude de ley Puig Ferriol⁸⁰, ya 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.

III. EL FUNDAMENTO DE LA MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

La inmutabilidad del régimen económico matrimonial determinaba que, comenzado el matrimonio con un determinado régimen, éste no podía ser modificado en virtud de acuerdo de los cónyuges, plasmado en capitulaciones matrimoniales. Este criterio tan restrictivo se fundamenta en argumentos de diversa índole, la mayoría de los cuales aparecen expuestos por los comentaristas de las costumbres francesas, por Pothier y en los trabajos preparatorios del CC francés⁸¹: a) La consideración de las capitulaciones matrimoniales (*le contrat de mariage*) como un pacto entre dos familias, cuya modificación durante el matrimonio implicaría un fraude a las legítimas aspiraciones de los padres; b) La conexión existente entre la indisolubilidad del matrimonio y la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales; c) La necesidad de que el consentimiento que presten los cónyuges sea enteramente libre, lo cual no puede garantizarse después de la celebración del

⁸⁰ PUIG FERRIOL, «Sobre la inmutabilidad del régimen económico conyugal (en torno a la Sentencia de 18 de noviembre de 1964)», cit., pp. 253-254.

⁸¹ BOUHIER, *Les coutumes du Duché de Bourgogne*, I, cap. XXI, Dijon, 1742, pp. 405 y ss.; PREVOT DE LA JANNES, «Les principes de jurisprudence française suivant l'ordre des divers especes d'actions qui se poursuivent en justice.» II, cit., p. 26; LAMOIGNON, *Arrêtes*, 4.^a parte, tit. 32: «De la communauté», Paris, 1797, pp. 405 y ss.; BERLIER y SIMEON en FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, XIII, cit., pp. 667 y 810; POTHIER, «Introduction au traité de la communauté», cit. p. 9.

matrimonio; d) Impedir la existencia de donaciones ocultas entre cónyuges; e) La necesaria estabilidad del matrimonio; f) La protección de los terceros⁸².

Rigiendo el principio de inmutabilidad, las razones esgrimidas para justificarlo no convencían a numerosos autores⁸³, ya que —dice— existen medios en los ordenamientos jurídicos para impugnar los pactos en que existe un vicio del consentimiento negocial, y la protección de los terceros puede conseguirse a través de una adecuada publicidad del régimen económico del matrimonio y mediante la tutela, en todo caso, de los derechos adquiridos por terceros con anterioridad al cambio o la modificación del régimen económico matrimonial. Además se señala que las capitulaciones matrimoniales no son otorgadas, en rigor, por los padres de los contrayentes, sino por éstos, y serán nulas las donaciones ocultas (en el Derecho español, antiguo artículo 1.334 CC). Con notable claridad la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre situación de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes» de 30 de octubre de 1974, para fundamentar la mutabilidad afirma: «La regla de la inmodificabilidad partía probablemente de la idea de que, a través de pactos postnupciales, pudiera uno de los cónyuges, generalmente la mujer, quedar sometido, en su perjuicio, al influjo psicológico del otro, sin llegar a manifestar su voluntad en condiciones de plena libertad. Frente a ello cabe

⁸² Estas razones son señaladas por numerosos autores: TROPLONG, *Du contrat de mariage et des droits respectifs del époux*, I, cit., p. 205; GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, I, cit., pp. 227-228; LAURENT, *Principes de droit civil*, XXI, cit., pp. 102-103; JACQUET, *Effects et sanctions de l'inmutabilité des conventions matrimoniales*, cit., pp. 54 y ss.; SAVATIER, *De la portée et de la valeur du principe de l'inmutabilité des conventions matrimoniales*, cit., pp. 118 y ss.; DELALANDE, *L'inmutabilité des conventions matrimoniales*, cit., pp. 153 y ss.; BOULANGER, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pp. 112-113; PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, III, cit., pp. 25-26; BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, cit., p. 76; RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VII, Torino, 1881, pp. 6-7; LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, VI, Napoli, 1895, p. 11; GARCÍA GOYENA, *Condordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., pp. 666 y ss.; MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, IX, Madrid, 1904, p. 156; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V-1.º, cit., pp. 575-576; MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XXI, Madrid, 1904, p. 201; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, II, Madrid, 1959, p. 490.

⁸³ COLIN y CAPITANT, «Cours élémentaire de droit civil», III, cit., pp. 30 y ss.; DE PAGE y DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, X-1.º, Bruxelles, 1949, pp. 210 y ss.; DE BUEN, «Notas al Curso elemental de Derecho civil de COLIN y CAPITANT», VI, cit., p. 81; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, cit., p. 158; DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», cit., pp. 26 y ss.; PUIG PEÑA, «Compendio de Derecho civil español», V, cit., p. 176; ESTEPA MOYANO, «Sobre la urgente necesidad de reforma del régimen matrimonial de bienes en el Derecho civil común», *RCDI*, 1973, p. 126.

señalar que, desde hace siglos, la regla cabalmente contraria, la misma que ahora se introduce, está vigente en grandes zonas de nuestro país, pues casi sin excepción es tradicional en los territorios de Derecho foral, sin que no sólo no haya planteado graves problemas, sino que, al contrario, ha servido de cauce para resolverlos pacíficamente. Y el temido hecho de que tales pactos pudieran ocultar una falta de libertad o una voluntad viciada, es corregible, sin necesidad de prohibir los pactos, acudiendo a las reglas generales que salvaguardan la autenticidad de la voluntad de los contratos... La modificación de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial exige una especial protección de los intereses generales y de los intereses de terceros. Esta protección se ha organizado a través de dos fundamentales coordinadas. La primera consiste en el establecimiento de un régimen de publicidad. Las alteraciones de los capítulos y del régimen económico han de constar necesariamente en escritura pública. El régimen económico conyugal y sus modificaciones son objeto de publicidad a través del Registro Civil, con lo que se han fortalecido preceptos que ya se encuentran en la Ley de 8 de junio de 1957. La publicidad registral se produce, además, a través del Registro de la Propiedad, si se trata de bienes inmuebles. Una regla complementaria del sistema de publicidad es la de que la existencia de pactos modificativos ha de indicarse mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, haciéndola constar el Notario en las copias que expida. La segunda medida de salvaguardia o de garantía es tan natural que no requiere ningún comentario. Consiste en la relatividad e irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal, que en ningún caso perjudicarán los derechos ya adquiridos por terceros»⁸⁴.

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979, sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, se insiste en algunas ideas expuestas en la Exposición de Motivos del anterior Proyecto de Ley: «La Ley de 2 de mayo de 1975 rectificó, atendiendo a demandas urgentes de nuestra sociedad, una orientación legislativa ya ampliamente superada en la jurisprudencia de los países desarrollados, al liberar a la mujer casada de las trabas personales y patrimoniales que le imponían, en obsequio al marido y por razón de un cierto modo de entender la unidad de los cónyuges y la familia, diversos preceptos de nuestro Código, inspirados, a su vez, en el de Napoleón. Éstas (las causas de disolución de la sociedad de gananciales), junto con la

⁸⁴ *Boletín Oficial de las Cortes* de 30 de octubre de 1974, núm. 1384, pp. 33730-33731.

libertad de otorgar capítulos después de la boda, han de obviar muchos de los inconvenientes que la comunidad presentaba en situaciones anormales del matrimonio... cabe, además, señalar, como aspectos sociales y económicos de relieve en la regulación que se adopta, la nueva libertad de los cónyuges para celebrar entre sí cualesquiera contratos, incluidas las donaciones, que autorizadas antes por diversos Derechos forales, nunca habían presentado inconvenientes de alguna entidad; la consideración prioritaria de la seguridad del tráfico y los derechos de terceros, que se hace patente frente al cambio o modificación del régimen matrimonial...»⁸⁵.

Además de las razones alegadas, el interés de la familia, que según nuestro CC ha de guiar la actuación de los cónyuges y, en su caso, de la autoridad judicial (artículos 67, 70, 82.4.^a, 103.2.^a, 1.318, 1.377 y 1.389), puede aconsejar en numerosos casos el cambio o la modificación del régimen económico conyugal durante el matrimonio⁸⁶. Según destaca Vallet de Goytisoló⁸⁷, varias son las razones que pueden impulsar para otorgar durante el matrimonio capitulaciones matrimoniales a fin de modificar el régimen económico matrimonial, ya sea el legal subsidiario o el pactado en anteriores capitulaciones:

a) *Alteración de tipología en la familia*, que pasa de ser troncal a inestable o que, viceversa, se asienta en una casa solariega⁸⁸.

⁸⁵ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, I Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 14 de septiembre de 1979, núm. 71-I, pp. 314-316.

⁸⁶ La doctrina francesa ha llevado a cabo un análisis riguroso de los diversos motivos que, de acuerdo con el interés de la familia, pueden aconsejar el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial teniendo en cuenta las sentencias de los Tribunales franceses (POISSON, «Le changement du régime matrimonial», *RTDC*, 1969, pp. 469 y ss.; RUIN, «Le statut matrimonial et l'intérêt de la famille», cit., pp. 829 y ss.)

En nuestro Derecho exponen numerosas razones: CAMPO VILLEGAS, «En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separación de bienes», cit., pp. 271 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, «Las capitulaciones matrimoniales y su modificación», cit., pp. 273 y ss., y «Las capitulaciones matrimoniales constante matrimonio en previsión de reveses de fortuna», *Ilustre Colegio de Abogados de Valencia*, 1985, pp. 6-7; GARRIDO DE PALMA, «El matrimonio y sus regímenes económicos», *RDP*, 1979, pp. 416 y ss., y *Derecho de la familia*, cit., pp. 113-114; REBOLLEDO, *Separación de bienes en el matrimonio*, Madrid, 1983, pp. 55-58; MONTÉS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, Madrid, 1984, pp. 1920-1921.

⁸⁷ VALLET DE GOYTISOLO, *loc cit. ant.*

⁸⁸ El tipo troncal de familia se muestra transtemporalmente, en un encadenamiento de generaciones en la casa campesina. Encadenamiento generacional que también puede darse, como históricamente se ha dado, en casas comerciales y artesanas.

El tipo de familia inestable, que antes se daba en los pueblos cazadores, se da hoy especialmente en las grandes urbes. En ella la casa no continúa y el patrimonio si llega a formarse se liquida en cada generación. Incluso el matrimonio varía de

Por ejemplo, en el primer caso, si una familia labradora, como tan frecuentemente está ocurriendo estos años, abandona el manso, el caserío o la casa y marcha a la ciudad para emplearse en ella. O viceversa, el segundogénito que desempeña en la ciudad una profesión o un oficio y que, a la muerte sin descendencia de su hermano titular de la casa solariega o destinado por los padres a serlo, retorna a la tierra para cumplir la función de continuar en ella la familia.

b) *Modificación de la residencia familiar*, trasladada a un lugar donde rija un régimen económico matrimonial diferente del suyo inicial, unida al deseo de adecuarse al régimen común de esa nueva residencia, para integrarse mejor a su nuevo medio social.

c) *Variación de circunstancias profesionales o de actividades de uno u otro cónyuge* —sea el marido o la mujer—, por las que deje su propia profesión para dedicarse al cuidado de la casa o a la explotación de la industria o establecimiento familiar, que hasta entonces llevaba el otro cónyuge o los padres de éste, o viceversa; o bien que deje esa dedicación exclusiva para reintegrarse al ejercicio de una profesión o para ejercer personalmente una industria o comercio a la que su consorte es ajeno.

d) *Previsión de reveses de fortuna o de riesgos profesionales o políticos en la actividad de uno de los cónyuges*, con el deseo de deslindar las responsabilidades y riesgos económicos con el otro, separando sus respectivos patrimonio y liquidando, en su caso, la sociedad conyugal.

Las capitulaciones, constante matrimonio, en previsión de reveses de fortuna, resultan actuales en todos los tiempos de crisis económica o de incertidumbre política. Los cónyuges desean que uno de ellos no comparta los riesgos ni los sufra. Por lo cual, si se hallan en un régimen económico matrimonial de comunidad, como es el de la sociedad de gananciales —normal en los regímenes jurídicos regidos por el CC—, se desea cambiarlo por el de separación de bienes, liquidando y dividiendo los integrantes de la sociedad conyugal que hasta el momento hubiese existido, adjudicándose al cónyuge que no asume tales riesgos el domicilio conyugal y, en general, bienes ajenos a la actividad que comporta el mayor riesgo que se prevé.

La Ley de 13 de mayo de 1981 ha determinado una variación trascendental en la situación legal de la mujer en sociedad de gananciales, en cuanto se refiere a las pérdidas padecidas en ésta

hogar según las circunstancias, entre ellas el ciclo observado por algunos sociólogos que comienza con el pequeño hogar de la pareja de recién casados, que cambia a otro más amplio cuando por el nacimiento de los hijos aumenta la familia y que vuelve a refugirse en otro más reducido al quedar solos el marido y la mujer una vez independizados todos los hijos.

y a los riesgos consecuentes, en especial en lo referente a la devolución del montante de sus bienes privativos que estén confundidos en el caudal común.

La mujer, en el originario régimen de la sociedad de gananciales, tenía una situación meramente pasiva; pero, en cambio, tenía salvaguardada al máximo su responsabilidad patrimonial. Al extinguirse el matrimonio, la mujer recibía sus bienes antes de que se liquidara la sociedad de gananciales y de que los acreedores cobraran sus créditos, y el marido sólo retiraba los suyos después de pagados éstos. Además, la mujer tenía garantizada su devolución mediante hipoteca general y tácita sobre todos y cada uno de los bienes del marido, incluidos los gananciales.

La Ley Hipotecaria de 1861 sustituyó esta hipoteca general y tácita por la especial que la mujer podía exigir que, a su favor, constituyera el marido.

Tras la reforma del Derecho de familia de 13 de mayo de 1981, la nueva regulación de la sociedad de gananciales sitúa en igual posición a marido y mujer. Consecuentemente, esta igualdad posicional del marido y de la mujer motiva que tengan idéntica responsabilidad y los mismos derechos en la liquidación de la sociedad.

En la regulación de la sociedad de gananciales anterior a la reforma de 1981, la mujer tenía preferencia para ser reintegrada con prelación a los demás acreedores de la sociedad conyugal. Hoy no, ni siquiera respecto de los que fueren por razón de las cargas y obligaciones consignadas en el artículo 1.362, números 3 y 4.

El antiguo privilegio de la mujer casada de ser reintegrada antes que los acreedores de la sociedad conyugal ha desaparecido; y ni siquiera tiene preferencia respecto del marido a ser reintegrada antes que él. Si, después de pagados los acreedores extraños, el haber remanente resulta insuficiente para satisfacer los reintegros debidos a uno y otro cónyuge, deberá ser distribuido a prorrata del importe acreditado por uno y otro.

Existe, pues, una poderosa razón para que, ante la amenaza de circunstancias adversas y la previsión de nuevos riesgos extraordinarios en los negocios, ambos cónyuges estimen conveniente cambiar su régimen de gananciales por el de separación de bienes y liquidar el haber —hasta el momento saneado— de su sociedad conyugal, en el que pueden hallarse confundidos haberes privativos de uno u otro.

e) *Discrepancias en la dirección económica del patrimonio familiar*, o de tipo semejante que aconsejen la separación de bienes.

f) *Disminución de la capacidad física o mental del cónyuge gestor del caudal común, e incluso del que viniera rigiendo el suyo privativo*, que hagan conveniente el relevo en su gerencia; o que un cónyuge se haga cargo de la gestión de los bienes del

otro; o que aconsejen la imposición de limitaciones en la disposición del patrimonio o incluso el relevo en la administración de la empresa de la que vive la familia.

g) *La separación de hecho de los cónyuges*, pues subsistiendo la sociedad de gananciales, como puso de relieve De la Cámara ⁸⁹, la posible transformación de la misma en régimen de separación de bienes facilitaría extraordinariamente la solución extrajudicial de la problemática surgida cuando la vida matrimonial ha fracasado y los esposos deciden separarse sin acudir a los Tribunales.

En el Derecho español, a partir de la promulgación de la Ley de 2 de mayo de 1975, desaparece en los territorios de Derecho común el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, lo cual, por las razones expuestas, se ha considerado acertado por la mayor parte de los autores ⁹⁰. Siguiendo el criterio dominante en el Derecho comparado y en nuestros Derechos civiles especiales o forales, el artículo 1.326 CC dispone que «las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio».

IV. LOS SISTEMAS DE MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

En la actualidad el problema que preocupa a la doctrina no es tanto el de la fundamentación de la mutabilidad del régimen económico matrimonial, que es admitida en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, como el de la manera en que se ha de estructurar jurídicamente dicha mutabilidad, ya que puede ser organizada de formas diversas, como prueba el examen del Derecho comparado, buscando la salvaguardia de intereses de muy variada naturaleza, como el de la familia, el de los cónyuges y el de los terceros, especialmente los acreedores de los cónyuges.

⁸⁹ DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», cit., pp. 14 y ss.

⁹⁰ LACRUZ, «El nuevo Derecho civil de la mujer casada», Madrid, 1975, p. 92; GULLÓN, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, Madrid, 1976, p. 1068, y «Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales», *RGLJ*, 1977, pp. 83 y ss.; LETE DEL RÍO y ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, «Notas sobre "mutabilidad" del régimen económico matrimonial en el Derecho común», cit., pp. 163 y ss.; TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, cit., pp. 1080-1081; AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, Madrid, 1984, pp. 1515-1516; CABANILLAS, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, p. 603 y «Los sistemas de mutabilidad del régimen económico matrimonial», *RDR*, 1986, pp. 47-48; VALLET DE GOYTISOLO, «Las capitulaciones matrimoniales y su modificación», cit., pp. 273 y ss., y «Las capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio, en previsión de reveses de fortuna», cit., pp. 6 y ss.

En el panorama del Derecho comparado aparecen sistemas de mutabilidad del régimen económico matrimonial que presentan rasgos comunes, como la necesidad del acuerdo de los cónyuges plasmado en documento público, con determinados límites a la libertad de estipulación, la protección de los derechos adquiridos por terceros y el establecimiento de un determinado mecanismo de publicidad⁹¹. Existen, sin embargo, diferencias esenciales en los diversos ordenamientos jurídicos, que conviene destacar y examinar con cierto detenimiento. Hay sistemas de mutabilidad del régimen económico matrimonial que se caracterizan fundamentalmente porque debe intervenir de forma necesaria la autoridad judicial, mientras que en otros no se establece la intervención de la misma. Con razón se distingue, teniendo en cuenta esta circunstancia, entre los sistemas de mutabilidad con necesaria autorización judicial y sin necesidad de ella. Además, determinados ordenamientos jurídicos no admiten una ilimitada mutabilidad del régimen económico matrimonial en el aspecto temporal, en tanto que en otros se permite el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial sin que existan plazos de inmutabilidad. Por último, hay ordenamientos jurídicos que sólo permiten a los cónyuges adoptar alguno de los regímenes tipificados en la ley o modificarlos sin alterar su naturaleza, y existen otros ordenamientos jurídicos que no limitan de esta manera la libertad de los cónyuges a la hora de cambiar o modificar el régimen económico matrimonial⁹².

⁹¹ Cada una de estas condiciones presenta, a su vez, peculiaridades en los diversos ordenamientos jurídicos, como es lógico:

⁹² Sobre los regímenes económicos del matrimonio en el Derecho comparado existen importantes obras, aunque algunas de ellas no recojan las últimas reformas que se han producido en diversos países. Entre las más importantes cabe citar las siguientes: Travaux de la 2.^a Journée d'Etudes Juridiques Jean Dabin: *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, 1966; FERNÁNDEZ CABALEIRO, *El régimen económico-matrimonial legal en Europa*, Madrid, 1969; Institut de Droit Comparé: *Le régime matrimonial legal dans les législations contemporaines*, bajo la dirección de PATARIN y ZAJTAY, 2.^a edición, Paris, 1974; Union Interantionale du Notariat Latin. Commission des Affaires Européennes: *Régimes matrimoniaux. Successions et libéralités. Droit international privé et Droit comparé*, 2 vols., Neuchâtel, 1979; 75 Congrès des Notaires de France: *Le statut matrimonial du français*, II, cit., pp. 1132 y ss.; SIMÓ SANTONJA, «Los regímenes económicos matrimoniales en el mundo de hoy», Pamplona, 1981; Institut de Droit Comparé de la Université Jean Moulin: *Mariage et famille en question*, bajo la dirección de NERSON y SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, 6 vols., CNRS, Lyon, 1980; Juris-Classeur de Droit comparé, bajo la dirección de GOLDMAN, 2 vols., Paris, 1985.

1. Mutabilidad del régimen económico matrimonial basada en la previa autorización judicial

Este sistema ha sido acogido en numerosos ordenamientos jurídicos, como el francés (artículo 1.397 CC), el de Quebec (artículos 1.265 y 1.266 CC), el suizo (artículo 181 CC), el belga (artículo 1.395 CC) o el holandés (artículos 118 y 119 CC).

En todos estos ordenamientos jurídicos el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial durante el matrimonio no depende exclusivamente de la voluntad de los cónyuges, sino que, además, es precisa la previa autorización del Juez. Este control judicial se justifica en algunos de los motivos que se han alegado tradicionalmente para fundamentar el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial. Se entiende que con la intervención del Juez se evitan en buena medida los abusos de influencia de un cónyuge sobre el otro y se salvaguarda el interés de la familia y el de los terceros. Se señala que al instituir la mutabilidad la ley ha establecido una red de precauciones destinadas a proteger los intereses que implica el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial. La mutabilidad no ha de excluir la realidad y la prudencia del control ⁹³. La misión fundamental del Juez, señalan la doctrina francesa y la doctrina belga ⁹⁴, es controlar la conformidad del cambio o de la modificación del régimen económico matrimonial al interés de la familia, afirmando la importante sentencia del Tribunal de Casación francés de 6 de enero de 1976 ⁹⁵ que el interés de la familia invocado por los cónyuges ha de constituir objeto de una apreciación de conjunto. La función del Juez no se limitará sólo a un control de la motivación de los cónyuges, sino que deberá comprobar si el cambio o la modificación que se ha solicitado es conforme al interés de la familia. La protección de los terceros está garantizada por el control judicial, ya que con el mismo se pueden evitar posibles fraudes a terceros derivados del cambio o de la modificación del régimen económico matrimonial ⁹⁶.

⁹³ CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, París, 1981, p. 216.

⁹⁴ PONSARD, *Régimes matrimoniaux*, tomo VIII del *Droit civil français* de AUBRY y RAU, París, 1973, pp. 219 y ss.; RAYNAUD, *Les régimes matrimoniaux*, París, 1978, p. 138; RIEG y LOTZ, *Técnicas des régimes matrimoniaux*, II, París, 1978, pp. 98-99; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pp. 217, 229 y 230; COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, París, 1982, pp. 149 y ss.; MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, IV, *Régimes matrimoniaux*, 5.ª edición por JUGLARD, París, 1982, pp. 77 y ss.; RAUCENT, «Droit patrimonial de la famille. Les régimes matrimoniaux (Loi du 14 juillet 1976 et formules d'application)», Bruxelles, 1978, pp. 104-105; A. RIEG, LOTZ y P. RIEG, *Técnicas des régimes matrimoniaux*, cit., pp. 355 y ss.

⁹⁵ *Recueil Dalloz*, 1976, 253, con nota de PONSARD; *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1976, 537, con nota de NERSON.

⁹⁶ POISSON, *Le changement de régime matrimonial*, cit., pp. 497 y ss.; FENAUX,

Conviene mostrar, aunque sea en sus líneas básicas, el procedimiento de homologación judicial configurado por el CC francés, en la medida en que ha sido tenido en cuenta como modelo por diversos ordenamientos jurídicos. A tenor de lo dispuesto por el artículo 1.397 CC francés, después de dos años de aplicación del régimen matrimonial, convencional o legal, los esposos podrán convenir en interés de la familia modificarlo, o incluso cambiarlo totalmente, por escritura notarial que será sometida a la homologación del Tribunal de su domicilio. Todas las personas que han sido partes en el contrato modificado deben ser citadas a la instancia de homologación; pero no sus herederos, si aquéllas han fallecido. El cambio homologado produce efectos entre las partes a partir del juicio y frente a terceros tres meses después de que se haya practicado su mención en el margen de uno y otro ejemplar del acta de matrimonio. Sin embargo, a pesar de faltar esta mención, el cambio es oponible a los terceros si, en los actos celebrados con ellos, los esposos han declarado la modificación de su régimen matrimonial. Se tomará mención del juicio de homologación en la minuta del contrato de matrimonio modificado. Además, la demanda y la decisión de homologación deben ser publicadas en las condiciones y bajo las sanciones previstas en el Código de Procedimiento Civil; si uno de los esposos es comerciante, la decisión se publicará en las condiciones y bajo las sanciones previstas por las normas relativas al Registro de Comercio.

El legislador francés ha querido proteger a los terceros, fundamentalmente los acreedores de los cónyuges, concediéndoles una acción para oponerse a la homologación del cambio o de la modificación del régimen económico matrimonial. Según el último párrafo del artículo 1.397 CC francés, los acreedores, si ha existido fraude de sus derechos, podrán ejercitar una *tercería (tierce-opposition)* contra el juicio de homologación de conformidad con las condiciones del Código de Procedimiento Civil.

Si en el Derecho francés la decisión del Juez se ha de apoyar básicamente en el interés de la familia, en los restantes ordenamientos jurídicos que adoptan este sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial la situación es muy semejante. El CC holandés establece que el Juez rehusará la autorización cuando no existan motivos legítimos o si los intereses de los acreedores pueden ser lesionados (artículo 118). El CC de Quebec dispone que el cambio durante el matrimonio del régimen económico matrimonial sólo será autorizado si no lesiona los intereses de la familia o los derechos de los acreedores (artículo 1.265).

«Le changement de régime matrimonial et les droits de tiers», *RTDC*, 1967, pp. 574 y ss.; CHEVALLIER-DUMAS, «La fraude dans les régimes matrimoniaux», *RTDC*, 1979, pp. 64-65.

Según el CC belga, el Juez sólo autorizará el cambio si no perjudica el interés de la familia, de los hijos y de los terceros (artículo 1.394). El CC suizo, finalmente, afirma que la autoridad tutelar sólo autorizará el cambio cuando no exista abuso de influencia de un cónyuge sobre el otro o perjuicio a terceros (artículos 179 y 188).

2. Mutabilidad del régimen económico matrimonial sin necesidad de la previa autorización judicial

En contraste con los ordenamientos jurídicos que exigen la previa autorización judicial para que pueda tener lugar durante el matrimonio el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial, en otros muchos no se requiere dicha autorización judicial. Destacan en este sentido el Derecho alemán (parágrafo 1.408 CC), el Derecho austriaco (artículo 1.217 CC), el Derecho luxemburgués (artículo 1.387 CC), el Derecho italiano (artículo 162 CC), el Derecho español (artículo 1.326 CC y artículos 26 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, 7.º de la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña, 3.º y 66 de la Compilación del Derecho civil especial de Baleares y ley 78 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra; en Vizcaya y Alava, el artículo 1.º de la Ley de 18 de marzo de 1988, del Parlamento Vasco, de modificación parcial del Derecho civil foral, ha puesto fin a la inmutabilidad del régimen de bienes del matrimonio) y en numerosos Derechos iberoamericanos, como los de Chile (artículo 1.723 CC), El Salvador (artículo 185 CC), Costa Rica (artículos 37 y 38 del Código de Familia), Guatemala (artículo 125 CC), Honduras (artículo 170 CC), Nicaragua (artículo 154 CC) y Panamá (artículo 1.162 CC).

Los numerosos problemas e inconvenientes que plantea el procedimiento judicial de homologación del cambio o de la modificación del régimen económico matrimonial, unido a que se considera suficiente el cumplimiento de determinados requisitos de forma y de publicidad para evitar los peligros apuntados, ha determinado que en todos estos ordenamientos jurídicos no se requiera la intervención del Juez. Así lo ha puesto de relieve la doctrina italiana, a fin de fundamentar el criterio acogido por la Ley de 10 de abril de 1981, que abandona el sistema de modificación del régimen económico matrimonial con necesaria autorización judicial ⁹⁷.

⁹⁷ RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali e altri saggi sul nuovo Diritto di famiglia*, Milano, 1983, pp. 202 y ss.; CORSI, «Il regime patrimoniale della famiglia», vol. 2.º, «Le convenzioni matrimoniali. Familia e impresa», en *Trattato di Diritto civile e commercio* de CICU y MESSINEO, VI-II, sec. 2, Milano, 1984, pp. 28 y ss.

El sistema configurado por el Derecho alemán constituye, sin duda, el mejor argumento para cuestionar la fuerza convincente de las razones alegadas para justificar la necesidad de la autorización judicial del cambio o de la modificación del régimen económico matrimonial. El CC alemán, sin necesidad de semejante autorización judicial, ha configurado un sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial que salvaguarda, a través de determinados cauces, el interés de la familia y de los terceros, sin necesidad de poner barreras que dificultan extraordinariamente el deseo de los cónyuges de cambiar o modificar su régimen económico matrimonial. La norma fundamental aparece contenida en el párrafo 1.408 CC, que establece, como apunta Kanzleiter⁹⁸, el principio de la libertad contractual en el ámbito del régimen económico matrimonial, al disponer que los cónyuges pueden regular su régimen económico matrimonial por contrato (*Ehevertrag*); también pueden suprimir o modificar el régimen después de la celebración del matrimonio. Para facilitar el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial se disciplina en el CC, además del régimen legal de participación (*Zugewinnngemeinschaft*), los regímenes convencionales más importantes, el de separación de bienes (*Gütertrennung*), que tiene también vigencia supletoria cuando los cónyuges se limitan a excluir el régimen legal (párrafo 1.414), y el de comunidad (*Gütergemeinschaft*) (párrafos 1.415 y siguientes).

La protección de uno de los cónyuges frente al abuso de influencia del otro está garantizada en la normativa del CC sobre los vicios del consentimiento negocial. Además, el párrafo 1.411 exige una determinada capacidad de obrar de los cónyuges para celebrar el contrato de matrimonio. Se imponen igualmente importantes limitaciones a la libertad de pacto (párrafos 134, 137, 138, 1.414, 1.437 y 1.409).

Para evitar los cambios o las modificaciones poco meditadas del régimen económico matrimonial, el párrafo 1.410 dispone que el contrato de matrimonio debe ser concluido con el consentimiento de los cónyuges ante Notario. Como dice Kanzleiter⁹⁹, la obligación de documentación garantiza especialmente que los cónyuges, en el momento de la celebración del matrimonio, están informados por un experto (el Notario) y aconsejados sobre las consecuencias del mismo (función de protección).

La protección de los terceros es garantizada en el Derecho alemán mediante las acciones generales que se conceden a los perjudicados por actos fraudulentos, y a través de la implantación

⁹⁸ KANZLEITER, «Familienrecht», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, München, 1989, p. 521.

⁹⁹ KANZLEITER, *Familienrecht*, cit., p. 533.

de un específico régimen de publicidad de los regímenes económicos del matrimonio. No existe en el Derecho alemán el grave problema que surge en otros ordenamientos jurídicos, como el francés, cuyo régimen de publicidad es considerado extraordinariamente complejo y de escasa eficacia, propugnándose su reforma, teniéndose en cuenta el régimen de publicidad que rige en el Derecho alemán ¹⁰⁰. En el mismo existe un Registro especial del régimen económico del matrimonio (*Güterrechtsregister*), del que se encarga un Juez especial (*Amtsgericht*). A través de este Registro se consigue un objetivo fundamental: que los terceros puedan conocer con facilidad el régimen económico matrimonial de los cónyuges, ya que toda persona está legitimada para consultarlo y solicitar copias de las inscripciones (artículo 1.563) ¹⁰¹. Como apunta la doctrina alemana ¹⁰², este Registro cumple dos funciones esenciales: la protección y la facilitación del tráfico jurídico. Ello se consigue, afirma Kanzleiter ¹⁰³, mediante el Registro y la protección establecida en el parágrafo 1.412, que es la norma fundamental al establecer la eficacia del mismo frente a terceros, como proclama su título (*Wirkung gegenüber Dritten*). Ciertamente, apunta Schwab ¹⁰⁴, la inscripción en el Registro no tiene eficacia constitutiva. La reglamentación establecida en el contrato de matrimonio es eficaz, aunque no haya sido inscrito. No existe, desde luego, una obligación de inscripción de los cónyuges ¹⁰⁵. Según la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia ¹⁰⁶ han dado al parágrafo 1.412, la protección del tercero presupone dos condiciones esenciales: 1.^a Que los derechos del tercero deriven de un negocio jurídico celebrado con uno de los cónyuges o de una sentencia pronunciada contra el cónyuge. 2.^a Que el tercero sea de buena fe (*gutgläubige Dritte*), es decir, que no conociese la existencia del régimen económico del matrimonio realmente existente; pero la buena fe ha de existir en el momento de la celebración del negocio jurídico o del inicio del litigio, si bien se presume su existencia, debiendo el cónyuge demandante demostrar que el tercero tenía conocimiento del contrato de matrimonio que modificaba el régimen económico matrimonial.

¹⁰⁰ Una aguda crítica del régimen francés de publicidad ha sido realizada por RIEG y LOTZ, *La publicité en matière de régimes matrimoniaux: une institution à reformer*, JCP, 1973, 1, pp. 1249-1267.

¹⁰¹ HENRICH, *Familienrecht*, Berlín-New York, 1980, p. 90.

¹⁰² GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, München, 1980, pp. 448-450; SCHWAB, *Familienrecht*, München, 1986, pp. 96-97; KANZLEITER, *Familienrecht*, cit., p. 536.

¹⁰³ KANZLEITER, «Familienrecht», cit., p. 536.

¹⁰⁴ SCHWAB, «Familienrecht», cit., p. 96.

¹⁰⁵ HENRICH, «Familienrecht», cit., p. 90.

¹⁰⁶ GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, cit., pp. 453 y ss.; KANZLEITER, «Familienrecht», cit., pp. 536 y ss.

Si estas condiciones se cumplen, el tercero gozará de la tutela jurídica de sus derechos; sin embargo, esta tutela jurídica no es completa, porque el Registro no le protege de la posible nulidad del contrato de matrimonio que está inscrito, sin que rija la solución impuesta por el parágrafo 892 para el Registro inmobiliario. Como señala Henrich¹⁰⁷, se puede confiar en el silencio del Registro. Para los terceros, apunta Schwab¹⁰⁸, que han celebrado un negocio jurídico con uno de los cónyuges o entablado un litigio, el Registro despliega una mera publicidad negativa (*eine bloß negative Publizität*).

3. Mutabilidad del régimen económico matrimonial con limitación temporal

En algunos ordenamientos jurídicos, que han admitido el principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial, se ha establecido, sin embargo, un plazo de inmutabilidad a partir de la adopción del régimen económico matrimonial, legal o convencional. Es particularmente significativo en este sentido el CC francés, cuyo artículo 1.397, como hemos visto, establece que sólo después de dos años de aplicación del régimen matrimonial, convencional o legal, los esposos podrán convenir en interés de la familia modificarlo, o incluso cambiarlo enteramente, por escritura notarial que será sometida a la homologación del Tribunal de su domicilio.

En análogo sentido el artículo 1.387 CC luxemburgués establece un plazo de inmutabilidad del régimen económico matrimonial de dos años, mientras que el CC holandés limita la modificación del régimen económico matrimonial en el sentido de que podrá hacerse cuando haya transcurrido un año de la celebración del matrimonio con aprobación del Juez (artículos 118 y 119).

La doctrina francesa¹⁰⁹ ha tratado de fundamentar el plazo de inmutabilidad con diversas razones. Cornu¹¹⁰ señala, de acuerdo con la opinión generalizada, que el artículo 1.397 CC francés está destinado a evitar la excesiva precipitación en el cambio. La mutabilidad no debe degenerar en inestabilidad.

¹⁰⁷ HENRICH, *Familienrecht*, cit., p. 90.

¹⁰⁸ SCHWAB, «Familienrecht», cit., p. 96.

¹⁰⁹ PONSARD, *Régimes matrimoniaux*, cit., pp. 213-214; POISSON, *Le changement de régime matrimonial*, cit., p. 506; RIEG y LOTZ, *Téchniques des régimes matrimoniaux*, cit., p. 131; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, II, cit., p. 220; COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., p. 149; A. RIEG, LOTZ y P. RIEG, *Téchnique des régimes matrimoniaux*, cit., p. 355.

¹¹⁰ CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 220.

4. Mutabilidad del régimen económico matrimonial sin limitación temporal

Las condiciones de fondo, forma y publicidad que se establecen en los distintos ordenamientos jurídicos para cambiar o modificar, en virtud de convención matrimonial, el régimen económico del matrimonio, determinan que no se requiera en la mayor parte de los CC (los de Alemania, Austria, Bélgica, Suiza, Italia y España, así como las diversas Compilaciones de Derecho civil especial o foral) un período de inmutabilidad a partir de la vigencia del régimen económico matrimonial, legal o convencional.

5. Mutabilidad del régimen económico matrimonial circunscrita a los regímenes previstos en la ley

A pesar de que el parágrafo 1.408 CC alemán establece el principio de libertad de estipulación sobre el régimen económico matrimonial, un sector de la doctrina alemana señala que los cónyuges están vinculados a los regímenes económicos del matrimonio contemplados expresamente en la ley, de tal manera que no pueden acordar eficazmente uno enteramente nuevo o atípico. Frente a este punto de vista se señala que la pretendida limitación carece de fundamento en los textos legales (parágrafos 1.408 y 1.409 CC) y apenas ha tenido influencia en la jurisprudencia ¹¹¹.

En el Derecho suizo, en cambio, aparece claramente formulada la restricción apuntada en el CC. El artículo 179 dispone que las partes están obligadas a adoptar en su contrato uno de los regímenes previstos en la presente ley.

En el Derecho chileno, los cónyuges sólo pueden, durante el matrimonio, en virtud de capitulaciones matrimoniales, sustituir el régimen de sociedad de bienes o de separación parcial por el de separación total (artículo 1.723 CC chileno).

6. Mutabilidad del régimen económico matrimonial no circunscrita a los regímenes previstos en la ley

En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos no aparece formulada una limitación de la libertad de los cónyuges para configurar el contenido del cambio o de la modificación del régimen

¹¹¹ Sobre la cuestión, con amplia referencia doctrinal, KANZLEITER, *Familienrecht*, cit., pp. 522 y ss.; SCHWAB, *Familienrecht*, cit., pp. 94-95; también «Gestaltungsfreiheit und Formbindung im Ehevermögensrecht und die Eherechtreform», en *75 Jahre Deutsche Notar Zeitschrift*, editado por la *Bundesnotarkammer* con ocasión del *20 Deutscher Notartag*, 1977, Stuttgart, pp. 51 y ss.

económico matrimonial que les obligue a circunscribirse a los regímenes tipificados en la ley. Ciertamente en los diversos CC que disciplinan el cambio o la modificación del régimen económico del matrimonio aparecen previstos determinados regímenes que pueden adoptarse antes o después de la celebración del matrimonio, pero no con el objeto de que los cónyuges deban atenerse a alguno de ellos, sino para facilitar el cambio o la modificación que se desea realizar. Los cónyuges pueden establecer cualquier tipo de cláusula relativa al régimen económico de su matrimonio, con tal de que respeten unos determinados límites legales a la libertad de estipulación que aparecen en los distintos CC (parágrafos 134, 137, 138, 1.409, 1.414 y 1.437 CC alemán; artículos 160, 161 bis, 210 y 211 CC italiano; artículos 1.387 y ss. CC francés; artículos 1.387 y 1.388 CC belga; artículo 121 CC holandés; artículo 1.387 CC luxemburgués; artículo 1.328 CC español).

V. ANÁLISIS CRÍTICO DEL SISTEMA DE MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL ADOPTADO POR EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Numerosas son las críticas que se han formulado contra el sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial establecido en nuestro CC por la Ley de 2 de mayo de 1975, que ha mantenido, en sus líneas esenciales, la Ley de 13 de mayo de 1981. Conviene por ello examinar con el necesario rigor todas las críticas, más o menos fundadas, que se han expuesto contra el mismo, teniendo en cuenta la experiencia del Derecho comparado y valorando los diversos intereses, dignos de protección, que están en juego.

1. La innecesariedad de previa autorización judicial

Un sector de nuestra doctrina ¹¹² considera que debería haberse adoptado un sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial basado en el previo control judicial. Hubiese sido una

¹¹² LETE DEL RÍO y ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Notas sobre «mutabilidad» del régimen económico del matrimonio en el Derecho común*, cit., pp. 166 y 176; MARGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», en *La reforma del Derecho de familia*, Sevilla, 1982, pp. 159 y 160 y 218, nota 135; DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), XVIII-1.º, Madrid, 1982, pp. 200 y ss.; GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, Madrid, 1987, p. 322; GARRIDO DE PALMA, *Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975*, RDN, 1976, p. 31.

medida acertada para impedir los fraudes a terceros, el abuso de influencia de un cónyuge sobre el otro, las modificaciones poco reflexivas del régimen económico matrimonial y para apreciar el verdadero interés de la familia en la hipótesis —no infrecuente— de que los intereses de los cónyuges fueran opuestos a los de los hijos. Se evitarían, en definitiva, muchos de los problemas que surgen en la práctica. Frente a esta argumentación no faltan autores, sin embargo, que se muestran contrarios a la intervención del Juez, y la mayoría, ni siquiera se plantean el problema. Rojas Montes¹¹³ afirma que ha estado acertada la Ley de 13 de mayo de 1981. La introducción del requisito de la homologación judicial hubiera sido un trámite innecesario que hubiese complicado inútilmente la modificación de las capitulaciones y hubiera entorpecido el libre juego de la autonomía de la voluntad de los cónyuges. La función notarial, como ha dicho Rodríguez Adrados, no puede estar limitada a proporcionar la forma perfecta que, como cáscara vacía, pueda albergar cualquier contenido. Dado el carácter notarial de las capitulaciones y el asesoramiento que presta el Notario como profesional del Derecho, la exigencia de la homologación es improcedente *de iure condendo*. Las capitulaciones deben ser «el negocio perfecto en el documento perfecto», que es la fórmula que D'Orazi Flavoni da para la función notarial. Si el Notario interviene profesionalmente en la etapa de predocumentación de la modificación de las capitulaciones, su intervención es bastante, porque su función está por encima de la de un documentador puro.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981, Torres Escámez¹¹⁴ se manifestó en contra de la homologación judicial: si es meramente formularia y el Juez se limita a citar a las partes y preguntarles si están de acuerdo con lo realizado en capitulaciones, tal intervención carece de sentido, porque las partes ya han prestado su consentimiento fehacientemente en escritura; si es más profunda y el Juez examina minuciosamente el contenido de los capítulos modificativos, ello añadiría un trámite más (que es de suponer largo y costoso), lo cual sería mirado con gran prevención por los interesados, llevándolos de nuevo a los convenios privados y secretos de separación, que es precisamente lo que la reforma trata de evitar.

La intervención judicial debe preservarse para lo que es su más importante función: la tutela de los derechos violados y de los intereses injustamente perjudicados, debiendo evitarse una actuación innecesaria en materias que no vendrían sino a abarrotar la ya de por sí sobrecargada actividad jurisdiccional.

¹¹³ ROJAS MONTES, *Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones*, *AAMN*, 1985, XXVI, pp. 329-330.

¹¹⁴ TORRES ESCÁMEZ, «Algunos problemas de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad de gananciales», *RCDI*, 1978, p. 968.

A nuestro juicio, la solución acogida en nuestro CC, en consonancia con la vigente en las Compilaciones de Derecho civil especial o foral y en numerosos ordenamientos jurídicos, como hemos visto, es acertada, porque la intervención del Juez complica extraordinariamente el deseo de los cónyuges de modificar o sustituir su régimen económico matrimonial, bastando para evidenciarlo el análisis del procedimiento de homologación judicial del cambio o de la modificación del régimen económico matrimonial regulado por el CC francés, donde caben los recursos ¹¹⁵, al que nos hemos referido anteriormente. Tampoco se ha demostrado que la intervención judicial haya evitado los abusos de influencia de un cónyuge sobre el otro, seguramente porque el Juez desconocerá tal circunstancia, y los posibles fraudes a terceros, estando ambos cónyuges de acuerdo. Tal vez por ello se está abandonando este sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial en los países que lo acogieron, siguiendo el ejemplo francés, y en los que lo mantienen, como Bélgica, la doctrina destaca la complejidad y la rigidez de las formalidades exigidas ¹¹⁶. La experiencia italiana nos parece sumamente significativa. En el año 1975 el legislador italiano adoptó un sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial basado en el previo control judicial. El artículo 162, párrafo 3.º, del CC disponía que las convenciones pueden ser estipuladas en todo tiempo, quedando firme la disposición del artículo 194. Después de la celebración del matrimonio pueden ser modificadas mediante previa autorización del Juez. Se omitía, pues, en esta norma toda indicación de los criterios que el Juez debía seguir para autorizar o denegar el cambio o la modificación de las convenciones matrimoniales. Aquí residían las dudas y controversias, como prueba el examen de la doctrina italiana, donde existían múltiples tesis en torno a los criterios que había de tener en cuenta el Juez en esta delicada tarea. Según De Paola y Macri ¹¹⁷ el Juez tenía que tener cuenta el interés de la familia. De Rubertis ¹¹⁸ se refería al interés de la familia y a que la modificación no implicase un daño injustificado al cónyuge más débil. Finocchiaro (Alfio) y Finocchiaro (Mario) ¹¹⁹ aludían al interés de la familia y de los cónyuges. Bellantoni y Pontorie-

¹¹⁵ RIEG y LOTZ, *Técnicas des régimes matrimoniaux*, II, cit., p. 97; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 222; COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., pp. 153-154; A. RIEG, F. LOTZ y P. RIEG, *Tecniqne des régimes matrimoniaux*, cit., pp. 360-361.

¹¹⁶ RAUCENT, *Droit patrimonial de la famille*, cit., p. 102.

¹¹⁷ DE PAOLA y MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978, p. 58.

¹¹⁸ DE RUBERTIS, «Le convenzioni matrimoniali nel nuovo Diritto di famiglia», en *Il Diritto di famiglia e della persona*, 1976, pp. 1317-1318.

¹¹⁹ FINOCCHIARO (Alfio) y FINOCCHIARO (Mario), *Riforma del Diritto di famiglia. Commentario teorico-pratico alla Legge 19 maggio 1975*, Milano, 1975, p. 464.

ri ¹²⁰, finalmente, declararon que la autorización del Juez debía ser concedida en todos los casos en que la modificación no estuviese en contra de la ley. Con la reforma de 10 de abril de 1981 se ha querido, dice Russo ¹²¹, dirimir la controversia y eliminar los inconvenientes prácticos derivados de la intervención del Juez.

La doctrina francesa, que en general no critica la solución acogida por el legislador francés al exigir la homologación judicial, no deja de destacar el espinoso problema que consiste en precisar el significado del interés de la familia, criterio que ha de guiar al Juez para autorizar el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial (artículo 1.397 CC francés) ¹²². Se trata de una «noción cuadro» intencionalmente vaga (es una laguna *intra legem*, dice Cornu) que la ley —evolutiva y flexible— ha dejado a la apreciación del Juez de fondo ¹²³.

El problema reside en determinar si los mecanismos jurídicos arbitrados en nuestro Derecho son suficientes para garantizar una adecuada protección del interés de la familia y de los terceros. Desde luego existen medios para proteger adecuadamente al cónyuge que tenga viciado el consentimiento en el acto del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, ya que podrá solicitar la anulación de éstas de conformidad con lo prescrito en el artículo 1.335 CC, que en relación con las capitulaciones matrimoniales se remite a las normativa del CC sobre la ineficacia del contrato y por ello a las normas relativas a los vicios del consentimiento.

No puede olvidarse que nuestro CC y las Compilaciones de Derecho civil especial o foral, así como la jurisprudencia (Sentencia del TS de 10 de junio de 1912), establecen con carácter constitutivo que las capitulaciones matrimoniales han de constar en escritura pública (artículos 1.327 y 1.280.3.º CC y artículos 25 de la Compilación de Derecho civil de Aragón y 9.º de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña y ley 79 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra), disipando cualquier tipo de duda en torno a la forma *ad solemnitatem* de las capitulaciones matrimoniales que pudiera albergarse ¹²⁴. La inter-

¹²⁰ BELLANTONI y PONTORIERI, *La riforma del Diritto di famiglia*, Napoli, 1976, p. 103.

¹²¹ RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 202.

¹²² RIEG y LOTZ, *Téchniques des régimes matrimoniaux*, II, cit., pp. 93 y 94; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 217; COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., p. 150; A. RIEG, F. LOTZ y P. RIEG, *Tecniqne des régimes matrimoniaux*, cit., pp. 355-358.

¹²³ CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 217.

¹²⁴ Incluso cuando regía el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial en nuestro CC, la doctrina justificó la necesidad de que las capitulaciones matrimoniales constasen en escritura pública, con la única excepción de la forma prevista en el artículo 1.324 CC. GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos*

vención del Notario, derivada de la necesaria constancia de las capitulaciones en escritura pública, es imprescindible en un sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial como el acogido en nuestro Derecho, pues este profesional, en línea con lo afirmado por Rojas Montes, podrá asesorar a los cónyuges sobre los aspectos jurídicos que entraña el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial, evitando que puedan surgir antinomias, ambigüedades y otros problemas derivados de la redacción de las cláusulas capitulares. Además, el Notario comprobará (debe hacerlo) si se cumplen todas las condiciones establecidas por la ley para proceder al cambio o a la modificación del régimen económico matrimonial, e incluso poner en guardia a los cónyuges sobre la existencia de cláusulas capitulares de dudosa licitud.

Tal vez el punto más problemático del sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial adoptado en nuestro Derecho es el relativo a la publicidad, de extraordinaria importancia en la materia, pues de ella depende en buena medida la adecuada protección de los terceros. Pero este problema no constituye un argumento sólido en favor de la necesaria intervención judicial, pues de lo que se trata es de que el sistema de publicidad del régimen económico matrimonial sea eficaz, cuestión que se plantea con independencia de que exista o no intervención del Juez en el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial, siendo significativo que en el Derecho francés, donde existe un sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial judicialmente controlada, se destaquen las deficiencias de los mecanismos de publicidad arbitrados ¹²⁵.

2. La publicidad de la modificación del régimen económico matrimonial

Un importante sector de nuestra doctrina ¹²⁶ ha formulado serias críticas y expuesto graves objeciones al sistema de publicidad

y comentarios del Código Civil español, cit., p. 669) señaló que se trata de evitar los fraudes y alteraciones en perjuicio de terceros y de los mismos esposos, cosa que podría fácilmente hacerse en un instrumento privado.

La exigencia de escritura pública era de gran importancia cuando únicamente existía la posibilidad de otorgar capitulaciones con anterioridad a la celebración del matrimonio, pues de tal modo se dejaba constancia fehaciente de la fecha de las mismas, y se evitaba el fraude a terceros mediante capitulaciones *a posteriori* con fecha falsa.

¹²⁵ RIEG y LOTZ, *La publicité en matière de régimes matrimoniaux. Une institution à réformer*, cit., pp. 1249 y ss.

¹²⁶ SOTO BISQUERT, *La publicidad del régimen matrimonial de bienes*, RDP, 1967, p. 536; AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II,

del régimen económico matrimonial configurado por el CC y normativa complementaria (artículos 1.333 CC, 77 de la Ley del Registro Civil, 266 del Reglamento del Registro Civil y 75 del Reglamento Hipotecario). De manera expresiva y rigurosa, Peña¹²⁷ destaca que el sistema español sobre la publicidad del régimen económico matrimonial no proporciona la conveniente seguridad, porque no proporciona con facilidad información suficiente sobre cuál sea el régimen económico por el que se rige determinado matrimonio. Para saber si ha habido o no capitulaciones se necesita saber en qué Registro Civil, sea Municipal sea Consular (o Central), consta inscrito el matrimonio. Si, como es lo más frecuente, no hay capitulaciones, no por eso se sabe ya el régimen aplicable, pues la determinación del régimen depende de la vecindad civil de los contrayentes y de las normas de colisión. Con frecuencia habrá enormes dudas, de hecho (sobre todo para terceros) (tiempos de residencia) y de Derecho (vecindad civil de la mujer casada, reglas de colisión que confieren preferencia al marido). Muchas veces no ya los terceros, sino los mismos cónyuges, ignoran si están sometidos, en cuanto al régimen económico, al Derecho común o a algún Derecho foral (o a un Derecho extranjero).

De lege ferenda se han propuesto diversas medidas para mejorar la eficacia de los mecanismos de publicidad arbitrados en nuestro Derecho y garantizar así una más adecuada protección de los terceros e incluso de los propios cónyuges, a quienes conviene también que se dispense una eficaz publicidad de su régimen económico matrimonial, pues permite a los adquirentes y prestamistas eventuales tratar con confianza con los cónyuges, de quienes conocen, por su régimen económico, los poderes de disposición y de obligación.

Se destaca con razón que la publicidad del Registro Civil es una publicidad insuficiente. El asiento de mención o indicación no da noticia al tercero del contenido del régimen económico matrimonial, sino del documento auténtico o resolución en cuya virtud se extiende el asiento¹²⁸.

cit., pp. 1107 y ss., y *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, cit., pp. 1561-1562; MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», cit., pp. 174 y ss.; CUTILLAS, «Inoponibilidad a terceros de la escritura de capitulaciones que afecten a bienes inmuebles», en *La Ley*, 1985-4, pp. 1068-1069; GARRIDO DE PALMA, *Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975*, cit., p. 31; GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., pp. 328 y ss.; ROJAS MONTES, *Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones*, cit., p. 329; PEÑA, *Derecho de familia*, cit., p. 181; BLASCO, *Derecho de familia*, cit., p. 193; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de familia*, Madrid, 1988, p. 181.

¹²⁷ PEÑA, *Derecho de familia*, cit., p. 181.

¹²⁸ AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, cit.,

El carácter puramente voluntario de la mención o indicación en el Registro Civil, que reconoce expresamente el artículo 266, párrafo 2.º del Reglamento del Registro Civil, cuya redacción proviene del Real Decreto de 29 de agosto de 1986, acogiendo la doctrina de la resolución de la DGRN de 6 de mayo de 1977 y zanjando la polémica doctrina que suscitó el texto del artículo 1.333 CC («en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención») ¹²⁹, se traduce en que una parte importante de las capitulaciones matrimoniales no acceden al mismo. Incluso en ordenamientos como el alemán, que se toma como modelo, la doctrina ¹³⁰ destaca que el carácter voluntario de la inscripción del contrato de matrimonio (*Ehevertrag*) en el Registro del régimen económico matrimonial determina que sólo una parte escasa de

p. 1112, y *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, cit., pp. 1561-1562; MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», cit., p. 165; ROJAS MONTES, *Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones*, cit., p. 319; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, Madrid, 1992, pp. 169-170.

¹²⁹ En atención a la forma en que está redactado el artículo 1.333 CC, se ha sostenido que la mención de las capitulaciones matrimoniales, así como los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio, tiene carácter obligatorio (LASARTE, «La publicidad del régimen económico del matrimonio», en *La reforma del Derecho de familia*, Sevilla, 1982, p. 149; GULLÓN, *Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975*, cit., p. 99). Frente al argumento gramatical alegado, se esgrime que el aspecto global de la expresión legal («en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención») queda en buena medida atenuado por el inciso limitativo que dentro de ella se contiene («en su caso»). El citado precepto da a entender, desde el punto de vista gramatical, que sólo en caso de que los otorgantes de las capitulaciones soliciten la mención, el Encargado del Registro Civil debe practicarla en la inscripción de matrimonio. De esta manera se coordina perfectamente el carácter imperativo del artículo 1.333 y el inciso «en su caso». Igualmente imperativos son los términos con que la ley se refiere a la consignación de las modificaciones en el Registro de la Propiedad («se tomará razón»: artículo 1.333 CC) o a los hechos inscribibles en este Registro («se inscribirán»: artículo 2 de la Ley Hipotecaria) y no por eso ha de concluirse que la inscripción en el Registro de la Propiedad sea obligatoria. Lo que se quiere señalar con aquellos términos imperativos es que sólo con la práctica de esos asientos se consigue, para las modificaciones, la plenitud de efectos: los que para los asientos señalan los respectivos sistemas registrales. No está en juego el interés público como en la inscripción de los hechos que afectan al estado civil (y que, por tanto, debe ser promovida incluso por el Ministerio Fiscal o de oficio por el Juez) (PEÑA, *Derecho de familia*, cit., p. 182, nota 56; AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, cit., pp. 1107-1108; GÓMEZ-FERRER, «Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código Civil», *RCDI*, 1978, p. 498; DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVIII-1.º, cit., pp. 241-242; MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», cit., pp. 163-164; CABANILLAS, *Los sistemas de mutabilidad del régimen económico matrimonial*, cit., p. 58.

¹³⁰ HEPTIG, «L'évolution contemporaine du Droit allemand», en *Mariage et famille en question*, cit., p. 115.

los contratos de matrimonio accedan al mismo. Se propone por ello la conveniencia de la obligatoriedad de la inscripción. En nuestra doctrina, Amorós ¹³¹ precisa con razón que hubiera sido quizá más útil la obligatoriedad de la constancia registral del régimen, de la misma manera que lo es la inscripción del matrimonio, imponiendo a los contrayentes el deber de manifestar el régimen económico vigente en el momento de contraer matrimonio, o de solicitar la inscripción de la modificación sobrevenida. Para lograr mayor efectividad el Notario que intervenga en el otorgamiento de las capitulaciones y su ulterior modificación debería estar obligado a comunicar tal hecho al Encargado del Registro Civil o del Registro Central (caso de crearse), igual que ocurre con el Registro General de Actos de Última Voluntad ¹³²; lo cual no acontece en la actualidad, pues del artículo 1.322 CC ni de ningún otro precepto cabe deducir la obligación del Notario de comunicar al Encargado del Registro Civil la modificación del régimen económico matrimonial operada en virtud del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales (Resolución de la DGRN de 6 de mayo de 1977) ¹³³.

También debemos destacar que siempre no va a ser sencillo al tercero conocer la oficina del Registro Civil donde se mencionan las capitulaciones y demás hechos que modifiquen el régimen económico matrimonial, pues nuestro Registro Civil carece de la dinamicidad que tiene, por ejemplo, el Registro del régimen económico matrimonial del Derecho alemán, cuya competencia territorial viene determinada por el domicilio actual de los cónyuges, con el correspondiente traslado de inscripciones cuando éstos cambian su residencia (artículos 1.558 y 1.559 CC alemán).

Parece conveniente que el asiento registral correspondiente al acto de capitulaciones matrimoniales sea una inscripción con plenitud de efectos, y no una mera indicación ¹³⁴, cuya eficacia se limita actualmente a la inoponibilidad de lo no inscrito frente a terceros de buena fe. En ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de la indicación (artículo 77 de la Ley del Registro Civil).

¹³¹ AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, cit., pp. 1112. También MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», cit., p. 164, nota 19.

¹³² AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, cit., p. 1562; GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., p. 329.

¹³³ ROJAS MONTES, *Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones*, cit., p. 321.

¹³⁴ AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, cit., p. 1562.

La reforma operada en el Reglamento del Registro Civil por el Real Decreto de 29 de agosto de 1986 ha tratado de superar algunos de los inconvenientes señalados por la doctrina. No cabe duda de que la *voluntas legislatoris*, al reformar el Reglamento del Registro Civil, ha sido mejorar el sistema de publicidad. Coadyuvan a tal fin las «notas de servicio» impuestas por el párrafo 6.º del nuevo artículo 266, de tal modo que las inscripciones que se practiquen en otros Registros (el de la Propiedad y el Mercantil) ha de hacerse constar el Registro Civil, con indicación de tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho; y paralelamente en las capitulaciones se consignará siempre el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito el matrimonio celebrado (párrafo 7.º), ampliándose así el contenido de los artículos 1.332 y 1.333 CC; se facilita la expedición de copias de las capitulaciones y demás estipulaciones que afecten al régimen económico matrimonial a cualquier solicitante que presente un principio de prueba que le acredite como titular de algún derecho patrimonial frente a cualquiera de los cónyuges (párrafo 8.º). Sin embargo, como destaca García Cantero¹³⁵, todo ello resulta insuficiente a la vista de las críticas doctrinales que hemos recogido.

Más efectiva se ha mostrado la publicidad que deriva del Registro de la Propiedad, a pesar de no ser éste un Registro dirigido a la publicidad del régimen económico matrimonial. Dentro de su limitado ámbito, es el que ofrece mayor seguridad tanto por su organización como por la costumbre bastante arraigada de consultarlo cuando se pretende la adquisición de algún derecho sobre bienes inmuebles. Del análisis conjunto de los artículos 1.333 CC y 75 del Reglamento Hipotecario se desprende que el contenido de las capitulaciones matrimoniales no ha de ser publicado, sino que sólo se tomará razón de las capitulaciones en cuanto constituyen el «título» que determina el cambio en la titularidad de derechos concretos sobre inmuebles. Su eficacia se limita al tercero hipotecario (artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria), pero no ampara al tercero que se relaciona obligacionalmente con los cónyuges.

El sistema de publicidad del régimen económico matrimonial se completa con la publicidad del Registro Mercantil, ya que el régimen económico matrimonial que resulte de capitulaciones matrimoniales otorgadas e inscritas en el Registro Civil puede tener acceso al mismo cuando alguno de los cónyuges es comerciante o empresario individual (artículos 12 y 21.9 del Código de Comercio y 92.3.^a del Reglamento del Registro Mercantil). Si el régimen económico matrimonial que resulte de capitulaciones ma-

¹³⁵ GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., p. 330.

trimoniales otorgadas e inscritas en el Registro Civil, no accede al Registro Mercantil, se aplicará la regla general de la inoponibilidad del acto sujeto a inscripción frente al tercero de buena fe (artículos 26 del Código de Comercio y 9.º del Reglamento del Registro Mercantil).

Hay que observar que en la práctica no se suelen inscribir las capitulaciones matrimoniales en el Registro Mercantil ¹³⁶, que previamente habrán debido acceder al Registro Civil, como previene el artículo 92.3.ª del Reglamento del Registro Mercantil.

Aunque la publicidad del Registro de la Propiedad remedia en alguna medida el grave problema que representa en nuestro Derecho la escasa efectividad del Registro Civil como mecanismo específico de publicidad del régimen económico matrimonial, es indudable que la situación es insatisfactoria para conseguir la necesaria seguridad del tráfico jurídico.

Ante la complejidad que supone el mecanismo de publicidad vigente en nuestro Derecho, basado en la concurrencia de una pluralidad de Registros, diferentes en su organización y alcance, no es extraño que se haya considerado por numerosos autores ¹³⁷, e incluso lo propusieron procuradores cuando se discutió en las Cortes el Proyecto de Ley de 1974, que se convertiría en la Ley de 2 de mayo de 1975 ¹³⁸, la implantación en nuestro país de un Registro central unificado de regímenes económicos del matrimonio semejante al vigente en Alemania, Suiza y Holanda. Esta es una propuesta que se hace incluso en Francia, donde existe un sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial con control judicial ¹³⁹. Sin embargo, Lasarte ¹⁴⁰ sostiene que en un país de clara orientación latina como el nuestro no se debe defender la existencia de un Registro especial, el Registro *ad hoc*, aunque en el Derecho comparado existan sobradas muestras de dicha téc-

¹³⁶ AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, cit., p. 1561.

¹³⁷ ESTEPA MOYANO, *Sobre la urgente necesidad de reforma del régimen matrimonial de bienes en el Derecho civil común español*, cit., p. 160; AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, cit., p. 1112, y *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, cit., p. 1562; MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», cit., p. 165; ROJAS MONTES, *Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones*, cit., p. 329; GARRIDO DE PALMA, *Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975*, cit., p. 31.

¹³⁸ Así lo propusieron los señores PERALTA ESPAÑA y FERNÁNDEZ LÓPEZ DE URALDE en las enmiendas 71 y 99, pero no se consideró justificada la creación de un nuevo servicio público central como el que se proponía.

¹³⁹ RIEG y LOTZ, *La publicité en matière de régimes matrimoniaux. Une institution à reformer*, cit., pp. 1260-1261.

¹⁴⁰ LASARTE, «La publicidad del régimen económico del matrimonio», cit., p. 141.

nica publicitaria. Es mucho mejor la remisión a otros instrumentos y Registros y basta con que los grupos de profesionales del Derecho (Magistratura y Notarios, fundamentalmente) homogenicen su actividad al respecto, poniéndose de acuerdo.

También se afirma en la doctrina francesa ¹⁴¹ que el Registro es pesado y complejo, contrario al secreto (al derecho de intimidad personal y familiar) de las estipulaciones relativas al régimen económico matrimonial y oneroso para los cónyuges.

Frente a las principales objeciones que se señalan en contra de la implantación de un Registro especial relativo al régimen económico matrimonial, cabe decir que seguramente la sociedad española lo asimilaría sin ningún tipo de problemas, de igual manera que ha asimilado otros tipos de Registros, siempre que su funcionamiento fuese adecuado, que tal vez sea el problema fundamental que habría que plantear. Frente a la pretendida pesadez y complejidad del Registro especial, no hay que olvidar que este Registro vendría a sustituir a la publicidad que actualmente despliega, con escasa efectividad, el Registro Civil. No se trataría, pues, de añadir nuevas formalidades a las existentes, sino de reemplazar alguna de ellas. Frente a la objeción de la indiscreción del Registro especial, hay que decir que en el vigente sistema de publicidad es indudable que la discreción no es absoluta, sin que tampoco parezca un ataque injustificado a la intimidad de los cónyuges la publicidad del régimen económico matrimonial. Aparte de esto, la publicidad del régimen económico matrimonial en un Registro especial presentaría indudables ventajas, porque constituiría, a diferencia del Registro Civil, un mecanismo de publicidad especialmente concebido para cumplir una específica función, generando una mayor seguridad en el tráfico jurídico. Esta ventaja es muy importante cuando se observa el gran desarrollo del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales en nuestro país ¹⁴². Es lógico que numerosos autores señalen el interés de un Registro especial en una legislación que admite la mutabilidad del régimen económico matrimonial de forma tan amplia. En el fondo de la cuestión hay que tener en cuenta que la publicidad del Registro

¹⁴¹ Referencia en RIEG y LOTZ, *La publicité en matière de régimes matrimoniaux. Une institution à reformer*, cit., pp. 1260-1261.

¹⁴² La razón más importante que en el año 1975 se esgrimió para rechazar las enmiendas encaminadas a la creación de un Registro especial fue que el mismo no era necesario mientras no se generalizase el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. También LACRUZ («Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registrab», *RCDI.*, 1963, p. 591) había apuntado que el Registro *ad hoc* vigente en Alemania y Suiza era más necesario en estos países que en España por la mutabilidad del régimen económico matrimonial. Tras las Leyes de 2 de mayo de 1975 y 13 de mayo de 1981 parece igualmente conveniente en España su implantación, debido fundamentalmente al incremento del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales en los territorios sujetos al régimen común del CC.

especial representaría una mayor eficacia. Los terceros no sólo conocerían la existencia del régimen económico matrimonial, sino también su contenido, sin tener que recurrir a instancias extrarregistrales. Una sencilla inscripción en el mismo del régimen adoptado en las capitulaciones sería el cauce fundamental de oponibilidad de lo inscrito frente a terceros. Desde luego la organización del Registro especial con métodos informáticos, como apunta Amorós¹⁴³, haría que su consulta fuese rápida y fácil.

3. La protección de los acreedores

El problema más grave que, sin duda, plantea la mutabilidad del régimen económico matrimonial es el de la protección de los acreedores. Así lo evidencian las numerosas sentencias del TS que lo contemplan, hasta el punto de que se trata del problema que, en el ámbito de la normativa sobre el régimen económico matrimonial, ha generado el mayor número de sentencias del TS en los últimos años. La cuestión concreta que normalmente se suscita ante el TS es la siguiente: los cónyuges otorgan capitulaciones matrimoniales que motivan la adopción del régimen de separación de bienes con disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicándose los bienes más valiosos y de más sencilla identificación al cónyuge que no intervino en el negocio que dio lugar al surgimiento de la deuda. Estos bienes, si son inmuebles (como es habitual), se inscriben a nombre del cónyuge no deudor con el carácter de propios en el Registro de la Propiedad. De esta manera los acreedores se encuentran con un importante obstáculo para cobrar todo lo debido, ya que, como hemos señalado, los bienes más valiosos y de más fácil identificación del matrimonio han dejado de pertenecer al cónyuge que contrajo la deuda. Con tan sencillo procedimiento los cónyuges tratan de conseguir que dichos bienes queden al margen de toda responsabilidad frente a los acreedores del cónyuge deudor. Al inscribirse los bienes inmuebles a nombre del cónyuge del deudor con carácter de propios, el Registrador de la Propiedad denegará la anotación preventiva de embargo, teniendo en cuenta los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 144 del Reglamento Hipotecario.

El problema se suscita porque las capitulaciones se otorgan con posterioridad a la celebración del negocio que provocó la deuda. Evidentemente, es perfectamente legítimo el deseo de los cónyuges de poner una parte importante de los bienes del matrimonio a cubierto cuando uno de ellos está dedicado a una acti-

¹⁴³ AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, cit., p. 1562.

vidad arriesgada desde el punto de vista económico. Si la situación es de peligro potencial, cara al futuro, puede ser incluso aconsejable la adopción en capitulaciones matrimoniales del régimen de separación de bienes, tratando de preservar la economía familiar, sin que ello implique fraude o perjuicio para terceros, al no ser afectados derechos ya adquiridos por ellos. Precisamente en Francia el deseo de evitar o limitar los riesgos empresariales constituye uno de los motivos más frecuentes que aparece en las demandas de homologación judicial dirigidas a la sustitución del régimen de comunidad por el de separación¹⁴⁴. Incluso la jurisprudencia francesa más reciente ha permitido el cambio del régimen económico matrimonial (sistema de mutabilidad judicialmente controlada) cuando la situación financiera de los cónyuges está comprometida, siempre que existan garantías que protejan suficientemente a los acreedores¹⁴⁵.

Es cierto que existe el peligro de que el otorgamiento de capitulaciones constante matrimonio sea un instrumento utilizado por los cónyuges para defraudar a sus acreedores, y este peligro, como hemos apuntado anteriormente, fue uno de los argumentos principales que históricamente se invocaron para justificar el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, que ha perdurado en nuestro CC hasta la Ley de 2 de mayo de 1975. En el momento presente dicho peligro se esgrime para criticar el texto del artículo 1.326 CC, que establece que las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio. Magariños¹⁴⁶ afirma que la admisión del cambio de régimen por mutuo acuerdo sin más límites ni control que el registral y notarial, merece una consideración crítica negativa. En cuanto a seguridades y garantías para terceros, la regulación es prácticamente la misma que cuando la alteración del régimen sólo era posible antes del matrimonio. Las normas protectoras de los derechos de los acreedores frente a las confabulaciones de los cónyuges resultan en nuestro CC débiles e insuficientes, tanto por la facilidad y escaso control que se dispensa a los cambios del régimen económico matrimonial, como a la tímida eficacia de las específicas durante el régimen de separación de bienes.

Vázquez Iruzubieta¹⁴⁷ señala que existe una desprotección de los terceros en la mutabilidad de las capitulaciones. Lo reprocha-

¹⁴⁴ RUIN, «Le statut matrimonial et l'intérêt de la famille», cit., p. 835; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 231.

¹⁴⁵ RUIN, «Le statut matrimonial et l'intérêt de la famille», cit., pp. 837-838; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 231.

¹⁴⁶ MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», cit., pp. 159 y 218.

¹⁴⁷ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, «La desprotección de los terceros en la mutabilidad de las capitulaciones», en *La Ley*, 1981-4, pp. 950 y ss.

ble es que, luego de haber acopiado bienes durante la vigencia de su matrimonio y fruto del esfuerzo común, bien o mal repartido —generalmente bien—, pretendan separar patrimonios, por ejemplo, y que tal decisión sea practicada con total desprecio del interés de sus acreedores. Y peor aún es que puedan repetir la operación cuantas veces deseen, creando una total inseguridad en el tráfico normal del comercio. Con respecto a la tan conocida defensa del sistema de publicidad apropiado, ha acontecido lo de siempre: se ha adoptado el régimen matrimonial pero no se ha previsto crear tales sistemas de seguridad. En nuestro país seguimos atados a un régimen de publicidad insuficiente, como es la anotación en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad, si se tratare de un inmueble. Queremos significar con esto que ni siquiera se han puesto en funcionamiento los mecanismos de seguridad a favor de los terceros que, aunque no dan una solución acabada del problema, al menos remedian medianamente la cuestión.

Frente a la apuntada desprotección de los acreedores, estimamos que existen adecuados mecanismos legales en nuestro Derecho para protegerlos, aun reconociendo que no es satisfactorio el actual sistema de publicidad del régimen económico matrimonial, sin imposibilitar a los cónyuges que, en interés de la familia, puedan otorgar capitulaciones y modificar su régimen económico matrimonial, o tener que instaurar un sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial judicialmente controlada, con un plazo de inalterabilidad, como el que establece el CC francés en el artículo 1.397.

La cuestión que se suscita radica en precisar cuáles son esos mecanismos de protección de los acreedores. Para resolverla adecuadamente es preciso distinguir, en el marco de la sociedad de gananciales, según el carácter del débito, que puede ser consorcial (deuda de la sociedad de gananciales) o privativo.

Nuestra doctrina¹⁴⁸ ha examinado con especial detenimiento el sentido de la distinción entre ambos tipos de deudas. Las denominadas deudas consorciales son las que dan lugar a la responsabilidad directa con los bienes gananciales, siendo enumeradas en los artículos 1.365 a 1.368 CC, ambos inclusive. Las deudas propias o privativas son aquellas que han sido contraídas por un sólo cónyuge, de las que no responde directamente con el patrimonio ganancial. Nuestro CC emplea el vocablo «propia», al re-

¹⁴⁸ RAGEL, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987, pp. 30 y ss.; PEÑA, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, pp. 687 y ss., y *Derecho de familia*, cit., pp. 247 y ss.; RAMS, *La sociedad de gananciales*, Madrid, 1992, pp. 325 y ss.; FERNÁNDEZ VILLA, «El pasivo de la sociedad de gananciales: en torno al artículo 1.369 CC», *ADC*, 1993, pp. 646 y ss.

ferirse a la deuda contraída por un cónyuge, únicamente en los artículos 1.373 y 1.393 *in fine*. Una deuda propia o privativa se diferencia de una deuda consorcial, en cuanto a los efectos, en que la primera debe satisfacerse con el patrimonio privativo del deudor y subsidiariamente con el patrimonio ganancial en los términos del artículo 1.373, mientras que si se trata de una deuda consorcial, el acreedor podrá dirigirse directamente contra los bienes privativos del cónyuge deudor y contra todos los bienes gananciales (artículo 1.369) e incluso subsidiariamente contra los bienes privativos del cónyuge no deudor cuando la deuda consorcial haya sido calificada como doméstica (artículo 1.319). El cónyuge que paga podrá repercutir el entero contra el patrimonio ganancial si el pago es de cargo de la sociedad (artículos 1.362 y 1.364).

El concepto de deuda propia es residual: cuando el débito contraído por un solo cónyuge no se encuentre en una de las circunstancias tasadas por el CC (artículos 1.365 a 1.368), debe ser calificado como propio, siendo de aplicación el régimen de responsabilidad dibujado en el artículo 1.373 CC.

Las deudas consorciales contraídas por un solo cónyuge serán las siguientes:

a) Los débitos contraídos en el ejercicio de la potestad doméstica (inciso primero del artículo 1.365.1.º CC).

b) Los débitos contraídos en la gestión o disposición de bienes gananciales, que por ley o por capítulos corresponde al cónyuge actuante (inciso segundo del artículo 1.365.1.º CC).

c) Los débitos contraídos en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio (inciso primero del artículo 1.365.2.º CC).

d) Los débitos contraídos en la administración ordinaria de los bienes privativos del cónyuge actuante (inciso segundo del artículo 1.365.2.º CC).

e) Las obligaciones extracontractuales que son consecuencia de la actuación de un cónyuge en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, salvo que fuesen debidas a dolo o culpa grave (artículo 1.366 CC).

Serán deudas propias las que contraiga un solo cónyuge:

a) Con anterioridad al matrimonio.

b) Las deudas de juego (artículo 1.372 CC).

c) Las deudas alimenticias, pensiones e indemnizaciones.

d) Las deudas derivadas de la adquisición de bienes a título gratuito.

e) Las obligaciones extracontractuales dimanantes de actuaciones llevadas a cabo en exclusivo interés o beneficio del deudor.

f) Las obligaciones extracontractuales ocasionadas por dolo o culpa grave del deudor actuante.

g) Las deudas que tengan origen en actos que exceden del ámbito de la potestad doméstica.

h) Las deudas que se generen por actos que sobrepasen la gestión o disposición de bienes gananciales que por Ley o por capítulos correspondan al cónyuge actuante.

i) Los débitos que nazcan a consecuencia de actuaciones llevadas a cabo por un cónyuge, en actos de administración extraordinaria de sus bienes privativos.

j) Las deudas que deriven del ejercicio extraordinario de la profesión, arte u oficio.

k) Las obligaciones cuya carácter consorcial no se haya probado ¹⁴⁹.

A) *La protección de los acreedores cuando la deuda es consorcial*

El problema ha sido abordado por numerosas sentencias del TS, que lo han resuelto por vías diversas, por lo que no existe la deseable uniformidad de criterio jurisprudencial. Con toda razón Guilarte Gutiérrez ¹⁵⁰ señala que en la actualidad brilla por su ausencia dicha unidad, lo que propicia la conflictividad, derivada de la falta de una doctrina jurisprudencial caracterizada por la coherencia y la uniformidad. El propio Guilarte Gutiérrez ¹⁵¹ muestra el posible dato exculpativo de la falta de uniformidad apuntada: a veces, ante planteamientos procesales defectuosos, puede resultar difícil optar por la solución adecuada, de tal forma que, por ejemplo, frente a una demanda que contiene exclusivamente la referencia a la acción revocatoria, puede resultar incongruente sancionar de oficio la solución adecuada.

La simple comparación de las sentencias más recientes del TS, como son las de 7 de noviembre de 1992 ¹⁵², 15 de junio de 1992

¹⁴⁹ Enumeraciones de deudas consorciales y propias por numerosos autores: PEÑA, *Derecho de familia*, cit., pp. 255 y ss.; RAGEL, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, cit., pp. 37-38; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, IV, Barcelona, 1989, pp. 450 y ss.; MONTÉS, *Derecho de familia*, Valencia, 1991, pp. 250 y ss.; TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, cit., pp. 1686 y ss.; LÓPEZ PÉREZ, «Aspectos externo e interno de responsabilidad en la sociedad de gananciales: interés del acreedor y de los cónyuges», *ADC*, 1993, pp. 755 y ss.

Un exhaustivo análisis de las diversas deudas consorciales y privativas por RAGEL, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, cit., pp. 53-121.

¹⁵⁰ GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, 1991, pp. 576-577; «Impugnación de las capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores», en *Jurisprudencia práctica*, 1991, n.º 20, pp. 9-10; «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1991», *CCJC*, 1991, n.º 27, p. 903.

¹⁵¹ GUILARTE GUTIÉRREZ, «Impugnación de las capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores», cit., p. 24.

¹⁵² Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1993, n.º 30, pp. 1025 y ss.

y 18 de julio de 1991 ¹⁵³, basta para evidenciar las vacilaciones de la jurisprudencia, que deben terminar lo antes posible, en favor de la doctrina de la sentencia de 7 de noviembre de 1992, que al aplicar el artículo 1.317 CC señala la solución que mejor se acomoda a nuestro Derecho cuando la deuda es consorcial y que, además, protege de una manera más sencilla y eficaz a los acreedores.

Según esta sentencia, uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude, está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (artículo 1.291-3.º CC), pues dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria que proclama, también, el artículo 1.294 del mismo Cuerpo Legal, sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, requisito que no se da en este caso, pues si la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio —en las que se modificó el régimen económico del matrimonio y se adoptó el de separación absoluta de bienes (artículo 1.392)— no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (artículo 1.317 CC), si el artículo 1.401 de este texto legal dispone que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservan su derecho contra el cónyuge deudor, respondiendo, también, el cónyuge no deudor con los bienes que se le hayan adjudicado si se hubiera formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, y si el artículo 1.402 establece que los acreedores de la sociedad de gananciales tienen en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias, es decir, el derecho de exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los cónyuges si no se hubiera formulado debidamente inventario o hasta donde alcancen los bienes adjudicados si se hubiere formulado (artículo 1.084), en el presente caso, no puede afirmarse que el acreedor demandante no tuviera otro recurso legal para hacer efectivo su crédito que el ejercicio de la acción rescisoria; de otra parte, la normativa hipotecaria no constituye obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, pues el artículo 144.2 del Reglamento Hipotecario, previniendo expresamente la hipótesis aquí contemplada, dispone que si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiera inscrito la partición de bienes podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiese dirigido contra los respectivos adjudicatarios; en tal sentido se ha pronunciado esta Sala en Sentencias de

¹⁵³ Comentada por GUILARTE GUTIÉRREZ en *CCJC*, 1991, n.º 27, pp. 889 y ss.

15 y 17 de febrero y 13 de junio de 1986, 17 de noviembre de 1987 y 25 de enero de 1989.

En otro sentido, las sentencias del TS de 18 de julio de 1991 y 15 de junio de 1992 consideran, de forma poco acertada, pertinente el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores, siguiendo el camino marcado por las Sentencias de 30 de enero de 1986 ¹⁵⁴, 8 de julio de 1988, 9 de febrero de 1990, 30 de abril de 1990 y 9 de julio de 1990.

La sentencia de 18 de julio de 1991 afirma que debe acogerse la acción de rescisión ejercitada por la entidad inicialmente demandante y ahora recurrente, en relación con las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los precitados cónyuges, con base en haber sido otorgadas en fraude de acreedores, de modo que por su causa la referida entidad demandante no puede de otro modo cobrar lo que le es debido.

Según la sentencia de 15 de junio de 1992, pese a la referencia contenida en el artículo 1.335 CC, en cuanto que remite la invalidez de las capitulaciones a la normativa sobre reglas generales de los contratos, ello no significa que tenga que rechazarse la vía específica impugnatoria ejercitada por los actores en base al ejercicio de la acción rescisoria del artículo 1.111, pues, como es sabido, éste puede ser uno de los cauces a través de los cuales se verifique la adecuada tutela de los terceros acreedores cuando, a resultas de un cambio capitular, se altere la solvencia de uno o de ambos cónyuges cuando se transite del régimen ganancial preexistente a un régimen de separación de bienes.

La oportunidad de la acción rescisoria puede, en principio, encontrar su justificación en el texto del artículo 1.335 CC, ya que la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos, y es evidente que dentro del término invalidez hay que incluir los diversos tipos de ineficacia contractual: la nulidad absoluta, la anulabilidad y la rescisión. Sin embargo, esta solución presenta el grave inconveniente que deriva del carácter subsidiario de la acción rescisoria, pues el artículo 1.294 CC establece que la acción rescisoria es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para la reparación del perjuicio.

Este inconveniente no lo supera satisfactoriamente la sentencia de 18 de julio de 1991, afirmando simplemente que no existe constancia alguna de que la referida entidad acreedora puede obtener del tan mencionado deudor la efectividad del crédito, ni tampoco la precedente sentencia de 9 de julio de 1990, que de manera más detallada considera que la doctrina jurisprudencial mayoritaria (la que estima aplicable el artículo 1.317 CC), correc-

¹⁵⁴ Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1986, n.º 10, pp. 3395 y ss.

tamente entendida, no excluye de modo absoluto y para todo supuesto litigioso, la posibilidad de impugnar, por vía revocatoria, la subsistencia o eficacia de unas capitulaciones matrimoniales, modificativas de un régimen económico matrimonial anterior, que se estimen hechas en fraude de acreedores, sino que tal posibilidad la condiciona o pospone a que previamente el acreedor haya tratado de obtener la satisfacción de su crédito ejercitando su acción contra los esposos deudores en la seguridad de que la masa de bienes antes gananciales, independientemente del cónyuge en cuyo poder estuvieron, después de las capitulaciones matrimoniales, habrá de responder de la deuda contraída (artículos 1.401 y 1.402 CC), pero dicho recurso legal previo ya ha sido intentado, sin éxito, en el presente supuesto litigioso, en el que la entidad actora promovió sendos juicios ejecutivos, no pudiendo obtener el cobro de sus créditos.

En la misma línea, la mencionada sentencia de 15 de junio de 1992 considera que se ha acreditado, en debida forma, la subsidiariedad y, por tanto, la viabilidad de la acción rescisoria, ya que, por la Sala que juzga, y lo cual es una *quaestio facti* no revisada, se ha manifestado la inexistencia de otros bienes por parte de los deudores en los que pudiera encontrar satisfacción el actor, por lo que estos apartados han de rechazarse.

Guilarte Gutiérrez¹⁵⁵ tiene razón al destacar que es más adecuado valorar la subsidiariedad como un presupuesto jurídico y no tanto de hecho. La presencia de mecanismos legales específicamente dirigidos a proteger a los acreedores resulta suficiente para desvirtuar en todo caso la genérica viabilidad de la acción rescisoria, esencialmente subsidiaria. Conclusión que debe mantenerse al margen de que en el caso concreto se acredite o no una real imposibilidad de cobro.

Se trata de que el acreedor no disponga de otro medio jurídico para obtener lo que pretende con la revocatoria (acción de nulidad, de simulación, de indemnización, real hipotecaria, reivindicatoria, etcétera). Se pretende con ello una economía de medios jurídicos al alcance del acreedor, impidiendo que la rescisión o revocación actúe a modo de «red de seguridad» de un defectuoso manejo de los mismos¹⁵⁶.

La subsidiariedad ha de ser entendida básicamente como ausencia de otras acciones o remedios legales. Expresamente el ar-

¹⁵⁵ GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad de los gananciales*, cit., p. 583; «Impugnación de las capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores», cit., p. 19; «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1991», cit., p. 906.

¹⁵⁶ PASQUAU, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1988», *CCJC*, 1988, núm. 18, pp. 1028-1029.

título 1.294 CC habla de carencia de «todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio».

La cuestión radica en precisar si existe en nuestro ordenamiento jurídico un recurso legal, diverso de la acción rescisoria, que permita a los acreedores evitar el perjuicio. En los comentarios a las sentencias del TS de 30 de enero de 1986¹⁵⁷, 13 de junio de 1986¹⁵⁸, 17 de noviembre de 1987¹⁵⁹ y 25 de enero de 1989¹⁶⁰ señalamos que dicho recurso legal se encuentra en los artículos 1.317, 1.401 y 1.402 CC.

Según el artículo 1.317, la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.

Solución que resulta confirmada y detallada en los artículos 1.401 y 1.402.

Artículo 1.401: Mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial. Si como consecuencia de ello resultare haber pagado uno de los cónyuges mayor cantidad de la que le fuere imputable, podrá repetir contra el otro.

Artículo 1.402: Los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que le reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias.

De acuerdo con esta remisión, resultan de aplicación analógica los artículos 1.082, 1.083 y 1.084, según los cuales resulta:

1.º Los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la división entre los cónyuges de los bienes gananciales hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos.

2.º Los acreedores de cualquiera de los cónyuges podrán intervenir a su costa en la liquidación de la sociedad conyugal para evitar que ésta se haga en fraude y perjuicio de sus derechos.

3.º Efectuada la liquidación y consiguiente división, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los cónyuges; sin perjuicio de que el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar al otro cónyuge, a menos que la deuda fuese personal suya.

El engarce de estos preceptos aparece perfectamente reflejado en la sentencia del TS de 7 de noviembre de 1992, cuya doctrina

¹⁵⁷ Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1986, n.º 10, pp. 3395 y ss.

¹⁵⁸ Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1986, n.º 11, pp. 3759 y ss.

¹⁵⁹ Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1987, n.º 15, pp. 5161 y ss.

¹⁶⁰ Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1987, n.º 21, pp. 121 y ss.

transcribimos anteriormente, así como en la sentencia de 17 de noviembre de 1987 ¹⁶¹, que relacionan con gran acierto los artículos 1.317, 1.401 y 1.402 CC y 144.2 del Reglamento Hipotecario.

En esta dirección se pronuncian las sentencias del TS de 15 de febrero de 1986, 17 de febrero de 1986, 14 de octubre de 1987, 17 de noviembre de 1987 ¹⁶², 25 de enero de 1989 ¹⁶³, 20 de marzo de 1989, 27 de octubre de 1989, 9 de junio de 1990 y 19 de febrero de 1992.

En varias sentencias el TS se limita a aplicar el artículo 1.317 CC. En este sentido las sentencias de 4 de mayo de 1987, 21 de julio de 1987, 10 de septiembre de 1987, 20 de marzo de 1989, 22 de diciembre de 1989, 19 de febrero de 1992 y 21 de mayo de 1992.

La sentencia del TS de 20 de febrero de 1987 ¹⁶⁴ aplica el artículo 1.438 CC en la redacción que le confirió la Ley de 2 de mayo de 1975, que responde a la misma *ratio* que el actual artículo 1.317 CC, y la sentencia del TS de 14 de mayo de 1984 tiene en cuenta el artículo 1.322 CC, tal como fue redactado por la Ley de 2 de mayo de 1975, que coincide sustancialmente con el vigente artículo 1.317 CC.

Con suma claridad, la repetidamente citada sentencia del TS de 7 de noviembre de 1992 proclama que no se da en este caso el requisito del carácter subsidiario de la acción rescisoria que proclama el artículo 1.294 CC, pues la correcta aplicación del citado artículo 1.317 no puede llevar nunca a la solución rescisoria a que llega la Sala *a quo*.

A nuestro juicio, si el acreedor demuestra que el cambio o la modificación del régimen económico del matrimonio en virtud de capitulaciones matrimoniales perjudica un derecho adquirido con anterioridad por él ¹⁶⁵, le bastará la invocación del artículo 1.317 CC para evitar dicho perjuicio, debido al carácter irretroactivo de las capitulaciones matrimoniales que en tal caso han de tener, como afirma claramente la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación de la mujer casada

¹⁶¹ Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1987, n.º 15, pp. 5161 y ss.

¹⁶² Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1987, n.º 15, pp. 5161 y ss.

¹⁶³ Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1989, n.º 21, pp. 121 y ss.

¹⁶⁴ Comentada por RAGEL en *CCJC*, 1987, n.º 13, pp. 4389 y ss.

¹⁶⁵ La adquisición del derecho ha de producirse o consumarse antes de la modificación del régimen económico del matrimonio. ¿Cuál es ese momento? Como afirma BLASCO («Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC», *ADC*, 1993, p. 612), el momento a partir del cual las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones son oponibles a terceros no es aquel en que se otorgan o modifican, sino el de su inscripción en el Registro Civil, en el Registro de la Propiedad (si afectan a inmuebles) y/o en el Registro Mercantil, si es el caso (Resolución de la DGRN de 25 de marzo de 1988).

y los derechos y deberes de los cónyuges, publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes» de 30 de octubre de 1974: «La segunda medida de salvaguardia o de garantía es tan natural que no requiere ningún comentario. Consiste en la relatividad e irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal, que en ningún caso perjudicarán los derechos ya adquiridos por terceros». Se sanciona el principio de irretroactividad: no han de quedar afectadas por el acto de novación las situaciones jurídicas ya creadas en favor de terceros. Se trata de una manifestación del principio que impide realizar actos de cualquier clase en perjuicio de terceros. Con notable exactitud, la sentencia del TS de 17 de febrero de 1986 precisa la función del artículo 1.317: significa que los acreedores de cualquiera de los esposos no resultarán afectados por la liquidación del estatuto patrimonial anterior, ni por el establecimiento de nuevas pautas, siempre que los derechos hayan nacido en el momento del cambio, respecto de los cuales persistirá la situación originaria, con la responsabilidad consiguiente frente a las deudas que a los bienes gravaban.

Esta solución es aplicable siendo comerciante el cónyuge deudor, ya que, como afirma la sentencia del TS de 10 de septiembre de 1987, la aplicación del artículo 1.317 CC motiva que la responsabilidad del patrimonio ganancial existente con anterioridad a la disolución y liquidación de la sociedad del mismo carácter, perviva al efecto de que sobre los bienes que integraban dicho patrimonio puedan hacerse efectivas las deudas contraídas por el marido en el ejercicio del comercio que, con conocimiento y sin oposición expresa de la esposa, venía desarrollando.

Los derechos adquiridos por terceros quedan protegido por la inoponibilidad de la modificación, por cuanto si, como se indica en el artículo 1.317, no perjudicará en ningún caso esos derechos adquiridos, es como si esa modificación del régimen económico a estos efectos no se hubiera producido.

Con agudeza, Lacruz¹⁶⁶ ha puesto de relieve el carácter necesario de la norma contenida en el artículo 1.317, porque sin ella el acreedor sólo podría defenderse demostrando el fraude perpetrado por los esposos. De acuerdo con el artículo 1.317, en caso de perjuicio, lo único que tiene que probar el acreedor o titular del derecho es la anterioridad de éste a la modificación, sin que haya cuestión de fraude cometido por el cónyuge frente a él, que no se requiera para la salvaguardia del derecho adquirido.

El artículo 1.317 facilita extraordinariamente la protección jurídica del acreedor, porque, a diferencia del régimen de la rescisión, no tendrá que probar la conducta fraudulenta de los cónyuges y, en su caso, de los terceros adquirentes.

¹⁶⁶ LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, cit., p. 355.

En esta misma línea, Blasco ¹⁶⁷ puntualiza que el artículo 1.317 establece, en definitiva, una vía más sencilla que la de la rescisión y refuerza la protección de los acreedores, ya que éstos sólo deberán probar que su derecho (la adquisición del mismo) es anterior a la modificación del régimen y que tal modificación les perjudica. No deberán probar, como en la rescisión, el fraude o la conducta fraudulenta de los cónyuges y/o terceros adquirentes ni el agotamiento de cualquier otra vía para satisfacer su interés jurídico. Así, se objetiviza la protección de los terceros al otorgarles la posibilidad (facultad) de desconocer la modificación del régimen económico cuando tal perjudica a derechos ya adquiridos por ellos. El perjuicio se centra esencialmente en la sustracción de determinados bienes al poder de agresión patrimonial de los acreedores para la satisfacción de su interés crediticio, es decir, en la reducción del soporte objetivo de la responsabilidad patrimonial del cónyuge deudor.

La virtualidad de la norma del artículo 1.317 consiste en evitar a los acreedores la vía de la rescisión por fraude y ofrecerles una protección más sencilla, más fuerte y objetiva.

La inoponibilidad implica que el acreedor no ha de sufrir ningún tipo de perjuicio. La inoponibilidad permite que el acreedor pueda dirigirse directamente contra todos los bienes que anteriormente tenían el carácter de gananciales, aunque ahora pertenezcan al cónyuge no deudor. Como señala Ragel ¹⁶⁸, para que la situación permanezca inalterada frente al acreedor es necesario que se produzca una identidad en cuanto a los bienes que sirven de garantía y en cuanto al nivel en que tales bienes pueden ser embargados. El cónyuge del deudor no puede exigir que se realice la previa excusión sobre los bienes de su consorte.

La inoponibilidad de las capitulaciones matrimoniales que determinan la disolución de la sociedad de gananciales es totalmente diferente de la nulidad de éstas. La aplicación del artículo 1.317 no requiere para su efectividad la declaración de ineficacia o nulidad de clase alguna de las capitulaciones modificativas para la protección de los derechos adquiridos por terceros ¹⁶⁹. Por ello Blasco ¹⁷⁰ señala con acierto que el artículo 1.317 no contempla una cuestión de validez o invalidez de las capitulaciones matri-

¹⁶⁷ BLASCO («Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC», cit., pp. 617-618).

¹⁶⁸ RAGEL, «El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales», en *Centenario del Código Civil*, II, Madrid, 1991, p. 1675.

¹⁶⁹ HERRERO GARCÍA, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, p. 577; CÁRCABA, *Las capitulaciones matrimoniales*, Oviedo, 1992, pp. 18 y 47; BLASCO («Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC», cit., pp. 604-605).

¹⁷⁰ BLASCO («Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC», cit., pp. 604-605).

moniales y de su modificación; esta cuestión la resuelve el artículo 1.335 CC mediante una remisión a las reglas generales de los contratos. Si la modificación del régimen económico matrimonial perjudica a un tercero cuyo derecho lo adquirió antes de la mutación capitular, tal modificación no es ineficaz ni adolece de invalidez, salvo que sea nula, anulable o rescindible por fraude, sino inoponible a dicho tercero determinado y sólo a él, el cual ejercerá su derecho ya adquirido de acuerdo con el régimen económico matrimonial vigente en el momento de su adquisición y, por tanto, de acuerdo con el concreto régimen de responsabilidad patrimonial de los cónyuges en tal momento. Se trata, pues, de mantener la incolumidad de los derechos de terceros en los cambios de régimen mediante el principio en cuya virtud *tempus regit actum*. Frente al tercero que adquirió el derecho, la posterior modificación del régimen económico matrimonial debe considerarse un acto desleal en tanto en cuanto le perjudica. En estas coordenadas, la modificación no le afecta: la nueva modificación le es, en el sentido ya señalado, inoponible.

Con carácter general, De Castro¹⁷¹ se pregunta si conviene considerar la inoponibilidad como uno de los tipos de ineficacia del negocio o si más bien debería estimarse como una figura de carácter más general. No ofrece el carácter propio de un mecanismo de ineficacia, pues no se deriva de una intrínseca impotencia del negocio. Es preferible considerar la inoponibilidad más como una figura de carácter general que como una de las figuras de ineficacia negocial; será mejor estudiarla como una manifestación del fenómeno general del valor relativo de los negocios jurídicos.

La circunstancia de que las capitulaciones matrimoniales que modifican el régimen económico matrimonial no sean oponibles a los acreedores, en la medida que afecten a derechos que han adquirido con anterioridad al otorgamiento de las capitulaciones modificativas, se explica por su relatividad e irretroactividad, como destaca la mencionada Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 1974, y no porque éstas sean nulas, como parecen propugnar las sentencias del TS de 8 de julio de 1988 y 22 de diciembre de 1989. Ni siquiera compartimos la opinión de Guilarte Gutiérrez¹⁷², en el sentido de que la articulación adjetiva de tal efecto tenga que hacerse por la vía de la nulidad. Es decir, a través del ejercicio de la acción de nulidad contra dichas capitulaciones por suponer las mismas una vulneración, prohibida por el artículo 6.º-3 CC, de precepto imperativo, como lo es el contenido en el artículo 1.317.

¹⁷¹ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 531.

¹⁷² GUILARTE GUTIÉRREZ, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1991», cit., pp. 908 y ss.

En ningún aspecto existe, a nuestro juicio, nulidad de las capitulaciones matrimoniales, sino inoponibilidad de éstas frente a los acreedores perjudicados por la modificación a través del otorgamiento de capitulaciones del régimen económico matrimonial.

La sentencia de 7 de noviembre de 1992, de acuerdo con las sentencias de 4 de mayo y 10 de septiembre de 1987, señala con acierto que es innecesario al fin de hacerse efectivas sobre los bienes las deudas anteriores y de las que debían responder, pedir la nulidad de la escritura (capitulaciones) en que se estipuló el régimen de separación de bienes o adjudicaciones, ya que el artículo 1.317 CC para nada incide en la validez de las adjudicaciones y, en consecuencia, no requiere para su efectividad la declaración de ineficacia o nulidad de clase alguna.

Con anterioridad la sentencia de 19 de febrero de 1992 declara que la vulneración del artículo 1.317 no origina la nulidad radical del acto impugnado, sino que, de conformidad con el espíritu que informa el artículo 6.º-4 CC, hay que pensar que los efectos de tal vulneración son distintos a la propia nulidad: la falta de perjuicio a los derechos ya adquiridos por terceros; formulación general que ulteriormente concretan otros preceptos, esencialmente el artículo 1.401, cuando en su párrafo 1.º perpetúa el crédito de los terceros aun disuelta la sociedad de gananciales y, por consiguiente, el que los bienes con los que se respondía antes de la liquidación sigan sujetos a las mismas responsabilidades; es la inoponibilidad del cambio que exige una declaración judicial que la haga valer.

También la sentencia de 13 de junio de 1986¹⁷³ da a entender que no se produce la nulidad de las capitulaciones y de la división y adjudicación de los bienes, sino las consecuencias previstas en los artículos 1.401 y 1.402. En este sentido, el TS afirma en la sentencia que la consecuencia de la nulidad absoluta por disparidad entre el acto ejecutado y el precepto imperativo o de *ius cogens* no se origina cuando la norma vulnerada tenga previstos efectos distintos para el supuesto de que tal contradicción se produzca y como queda dicho los artículos 1.401 y 1.402 disponen que la falta de previo pago del pasivo no acarrea la ineficacia de las adjudicaciones, sino la subsistencia de los derechos de los acreedores en los términos regulados por tales preceptos.

Tampoco parece oportuno en el caso examinado invocar la simulación, ya que la acción de simulación se dirige a poner de relieve que no existe adecuación entre apariencia negocial y realidad, lo cual resulta inimaginable frente a una disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, pues, efectivamente, se quieren adjudicar a uno u otro cónyuge los bienes anteriormente co-

¹⁷³ Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1986, n.º 11, pp. 3759 y ss.

munes con el fin de sustraerlos del régimen de responsabilidad al que estaban afectos.

En el supuesto debatido el negocio y efecto deseado por los cónyuges es el que expresan las capitulaciones: alterar la titularidad de los bienes anteriormente consorciales y pasar a regirse por un régimen de separación.

Por todas las razones expuestas, no podemos admitir la compatibilidad de la acción rescisoria por fraude de acreedores y de la inoponibilidad de la modificación capitular del régimen económico matrimonial que deriva del artículo 1.317 CC, porque la aplicación de este precepto imposibilita el ejercicio de la acción rescisoria. Por ello no consideramos acertado que se invoquen conjuntamente ambos remedios, ya que son incompatibles, como hace la sentencia del TS de 24 de abril de 1992.

Una vez liquidada la sociedad de gananciales, el acreedor podrá embargar los bienes adjudicados al cónyuge no deudor y anotar preventivamente ese embargo en el Registro de la Propiedad si en el mandamiento judicial que lo acuerda consta que la deuda es consorcial y la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges.

Según la jurisprudencia del TS, de la que es fiel reflejo la citada sentencia de 7 de noviembre de 1992, la normativa hipotecaria no constituye obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, pues el artículo 144-2 del Reglamento Hipotecario, previniendo expresamente la hipótesis aquí contemplada, dispone que si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiere inscrito la partición de bienes podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiese dirigido contra los respectivos adjudicatarios; en tal sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencias de 15 y 17 de febrero y 13 de junio de 1986, 17 de noviembre de 1987 y 25 de enero de 1989.

El problema de la relación entre el artículo 1.317 CC y el artículo 144 del Reglamento Hipotecario es agudamente analizado por Blasco¹⁷⁴, precisando que las cuestiones son dos: cómo actúa el artículo 1.317 CC en relación con el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, y si es realmente necesario que la demanda se haya dirigido contra ambos cónyuges, como preceptúa el último artículo citado.

Respecto de la primera cuestión, la solución debe hallarse en la relación entre los artículos 1.317 y 1.401 CC. Por tanto, los bienes adjudicados al cónyuge no deudor siguen respondiendo de las deudas de la sociedad (y si no se ha formulado inventario, responderá con todos sus bienes). Así debe entenderse, en este

¹⁷⁴ BLASCO («Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC», cit., pp. 633 y ss.

caso, la norma del artículo 1.317 CC: los bienes siguen sujetos al mismo juego de responsabilidad a que estaban sujetos en el momento en que se contrajo la deuda.

Si el acreedor pretende tratar de embargo bienes adjudicados al cónyuge no deudor, deberá demandar a ambos cónyuges (y no sólo al cónyuge deudor) porque precisamente lo que permite el artículo 1.317 CC (y el artículo 1.401 CC) es embargar determinados bienes (antes gananciales) adjudicados al cónyuge no deudor (lo cual no podría hacer sin normas similares a las citadas), pero no quebrar el principio de tracto sucesivo.

Ragel¹⁷⁵ señala también que, siendo la deuda consorcial, la demanda ha de ir dirigida contra ambos cónyuges, al primero como deudor y al segundo como actual propietario del bien que se pretende embargar. Si la inoponibilidad supone actuar como si la disolución de la sociedad de gananciales no se hubiera producido, tendría razón Blanquer («La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones», *AAMN*, 1982, XXV, p. 122, n. 112) cuando estima que el acreedor debe cumplir los requisitos exigidos para embargar bienes gananciales durante la vigencia del régimen, con lo que bastaría con demandar al cónyuge deudor y notificar el embargo al otro cónyuge, según la interpretación del párrafo primero del artículo 144-1 del Reglamento Hipotecario efectuada por la DGRN (Resoluciones de 28 de marzo y 15 de abril de 1983, 27 de mayo, 24 y 28 de noviembre de 1986). Sin embargo, parecen de preferente aplicación los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, de los que parece inferirse la necesidad de demandar en todo caso al cónyuge que aparece como propietario en el Registro.

B) *La protección de los acreedores cuando la deuda es privativa*

El planteamiento y la solución del problema examinado se alteran notablemente cuando el débito tiene carácter privativo, siendo importante subrayar que la deuda debe reputarse privativa, en tanto no haya probado el acreedor su carácter consorcial¹⁷⁶, ya que, en tal caso, los acreedores no podrán alegar en su favor la

¹⁷⁵ RAGEL, «El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales», cit., pp. 1682-1683.

¹⁷⁶ La DGRN parte de la base de que a los efectos del Registro de la Propiedad ha de estimarse que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado en tanto no conste debidamente en el mandamiento de embargo que ha recaído en actuaciones que tienen por objeto la reclamación de una deuda que es, además, deuda de la sociedad (Resolución de 24 de septiembre de 1987).

protección dispensada por el artículo 1.401 CC, precepto únicamente aplicable al supuesto de deuda consorcial («deudas de la sociedad»).

Se plantea la cuestión de determinar si el acreedor privativo de un cónyuge puede invocar la inoponibilidad de la disolución de la sociedad de gananciales por obra de la adopción en capitulaciones matrimoniales del régimen de separación de bienes, en base al artículo 1.317 CC, y de esta manera embargar los bienes que se han adjudicado al cónyuge del deudor.

La respuesta debe ser negativa. El acreedor privativo de un cónyuge no puede alegar la inoponibilidad de la disolución del régimen de gananciales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.317 CC¹⁷⁷. Esta solución está respaldada por la doctrina constante de la DGRN, que, en resoluciones de 16 de febrero, 29 de

No existe ninguna presunción de que las deudas de un cónyuge sean, además, deudas de la sociedad (Resolución de 28 de octubre de 1987).

No se presume hoy que las deudas contraídas sólo por el marido —o por la mujer— sean, además, deudas de la sociedad; ha de estimarse, a efectos del Registro, que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado en tanto que no conste que la deuda es, además, de la sociedad de gananciales (Resolución de 6 de noviembre de 1987).

Es sin duda exacta la afirmación de la DGRN de que no existe en nuestro Derecho una presunción de que la deuda contraída por el cónyuge es consorcial. Ciertamente, no existe una presunción de ganancialidad pasiva, ya que no tiene apoyo en ningún precepto legal (al contrario de lo que acontece con la ganancialidad activa: artículo 1.361 CC) y por eso no puede admitirse una presunción que ninguna norma establece (DE LA CÁMARA, «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», *ADC*, 1986, p. 492; RAGEL, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, cit., pp. 32 y ss.; PEÑA, *Derecho de familia*, cit., p. 255; MONTÉS, *Derecho de familia*, cit., p. 254; TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, Madrid, 1984, p. 1687); OLAVARRÍA, «Algunos problemas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales», en *Academia sevillana del notariado*, 1989, pp. 375 y ss.

¹⁷⁷ Al comentar la sentencia del TS de 6 de diciembre de 1989 (comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1989, n.º 22, pp. 91 y ss), BLASCO («Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC», cit., pp. 628-630) destaca que el *quid* de la cuestión se encuentra en que el artículo 1.317 no era irrevocable, porque la modificación del régimen económico no perjudicó el derecho adquirido por el acreedor, ya que la deuda no era ganancial, mejor, no era una deuda de la que respondían los bienes gananciales, sino una deuda propia del marido, y, por tanto, de la que respondía él con su patrimonio personal. Estamos ante la hipótesis del artículo 1.373 CC.

¿Qué vía queda, entonces, a los acreedores del cónyuge deudor de deuda propia? Ciertamente, no la vía del artículo 1.317 CC sino la de la rescisión de las concretas adjudicaciones que se han realizado fraudulentamente (v. gr., notable desequilibrio en las atribuciones patrimoniales entre los cónyuges).

En definitiva, lo importante de la sentencia de 6 de diciembre de 1989 es el triunfo de la tercería de dominio interpuesta por la esposa (cónyuge no deudor) con base en el argumento de que, aun producida la modificación del régimen económico del matrimonio y aun considerándose ya adquirido el derecho del tercero, no hubo perjuicio de tal derecho porque la deuda era propia de uno de los cónyuges o, lo que es lo mismo, la deuda no era a cargo de la sociedad de gananciales (ex artículos

mayo, 18 de septiembre, 28 de octubre, 6 y 12 de noviembre de 1987, 5 de enero de 1988 y 29 de mayo de 1989, afirma que si el artículo 1.373 prevé que el acreedor privativo puede pedir el embargo de bienes gananciales concretos, no cabe, para conseguir, una vez disuelta la sociedad de gananciales, el embargo directo de un bien ganancial concreto, invocar el principio según el cual la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (artículo 1.317 CC), pues los acreedores privativos del marido no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos, ya que del mismo artículo 1.373 CC se desprende que el embargo haya de recaer sobre bienes gananciales o sobre la parte que al cónyuge deudor corresponda en el conjunto de los bienes gananciales es algo que depende de la voluntad del cónyuge del deudor, y que, de existir la disolución de la sociedad de gananciales, el embargo sólo es posible sobre la parte que ostente el cónyuge deudor en la sociedad de gananciales¹⁷⁸.

Esta doctrina no significa que el acreedor privativo de un cónyuge quede desprotegido. Hay que reconocer el derecho que tiene a impugnar la adjudicación incorrectamente realizada, cuando la parte adjudicada al deudor resulte de valor inferior a la mitad del remanente líquido, acudiendo al remedio subsidiario de la acción rescisoria, y no pudiera satisfacer íntegramente su crédito con los bienes adjudicados al deudor. Esta solución es adoptada por la resolución de la DGRN de 16 de febrero de 1987, al declarar que si del Registro resulta que la sociedad de gananciales no sólo está disuelta, sino que el patrimonio común está liquidado y partido, los acreedores primitivos de un cónyuge pueden embargar los bienes que integran el lote o porción material que a ese cónyuge haya correspondido en la partición (a salvo las posibles acciones de impugnación de la partición que, en su día, podrá provocar la anotación preventiva de demanda).

1.317, 1.362 y ss. y 1.373 CC). Así no son invocables el artículo 1.317 ni los artículos 1.401 y 1.402 del mismo cuerpo legal.

La determinación del perjuicio (que es insolvencia o privación de garantías, normalmente) se debe realizar concretando primero la naturaleza de la deuda, consorcial o propia del cónyuge, y si la modificación capitular implica una alteración del sustrato patrimonial de la responsabilidad del deudor. Por ello, normalmente, el precepto del artículo 1.317 CC desarrollará su virtualidad en el supuesto de modificación capitular con adjudicación al cónyuge no deudor, como privativos, de bienes gananciales valiosos, siendo la deuda a cargo de la sociedad de gananciales. En cambio, no será invocable normalmente si la deuda es propia de uno de los cónyuges, pues sus acreedores no tienen sobre el patrimonio ganancial un derecho ya adquirido.

¹⁷⁸ Sobre la resolución de la DGRN de 16 de febrero de 1987, que básicamente inicia esta doctrina, RAGEL, *CCJC*, 1987, n.º 14, pp. 4533 y ss.

También contará el acreedor con la posibilidad de actuar en vía subrogatoria, cuando el cónyuge del deudor tenga derechos de crédito contra otras personas, entre las que puede hallarse su consorte.

Cuando la deuda de un cónyuge tiene carácter privativo y se ha inscrito en el Registro de la Propiedad la adjudicación de bienes en favor del otro cónyuge, no podrá anotarse el embargo sobre tales bienes, por impedirlo los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria que, en este caso, no están contrarrestados por la aplicación del artículo 1.401 CC. Esta es la doctrina constante de la DGRN, a partir de la mencionada resolución de 16 de febrero de 1987¹⁷⁹.

4. La protección de los terceros otorgantes

La protección de los terceros aparece claramente establecida en nuestro CC en relación con los que han concedido derechos a los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, que posteriormente éstos quieren modificar.

El contenido de las capitulaciones matrimoniales puede ser más amplio que el simple establecimiento de un régimen económico matrimonial. En las capitulaciones aparecen a menudo atribuciones hechas por terceros a favor de los cónyuges¹⁸⁰. Estas atribuciones están en conexión causal con estipulaciones capitulares y por ello el artículo 1.331 CC exige que «para que sea válida la modificación de las capitulaciones deberá realizarse con asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas». Se establece ciertamente una importante limitación a la autonomía de los cónyuges, que deben solicitar la asistencia y el concurso de estas personas cuando proyectan la modificación de lo estipulado en capitulaciones matrimoniales, siempre que se cumplan las condiciones de ese precepto.

Los otorgantes protegidos no son, lógicamente, los cónyuges, sino los que intervinieron en las capitulaciones para donar o hacer alguna liberalidad en favor de los cónyuges. Esto explica que su

¹⁷⁹ RAGEL, «El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales», cit., p. 1683.

¹⁸⁰ Los derechos concedidos a favor de los cónyuges son, fundamentalmente, atribuciones patrimoniales: padres o parientes muy próximos que realizan liberalidades, sea en mera ayuda del matrimonio, sea en correspondencia a alguna prestación que prometen u obligación que asumen dichos contrayentes, como sería, por ejemplo, la de vivir juntos con el donante, o con él y su cónyuge, formando una sola familia; o trabajar en las fincas o en la fábrica del atribuyente o ayudarle en su gestión; o cuidar del donante en la vejez, o pagarle una pensión (LACRUZ, *Elementos del Derecho Civil*, IV, cit., p. 357).

condición jurídica sea totalmente diferente a la de los cónyuges, ya que son éstos y no aquéllos quienes establecen las estipulaciones estatutarias sobre el régimen económico matrimonial, que constituyen el contenido típico de las capitulaciones.

Estas personas, que denominamos «terceros otorgantes»¹⁸¹, han de vivir en el momento de la modificación de las capitulaciones matrimoniales. Su derecho de asistencia y concurso no se transmite a sus herederos. Esto no quiere indicar que si fallece alguno de los terceros otorgantes ya no sea posible la modificación de las capitulaciones matrimoniales, que afectan a derechos concedidos por aquéllos, sino que se podrán otorgar libremente por los cónyuges. La intransmisibilidad del derecho a los herederos es una medida acertada, que evita que subsista indefinidamente la traba que aparece en el citado artículo al cambio o la modificación del régimen económico matrimonial por los cónyuges.

La asistencia y el concurso consisten simplemente en el asentimiento a la modificación de las capitulaciones matrimoniales por los cónyuges. No tienen los terceros otorgantes que fundamentar la negativa, pues, en rigor, el artículo 1.331 les otorga una auténtica facultad. Tampoco existen dificultades para admitir que presten su asentimiento con anterioridad al otorgamiento de las capitulaciones, pues la causa de esta asistencia y concurso no es la protección de los cónyuges (complemento de su capacidad de obrar: artículos 1.329 y 1.330 CC), sino la protección del propio interés del otorgante que no es cónyuge. No hay dificultades igualmente para que concurra a la modificación de las capitulaciones un representante voluntario o un representante legal, si aquél es incapaz.

Un problema debatido es el de precisar cuándo los derechos concedidos quedan afectados por la modificación de las capitulaciones matrimoniales. Frente al intento de limitar el alcance del precepto, basta para que pueda aplicarse que el ejercicio de cualquiera de las facultades que se integran en el derecho (de uso, disfrute o disposición) sea alterada en alguna manera por las capitulaciones modificativas. Evidentemente, se aplica el artículo 1.331 cuando se produce la modificación del destino del bien donado si la donación se hizo con una finalidad concreta, o se alteran las condiciones, limitaciones o cargas que la afectan. Desde luego, si el derecho ha sido constituido en favor de los cónyuges, porque éstos han adoptado un determinado régimen económico matrimonial, existiendo una vinculación entre éste y el derecho constituido, la modificación del régimen económico matrimonial, total o parcialmente, afecta necesariamente al derecho,

¹⁸¹ El Código los conceptúa como otorgantes de las capitulaciones matrimoniales (artículo 1.331). Preferimos denominarlos terceros otorgantes para distinguirlos de los auténticos otorgantes de las capitulaciones matrimoniales: los cónyuges.

porque el mismo se constituyó bajo la condición de la inalterabilidad de aquél.

Una interpretación literal del artículo 1.331 hace pensar que si los terceros no concurren al acto de modificación de las capitulaciones matrimoniales, prestando su asentimiento, la modificación operada va a ser totalmente ineficaz¹⁸². Sin embargo, la finalidad de este precepto reside en que la subsistencia del derecho concedido a los cónyuges se encuentra subordinada al mantenimiento del régimen pactado en capitulaciones matrimoniales, de acuerdo con la vinculación existente entre el derecho concedido y el régimen pactado. Como señala Lacruz¹⁸³, no hay que exagerar el alcance de la vinculación entre las disposiciones de bienes por terceros en favor de los cónyuges y las determinaciones de éstos sobre el régimen patrimonial de su matrimonio. Esta vinculación no ha de impedir de modo absoluto a los cónyuges mudar el régimen en cuestión, sujetándoles al arbitrio del donante y acarreando como consecuencia necesaria de su negativa la nulidad de las convenciones modificativas exclusivamente conyugales, pues sólo los esposos estaban legitimados para contratar sobre esta materia. De otro modo, con el fin de evitar un fraude se coarta la libertad de tales esposos, impidiéndoles darse para sus futuras relaciones económicas el reglamento que mejor les cuadre.

La solución más adecuada consiste en la nulidad parcial de la modificación¹⁸⁴. Así, la ausencia de consentimiento de los donantes determinará la nulidad de las nuevas capitulaciones sólo en cuanto se refieren a la donación, ya que respecto al cambio de régimen económico el donante no tiene por qué intervenir; y éste podrá revocar la donación si la misma se otorgó en atención a la situación jurídica del régimen inicialmente pactado.

5. La libertad de los cónyuges para adoptar un régimen económico matrimonial no previsto legalmente

Nuestro CC y las Compilaciones de Derecho civil especial o foral no limitan la libertad de los cónyuges a la adopción de alguno de los regímenes tipificados en la ley. Esta solución legal, sin embargo, no convence a todos los autores. García Cantero¹⁸⁵

¹⁸² ROJAS MONTES, *Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones*, cit., p. 315.

¹⁸³ LACRUZ, *Elementos del Derecho Civil*, IV, cit., p. 361.

¹⁸⁴ AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, Madrid, 1984, pp. 1558-1559; BLASCO, *Derecho de familia* (coord. MONTÉS, Valencia, 1991, p. 199; LETE DEL RÍO, «Sujetos de las capitulaciones matrimoniales», *ADC*, 1983, p. 418; CÁRCABA, *Las capitulaciones matrimoniales*, cit., pp. 44 y ss.

¹⁸⁵ GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., p. 331.

considera bastante racional y, sobre todo, práctica la limitación que existe en algunos Códigos extranjeros, permitiendo a las partes únicamente elegir dentro del marco de los sistemas regulados por la ley, la cual no existe en el Derecho español.

No creemos que sea conveniente una limitación a la libertad de los cónyuges más allá de la señalada en el artículo 1.328 CC ¹⁸⁶, en un momento en el que, como han apuntado Díez-Picazo y Gullón ¹⁸⁷, la uniformidad de los modelos familiares y de comportamiento dentro de la familia no resulta fácil, por lo que hay que preconizar el pluralismo y la libertad individual. Se puede decir que así como las llamadas relaciones personales entre los cónyuges y el conjunto de obligaciones y derechos atinentes a esa esfera presenta un marcado cariz de orden público, el régimen económico conyugal, preservando la seguridad del tráfico y los derechos de terceros, es un asunto que concierne casi en exclusiva a los interesados. Tal vez por ello, a nuestro juicio, en casi todos los ordenamientos jurídicos no se limita la libertad de los cónyuges a la adopción de alguno de los regímenes regulados en la ley, y en aquellos ordenamientos, como el alemán, en que se ha afirmado esto, no faltan autores, como vimos, que se oponen a semejante limitación, de difícil justificación, no sólo apoyándose en la normativa del CC, sino también en la escasa conveniencia práctica de la solución.

Un juicio muy favorable merece que nuestro CC regule, al lado del régimen legal de la sociedad de gananciales, otros regímenes, como el de separación de bienes y el de participación. Incluso hubiese sido conveniente que se hubieran establecido algunos otros más, como ocurre en la regulación general de los contratos.

6. La inexistencia de un plazo de inalterabilidad del régimen económico matrimonial

En nuestra doctrina ¹⁸⁸, de acuerdo con el criterio que se ha adoptado en el CC francés y en otros CC, a los que nos hemos

¹⁸⁶ No hay que olvidar que los límites que establece el artículo 1.328 CC son sumamente amplios, rechazándose la validez de cualquier estipulación contraria a las leyes o las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge (CABANILLAS, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, pp. 605-607).

¹⁸⁷ Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, IV, cit., pp. 146-147.

¹⁸⁸ LETE DEL RÍO y ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Notas sobre «mutabilidad» del régimen económico matrimonial en el Derecho común*, cit., pp. 166 y 176; MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», cit., p. 176; GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., p. 317.

referido anteriormente, se ha señalado que la esencial mutabilidad de los capítulos está en contradicción con la vocación de perpetuidad del régimen económico matrimonial. Hubiese sido conveniente, para evitar modificaciones apresuradas, con cambios constantes que restan claridad y seguridad al tráfico, que nuestro legislador hubiese fijado un plazo de inalterabilidad (al menos, de dos años)¹⁸⁹. La reforma española de las Leyes de 2 de mayo de 1975 y 13 de mayo de 1981 ha sido más radical o, acaso, menos previsora que la holandesa y la francesa, en cuanto a la exigencia de un cierto tiempo de prueba para el cambio de régimen¹⁹⁰.

Un razonamiento semejante fue expuesto por el procurador, señor Mazón Berdejo, en enmienda presentada al Proyecto de Ley de 1974, que se convertiría en la Ley de 2 de mayo de 1975, en la que se proponía que los cónyuges sólo pudiesen modificar el régimen económico, convencional o legal, una vez transcurridos tres años desde su adopción o última modificación. Esta enmienda se fundamentó en la necesidad de garantizar la seriedad de propósitos de los otorgantes, la propia seguridad del tráfico jurídico, que se vería afectada por unas constantes variaciones en los regímenes económicos conyugales y, por otra parte, prevenir posibles fraudes a terceros, pese a las preocupaciones que el propio proyecto adopta para su evitación. Se esgrimen, en definitiva, razones semejantes a las expuestas por autores franceses para fundamentar el plazo de inmutabilidad establecido por el artículo 1.397 CC francés.

A nuestro juicio, no es criticable que nuestro legislador no haya establecido un plazo de inalterabilidad del régimen económico matrimonial, ya que el mismo presenta más inconvenientes que ventajas. Téngase en cuenta que se impide a los cónyuges durante un largo plazo, de dos o tres años, la posibilidad de cambiar o modificar el régimen económico matrimonial, siendo así que durante este período de tiempo pueden producirse acontecimientos que aconsejen cierta rapidez en el cambio o la modificación, que, sin embargo, no será posible. Además, hay que tener presente que las capitulaciones matrimoniales han de constar necesariamente en escritura pública (artículos 1.327 CC, 25-2 de la Compilación aragonesa y 7.º de la Compilación catalana y ley 79

¹⁸⁹ La protección de los terceros hubiera sido *a priori* más segura con un corto período de tiempo para poner en conocimiento de todos los posibles afectados el cambio de régimen a fin de que los terceros pudieran ejercitar sus derechos (como ha regulado el Código francés) (GARRIDO DE PALMA, *Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975*, cit., p. 31).

¹⁹⁰ DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVIII-1.º, cit., p. 196, después de referirse a la solución acogida en el CC francés precisa que la regulación no puede ser más flexible y permisiva, aunque no sabemos todavía si esto en la práctica no acarreará nuevos problemas.

de la Compilación navarra), operando la apuntada función cautelar del Notario, lo cual no deja de ser un freno importante a los cambios o las modificaciones de carácter apresurado, y en nuestro CC existen las medidas jurídicas suficientes (aunque sería conveniente que se mejorase el sistema de publicidad del régimen económico matrimonial, tal como dijimos) para proteger a los terceros frente a los posibles fraudes que a través de los cambios o las modificaciones del régimen económico matrimonial pueden producirse¹⁹¹. La realidad demuestra, prácticamente en todos los países, lo infrecuente que es que los mismos cónyuges otorguen capitulaciones matrimoniales con reiteración a lo largo de la vida matrimonial.

VI. LAS CONSECUENCIAS DE LA MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL

A la hora de precisar las consecuencias jurídicas que derivan de la supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial en nuestro Derecho, el intérprete se encontró con importantes dificultades cuando fue promulgada la Ley de 2 de mayo de 1975. Se implantó el principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial (artículo 1.320 CC), pero no fueron reformados diversos artículos que estaban influidos por el suprimido principio de inmutabilidad, al dejarse intacta la normativa sobre la sociedad de gananciales y, en general, sobre el régimen económico matrimonial, con la única excepción de la relativa a las capitulaciones matrimoniales. Por este motivo, la única manera que existía para solucionar este problema era interpretar estos artículos de acuerdo con el nuevo principio legal de la mutabilidad del régimen económico matrimonial. Afortunadamente, el problema apuntado ha sido solucionado por la Ley de 13 de mayo de 1981. Al configurarse la nueva normativa de la sociedad de gananciales se tiene en cuenta siempre la posibilidad de que los cónyuges de común acuerdo, en virtud de capitulaciones matrimoniales, puedan modificar o sustituir durante el matrimonio el

¹⁹¹ Tras señalar que el principio de mutabilidad del régimen económico es uno de los principios inspiradores existentes en nuestro Derecho, Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, IV, cit., p. 148) señalan que la seguridad jurídica debe protegerse a todo trance, exigiendo una solemnidad fehaciente para el negocio capitular postnupcial y declarando inatacables los derechos de los terceros. Así lo sigue haciendo la reforma de 1981, siendo las capitulaciones matrimoniales el único instrumento en que cabe modificar convencionalmente el régimen económico del matrimonio.

régimen económico conyugal. Igual criterio se observa respecto al régimen de separación de bienes y al régimen de participación.

También es importante precisar que los cónyuges, en virtud de capitulaciones postnupciales, pueden establecer estipulaciones por razón del matrimonio, según se infiere del artículo 1.325 CC.

De la mutabilidad del régimen económico matrimonial derivan una serie de importantes consecuencias jurídicas que vamos a analizar seguidamente.

1.^a *Los cónyuges pueden modificar o sustituir durante el matrimonio el régimen económico, legal o convencional, en virtud de capitulaciones matrimoniales.* Esta consecuencia es reconocida expresamente en múltiples artículos del CC: 1.317, 1.326, 1.329, 1.345, 1.392-4.º, 1.415, 1.435-3.º y 1.444. De estos preceptos se deduce con claridad que cabe constante matrimonio tanto la modificación del régimen económico matrimonial, que implica que los cónyuges sólo alteran el régimen en aspectos parciales, conservando éste su naturaleza, como la sustitución, es decir, la adopción en capitulaciones de un régimen de naturaleza diversa ¹⁹².

Con el objeto de sustituir o modificar el régimen económico matrimonial, los cónyuges podrán adoptar cualquier estipulación capitular, siempre que no vulnere alguno de los límites establecidos en el artículo 1.328 CC. En el Derecho español, a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos jurídicos ¹⁹³, no se establece en ningún precepto que los cónyuges tengan que adoptar alguno de los regímenes económicos del matrimonio tipificados en el CC. A esta orientación responde el texto de los mencionados artículos 1.325 y 1.328. Por consiguiente, es perfectamente posible que el régimen económico matrimonial que sustituye al anterior sea alguno de los tipificados en la ley o uno absolutamente atípico (puede tratarse de un régimen económico disciplinado en una Compilación de Derecho civil especial o foral o incluso por una ley extranjera), respetándose en tal caso lo dispuesto en el artículo 1.328. Así se infiere con notable claridad del artículo 1.435-3.º: «Existirá entre los cónyuges separación de bienes cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el ré-

¹⁹² En el artículo 1.320, en su redacción por Ley de 2 de mayo de 1975, aparecía la expresión «modificar el régimen económico matrimonial», no teniendo la doctrina más remedio que interpretar esta expresión de forma amplia, para incluir en su ámbito de aplicación tanto la estricta modificación del régimen económico matrimonial como la sustitución del mismo [TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, cit., p. 1098; GULLÓN, «Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975, cit., p. 90; GÓMEZ-FERRER, «Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código Civil», cit., pp. 502-503].

¹⁹³ Así, por ejemplo, en el derecho suizo (artículo 179-2 CC) y en el Derecho chileno (artículo 1.723 CC).

gimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto». En este sentido no parece que existan dificultades para que los cónyuges puedan adoptar el régimen de comunidad universal, máxime cuando ya ha sido suprimida la prohibición de las donaciones entre cónyuges y éstos pueden constituir una sociedad universal (artículos 1.323 y 1.677)¹⁹⁴. Si existirán dificultades, en cambio, para adoptar el régimen dotal. La razón de ello no se debe a que haya sido suprimida del CC la normativa sobre la dote por la Ley de 13 de mayo de 1981, sino debido a que, desde la perspectiva del artículo 1.328, Álvarez-Sala¹⁹⁵ tiene razón cuando precisa que la constitución de un régimen dotal en su totalidad o en parte considerable del patrimonio de la mujer quedaría afectada por la sanción de nulidad del artículo 1.328, al tratarse de una cláusula capitular estatutaria. Sería limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge. Parece, sin embargo, admisible una liberalidad individualizada que haya sido conferida en capitulaciones con carácter dotal.

Aunque se trate de un supuesto puramente académico, no prohíbe el CC que los esposos puedan decidir la conclusión de su sociedad de gananciales, procediendo a la oportuna liquidación, y, seguidamente, comenzar otra nueva sociedad¹⁹⁶.

Cabe pensar en la posibilidad de que los cónyuges se limiten a declarar no vigente el régimen económico matrimonial que gobierna sus relaciones patrimoniales, sin establecer las reglas por las que hayan de regirse los bienes del matrimonio. En la Ley de 2 de mayo de 1975 había que distinguir si el régimen económico no querido era el de la sociedad de gananciales u otro diferente. Si era el de la sociedad de gananciales, se aplicaba el régimen dotal, de acuerdo con el artículo 1.364 CC¹⁹⁷. Si no era la sociedad de gananciales, el problema no estaba solucionado de forma específica en el CC. De conformidad con el párrafo 2.º del artículo 1.315 y la base 22 del CC, lo lógico era pensar en la aplicación de la sociedad de gananciales por ser el régimen legal supletorio.

¹⁹⁴ CABANILLAS, «La contratación entre cónyuges», cit., pp. 505 y ss.

¹⁹⁵ ALVAREZ-SALA, «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de la estipulación capitular», *RDN*, 1981, p. 16. En análogo sentido PÉREZ SANZ, «Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales», *AAMN*, 1985, XXVI, p. 21; HERRERO GARCÍA, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, cit., p. 573; BLASCO, *Derecho de familia*, cit., p. 196.

¹⁹⁶ GARCÍA URBANO, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, pp. 760-761.

¹⁹⁷ Sobre el antiguo artículo 1.364 CC y el régimen dotal tiene un extraordinario interés el estudio de PEÑA, «Acerca del artículo 1.364 del Código Civil (exclusión de la sociedad de gananciales. Renuncia a la sociedad de gananciales)», citado anteriormente.

El problema es solucionado de forma distinta por la Ley de 13 de mayo de 1981. Según el artículo 1.435-2.º CC, «existirá entre los cónyuges separación de bienes cuando los cónyuges hubiesen pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por las que hayan de regirse sus bienes». Igualmente existirá entre los cónyuges separación de bienes, a tenor del artículo 1.435-3.º, «cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto». Por consiguiente, si los cónyuges se han limitado a excluir el régimen de la sociedad de gananciales o el de participación, sin determinar las reglas por las que han de regirse los bienes del matrimonio, ha de aplicarse el régimen de separación de bienes¹⁹⁸, que tiene el carácter de régimen legal supletorio de segundo grado¹⁹⁹. La Ley de 13 de mayo de 1981 no contempla, sin embargo, el caso de que el excluido, sin establecerse las reglas sobre los bienes del matrimonio, sea el régimen de separación de bienes o uno atípico. Parece lógico entender que en este caso se aplicara el régimen de la sociedad de gananciales, que tiene el carácter de régimen legal supletorio de primer grado (artículo 1.316 y base 22 del CC).

La Ley de 13 de mayo de 1981 ha introducido una reforma fundamentalmente en el CC, que facilita extraordinariamente el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial. Nuestro CC, con anterioridad a la promulgación de esta Ley, sólo disciplinaba de forma adecuada la sociedad de gananciales y el

¹⁹⁸ ALBALADEJO, «(Curso de Derecho Civil, IV, *Derecho de familia*, Barcelona, 1987, p. 197) considera, no obstante, que si se extingue por acuerdo de los cónyuges el régimen de participación, sin establecer otro régimen económico matrimonial, se trata de un exceso literal del artículo 1.435, número 3.º, considerar aplicable el régimen de separación, ya que, a tenor del verdadero espíritu de nuestra ley, en defecto de pacto el régimen que corresponde es el de gananciales, y no al de separación. Esta solución viene abonada, además, porque parece más lógico no someter el matrimonio el de separación, ya que los cónyuges quisieron quitar el de participación, que es realmente también una separación. Amén de que con toda probabilidad, si sólo hubiesen deseado eliminar la participación en las ganancias y no también la separación (que es verdad el régimen de participación, antes de extinguirse), lo habrían dicho.

¹⁹⁹ Cuando los cónyuges excluyen el régimen de la sociedad de gananciales, el de separación de bienes cumple el mismo papel que, respecto al Derecho derogado, cumplía el sistema dotal, conforme a la proposición primera del antiguo artículo 1.364 CC. Como puntualiza DE LOS MOZOS (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XVIII-3.º, Madrid, 1985, pp. 331-332), existe una proporción sistemática entre uno y otro. Efectivamente, antes, en la época de la codificación, de acuerdo con el principio de «unidad de familia» que daba preferencia al marido, según las ideas entonces dominantes, era lógico que el régimen supletorio de segundo grado fuera el del sistema dotal; ahora, de acuerdo con el principio de igualdad de los cónyuges, no cabe otro que el régimen de separación de bienes.

régimen dotal. Al no disciplinar legalmente los regímenes que en mayor medida los cónyuges podían adoptar en capitulaciones (el de separación de bienes y el de participación), existían no pocas dificultades para configurar su contenido²⁰⁰. Para evitar estas dificultades, la Ley de 13 de mayo de 1981 disciplina los tipos más importantes de regímenes económicos del matrimonio, porque además de la sociedad de gananciales (artículos 1.344 a 1.410), el régimen legal supletorio de primer grado (artículo 1.316), se regulan el de participación (artículos 1.411 a 1.434) y el de separación de bienes (artículos 1.435 a 1.444). También se establecen, en las disposiciones generales sobre el régimen económico matrimonial (artículos 1.315 a 1.324), una serie de normas esenciales, que determinan en su conjunto una regulación básica de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges²⁰¹, con lo que el problema apuntado está en buena medida solucionado en el CC.

De acuerdo con todo lo expuesto, es lógico que cualquier régimen económico matrimonial pueda comenzar a regir con posterioridad al día de la celebración del matrimonio. En relación con la sociedad de gananciales, la Ley de 2 de mayo de 1975 dejó intacto el texto del artículo 1.393 CC, cuya dicción respondía

²⁰⁰ Basta referirse al régimen de separación de bienes para evidenciarlo. Para configurar su contenido se propusieron las siguientes tesis: a) Aplicar supletoriamente la normativa del CC sobre los parafernales, pero suprimiendo del artículo 1.385 la afirmación de que los frutos forman parte del haber ganancial; b) Aplicar analógicamente el artículo 50; c) Pueden concurrir, según el tipo de bienes, las reglas del sistema dotal y de los parafernales; d) Las normas aplicables tienen que ser extraídas de diversos preceptos del CC (artículo 50, parafernales, regulación de la sociedad de gananciales). Sobre las diversas tesis expuestas, con abundante bibliografía, CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., p. 351, nota 1.

²⁰¹ LACRUZ, (*Elementos del Derecho Civil*, IV, cit., p. 308) y otros muchos autores (amplia referencia por GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., pp. 342 y ss.) engloban estas normas dentro del denominado *régimen matrimonial primario*, en el que se insertan todas aquellas normas que, refiriéndose a la económica del matrimonio, se aplican a todos y cada uno de los matrimonios celebrados, independientemente de si se rigen por un estatuto de comunidad o uno de separación. DíEZ-PICAZO y GULLÓN, (*Sistema de Derecho civil*, IV, cit., p. 148), sin embargo, puntualizan que la idea de régimen matrimonial primario es equívoca. En puridad no existe un régimen económico que sea simple y se pueda oponer a otros más evolucionados o complejos. Los artículos 1.315 y siguientes van encabezados por una rúbrica que los considera como «disposiciones generales», y esto es lo que son, aunque su pretendida generalidad puede ser cuestionada y, sobre todo, su utilidad.

También LÓPEZ y LÓPEZ (*Derecho de familia*, coord. MONTÉS, Valencia, 1991, pp. 177-178) critica la noción de régimen matrimonial primario. Las disposiciones generales sobre el régimen económico matrimonial (artículos 1.315 a 1.324) no constituyen un verdadero y articulado régimen que de forma primaria se superponga, o complete o limite lo estipulado por los cónyuges o lo impuesto por la ley para cada matrimonio concreto. Sin embargo, en la medida en que se regulan cuestiones muy elementales de toda convivencia conyugal, sí cabe hablar de un carácter primario de estas normas; pero nunca hasta el extremo de constituir un verdadero y articulado régimen económico matrimonial.

al principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial. Concretamente este artículo disponía lo siguiente: «La sociedad de gananciales empezará precisamente el día de la celebración del matrimonio. Cualquier estipulación en sentido contrario se tendrá por nula». Sin embargo, se entendió por la mayor parte de los autores²⁰², con buen criterio, que esta norma había sido profundamente afectada por la Ley de 2 de mayo de 1975 al suprimir el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, que constituía el fundamento de aquélla. Admitida la posibilidad de la modificación postnupcial del régimen económico matrimonial, no había inconvenientes para que la sociedad de gananciales comenzase a regir con posterioridad a la celebración del matrimonio en virtud del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales.

La Ley de 13 de mayo de 1981 soluciona de forma expresa y adecuada el problema señalado. El texto del artículo 1.393 ha sido reformado y el vigente artículo 1.345 CC dispone que «la sociedad de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio o, posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones». Estamos en presencia de una evidente consecuencia de la mutabilidad del régimen económico matrimonial, consagrada de manera general por el artículo 1.326 CC.

El artículo 1.374 CC contempla también el comienzo de la sociedad de gananciales con posterioridad a la celebración del matrimonio, en el supuesto en que se produce la disolución de la sociedad de gananciales por embargo de bienes gananciales por deudas privativas de un cónyuge (artículos 1.373 y 1.393 *in fine* CC). Disuelta la sociedad de gananciales, el artículo 1.374 dispone que «se aplicará el régimen de separación de bienes, salvo que, en el plazo de tres meses, el cónyuge del deudor opte en documento público por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales».

Este precepto supone una clara excepción a la regla general comprendida en el artículo 1.345 CC, concediendo al cónyuge del deudor un derecho excepcional y único: la posibilidad de cambiar el régimen económico de separación por el de gananciales, en virtud de su sola manifestación de voluntad²⁰³.

Estamos en presencia de un supuesto claramente diverso del cambio de régimen económico matrimonial en virtud de capitulaciones postnupciales, porque la regla contenida en el artículo 1.374 representa un derecho de opción en favor del cónyuge del

²⁰² LACRUZ, «El nuevo Derecho civil de la mujer casada», cit., p. 99; Díez-PICAZO y GULLÓN, (*Sistema de Derecho civil*, IV, 1.ª edición, Madrid, 1978, p. 190.

²⁰³ RAGEL, «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», cit., p. 235.

deudor, que es libre de ejercitar o no ²⁰⁴. De manera que si éste, libremente, no opta porque comience una nueva sociedad de gananciales, el matrimonio seguirá sometido al régimen de separación de bienes. Naturalmente queda siempre a salvo la posibilidad de que los cónyuges estipulen en capitulaciones el régimen económico que estimen conveniente (artículos 1.325 y 1.326 CC) ²⁰⁵.

Es lógico que la mencionada opción del cónyuge del deudor no tenga que constar en capitulaciones matrimoniales, pues éstas requieren el consentimiento de ambos cónyuges, lo cual no exige el artículo 1.374.

Decimos que se produce un cambio de régimen económico matrimonial, porque a tenor del artículo 1.374 la vigencia del régimen de separación de bienes es inmediata. El ejercicio de la opción por el cónyuge del deudor determina que surja una «nueva» sociedad de gananciales, que, como puntualiza Lacruz ²⁰⁶, comenzará a partir de cero: en los patrimonios privativos de los cónyuges entrará cuanto les hubiese sido adjudicado del antiguo acervo común en liquidación, con la carga de pagar la correspondiente de las viejas deudas, que tampoco gravan al nuevo consorcio ²⁰⁷.

Tal vez porque estamos en presencia de un cambio de régimen económico matrimonial, el artículo 1.374 exige que la opción conste en documento público, siendo significativo que el artículo 1.327 exija para otorgar capitulaciones matrimoniales la escritura pública.

En todo caso, parece evidente que en un ordenamiento jurídico donde rigiese el estricto principio de la inmutabilidad del régimen económico matrimonial, difícilmente imperaría una norma seme-

²⁰⁴ El artículo 1.374 está pensando para beneficiar al cónyuge del deudor, en el caso de que los ingresos del matrimonio provengan única o principalmente del lado del cónyuge deudor. Por ello el fundamento de la facultad de opción se encuentra en que el régimen de separación puede ser perjudicial para tal cónyuge (RAGEL, «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», cit., p. 236; TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, Madrid, 1984, p. 1757.

²⁰⁵ Si el cónyuge del deudor desea iniciar un régimen económico distinto al legal de gananciales (incluso si quiere regirse por un régimen de gananciales con diverso contenido al regulado en los artículos 1.344 a 1.410 CC), sólo podrá hacerlo contando con el acuerdo de su consorte, conforme a los artículos 1.325 y siguientes del CC (RAGEL, «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», cit., p. 235; TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, cit., p. 1758.

²⁰⁶ LACRUZ (*Elementos del Derecho Civil*, IV, cit., p. 476. En el mismo sentido TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, cit., p. 1759.

²⁰⁷ En la nueva sociedad de gananciales la parte de cada cónyuge en el patrimonio ganancial en liquidación entra dentro de los bienes privativos porque entra dentro de los bienes o derechos que le pertenecen al comenzar la nueva sociedad (artículo 1.346-1.º CC) (PEÑA, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, cit., p. 708; *Derecho de familia*, cit., p. 254).

jante a la contenida en el artículo 1.374. En cambio, la misma es coherente con nuestro actual sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial. Por ello, dados los efectos de la opción —no hay continuación, sino disolución de la sociedad de gananciales anterior e inicio de una nueva sociedad— procederá la constancia en los Registros Civil, de la Propiedad y Mercantil, de conformidad con sus respectivas reglas en relación con la publicidad de los cambios en el régimen económico matrimonial (artículo 1.333 CC).

Además de la sociedad de gananciales, se infiere del CC que el régimen de separación de bienes o el de participación pueden comenzar a regir con posterioridad a la celebración del matrimonio, al tiempo de pactarse en capitulaciones. Muy claro es en este sentido el artículo 1.435 CC.

El régimen económico matrimonial que gobierna la relación de los cónyuges puede concluir durante el matrimonio si así lo acuerdan éstos en capitulaciones matrimoniales. Tras la reforma de 13 de mayo de 1981 ha dejado de plantearse el problema que surgió al promulgarse la Ley de 2 de mayo de 1975, ya que han sido reformados los artículos 1.417 y 1.433 CC que, al establecer las causas de disolución de la sociedad de gananciales, no contemplaban dicha causa, aunque con buen criterio la mayor parte de los autores²⁰⁸ y la DGRN, en resolución de 29 de septiembre de 1978, admitieron la disolución de la sociedad de gananciales si así lo acordaban los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, pues los citados artículos estaban informados por el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, que desaparece con la promulgación de la Ley de 2 de mayo de 1975.

El nuevo artículo 1.392-4.º CC, que tiene su origen en la Ley de 13 de mayo de 1981, dispone que «la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código». Esta norma es una consecuencia del principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial. El artículo 1.392-4.º con-

²⁰⁸ GÓMEZ-FERRER, «Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código Civil», cit., pp. 512 y ss.; TORRES ESCÁMEZ, «Algunos problemas de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad de gananciales», cit., pp. 969 y ss.; GARRIDO DE PALMA, «Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975», cit., p. 44; CHICO ORTIZ, «El Derecho de familia y el Registro de la Propiedad», *RGLJ*, 1978, p. 364; VALLET DE GOYTISOLO, «Las capitulaciones matrimoniales y su modificación», cit., pp. 279 y ss., y «Las capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio, en previsión de reveses de fortuna», cit., p. 14; Díez-PICAZO y GULLÓN *Sistema de Derecho civil*, IV, 1.ª edición, cit., p. 219; GULLÓN, «Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975», cit., pp. 91 y ss.; CAMPO VILLEGAS, «En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separación de bienes», cit., pp. 278 y ss.

cuenda con lo dispuesto en los artículos 1.325 y siguientes, de tal manera que deberán observarse los requisitos necesarios para otorgar capitulaciones matrimoniales a la hora de convenir el régimen distinto.

El artículo 1.392-4.º es aplicable al régimen de participación, pues el artículo 1.415 dispone que «el régimen de participación se extingue en los casos prevenidos para la sociedad de gananciales, aplicándose lo dispuesto en los artículos 1.394 y 1.395».

A pesar de que en la normativa del CC sobre el régimen de separación de bienes no figura norma alguna que precise las causas de extinción del mismo, es obvio que concluirá cuando así lo acuerden los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, porque pueden sustituir el régimen económico de su matrimonio según dispone el artículo 1.325 y nada indica que deba adoptarse una solución diferente de la establecida en nuestro CC respecto a la sociedad de gananciales y al régimen de participación.

La adopción de un nuevo régimen económico matrimonial en capitulaciones determina la disolución automática del de gananciales, ya que el artículo 1.392-4.º CC dispone que «la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código»²⁰⁹. La expresión «de pleno derecho» aboga, sin duda, por la idea de la disolución automática o *ipso iure*²¹⁰, de tal manera que los efectos de la disolución será preciso referirlos a la fecha del otorgamiento de la escritura de capitulaciones matrimoniales²¹¹. Igual criterio rige respecto a la disolución del régimen de participación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.415 CC.

²⁰⁹ Incluso con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981 había que afirmarlo. Por un imperativo de claridad y justicia GULLÓN («Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975», cit., p. 92) entendió que, aunque los cónyuges no lo digan, debía mantenerse la disolución de la sociedad de gananciales, aparte de que lo contrario hubiera sido objeto de declaración por el legislador por su trascendencia y que también nos encontraríamos con la inutilidad del párrafo último del artículo 1.322. Son inimaginables los problemas que originaría el funcionamiento de dos regímenes simultáneamente, uno para los bienes anteriores a la modificación y otro para los posteriores.

²¹⁰ Este automatismo viene dado por la no necesidad de pronunciamiento judicial *ad hoc* y por la no exigencia de más requisito que la concurrencia de la causa de disolución. *Ipsò iure* dejan de ser gananciales los frutos y rendimientos de los cónyuges, y se pone en marcha todo el mecanismo liquidatorio.

²¹¹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA (*Régimen económico del matrimonio*, Madrid, 1982, p. 330) considera que, sólo después de la liquidación, la disolución de la sociedad de gananciales se operará de pleno derecho. Sin embargo, esta tesis, a nuestro juicio, difícilmente se acomoda al texto y al espíritu del artículo 1.392-4.º CC.

Aunque no diga nada expresamente la normativa del CC sobre el régimen de separación de bienes, por evidente analogía hay que entender que la disolución será también automática.

No encontramos obstáculos legales que impidan a los cónyuges el acordar en capitulaciones matrimoniales la no liquidación del patrimonio ganancial resultante a pesar de haber tenido lugar la disolución de la sociedad de gananciales. Desde luego no lo impide el artículo 1.328 CC, ni precepto alguno de la normativa del CC sobre la sociedad de gananciales²¹². Mientras que el artículo 1.392-4.º dispone que la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho, el artículo 1.396 no dice que la sociedad de gananciales se liquidará de pleno derecho, sin que los términos «se procederá a su liquidación» tengan un similar significado, como pretenden algunos autores²¹³. Nuestro legislador está pensando

²¹² Con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981, GULLÓN («Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975», cit., p. 93) ya decía que nada obsta para que por pacto los cónyuges se obliguen a no liquidar la sociedad de gananciales. Tendríamos así una sociedad de gananciales disuelta, pero no liquidada, cosa que el propio Código admite en el artículo 1.431, donde se dan normas para la liquidación simultánea de dos o más sociedades de dos o más matrimonios contraídos por la misma persona, lo que indica que contempla la hipótesis de dos o más sociedades disueltas pero no liquidadas.

En análogo sentido, LETE DEL RÍO y ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ («Notas sobre “mutabilidad” del régimen económico matrimonial en el Derecho común», cit., p. 189) afirman que el pacto de un régimen de separación no obliga a la liquidación efectiva de los gananciales, las partes pueden liquidarlos o no, según lo estimen conveniente.

En el Derecho francés se observa que la separación de bienes tiene a menudo por fin el obtener determinados beneficios accesorios del régimen más que el deseo de vivir los cónyuges separados de bienes, no teniendo lugar la liquidación del régimen de comunidad, de tal modo que el cambio de régimen va acompañado de una indivisión prolongada (PONSARD, *Régimes matrimoniaux*, cit., p. 228). Además no existe un plazo que imponga a los cónyuges tener que proceder a la liquidación (COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., p. 154).

²¹³ Según MARTÍN GANCEDO («Algunos problemas que plantean las capitulaciones matrimoniales...», cit., pp. 83-84), no solamente puede liquidarse la sociedad de gananciales, sino que debe liquidarse. Y esto por razones tanto teóricas como prácticas. Teóricas, porque lo impone el nuevo artículo 1.396 que dice que «disuelta la sociedad de gananciales se procederá a su liquidación...», lo que supone un imperativo legal. Prácticas, porque debe ser inviable desde el punto de vista económico un matrimonio donde convivan dos regímenes económicos matrimoniales distintos. Uno el anterior a las capitulaciones matrimoniales y otro el posterior. Ambos con una regulación distinta, con unos derechos y deberes distintos y con unos bienes y deudas distintos que por la propia inercia de su administración se entrecruzan e incluso se opondrán creando situaciones jurídicas muy confusas.

DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVIII-1.º, cit., pp. 194 y ss., y *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XVIII-2.º, Madrid, 1984, pp. 78 y 79 y nota 56 y pp. 455-456) destaca que toda disolución de la sociedad de gananciales, por cualquier causa que fuere, entraña la necesidad de la liquidación, lo que se funda en el derecho de cada cónyuge a la mitad del haber líquido que pudiera corresponderle, como define el artículo 1.344.

en el supuesto normal, a la disolución de la sociedad de gananciales subsigue su inmediata liquidación, pero no parece que lo imponga de manera imperativa.

Cuando los cónyuges acuerden no liquidar el patrimonio ganancial y, en general, durante el período en que no practiquen la liquidación²¹⁴, el patrimonio ganancial será simplemente un patrimonio colectivo, cuya naturaleza se transforma. Debido a la remisión que el artículo 1.410 CC hace a la participación y liquidación de la herencia, todo indica que estamos ante una comunidad especial de naturaleza semejante a la comunidad hereditaria antes de la partición. No estaremos en presencia de una coexistencia de regímenes económicos diversos, que en todo caso no parece posible²¹⁵, puesto que, como hemos apuntado, la adopción del nuevo régimen ha determinado la disolución de pleno derecho de la sociedad de gananciales.

Si bien no es obligatorio proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales extinguida, nadie pone en duda la conveniencia práctica de ello, para evitar las confusiones que podrían derivarse de la falta de liquidación. Pero una cosa es que ello sea aconsejable, como destaca Vallet de Goytisoló²¹⁶, y otra que sea obligatorio.

También es importante destacar la posibilidad de la rescisión por lesión de la participación de la sociedad de gananciales, que es disuelta en virtud de la adopción en capitulaciones postnupciales del régimen de separación absoluta de bienes. Esta hipótesis, como destaca Delgado²¹⁷, no pudo ser tenida en cuenta por el legislador de 1888, pues los capítulos postnupciales sólo desde 1975 son posibles en la regulación del Código.

La sentencia del TS de 11 de junio de 1983²¹⁸, en un caso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por cón-

Con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981, CHICO ORTIZ («El Derecho de familia y el Registro de la Propiedad», cit., pp. 363-364) consideró que sólo partiendo de la liquidación de la sociedad de gananciales puede hablarse de auténtica «modificación». La intención del legislador fue la de transformar o poder transformar el régimen económico vigente en otro distinto y eso lleva inevitablemente consigo una liquidación que determine titularidades para el futuro.

²¹⁴ En la práctica, sucede frecuentemente, sobre todo en los supuestos de muerte o de mutación del régimen constante matrimonio, que los cónyuges, o el superviviente y los herederos del otro, no obstante la disolución *ope legis* de la sociedad, continúen durante un período de tiempo sin practicar la liquidación (MONTÉS, *Derecho de familia*, Valencia, 1991, p. 268).

²¹⁵ ROJAS MONTES, «Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones», cit., pp. 327-328.

²¹⁶ VALLET DE GOYTISOLO, «Las capitulaciones matrimoniales y su modificación», cit., p. 281, y «Las capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio, en previsión de reveses de fortuna», cit., p. 15.

²¹⁷ DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, 2.º, *Teoría general del contrato*, Barcelona, 1987, p. 404.

²¹⁸ La comenta ampliamente DELGADO en *CCJC*, 1983, n.º 3, pp. 757-764.

yuges separados de hecho en virtud de capitulaciones matrimoniales, afirma que el artículo 1.074 CC, que permite la rescisión de la participación por causa de lesión en más de la cuarta parte, es aplicable a las particiones hereditarias y, por ende, a las de la sociedad conyugal por mandato del artículo 1.291 CC.

Hemos apuntado que durante el matrimonio se puede cambiar o modificar el régimen económico del matrimonio. Resulta evidente que, una vez disuelto el matrimonio, tal cosa ya no es posible. Lo mismo hay que afirmar cuando ha tenido lugar la nulidad del matrimonio. Mayores problemas se plantean cuando existe separación judicial, pues subsiste el matrimonio y el artículo 1.326 CC no lo prohíbe expresamente.

Con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981, algunos autores²¹⁹ consideraron viable la modificación del régimen de separación judicialmente decretada (antiguos artículos 73 y 1.433 CC) mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. La amplitud con que se expresaba el comienzo del artículo 1.320 CC (... en todo momento), en la redacción que le dio la Ley de 2 de mayo de 1975, sin ninguna cortapisa ni limitación temporal, fundamentaba esta opinión. Además se señaló que la sentencia de separación parece que tiene en el espíritu de la Ley de 2 de mayo de 1975 un valor supletorio —al menos en el orden económico— de la voluntad de los cónyuges para la determinación del régimen económico del matrimonio. En virtud de lo dispuesto en el vigente artículo 1.326, que procede de la tan citada Ley de 13 de mayo de 1981, puede pensarse que sigue siendo defendible esta solución, aunque no se dice que en cualquier tiempo se podrán otorgar capitulaciones matrimoniales, sino que éstas pueden ser otorgadas antes o después de la celebración del matrimonio. Hay que tener en cuenta ahora que, según la Ley de 7 de julio de 1981, en los supuestos de nulidad, separación y divorcio la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial (artículo 95 CC), siendo la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial y, en general, toda cuestión de orden patrimonial, materia de convenio regulador (artículo 90 CC), cuyo régimen jurídico es sustancialmente diverso al de las capitulaciones matrimoniales, requiriéndose la aprobación judicial²²⁰. Por este motivo difícilmente

²¹⁹ GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, Madrid, 1976, p. 306; LETE DEL RÍO y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «Notas sobre "mutabilidad" del régimen económico matrimonial en el Derecho común», cit., pp. 173-174.

²²⁰ Desde luego, el convenio regulador aprobado judicialmente no puede ser modificado por unas capitulaciones posteriores. El convenio es un documento homologado judicialmente, que por esta razón tiene una característica de firmeza. Por ello, el artículo 90 CC establece que las medidas acordadas sólo pueden ser modificadas «judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las

puede admitirse la posible modificación, en virtud de capitulaciones matrimoniales, de lo establecido sobre aspectos patrimoniales en la sentencia firme que determina la separación de los cónyuges. Como puntualiza Roca Trías²²¹, ya sea el convenio, ya sea la sentencia, serán judiciales (ya que el convenio ha de ser homologado por el Juez y forma parte de la sentencia, en virtud de lo que dispone la Disposición Adicional sexta de la Ley de 7 de julio de 1981). Por lo que quizá cabría decir que razones técnicas abogan por la imposibilidad de que existan capitulaciones otorgadas en situación de separación cuando los cónyuges ya han pactado las soluciones a través del correspondiente convenio.

La conclusión expuesta no está en contra de lo dispuesto en los artículos 1.443 y 1.444 CC, a cuyo tenor «la separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal o por la desaparición de cualquiera de las demás causas que la hubiesen motivado. No obstante..., los cónyuges pueden acordar en capitulaciones que vuelvan a regir las mismas reglas que antes de la separación de bienes». Es indudable, a nuestro juicio, que la reconciliación de los cónyuges o la desaparición de la causa que hubiese motivado la separación es lo que, en rigor, justifica la posibilidad de que los cónyuges puedan otorgar capitulaciones matrimoniales en los términos señalados en el artículo 1.444, lo cual pone de relieve el carácter excepcional que tiene el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales cuando existe separación judicialmente decretada.

La posibilidad que tienen los cónyuges de otorgar capitulaciones constante matrimonio y sustituir o modificar de esta manera el régimen económico matrimonial adquiere particular importancia práctica en dos supuestos: cuando los cónyuges están separados de hecho y cuando alguno de ellos es comerciante, rigiendo en ambos casos la sociedad de gananciales.

circunstancias» (ROCA TRÍAS, «Comentario a la sentencia del TS de 4 de diciembre de 1985» en *CCJC*, 1985, n.º 10, p. 3261). Este nuevo convenio exige aprobación judicial a pesar de que no hay en este precepto, como tampoco en el artículo 99, una referencia expresa a la necesidad de tal aprobación (cfr., artículos 90-VII y 91 CC y disp. ad. 6.ª-8 de la Ley de 7 de julio de 1981) (PEÑA, *Derecho de familia*, cit., p. 130, nota 88).

²²¹ ROCA TRÍAS, «Comentario a la sentencia del TS de 4 de diciembre de 1985», cit., p. 3261.

A) *Sustitución o modificación del régimen económico matrimonial para dotar de una adecuada reglamentación económica al matrimonio que está separado de hecho*

La publicación de la Ley de 2 de mayo de 1975 ha tenido una extraordinaria trascendencia para los cónyuges separados de hecho, ya que a través de capitulaciones otorgadas durante el matrimonio pueden establecer el régimen económico matrimonial más adecuado a su situación. En la Exposición de Motivos que acompañó al Proyecto de Ley que se publicó en el «Boletín Oficial de las Cortes» de 30 de octubre de 1974 se justificó la conveniencia de los pactos postnupciales en el hecho de que en grandes zonas de nuestro país (en casi todos los territorios con Derecho foral) han servido de cauce para resolver pacíficamente graves problemas, aludiéndose, sin duda, a los conectados a la situación de separación de hecho de los cónyuges.

En relación con la adecuada organización patrimonial de la situación de separación de hecho de los cónyuges, no dejaron, sin embargo, de plantearse problemas en la práctica, porque la Ley de 2 de mayo de 1975 había dejado intacta la normativa del CC sobre la sociedad de gananciales, como hemos apuntado anteriormente, apareciendo algunos de sus preceptos influenciados por el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial (en especial, los relativos al comienzo y a la disolución de la sociedad de gananciales).

El panorama ha variado sustancialmente con la promulgación de las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, pues no puede decirse ahora que la separación de hecho sea una situación desconocida para el CC. Por el contrario, la reconoce expresamente en su articulado para conferirle unos determinados efectos jurídicos, y no la tacha en ningún momento de ilícita²²². Es muy significativo que en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, de 14 de septiembre de 1979, se afirme que la circunstancia de ser la sociedad de gananciales el régimen de los matrimonios que conviven en armonía ha conducido a articular un flexible elenco de causas de disolución de la sociedad de gananciales. Éstas, junto con la libertad de otorgar capítulos después de la boda, han de obviar

²²² Como puntualiza VALPUESTA «(Los pactos conyugales de separación: historia y presente», cit., pp. 229 y ss.) la separación de hecho sufre una profunda remodelación en orden a su trascendencia jurídica, a causa de las dos leyes recientemente publicadas en materia de Derecho de familia, cuyos puntos de incidencia lo constituyen, de un lado, las reiteradas alusiones legales a la mencionada separación de hecho y, de otro, la concepción de la familia y del matrimonio que se perfila en la nueva legislación.

muchos de los inconvenientes que la comunidad presentaba en situaciones anormales del matrimonio.

En el ámbito de las relaciones patrimoniales de los esposos, los problemas que derivan de la situación de separación de hecho se solucionan de la mejor manera posible a través de las capitulaciones matrimoniales, adoptando el régimen de separación de bienes y estableciendo, en definitiva, la más absoluta separación de los patrimonios de uno y otro cónyuge, salvo que las circunstancias del caso aconsejen otra solución. Esto es perfectamente válido en virtud de lo que disponen los artículos 1.325 y 1.326 CC. La adopción del régimen de separación de bienes, que además se encuentra en la actualidad ampliamente regulado en el CC (artículos 1.435 a 1.444), va a determinar la disolución de pleno derecho de la sociedad de gananciales o del régimen de participación (artículos 1.392 y 1.415). Se podrá proceder de inmediato a la liquidación de la sociedad de gananciales o del régimen de participación, si bien, como ya dijimos, el artículo 1.396 no establece que haya de procederse a su liquidación imperativamente. En tanto que no se proceda a la misma, se estará ante un patrimonio consorcial no liquidado, conjugado con el régimen de separación de bienes.

En la escritura de capitulaciones matrimoniales pueden figurar, y de hecho figuran casi siempre, pactos referentes a los alimentos, al domicilio, al cuidado de los hijos y otros aspectos referentes a la separación personal de los cónyuges. El artículo 1.325 dispone que «en las capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio o cualesquiera disposiciones por razón del mismo». Según Martín Gancedo²²³, el inciso final de este precepto justifica ciertamente que dichos pactos o convenios figuren dentro de las capitulaciones matrimoniales²²⁴. Sin embargo, Amorós²²⁵ considera que, si bien cabe razonablemente entender que cuando el artículo 1.325 habla de «estipulación por razón del mismo» se está refiriendo a aquellos pactos que se establecen por razón del matrimonio y no sólo vinculados a la disciplina del régimen económico matrimonial²²⁶, tales estipulaciones han de ser de índole econó-

²²³ MARTÍN GANCEDO («Algunas consideraciones que plantean las capitulaciones matrimoniales...»), cit., p. 79.

²²⁴ Al lado de las convenciones económico-matrimoniales propiamente dichas, dice GARCÍA CANTERO (en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., p. 331), pueden integrar el contenido de los capítulos declaraciones relacionadas con el matrimonio y con la familia, pero pertenecientes a esferas jurídicas ajenas al régimen económico conyugal.

²²⁵ AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, cit., pp. 1522-1523.

²²⁶ La interpretación gramatical, la interpretación sistemática y la interpretación basada en la génesis de la norma justifican esta tesis. En el Proyecto de Ley de

mica, no estrictamente personal. Porque el fin de las capitulaciones es la regulación de los intereses patrimoniales, no personales, de los cónyuges. Y porque su regulación está contenida dentro del Título III, que se refiere al régimen económico matrimonial ²²⁷.

A nuestro juicio, el problema se puede zanjar satisfactoriamente acudiendo a la distinción, señalada por Lacruz ²²⁸, entre *negotium* e *instrumentum*, es decir, la escritura de capitulaciones es un instrumento público que como tal puede tener un contenido muy diverso; además de los pactos, estipulaciones y declaraciones directamente relativos al régimen patrimonial, todos aquellos que puedan constar en escritura pública. Por consiguiente, no cabe duda de que podrán figurar de esta manera los pactos de carácter personal que hemos mencionado.

Teniendo en cuenta una ponencia de la Comisión de Cultura del Colegio Notarial de Barcelona (formada por Beaus, Masoliver, Vallet Mas y Pérez Maynar), Vallet de Goytisoló ²²⁹ considera que si bien pueden constar en capitulaciones matrimoniales los pactos que regulen la separación personal de los cónyuges y el cuidado de los hijos, aunque no sean materia propiamente dicha de las capitulaciones, no parece conveniente mezclar en un solo documento los pactos sobre la separación domiciliar de los cónyuges y el cuidado de los hijos con los pactos típicamente capitulares. Varias razones lo justifican: a) inadecuación de la materia; b) delicadeza, para no exhibir la situación de crisis matrimonial; c) prudencia, por si prevaleciera el criterio de la total invalidez del documento de separación, para preservar de toda duda las capitulaciones y para no dejar involucradas en un mismo documento convenciones válidas y otras que no lo son ²³⁰.

1979, antecedente inmediato de la Ley de 13 de mayo de 1981, el artículo 1.325 estaba redactado en estos términos: «En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular las condiciones de la sociedad conyugal relativas a sus bienes presentes y futuros o modificar éstas o el régimen legal». Y añadía a continuación: «Podrán contener, asimismo, cualquier pacto por razón de matrimonio».

²²⁷ Tampoco PEÑA (*Derecho de familia*, cit., p. 195, nota 8) cree que deba referirse la expresión «disposiciones» a materias ajenas a la economía del matrimonio (cfr., la rúbrica del título en el que el artículo se encuentra) y menos para ver en la expresión una inflexión de la prohibición de pactar sobre materias fuera del comercio (patria potestad, condiciones del matrimonio o del divorcio, etc.).

²²⁸ LACRUZ, *Elementos del Derecho Civil*, IV, cit., p. 347.

²²⁹ VALLET DE GOYTISOLO, «Las capitulaciones matrimoniales y su modificación», cit., p. 277.

²³⁰ Tras las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, ofrece pocas dudas la validez de los pactos sobre separación de domicilios, alimentos (pago de una pensión) y cuidado de los hijos. En este sentido VALPUESTA («Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente», cit. ant.; RUEDA, «Efectos patrimoniales de la separación matrimonial de hecho», *RDN*, 1984, pp. 268 y ss.; Díez-PICAZO, «Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad», *ADC*, 1982, p. 11; VALLET DE GOYTISOLO, «Las capitulaciones matrimoniales y su modi-

La validez de los tan controvertidos pactos de separación de hecho es plenamente reconocida por nuestra jurisprudencia en la actualidad, con independencia de que figuren o no en capitulaciones matrimoniales. Según la importante sentencia del TS de 31 de enero de 1985²³¹, no ataca a la moral ni a las buenas costumbres que la esposa, que después formuló demanda de separación perpetua ante el Tribunal Eclesiástico contra su marido, con anterioridad convenga con él una separación extrajudicial y resuelvan provisionalmente sobre la custodia y cuidado de los hijos sin afectar, como su propia conducta revela, a los fines y esencia del vínculo conyugal, y asimismo es perfectamente válida y admisible la escritura de capitulaciones para variar el régimen económico de bienes del matrimonio y tratando de liquidar el extinguido, sin afectar a cuestiones de competencia del Tribunal correspondiente acerca de la separación definitiva o sobre el vínculo.

Hay que observar que, en el caso de la sentencia, los cónyuges litigantes otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales cuyo objeto principal fue sustituir el régimen de gananciales que existía entre ellos por otro de separación de bienes, y en documento privado, con el fin de evitar litigios entre ellos, los mismos cónyuges acuerdan separarse de hecho, y también sobre la situación de los hijos y vivienda familiar en la que había de continuar la esposa con sus tres hijos menores de edad.

Como apuntamos anteriormente, si las capitulaciones matrimoniales son la antesala de la separación o del divorcio no hay obstáculo que oponer a que el texto del convenio regulador (que habitualmente se formaliza en documento separado) se incorpore a la escritura capitular.

De la Cámara²³² afirma que un pacto capitular cuyo objeto sea prever y regular algún efecto consiguiente a la separación o al divorcio tiene, en principio, valor meramente preventivo y sólo estará llamado a surtir efecto si los cónyuges se separan o se divorcian. Mas, si se da esta circunstancia, no hay razón para que el acuerdo carezca de fuerza vinculante; la tendrá en la medida en que la tienen todos los convenios a que alude el artículo 90 y deberá pasar por el tamiz de la homologación judicial, que no puede ser denegada discrecionalmente.

La Ley de 2 de mayo de 1975 se había limitado a ofrecer una vía idónea para que los cónyuges solucionasen amistosamente algunos de los numerosos problemas que surgen cuando el matrimonio está separado de hecho. Si uno de los cónyuges se negaba

ficación», cit., pp. 277 y ss.; DE LA CÁMARA, «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», cit., pp. 21 y ss.

²³¹ Comentada por RUBIO TORRANO, en *CCJC*, 1985, n.º 7, pp. 2357 y ss.

²³² DE LA CÁMARA, «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», cit., pp. 48-49.

a otorgar capitulaciones matrimoniales, no era posible la disolución de la sociedad de gananciales y la adopción del régimen de separación de bienes, salvo que se acudiese a la vía judicial (artículo 73 CC), por ser preciso el acuerdo de los cónyuges para otorgar capitulaciones matrimoniales (artículo 1.320 CC), y tampoco, al faltar la voluntad de uno de los cónyuges, podían solucionarse convencionalmente los restantes problemas que planteaba la situación de separación de hecho.

Como señalamos anteriormente, el panorama ha variado sustancialmente con la promulgación de las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, que ofrecen cauces para remediar en buena medida los problemas planteados. Ya no puede decirse que la separación de hecho sea una situación desconocida para el CC. Por el contrario, la reconoce expresamente en su articulado para darle unos determinados efectos jurídicos, y no la tacha en ningún momento de situación ilícita y antijurídica en sí misma ²³³.

En el terreno patrimonial, si los cónyuges separados de hecho no se ponen de acuerdo para disolver la sociedad de gananciales o el régimen de participación mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, es posible que uno de los cónyuges pida a la autoridad judicial la extinción de la sociedad de gananciales o del régimen de participación demostrando simplemente que dura la separación de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar (artículo 1.393-3.º CC). Si la autoridad judicial decreta la disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación, regirá el régimen de separación de bienes (artículo 1.435-3.º CC) y se procederá a la liquidación de la sociedad de gananciales o del régimen de participación (artículo 1.396 CC).

De la manera descrita nuestro legislador de 1981 ha abierto un amplio cauce a la posibilidad de la disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación a instancia de uno de los cónyuges, existiendo separación de hecho, y cumpliéndose las condiciones del mencionado artículo 1.393-3.º; lo cual parece algo perfectamente justificado, puesto que una distribución igualitaria de los lucros matrimoniales sólo tiene sentido cuando la ganancia es obra de una colaboración entre cónyuges, es decir, cuando hay entre ellos comunidad de vida. Esta norma está cla-

²³³ Como dice VALPUESTA («Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente», cit., pp. 229 y ss.), la separación de hecho sufre una profunda remodelación en orden a su trascendencia jurídica, a causa de las dos leyes recientemente publicadas en materia de Derecho de familia, cuyos puntos de incidencia lo constituyen, de un lado, las reiteradas alusiones legales a la mencionada separación de hecho y, de otro, la concepción de la familia y el matrimonio que se perfila en la nueva legislación.

ramente relacionada con la propuesta que hiciera Díez-Picazo²³⁴, que solicitaba una flexibilización de las causas de disolución y que insistía en la idea de que la comunidad de ganancia tiene sentido ligada a la comunidad de vida. Fuera de esta causa, el CC no prevé expresamente otra de disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación por separación de hecho de los cónyuges. Sin embargo, no deja de ser chocante que, por esta vía, un cónyuge que lleva separado largo tiempo del otro, al amparo de la subsistencia (formal) de la sociedad de gananciales, pueda tener derecho a los bienes ganados por su consorte en ese período de separación, en el que no ha existido la comunidad de vida en que se justifica este régimen. Y lo mismo vale para el régimen de participación. Y más chocante aún, si esa separación de hecho no es simplemente un inciso o paréntesis (más o menos dilatado) en la vida de un matrimonio, que concluye con una reconciliación, sino una situación irreversible que perdura hasta la disolución del matrimonio o, al menos, hasta la del régimen. Ante este problema, Morales²³⁵, después de exponer las raíces históricas en que se funda la base de la comunicación de ganancias propia de ciertos regímenes como el ganancial o el de participación (la vida en común de los cónyuges), pone acertadamente de relieve que la justificación para suspender la comunicación de ventajas durante la separación de hecho podría encontrarse, para el régimen de gananciales, en la quiebra de los presupuestos o razones en que el mismo se basa; razones que presentes en nuestros textos históricos fueron tomadas en cuenta por nuestros autores en el momento inicial del matrimonio, y que, en relación con los momentos posteriores del mismo, no deben encontrar hoy, tras la reforma, los obstáculos que en otro tiempo pudieran existir. Para el régimen de participación valen esas mismas razones, y quizá aún puedan verse reforzadas si tomamos en consideración la propia causa de la estipulación capitular que lo ha establecido.

En todo caso de separación de hecho —y sobre todo en los casos de abandono o en los de separación de hecho consentida— puede ir contra la buena fe o constituir abuso de derecho ejercer el derecho a la comunicación de ganancias: artículo 7.º CC y doctrina de las sentencias del TS de 13 de junio de 1986 (dada en relación con la reclamación de viudedad aragonesa), 17 de

²³⁴ Díez-PICAZO, «Capacidad de la mujer casada y economía conyugal (Ideas para una reforma del régimen de bienes del matrimonio)», *ADC*, 1975, pp. 859 y ss.; *Estudios de Derecho civil*, I, Madrid, 1980, pp. 56 y ss.; *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, Madrid, 1984, p. 1785.

²³⁵ MORALES, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, Madrid, 1984, pp. 1825-1827, y *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, pp. 817-818.

junio de 1988 y 23 de diciembre de 1992 (en relación con la sociedad de gananciales)²³⁶. Concretamente afirma el TS en la sentencia citada en segundo lugar que, como ya declaró la sentencia de esta Sala de 13 de junio de 1986, cuya doctrina procede reiterar, la libre separación de hecho (aquí mantenida de 1942 a 1977) excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo como propone la recurrente significa un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso del derecho que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social (artículo 3.º-1 CC). Debe razonarse con la citada sentencia —con la que concuerda la de 26 noviembre de 1987— que, rota la convivencia conyugal con el asentimiento de la mujer, reiterado luego al consentir la adopción, no puede ahora reclamar sus derechos pasados más de treinta años, en que se mantuvo en esa situación, para obtener unos bienes a cuya adquisición no contribuyó en absoluto, pues tal conducta, contraria a la buena fe, conforma uno de los requisitos del abuso de derecho al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos (consistentes en la protección del matrimonio convivente), teleológicos y sociales (esto es, la seguridad en las relaciones mantenidas por el afecto de los cónyuges), lo cual constituye el ejercicio anormal de un derecho que los Tribunales deben impedir en aplicación del artículo 7.º-2 CC.

Según García Urbano²³⁷, tal vez, *lege ferenda*, convendría incluir la separación prolongada entre las causas de extinción automática del consorcio ganancial.

Se observa que sólo cuando ha transcurrido un año desde que comenzó la separación de hecho puede solicitarse al Juez la disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación. Esto determina que, al menos durante este plazo, a pesar de existir separación de hecho tenga que regir necesariamente uno u otro régimen, a no ser que en capitulaciones matrimoniales los cónyuges acuerden otro régimen (normalmente, el de separación de bienes, que parece el más adecuado en las situaciones de crisis matrimonial). No obstante, el hecho de que la Ley de 13 de mayo de 1981 haya establecido un sistema de administración conjunta de la sociedad de gananciales (artículos 1.375 y ss.), comprendiendo dentro de él las facultades de administración en sentido estricto y de disposición, evita en buena medida el grave problema que existiendo separación de hecho planteaba el anterior sistema, pues la respectiva posición de marido y mujer en la administración

²³⁶ En este sentido, PEÑA (*Derecho de familia*, cit., p. 139, y MONTÉS, *Derecho de familia*, cit., p. 225.

²³⁷ GARCÍA URBANO, *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, II, cit., p. 763.

y disposición de los gananciales se encontraba desequilibrada en favor del marido (los antiguos artículos 1.412 y 1.413). La reforma, se dice en la Exposición de Motivos del Proyecto de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio de 14 de septiembre de 1979, al atribuir la gestión a ambos cónyuges, sin distinción ni ventaja para ninguno, ha tenido muy en cuenta la necesidad de agilizar los negocios y operaciones de cada uno de ellos; de impedir el bloqueo de los del uno por el otro, y de salvaguardar el interés y las legítimas expectativas de los terceros que contratan exclusivamente con el marido o la mujer, mediante la previsión de una serie de supuestos en los cuales la legitimación para administrar, disponer y obligarse puede ser indistinta o individual. Las formas de legitimación indistinta o individual, a que se alude en esta Exposición de Motivos, para los actos de administración y disposición, contempladas en la normativa del CC (artículos 1.375 a 1.391), son fundamentales para crear una situación patrimonial de cierta flexibilidad, que facilita las actuaciones de los cónyuges separados. Además, cuando en la realización de actos de administración fuere necesario el consentimiento de ambos cónyuges y uno se negare injustificadamente a ello (lo cual es factible cuando existe separación de hecho), podrá el Juez suplirlo si encontrare fundada la petición (artículo 1.376). Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requiere el consentimiento de ambos cónyuges. Si uno lo negare, podrá el Juez, previa información sumaria, autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente, acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes (artículo 1.377). En relación con las obligaciones contraídas para atender las cargas conyugales, rige la regla del artículo 1.368, según el cual responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales. El artículo 1.388 también contempla expresamente la separación de hecho afirmando que los Tribunales podrán conferir la administración (de los gananciales) a uno solo de los cónyuges cuando hubiere abandono de la familia o existiere separación de hecho.

El deseo de prevenirse del riesgo de los actos dispositivos o gestión patrimonial que entrañen daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad de gananciales, muy a tener en cuenta cuando existe separación de hecho, ha sido acogido en la Ley de 13 de mayo de 1981. Según los artículos 1.390 y 1.391, si como consecuencia de un acto de administración o disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiese éste obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un

daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto, y cuando el cónyuge hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte será, en todo caso, de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior, y además, si el adquirente hubiere procedido de mala fe, el acto será rescindible. Estos artículos se completan con el 1.393-2.º, por cuya virtud se puede pedir al Juez la disolución de la sociedad de gananciales (o del régimen de participación) por venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.

El establecimiento de un deber de los cónyuges de informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya (artículo 1.383) es una medida prudente de legislador. Ciertamente la separación de hecho implica una grave crisis matrimonial, que puede motivar que uno de los cónyuges lleve a cabo actividades económicas sin dar noticia de ellas al otro. El artículo 1.393-4.º, en clara conexión con el artículo 1.383, dispone que concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales (también el régimen de participación), a petición de uno de los cónyuges, «por incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas».

B) Modificación en virtud de capitulaciones postnupciales de lo dispuesto en el Código de Comercio sobre la responsabilidad de los bienes del matrimonio por las obligaciones contraídas por el cónyuge comerciante

Alterando profundamente la situación jurídica de la mujer casada, la Ley de 2 de mayo de 1975 configuró un específico régimen jurídico sobre las facultades de disposición del cónyuge comerciante y la responsabilidad de los bienes conyugales por las obligaciones contraídas por éste a consecuencia del ejercicio del comercio. Este régimen aparece en los artículos 6.º a 12 del Código de Comercio, que no han sido reformados por la Ley de 13 de mayo de 1981. La remisión que hace el artículo 1.365 CC, en su último párrafo, a lo dispuesto en el Código de Comercio parece evidenciar que no han sido derogados los citados preceptos²³⁸.

²³⁸ Ello no impide la necesidad de interpretar las normas subsistentes del Código de Comercio ajustadamente a los principios actualmente vigentes en la regulación de la sociedad de gananciales (BLANQUER, «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones», cit., p. 71, nota 42).

No está claro que los artículos 6.º a 12 del Código mercantil tengan idéntico

La regulación del Código de Comercio puede resumirse de la siguiente manera: Quedan obligados, en primer lugar, los bienes propios del cónyuge comerciante, así como los adquiridos con las resultas del comercio (artículo 6.º). Los demás bienes comunes quedarán obligados cuando exista el consentimiento del otro cónyuge, pudiendo ser este consentimiento expreso o presunto (artículos 6.º, 7.º y 8.º). Los bienes propios del cónyuge del comer-

significado al que tenían antes de 1981 (RAGEL, «Ejecución de bienes gananciales por deudas de un cónyuge», cit., pp. 124-125).

No es lógico ni conveniente someter a dos disciplinas distintas, desde el punto de vista que proporciona el régimen económico matrimonial, el ejercicio de la profesión propia de uno de los cónyuges (la comercial y todas las demás); sin embargo, ello es obligado a la vista del Derecho positivo, por lo que hay que estudiar separadamente la gestión profesional y la gestión comercial (RAMS, *La sociedad de gananciales*, cit., p. 249). La reforma de la sociedad incide de forma directa sobre la interpretación de los artículos 6.º a 11 del Código de Comercio que requiere una heterointegración a pesar de la incondicionada remisión efectuada por el párrafo final del artículo 1.365... Sería conveniente revisar los artículos 6.º a 11 del Código de Comercio para adaptarlos a las nuevas orientaciones (RAMS, *La sociedad de gananciales*, cit., pp. 348 y 350).

El resultado de la reforma operada no ha sido satisfactorio, en especial si se piensa que los preceptos del Código de Comercio (en particular los artículos 6.º a 12) han de combinarse con los del CC, que ha sufrido posteriormente una profunda modificación en lo relativo al régimen económico matrimonial (SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1992, p. 57).

El propio inciso final del número 2 del artículo 1.365 CC es problemático. Dicho inciso se refiere a la responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones que un cónyuge haya contraído en el ejercicio del comercio. En este punto hay, pues, una remisión clara. Pero no puede echarse en olvido que los artículos 6.º y siguientes del Código de Comercio (en particular el artículo 6.º) abordan dos temas distintos: el concerniente a la responsabilidad de los bienes comunes (además de los privativos) por razón de las obligaciones contraídas en el ejercicio del comercio y, en segundo lugar, el que se refiere a las facultades dispositivas de los cónyuges sobre los bienes adquiridos con las resultas de la explotación mercantil.

Ahora bien, al constituir el objeto del artículo 1.365 (y por consiguiente, el de su inciso final) especial y únicamente el tema de la responsabilidad queda en la penumbra si en lo demás debe aplicarse no ya el artículo 6.º y siguientes del Código de Comercio sin la disciplina civil sobre la administración y disposiciones de los bienes comunes, lo que significaría, por consiguiente, que la Ley de 13 de mayo de 1981 ha derogado el artículo 6.º en cuanto el mismo faculta al cónyuge comerciante para disponer de los bienes adquiridos con las resultas del ejercicio del comercio (DE LA CÁMARA, «Actos de disposición sobre bienes gananciales. Algunas notas para su estudio», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, II, Madrid, 1988, p. 145).

La poca atención que mereció al legislador de 1981 el supuesto tan frecuente de que uno de los cónyuges, casado bajo el régimen de gananciales, ejerza el comercio y la escueta remisión a las disposiciones del Código de Comercio que luce al final del artículo 1.365 plantea toda una serie de problemas muy serios que hay que considerar con atención, aunque su solución no siempre resulte fácil (un riguroso análisis de estos problemas por DE LA CÁMARA, «Actos de disposición sobre bienes gananciales», cit., pp. 146 y ss., y «El ejercicio del comercio por persona casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales», en *Academia sevillana del notariado*, Madrid, 1989, pp. 289 y ss.

ciente sólo quedarán obligados si el mismo lo consiente de manera expresa en cada caso (artículo 9.º). Es posible revocar libremente el consentimiento anteriormente otorgado (artículo 10) u oponerse para evitar que se produzca el consentimiento presunto, pero la revocación o la oposición, al igual que el consentimiento expreso, tendrán que constar, a efectos de tercero, en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil. Los de revocación no podrán, en ningún caso, perjudicar derechos adquiridos con anterioridad (artículo 11). Por último, el artículo 12 establece que lo dispuesto en los artículos anteriores se entiende sin perjuicio de pactos en contrario contenidos en capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro Mercantil.

Estas reglas, con independencia de otros inconvenientes, parten del presupuesto de la distinción entre bienes propios y bienes comunes, y dentro de éstos, a su vez, entre los adquiridos dentro y fuera de la actividad mercantil, lo que en la práctica resulta muy difícil de probar²³⁹.

En la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975 se explica la *ratio* del artículo 12 del Código de Comercio. Tras declarar que ha de reputarse como norma básica la del artículo 12, pues el pacto es el modo más directo de organizar los propios intereses y la inscripción en el Registro Mercantil la única forma segura de una publicidad general, se dice en aquélla lo siguiente: «No obstante, al llevarse a cabo la reforma ha resultado indispensable contemplar también la hipótesis de que por falta de previsión o de acuerdo no se llegue a una solución convencional hecha pública por el Registro, y como régimen legal supletorio se ha establecido el que reflejan los artículos 4.º a 11, guiados todos del propósito de facilitar el ejercicio del comercio por cualquiera de los cónyuges, eliminando también aquí el rigor de la vieja regla de la autoridad marital».

Las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse durante el matrimonio, con lo cual la libertad de pacto contemplada en el artículo 12 puede hacerse efectiva en virtud de capitulaciones postnupciales. Normalmente será durante el matrimonio cuando se aprecie la conveniencia de alterar, mediante el otorgamiento de capitulaciones, el régimen previsto en los referidos preceptos del Código de Comercio. Existen razones que pueden aconsejarlo: las capitulaciones matrimoniales en que se estipula que todos los bienes comunes quedan sujetos a las resultas de la actividad comercial de un cónyuge pueden ser muy beneficiosas para el desarrollo de la misma, al aumentar las posibilidades de obtención de créditos y ofrecer una mejor garantía a los futuros acreedores del cónyuge comerciante, evitando el delicado problema que sus-

²³⁹ SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, cit., p. 58.

cita la prueba de la determinación de los bienes obtenidos de la actividad empresarial por el cónyuge comerciante ²⁴⁰.

A pesar de la amplitud con que está redactado el artículo 12 del Código de Comercio y de lo afirmado en la mencionada Exposición de Motivos, es preciso cuestionar si el sistema de responsabilidad establecido por el artículo 6.º del Código de Comercio puede ser modificado a través de capitulaciones matrimoniales. Para solucionar este problema es necesario examinar autónomamente una serie de supuestos, en base al posible objeto de las capitulaciones: 1.º Que la responsabilidad por razón de las obligaciones contraídas por el cónyuge comerciante pueda hacerse efectiva sobre todo el patrimonio común; 2.º Que de las obligaciones mercantiles responderán no sólo los bienes comunes, sino también los privativos de los cónyuges; 3.º Que quede excluida la responsabilidad de los bienes comunes (entre los que hay que incluir los adquiridos con el ejercicio del comercio por cualquiera de los cónyuges), de modo que la responsabilidad por las obligaciones contraídas en el ejercicio del comercio sólo alcance a los bienes privativos de uno o de ambos cónyuges; 4.º Que sólo queden obligados los bienes adquiridos con las resultas del comercio.

A nuestro juicio, ningún obstáculo cabe oponer a la licitud de la primera hipótesis. Según el artículo 6.º del Código de Comercio, «para que los demás bienes comunes queden obligados será necesario el consentimiento de ambos cónyuges». Este consentimiento puede plasmarse en capitulaciones matrimoniales, consintiendo ambos cónyuges. De esta manera los cónyuges no hacen otra cosa que adoptar la solución que, con carácter general, se establece en nuestro CC sobre la responsabilidad de los gananciales por las deudas derivadas del ejercicio ordinario de las pro-

²⁴⁰ Se trata de los beneficios dimanantes de la explotación empresarial, juntamente con los bienes en que tales beneficios se han materializado (PÉREZ-JOFRE, «El cónyuge comerciante con oposición de su consorte y la sociedad de gananciales», *AAMN*, 1987, XXVIII, pp. 210 y ss., que expone las diversas teorías, incliniéndose por la mayoritariamente defendida (DE LA CÁMARA, OLIVENCIA, LACRUZ, GARRIGUES, BROSETA y GARCÍA VILLAVERDE).

Se divide, así, la masa de bienes gananciales, en los ganados con el comercio, gravados con la responsabilidad del mismo, y en los obtenidos de otro modo, libres de tal responsabilidad, considerando ILLESCAS («El ejercicio del comercio por persona casada tras la Ley de 2 de mayo de 1975», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uria*, Madrid, 1978, pp. 309 y ss.) a los de la primera clase como un «verdadero patrimonio separado», a los que se oponen con toda razón LACRUZ (*Elementos de Derecho civil*, IV, cit., p. 458) y DE LOS MOZOS (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVIII-2.º, cit., p. 288). Según SÁNCHEZ CALERO (*Instituciones de Derecho mercantil*, cit., p. 57) conviene partir de la idea de que el empresario individual, casado o soltero, no crea un patrimonio mercantil separado que responda exclusivamente de las deudas resultantes del ejercicio de su actividad. A nuestro juicio, no solamente falta la normativa autónoma que le fuera aplicable, sino también los criterios objetivos y subjetivos para una separación fáctica.

fesiones en general (artículo 1.365-2.º CC). Precisamente, lo que hace el artículo 1.365, en su último párrafo, es exceptuar la aplicación del número 2.º del mismo cuando el marido o la mujer fuesen comerciantes, caso en que se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio. No han faltado autores ²⁴¹ que, con buen criterio, destacan lo difícil que resulta comprender las razones por las que se siguen unos criterios para el ejercicio ordinario de las profesiones en general (artículo 1.365-2.º) y otro para la profesión mercantil ²⁴². Ante los acreedores mercantiles del cónyuge comerciante sólo responden directamente *ex lege* los bienes gananciales que éste haya adquirido con la explotación de su actividad empresarial (artículo 6.º del Código de Comercio), mientras que si el cónyuge ejerce profesión, arte u oficio, del cumplimiento de las deudas por esta actividad contraídas, responden todos los bienes gananciales del matrimonio (artículo 1.365-2.º CC). Con lo cual, resultan más protegidos y de mejor posición los acreedores civiles del cónyuge que ejerce estas últimas actividades, que los acreedores del que ejerce una actividad empresarial. Y ello porque estos últimos, para contar con la responsabilidad de todos los bienes gananciales, necesitan el consentimiento de ambos cónyuges (artículo 6.º del Código de Comercio), mientras que aquéllos lo poseen por mandato de la ley (artículo 1.365-2.º CC). Según Díez-Picazo y Gullón ²⁴³, no existe fundamento para mantener un régimen distinto o privilegiado para el comerciante, y aquella remisión (la del artículo 1.365-2.º) parece que se hace pensando en la futura reforma del Código de Comercio.

²⁴¹ Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, cit., pp. 194-195; BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1990, p. 81; VICENT CHULIÀ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Barcelona, 1991, p. 114; BLANQUER, «Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge», *RDN*, 1981, p. 69; PÉREZ-JOFRE, «El cónyuge comerciante con oposición de su consorte y la sociedad de gananciales», cit., pp. 231-232; GUILARTE GUTIÉRREZ, «Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales», cit., p. 473.

²⁴² Para ABELLO («Notas sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales», *RDP*, 1982, p. 808), la razón de esta diferencia de trato se encuentra en que el ejercicio del comercio lleva inherente un riesgo de pérdidas mayor que el ejercicio profesional, ya que en éste la aportación es, principalmente, de trabajo y sólo accesoriamente de capital.

Algunos autores destacan, sin embargo, que el problema es más aparente que real, pues sostienen que la responsabilidad por deudas mercantiles coincide sustancialmente con la derivada del ejercicio de cualquier profesión. El consentimiento tácito del cónyuge no comerciante está formulado en términos tan amplios (ausencia de oposición expresa) que en la práctica también los restantes gananciales estarán obligados a las resultas del ejercicio del comercio (RUEDA y RUEDA, «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981», *RDP*, 1982, pp. 577-578).

²⁴³ Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, cit., p. 195.

En relación con la segunda hipótesis, De la Cámara ²⁴⁴ señala que parece un poco fuerte que el cónyuge del comerciante obligue su patrimonio privativo, sin posibilidad de revocación, a las resultas de la actividad mercantil del otro. No obstante, si se tiene en cuenta que cuando un cónyuge afianza obligaciones del otro, la fianza es irrevocable frente al acreedor o acreedores, el escrúpulo apuntado no tiene carácter decisivo.

A nuestro juicio, ninguna de las limitaciones establecidas en el artículo 1.328 CC se opone a la licitud de este pacto capitular. No puede decirse que el mismo sea limitativo de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge, ni está en contra de la ley o las buenas costumbres, ya que el poder de administración de sus bienes privativos lo sigue teniendo el cónyuge del comerciante y la actividad comercial desarrollada por el otro normalmente será beneficiosa para la familia.

Mayores dudas presenta la licitud de las hipótesis tercera y cuarta. La mayor parte de los autores ²⁴⁵ señala que la seguridad del tráfico y los intereses de terceros exigen que cualesquiera que sean los pactos incluidos en las capitulaciones matrimoniales existan unos bienes que como mínimo queden sujetos en todo caso a las resultas del ejercicio del comercio por el cónyuge comerciante. Y esa es evidentemente la finalidad del artículo 6.º del Código de Comercio: los terceros pueden confiar en que, cualquiera que sea el contenido de las capitulaciones matrimoniales, el cónyuge comerciante responderá de las obligaciones contraídas en su actividad comercial, por lo menos con sus bienes propios y con los que hubiera obtenido por medio de esa actividad. Ciertamente, las normas que establecen la responsabilidad civil de las personas son siempre de derecho necesario por afectar a los terceros, lo cual justifica el carácter imperativo del artículo 6.º, frase primera.

Frente a esta argumentación, sin embargo, podría argüirse la amplia dicción del artículo 12 del Código de Comercio y lo afirmado en la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de

²⁴⁴ DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1977, pp. 94-95.

²⁴⁵ TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, cit., p. 1691; OLIVENCIA, «Significado de la reforma del Código de Comercio, en «Curso de conferencias sobre la reforma de los Códigos Civil y de Comercio por la Ley 14/1975 de 2 de mayo», Madrid, 1978, p. 171; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, IV, cit., p. 456; GARRIGUES y BERCOVITZ, *Curso de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1976, pp. 279 y ss.; DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho mercantil*, I, cit., p. 95; BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, cit., pp. 80-81; GARCÍA VILLAVARDE, «El ejercicio del comercio por persona casada», *RDM*, 1982, p. 524; RAGEL, «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», cit., p. 130; LÓPEZ SÁNCHEZ, «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13-5-1981», *RJC*, 1983, p. 599.

1975. Pérez Sanz²⁴⁶ ha propuesto una solución conciliadora: Cree que Bercovitz está en lo cierto cuando afirma que la seguridad del tráfico y los intereses de terceros, así como la propia mecánica del comercio, exigen que queden, como mínimo, conectados con la actividad mercantil del cónyuge comerciante los bienes adquiridos por medio de esta actividad. Hay que reconocer que el tráfico mercantil actúa más sobre situaciones de hecho que en conexión con el Registro Mercantil. Pero considera que, para no violentar la interpretación de los artículos 6.º y 12 del Código de Comercio, el pacto capitular que nos ocupa es válido *inter partes*, pero no puede oponerse a terceros como contrario a la seguridad y a las singularidades del tráfico mercantil.

Estimamos que es preciso tener en cuenta, ante todo, que el contenido de la Exposición de Motivos, en la que se dice que como régimen legal supletorio se ha establecido el que reflejan los artículos 6.º a 11, no tiene valor vinculante. Por ello no parece excesivamente convincente la argumentación puramente literalista. El artículo 12 no es modelo de formulación de un texto legal: ¿Lo dispuesto en los artículos comprende también el 1.º, que habla de quiénes son comerciantes, o el 4.º, número 2? Todo indica que es preciso examinar cada uno de los artículos anteriores al 12 del Código de Comercio, para apreciar su naturaleza, dispositiva o imperativa, y determinar de esta manera si pueden o no ser modificados en virtud de pacto capitular. Por todo ello, el mínimo de responsabilidad determinado en el artículo 6.º del Código de Comercio, no puede de manera alguna ser excluido o limitado por el carácter marcadamente imperativo que tiene este precepto. La seguridad del tráfico y los intereses de terceros exigen que queden, como mínimo, sujetos a la responsabilidad derivada de la actividad del cónyuge comerciante, los bienes adquiridos por medio de la misma. Por constituir el artículo 6.º una norma que configura la responsabilidad del cónyuge comerciante, el pacto capitular que suprime o disminuye tal responsabilidad estaría en contra de una norma imperativa (de orden público) y sería nulo (artículo 1.328 CC), tanto *inter partes* como frente a terceros, pues la sanción de la nulidad absoluta no autoriza mantener la validez del pacto entre los cónyuges.

En conexión con lo dispuesto en el artículo 12 del Código de Comercio, no se pone en duda que, además de poderse modificar en puntos concretos, dentro de la sociedad de gananciales, lo establecido en los artículos 6.º a 11²⁴⁷, en la medida en que ello

²⁴⁶ PÉREZ SANZ, «La situación jurídica de la mujer casada, derechos y deberes de los cónyuges», *RDN*, 1976, pp. 243-244.

²⁴⁷ Al hablar de bienes comunes, el Código de Comercio parte sin duda del supuesto más frecuente de matrimonio sometido al régimen de la sociedad de gananciales (URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1992, p. 159).

sea posible, los cónyuges están facultados para sustituir el régimen de gananciales en virtud de capitulaciones otorgadas constante matrimonio. Lo más frecuente será la adopción del régimen de separación de bienes, que reemplazará al de gananciales, no aplicándose lo previsto en los artículos 6.º a 11 del Código de Comercio ²⁴⁸, con lo cual, frente a los acreedores futuros del cónyuge comerciante, sólo responderán los bienes propios de éste, quedando a salvo los del otro. Como destaca Montés ²⁴⁹, uno de los principios en que se apoya el régimen de separación de bienes es el de separación de responsabilidad, totalmente coherente con la naturaleza del régimen de separación ²⁵⁰.

A nuestro entender, puede ser conveniente que los cónyuges adopten el régimen de separación de bienes cuando el cónyuge comerciante proyecte llevar a cabo actividades mercantiles especialmente arriesgadas. Precisamente, Vallet de Goytisoló ²⁵¹ señala, como hemos apuntado antes, que una de las causas principales que determina que los cónyuges modifiquen su régimen económico matrimonial es la relativa a la previsión de reveses de fortuna o de riesgos profesionales en la actividad de uno de los cónyuges, con el deseo de deslindar responsabilidades y riesgos económicos con el otro, separando sus respectivos patrimonios y liquidando, en su caso, la sociedad conyugal.

También Magariños ²⁵² se refiere al supuesto de que los cónyuges disuelvan la sociedad de gananciales y adopten el régimen de separación de bienes en virtud de capitulaciones matrimoniales para poner a cubierto una parte importante de los bienes del matrimonio cuando uno de ellos es comerciante o está dedicado a una actividad arriesgada desde el punto de vista económico.

Los acreedores futuros del cónyuge comerciante habrán de tener en cuenta el régimen de separación de bienes, si es el que se ha adoptado en capitulaciones matrimoniales, y la aplicación del artículo 1.440 CC (las obligaciones contraídas por cada cónyuge

²⁴⁸ En el régimen de separación de bienes no se produce ninguna peculiaridad por el hecho de que uno de los cónyuges, o ambos, ejerzan el comercio: corresponde a cada uno de los cónyuges la administración, goce y libre disposición de sus bienes (artículo 1.437 CC).

²⁴⁹ MONTÉS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, Madrid, 1984, p. 1946.

²⁵⁰ Este es el principio que recoge el artículo 1.440 CC, al disponer que las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad. No obstante, en cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1.319 y 1.438 de este Código.

²⁵¹ VALLET DE GOYTISOLO, «Las capitulaciones matrimoniales y su modificación», cit., pp. 274-275, y «Las capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio, en previsión de reveses de fortuna», cit. ant.

²⁵² MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», cit., pp. 47-48.

serán de su exclusiva responsabilidad), en la medida en que éstas le sean oponibles por haberse inscrito en el Registro Mercantil (artículos 12 y 21-9 del Código de Comercio y 92-3.^a del Reglamento del Registro Mercantil), o por haber tenido conocimiento de su existencia al contratar con el cónyuge comerciante. Nótese que los derechos de crédito habrán sido adquiridos con posterioridad a la adopción del régimen de separación de bienes.

2.^a *Los cónyuges pueden hacer depender la vigencia del régimen económico matrimonial del cumplimiento de una condición o de la llegada de un término.* Hemos visto que, cuando regía el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, la mayor parte de la doctrina estimó que la condición y el término no tenían cabida. Tras la reforma de 2 de mayo de 1975, algún autor puso trabas al posible juego de la condición y del término en relación con la vigencia de la sociedad de gananciales. Según García Cantero ²⁵³, al haberse aceptado el principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial en el artículo 1.320, no parece haber inconveniente para admitir el término inicial o final, aunque para el primero haya de tenerse en cuenta el artículo 1.393 respecto al régimen legal. No faltaron autores ²⁵⁴, sin embargo, que se inclinaron resueltamente por el libre juego del término y de la condición, incluso con relación a la sociedad de gananciales, debido a la supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial por la Ley de 2 de mayo de 1975 y al hecho de que los artículos 1.393 y 1.417 CC debían interpretarse teniendo en cuenta dicha supresión.

Gullón ²⁵⁵ puso de relieve que el libre juego de la condición y del término servirá para evitar una de las quiebras tradicionales de la sociedad de gananciales. Cuando no haya hijos, es justo el temor de un cónyuge de que la mitad de los bienes vayan a la familia política al disolverse el matrimonio por muerte del otro ²⁵⁶.

²⁵³ GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, Madrid, 1976, cit., p. 317.

²⁵⁴ GULLÓN, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, Madrid, 1976, p. 1069, y «Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975», cit., p. 84; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, 1.ª edición, cit., p. 190; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, IV, 1.ª edición, cit., p. 330; GARRIDO DE PALMA, «Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975», cit., p. 43; GÓMEZ-FERRER, «Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código Civil», cit., pp. 496-497.

²⁵⁵ GULLÓN, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, cit., p. 1069, y «Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975, cit., pp. 84-85.

²⁵⁶ Díez-PICAZO («Capacidad de la mujer casada y economía conyugal», cit., pp. 56 y ss.) destaca las estrechas conexiones que el sistema económico conyugal tiene con el mismo sucesorio. Cuando uno de los cónyuges fallece, la mitad de los

Parece que la adición del régimen de la sociedad de gananciales sometido a condición resolutoria (si en X años no hay hijos) o a un término final, es instrumento útil pactando el régimen que ha de sustituir a aquél. Ciertamente, como dicen Gullón²⁵⁷ y Lacruz²⁵⁸, el mismo resultado se logra por la vía de unas capitulaciones matrimoniales. Pero a eso se puede responder observando que acaso no sea ya posible lograr el consentimiento del otro cónyuge, requisito imprescindible, y sí en el inicio de la unión matrimonial, para una condición o un término.

Después de la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981 se mantiene el principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial, permitiéndose plenamente las capitulaciones postnupciales y la modificación o sustitución del régimen legal o convencional. Como hemos evidenciado con amplitud, han sido reformados los artículos 1.393 y 1.417 CC y se contempla en los nuevos artículos 1.345 y 1.392-4.º CC la disolución de la sociedad de gananciales durante el matrimonio si así lo han acordado los cónyuges en capitulaciones y que pueda comenzar a regir durante el matrimonio, al tiempo de pactarse en capitulaciones. Aunque el artículo 1.345 no se refiere expresamente a los supuestos de comienzo de la sociedad de gananciales por el cumplimiento de una condición o la llegada de un término, es indudable que este texto legal abarca a las hipótesis en que los cónyuges hubieran pactado el régimen ganancial sujeto a condición o término suspensivo, que se dan durante el matrimonio. Si entonces por pacto cabe la posibilidad de sustituir el sistema vigente por la sociedad de gananciales, no hay duda de que será válido un pacto por el que se condicione su entrada en juego a una época posterior, al llegar el término o cumplirse la condición²⁵⁹.

gananciales es de los herederos del otro cónyuge. No se distingue si el matrimonio termina con hijos o si termina sin hijos, cosa que, en cambio, tiene en cuenta previsoramente el Derecho civil de Vizcaya para determinar el tipo de comunidad que se debe considerar existente.

Ha sido llamativo el caso de haber tenido que entregar el viudo a los herederos de la mujer (por ejemplo, los hermanos de ésta) la mitad de lo que se había ganado a lo largo del matrimonio. Y cuando la ganancia se había obtenido poniéndose delante de los cuernos de los toros, como parece que le ocurrió a Lagartijo y a Domingo Ortega, la cosa no es para los interesados muy comprensible.

²⁵⁷ GULLÓN, *loc cit.*, en nota 255.

²⁵⁸ LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, IV, 1.ª edición, cit., pp. 330-331, nota 4.

²⁵⁹ ALBALADEJO (*Curso de Derecho civil*, IV, cit., p. 142) apoya, además, esta interpretación en el siguiente argumento: como, por un lado, no hay precepto que lo prohíba, y, por otro, el artículo 1.335 al establecer que la invalidez de las capitulaciones se regirá por las reglas de los contratos, permite afirmar, por analogía, que tales reglas sirven, en principio (y a falta de precepto específico suyo y de inadecuación de la regla de los contratos), para las capitulaciones también en materia de eficacia o ineficacia de éstas, por lo que la entrada en vigor de las capitulaciones puede someterse a condición o término, lo mismo que la cesación de tal vigor.

A una conclusión semejante hay que llegar lógicamente en relación con el artículo 1.392 CC.

El término y la condición caben en relación con cualquier régimen convencional, pues se dan las mismas razones que lo justifican respecto a la sociedad de gananciales.

Ahora bien, a partir de las conclusiones a que hemos llegado, surgen una serie de problemas que es preciso examinar con relación a los diversos tipos de condiciones y términos.

1.º *Sometimiento del régimen económico matrimonial a condición suspensiva.* Hay que cuestionar si el cumplimiento de la condición opera o no con carácter retroactivo. Ya hemos visto cómo esta cuestión fue examinada por la doctrina cuando regía el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, no existiendo una solución unánimemente aceptada. A nuestro juicio, el artículo 1.120 CC está pensando en las obligaciones de dar, hacer o no hacer. La solución del mismo es lógica (efecto retroactivo de la condición), porque hasta el cumplimiento de la condición hay una mera situación de pendencia. En cambio, las cosas son totalmente diferentes cuando estamos en presencia del caso de capitulaciones matrimoniales en las que se hace depender un régimen económico matrimonial del cumplimiento de una condición. Durante la fase de pendencia existe necesariamente un régimen económico matrimonial que está produciendo efectos. En tanto no se sepa si la condición va a cumplirse o no, el régimen económico matrimonial será el pactado para ese lapso de tiempo, o en defecto de pacto el que la ley señale. No parece, pues, claro que pueda afirmarse el carácter retroactivo de la condición en base al artículo 1.120 CC. Es indudable que esta aplicación sólo podría deberse a la analogía y no es claro que exista identidad de razón (artículo 4.º-1 CC). Tampoco existe analogía respecto a la institución de heredero bajo condición suspensiva, que se regula supletoriamente por las normas establecidas para las obligaciones condicionales (artículo 791 CC). Incluso se señala que para admitir la validez de capitulaciones condiciones puede representar un obstáculo la posible retroactividad de la condición, pero, como observa Lacruz, tanto la capitulación condicional, como la a término, debe suponer un orden sucesivo de regímenes basado en la irretroactividad ²⁶⁰.

²⁶⁰ GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit. pp. 331.

CÁRCABA (*Las capitulaciones matrimoniales*, cit., p. 38) entiende que debe excluirse el posible efecto retroactivo de las capitulaciones matrimoniales, al modo de las obligaciones condicionales contempladas en el artículo 1.120 CC, pues debido a la naturaleza de las estipulaciones capitulares no se producirá la retroactividad, sino la sucesión de un régimen por otro.

Según PEÑA (*Derecho de familia*, cit., p. 197) y MONTÉS (*Derecho de familia*, cit., p. 224), sin norma especial que lo autorice, no cabe que todo el régimen de

Es importante también destacar para justificar aún más, si cabe, nuestra tesis que el CC atiende siempre a las características de la obligación que deriva del negocio celebrado para determinar el alcance de la retroacción de la condición. El principio de retroactividad presenta atenuaciones cuando la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados, y, sobre todo, cuando la obligación es de hacer y no hacer, en cuyo caso los Tribunales determinarán, en cada caso, el efecto retroactivo de la condición cumplida (artículo 1.120 CC). Este dato normativo explica que sea erróneo afirmar, sin más, que el cumplimiento de la condición opera automáticamente con efectos retroactivos en el ámbito de las capitulaciones matrimoniales. El CC exige atender al tipo de negocio para precisar si procede la retroactividad cuando se cumple la condición y, en su caso, en qué sentido procede.

Es admisible, sin duda, la estipulación de los esposos en capitulaciones matrimoniales del carácter retroactivo de la condición, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros (artículo 1.317 CC). Si no han dicho nada en las mismas, parece evidente que dado el carácter excepcional de la retroactividad en tal caso, ésta no se producirá. Precisamente, la Compilación de Derecho Civil de Aragón (artículo 26) permite a los cónyuges dar efecto retroactivo al régimen pactado en capitulaciones matrimoniales, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros²⁶¹, y no existen razones que hagan pensar que los cónyuges a quienes se aplique el CC no puedan acordar algo semejante en capitulaciones matrimoniales²⁶².

La verificación o no del evento condicional sólo será oponible frente a terceros de buena fe si se ha dado la correspondiente y oportuna publicidad registral (artículo 1.333 CC)²⁶³.

un patrimonio dependa retroactivamente de una condición. Para los terceros el cumplimiento de la condición significará sólo la terminación de un régimen matrimonial y el comienzo de otro distinto (como si en el momento en que se cumple la condición hubiese acuerdo de los cónyuges para el cambio de régimen).

²⁶¹ LACRUZ, «Posibilidad de pactar en Aragón la separación de bienes con efecto retroactivo al momento de la celebración del matrimonio», *RCDI*, 1961, p. 1037.

LACRUZ (*Elementos de Derecho civil*, IV, cit., p. 428) destaca que el artículo 1.345 CC, a pesar de su acento restrictivo, que no cuadra bien con el talante liberal del conjunto, no excluye la posibilidad de dar efecto retroactivo al régimen pactado en capítulos posmatrimoniales, como se permite en Aragón (artículo 26 de la Compilación).

²⁶² En este sentido RAMS (*La sociedad de gananciales*, cit., p. 38) considera que puede predicarse, como hipótesis de trabajo, un pacto equivalente en sus efectos al previsto en el artículo 26 de la Compilación de Aragón. A su juicio, la libertad y la mutabilidad de los capítulos matrimoniales hacen posible ese efecto.

²⁶³ AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, cit., pp. 1531-1532; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, cit., p. 165; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, IV, cit., p. 353; PEÑA, *Derecho de familia*, cit., p. 197; BLASCO, *Derecho de familia*, cit., p. 194; CÁRCABA, *Las capitulaciones matrimoniales*, cit., pp. 37-38.

2.º *Sometimiento del régimen económico matrimonial a condición resolutoria.* Hay que partir de la base de que ha existido un régimen económico matrimonial que ha producido una serie de efectos jurídicos, los cuales han de considerarse consolidados. El artículo 1.123 CC se refiere a las obligaciones de dar, hacer o no hacer, lo que no tiene mucho que ver con el problema que examinamos. El cumplimiento de la condición resolutoria determinará la extinción del régimen económico matrimonial vigente y su sustitución por el convenido por los cónyuges o por el régimen de separación de bienes si no se ha convenido ninguno y regía la sociedad de gananciales o el régimen de participación (artículo 1.435-3.º CC); si el régimen es atípico o es el de separación de bienes, regirá en tal caso el de la sociedad de gananciales por ser el régimen legal supletorio en el CC (artículo 1.316).

3.º *Sometimiento del régimen económico matrimonial a una condición imposible, contraria a las buenas costumbres o ilícita.* En relación con las obligaciones de dar, hacer o no hacer, el artículo 1.116 CC dispone que se anulará la obligación que de ellas dependa. Respecto al problema que examinamos, hay que afirmar la plena validez del régimen económico matrimonial que está vigente y se tiene por no puesta la estipulación capitular en la que se establece la condición ilícita, imposible o contraria a las buenas costumbres. Esta es la solución que además establece nuestro CC al disciplinar la institución de heredero bajo condición (artículo 792).

4.º *Sometimiento del régimen económico matrimonial a un término inicial o final.* El término inicial marcará el comienzo del nuevo régimen económico matrimonial o de la modificación establecida; el término final determinará la extinción de un determinado régimen económico matrimonial o de determinadas reglas del régimen económico matrimonial vigente entre los cónyuges.

En las capitulaciones matrimoniales puede determinarse el régimen económico matrimonial que sustituye al anterior por la llegada del término. Si no se ha establecido nada al respecto y el régimen que se tiene es el de la sociedad de gananciales o el de participación, regirá el de separación de bienes (artículo 1.435-3.º CC); si el régimen es atípico o el de separación de bienes, regirá en tal caso la sociedad de gananciales por ser el régimen legal supletorio en el CC (artículo 1.316).

3.ª *La supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial determina que haya desaparecido el principal argumento alegado para impedir que los cónyuges que cambian la vecindad civil puedan modificar el régimen económico matrimonial en capitulaciones de acuerdo con la nueva ley personal.* Como ya hemos expuesto, el TS, en sentencia de 18 de noviembre de 1964, entendió la inmutabilidad del régimen económico matrimonial no sólo respecto al tiempo, sino también res-

pecto del espacio. El principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial se aplicó con enorme amplitud. Sin embargo, una cosa era que el cambio de vecindad por sí solo no afectase al régimen económico matrimonial y otra muy distinta que los cónyuges, que ganan la vecindad de una región cuya legislación permite las capitulaciones postnupciales, no pudiesen modificar válidamente su régimen económico matrimonial.

La supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial por la Ley de 2 de mayo de 1975 ha motivado que la doctrina de la citada sentencia del TS, ampliamente criticada por la doctrina, no tenga ya sentido. Además, el problema ha sido solucionado satisfactoriamente por el nuevo Título Preliminar del CC. El artículo 9.º-3, nuevamente redactado por la Ley de 15 de octubre de 1990, dispone que «los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rijan los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento»²⁶⁴.

La DGRN confirmó esta solución en la resolución de 6 de mayo de 1977, al permitir que los cónyuges que hubiesen perdido su vecindad civil del Infanzonado de Vizcaya y adquirido nueva vecindad en las villas, o en cualquier otro territorio español, puedan válidamente alterar mediante capitulaciones su primitivo régimen económico matrimonial, al permitirlo entonces su nueva ley personal (artículo 16-1) en relación con el 9.º-3)²⁶⁵.

En otro sentido, se plantea también la cuestión de determinar si el cambio de vecindad comporta automáticamente una modificación del antiguo régimen de bienes, que pasaría a determinarse por la nueva ley personal a partir del cambio de regionalidad. La sentencia del TS de 29 de octubre de 1955 resolvió esta cuestión en sentido negativo, con acertado criterio, pues, como señalan Puig Ferriol y Roca Trías²⁶⁶, el régimen económico matrimonial afecta por igual a ambos cónyuges, y sería ciertamente poco oportuno establecer una modificación del régimen de bienes por el

²⁶⁴ Sobre esta norma, AMORES CONRADI, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, I, Madrid, 1991, pp. 81 y ss.

²⁶⁵ Con anterioridad a la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981, GULLÓN (*Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, cit., pp. 1067-1068, y «Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975, cit., pp. 82-83) decía con toda razón que el legislador de 1975 no se apercibió —según se deduce de la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975— de que a la regla de la mutabilidad que consagra le obligaba moralmente el nuevo Título Preliminar del CC (artículos 9.º-3 y 16-1 del mismo).

²⁶⁶ PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña, II, Derecho familiar catalán*, Barcelona, 1979, p. 460.

simple hecho de haberse producido en la familia un cambio de regionalidad, que acaso pudiera ser provocado por una decisión unilateral y abusiva del marido.

4.^a *La renuncia a los gananciales constante matrimonio.* Después de la promulgación de la Ley de 2 de mayo de 1975, Garrido de Palma²⁶⁷ admitió que cualquier cónyuge, constante matrimonio, podía renunciar a la sociedad de gananciales, desistiendo de ella unilateralmente, provocando así su disolución y recobrando su autonomía patrimonial, por entender que, tras la reforma, la sociedad de gananciales ya no es inmutable, ni el número de causas de disolución de la misma del artículo 1.417 constituye un *numerus clausus*, puesto que la sociedad de gananciales puede disolverse si así se pacta en capitulaciones matrimoniales constante matrimonio.

La mencionada resolución de la DGRN de 29 de septiembre de 1978 destacó que la supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial por la Ley de 2 de mayo de 1975 afectaba a una serie de preceptos, entre los que se encontraba el artículo 1.394 CC (renuncia a la sociedad de gananciales).

Frente a esta postura había estimado con anterioridad García Cantero²⁶⁸ que la renuncia a la sociedad de gananciales no había quedado afectada directamente por la reforma del artículo 1.320, pues éste exige el común acuerdo de los cónyuges y el 1.394 sólo contempla la renuncia unilateral de uno de los cónyuges.

Comentando críticamente la opinión de Garrido de Palma, otro Notario, Campo Villegas²⁶⁹, consideró totalmente inviable la tesis de este autor, puesto que deja a la voluntad unilateral de un esposo la subsistencia del régimen económico de gananciales, bastando su renuncia para que aquél quede disuelto, lo que acarrearía su transformación en otro de separación de bienes, fenómeno éste que sólo cabe por el consenso de ambos cónyuges o por resolución judicial; pero en modo alguno por el mero arbitrio de uno de ellos. Muchas vacilaciones y extravíos que la doctrina ha sufrido en torno al tema de la renuncia de la sociedad de gananciales, al interpretar el alcance de los artículos 1.364, 1.394 y 1.418, derivan, en buena parte, de no tener presente que la expresión *sociedad de gananciales* es usada frecuentemente tanto por la ley como por la jurisprudencia o por los autores en el doble sentido de régimen económico y en el de patrimonio. Pues bien, cuando se

²⁶⁷ GARRIDO DE PALMA, «Las capitulaciones y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975», cit., pp. 44 y ss.

²⁶⁸ GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, Madrid, 1976, p. 354.

²⁶⁹ CAMPO VILLEGAS, «En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separación de bienes, cit., pp. 274-275 y nota 5.

emplee el término sociedad de gananciales como régimen económico o estatuto matrimonial, es impensable admitir su renuncia o derogación por voluntad unilateral. Únicamente cuando por sociedad de gananciales estamos refiriéndonos al patrimonio ganancial, podremos comenzar a investigar en qué supuestos cabe su renuncia. Con cuya distinción el problema queda simplificado, puesto que si sólo cabe renunciar al patrimonio ganancial sin que ello implique alteración del régimen o estatuto, es visto que únicamente cabrá aquella renuncia cuando ya no exista ese régimen: es decir, cuando el mismo se haya extinguido o resuelto.

Hay que destacar que, tras la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981, han sido reformados los citados artículos 1.364, 1.394 y 1.418 CC. Tan sólo se mantiene el artículo 1.280-4.º, a cuyo tenor «deberá constar en documento público la renuncia de los derechos de la sociedad conyugal». No parece, pues, que actualmente un cónyuge pueda extinguir el régimen de la sociedad de gananciales renunciando unilateralmente a él. La disolución de la sociedad de gananciales se produce por las causas establecidas en los artículos 1.392, 1.393 y 1.373 y concordantes del CC. No cabe ya, como puntualiza Montés²⁷⁰, la renuncia que antes establecía el viejo artículo 1.394, involucrando la renuncia al régimen legal y a los gananciales obtenidos. En este sentido, Díez-Picazo²⁷¹ señala que la renuncia de la sociedad de gananciales no aparece ahora regulada, y dada la configuración comunitaria que este régimen económico conyugal recibe, no resulta fácil de concebir. Será posible la renuncia a recibir la parte de gananciales. Podrá darse la acción pauliana en caso de que se produzca fraude. Según Ragel²⁷², de la redacción actual del Código se infiere que no cabe renunciar a las consecuencias o efectos de la sociedad de gananciales. No obstante, de la mención que contiene el apartado 4.º del artículo 1.280 CC se deduce que es válida la renuncia a los derechos de la sociedad conyugal, es decir, al remanente líquido que resulte después de haber pagado los débitos de la comunidad.

Ciertamente, en el artículo 1.393 se contemplan casos de disolución de la sociedad de gananciales a instancia de uno de los cónyuges, pero en modo alguno estamos en presencia de supuestos semejantes al de la renuncia a la sociedad de gananciales. En el artículo 1.393 se autoriza al cónyuge a que, basándose en alguno de los casos enumerados en este precepto, pueda pedir el cese de la sociedad de gananciales, siendo el Juez el que, previo examen

²⁷⁰ MONTÉS (*Derecho de familia*, cit., pp. 224-225).

²⁷¹ Díez-PICAZO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, Madrid, 1984, p. 1798.

²⁷² RAGEL, «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», cit., p. 233.

de la causa correspondiente, pronuncia su disolución. Como se ve, esto es algo totalmente diferente a la renuncia a la sociedad de gananciales.

Magariños ²⁷³ entiende que hoy sólo se podrá hablar, aunque de modo impropio e incorrecto, de renuncia a la sociedad de gananciales para referirse a la exclusión o eliminación del régimen de gananciales, que sería el caso contemplado en el artículo 1.435-3.º CC: «Existirá entre los cónyuges separación de bienes cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones que no registrá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes». Es claro que este supuesto no tiene nada que ver con la renuncia a la sociedad de gananciales, sino que su finalidad es configurar el régimen de separación de bienes como supletorio de segundo grado, toda vez que el de gananciales es el régimen supletorio de primer grado (artículo 1.316 CC).

Nada se opone a la renuncia unilateral de uno de los cónyuges a recibir los gananciales resultantes después de la disolución de la sociedad de gananciales, que se produce, como vimos, cuando los cónyuges han convenido un nuevo régimen económico matrimonial o se ha cumplido el término o la condición de que dependía la vigencia de la sociedad de gananciales, y, en general, por cualquiera de las causas establecidas en los artículos 1.392 y 1.393 CC.

El texto de los artículos 1.280-4.º y 1.323 CC despeja cualquier tipo de duda que pudiera albergarse sobre la validez de semejante renuncia. En el primero de ellos se dispone que la renuncia de los *derechos* de la sociedad conyugal debe constar en documento público. En el segundo se establece que el marido y la mujer podrán transmitirse por *cualquier título* bienes y derechos.

Los efectos de la renuncia de los gananciales se traducirán en privar al cónyuge que la haga de las ganancias obtenidas en la sociedad, conservando, como es natural, el derecho al capital aportado, y sin que la renuncia por parte de uno cualquiera de los cónyuges pueda eximirle de las responsabilidades provenientes de su administración y, por ende, del pago de las deudas de la sociedad conyugal ²⁷⁴.

El único problema se planteará cuando la renuncia perjudique a los acreedores del cónyuge renunciante o a sus legitimarios, en cuyo caso éstos dispondrán de las acciones correspondientes para impugnar la renuncia ²⁷⁵.

²⁷³ MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», cit., p. 191.

²⁷⁴ GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., p. 396.

²⁷⁵ MAGARIÑOS («Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», cit., pp. 191-192) echa de

Tampoco existen problemas para admitir la renuncia al derecho al reembolso que contemplan, en el marco de la sociedad de gananciales, los artículos 1.352, 1.358 y 1.360 CC, por análogas razones y con el citado límite del perjuicio a acreedores y legítimos.

5.^a *La supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial determina que haya desaparecido uno de los principales argumentos expuestos para negar la posibilidad de la anulabilidad de las capitulaciones matrimoniales y su posible confirmación. También es factible la rescisión de la partición de la sociedad conyugal que ha sido disuelta y liquidada en virtud de capitulaciones postnupciales.* La Ley de 2 de mayo de 1975 suprimió el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, con lo que desapareció uno de los argumentos más importantes en que se apoyó un sector de la doctrina para negar que las capitulaciones matrimoniales pudiesen ser anuladas y, en su caso, confirmadas constante matrimonio. En este sentido, Gullón ²⁷⁶ manifestó que cabía la aplicación, con carácter general, de la confirmación sanatoria en capitulaciones matrimoniales, demostrándolo la propia Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975, en cuyo apartado IV se contempla la hipótesis de unas otorgadas con la voluntad viciada y expresa el legislador que esta situación se corrige «acudiendo a las reglas generales que salvaguardan la autenticidad de la voluntad de los contratos». En otras palabras, que habrá que estar a lo que se dispone en los artículos 1.300 y siguientes, entre los que se regula la confirmación de esos contratos viciados. Y si ello es así en capitulaciones viciadas porque lo está la voluntad del otorgante, también lo debe ser cuando en él hay una falta de capacidad, como ocurre en las capitulaciones otorgadas por un menor de edad por sí solo.

La Ley de 13 de mayo de 1981 ha sido todavía más clara, pues manteniendo el principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial (artículo 1.326 CC) ha determinado que el artículo 1.335 CC disponga que «la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos». Para comprender la trascendencia de este precepto es suficiente señalar que suministra el criterio básico para configurar el régimen

menos una norma que regulase los efectos de semejante renuncia, tanto en relación con el otro cónyuge o sus herederos (acrecimiento), como en relación con los acreedores. Para evitar los efectos perjudiciales de la renuncia bastará acudir a los recursos generales, y concretamente a la acción pauliana, cuyo ejercicio queda facilitado por la presunción de fraude, que deberá aplicarse a todos los actos no onerosos (ex artículo 1.297 CC); o al que ofrece el artículo 6.º-2 CC, en el sentido de que la renuncia sólo será válida en cuanto no perjudique a los acreedores.

²⁷⁶ GULLÓN, «Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975», cit., pp. 85-86, y *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, cit., p. 1070.

jurídico de los diversos tipos de ineficacia de las capitulaciones matrimoniales. Cuando nuestro legislador se refiere en el artículo 1.335 a las reglas generales de los contraros, establece una innovación cargada de sentido y muy conveniente, porque soluciona de una manera muy nítida y tajante algunos de los problemas que, desde el siglo pasado, se planteaban, como el relativo a la admisibilidad de la anulabilidad de las capitulaciones matrimoniales y la posible confirmación de las mismas, que fue negada incluso por el TS (sentencia de 1 de julio de 1955), en línea con el criterio admitido por la jurisprudencia francesa, como expusimos anteriormente.

La sentencia del TS de 9 de septiembre de 1985²⁷⁷ establece con suma claridad que las capitulaciones otorgadas por los cónyuges con liquidación de la sociedad de gananciales son anulables al existir dolo motivado por maquinaciones insidiosas del marido, sin las cuales la mujer no las hubiera celebrado.

Anteriormente aludimos a la posible rescisión de las capitulaciones matrimoniales y de la partición de la sociedad de gananciales, teniendo en cuenta la remisión que el artículo 1.335 CC hace a las reglas generales de los contratos, aunque no hay que olvidar el carácter subsidiario de la acción rescisoria (artículo 1.294 CC), y la doctrina de la sentencia del TS de 11 de junio de 1983, que afirma que el artículo 1.074 CC, que permite la rescisión de la partición por causa de lesión en más de la cuarta parte, es aplicable a las particiones hereditarias y, por ende, a las de la sociedad conyugal por mandato del artículo 1.291 CC.

6.^a *La supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial ha provocado la desaparición de uno de los argumentos principales alegados para poner trabas a la contratación entre cónyuges, sin que ello implique que éstos pueden cambiar o modificar el régimen económico matrimonial incumpliendo los requisitos de fondo y forma que son necesarios para otorgar capitulaciones matrimoniales.* La Ley de 13 de mayo de 1981 ha establecido una norma totalmente permisiva de la contratación entre cónyuges, que según algunos autores²⁷⁸ es innecesaria de suyo al haberse derogado expresamente las prohibiciones particulares anteriormente vigentes. Hubiese bastado que nuestro legislador suprimiera la concretas prohibiciones. No obstante, dada la larga tradición en contra, tiene razón Albaladejo²⁷⁹ y La-

²⁷⁷ Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1985, núm. 9, pp. 2911 y ss.

²⁷⁸ GARCÍA CANTERO, «Notas sobre el régimen matrimonial primario», *DJ*, 1982, p. 312; GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit. p. 357; DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVIII-1.º, cit., p. 162.

²⁷⁹ ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, IV, cit., p. 161.

cruz ²⁸⁰ al destacar la oportunidad de la regla que autoriza cualquier contrato entre cónyuges. A tenor del artículo 1.323 CC, «el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos». En evidente concordancia con este precepto legal, enmarcado en las disposiciones generales del régimen económico matrimonial, se suprime la prohibición de las donaciones entre cónyuges que aparecía en el primitivo texto del artículo 1.334, y también desaparece la limitación que establecía el artículo 1.458, ya que dispone ahora que «el marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente» ²⁸¹. Lógicamente, uno y otra podrán celebrar contratos de permuta, porque, aparte de lo dispuesto en el artículo 1.323, el artículo 1.541 preceptúa que «en todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta». También parece que no ha de existir dificultad alguna para que los cónyuges puedan constituir cualquier tipo de sociedad, incluida la universal, pues ha desaparecido la prohibición de las donaciones entre cónyuges (artículo 1.677) ²⁸². Además de todo ello, el principio que informa al

²⁸⁰ LACRUZ, *El nuevo Derecho de familia*, II, Madrid, 1981, p. 133.

²⁸¹ A pesar de la notable claridad de los artículos 1.323 y 1.458 CC, algunos autores encuentran dificultades para que un cónyuge pueda vender bienes gananciales o comunes al otro, debido a la participación que tanto el cónyuge vendedor como el comprador tienen en cada bien ganancial (AVILA ALVAREZ, «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil, *RCDI*, 1981, p. 1387; MARTÍNEZ-CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, I, Madrid, 1983, pp. 213-214; CABRERA, «Algunas notas sobre los nuevos artículos 1.315 a 1.324 del Código Civil», *RGLJ*, 1982, p. 147; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de familia*, cit., p. 224).

Con argumentos convincentes, la resolución de la DGRN de 2 de febrero de 1983 no pone trabas a la venta de un bien ganancial concreto a cambio de dinero privativo, sin que sea precisa la liquidación de la sociedad de gananciales. En cambio, esta resolución no considera válida la compraventa entre cónyuges de la hipotética participación que uno de ellos, el vendedor, tiene en un bien ganancial (sobre esta problemática, CABANILLAS, «La contratación entre cónyuges», cit., pp. 533 y ss.; DE LA CÁMARA, «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», cit., pp. 172 y ss.; HERRERO GARCÍA, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, cit., p. 598; ECHEVARRÍA, «La contratación entre cónyuges en el sistema ganancial», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, I, Madrid, 1988, pp. 267 y ss.

²⁸² Las resoluciones de la DGRN de 6 y 13 de junio de 1983 así lo han afirmado con carácter general, y han considerado plenamente válidas las sociedades de responsabilidad limitada constituidas por los cónyuges, aunque hayan aportado bienes gananciales, rebatiendo los argumentos alegados en contra de su validez por las precedentes resoluciones de 9 de marzo de 1943 y 16 de marzo de 1959 y un sector de nuestra doctrina, entre los que se encontraba el de la posibilidad de eludir el principio de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales (sobre estas resoluciones y, en general, sobre la validez de las sociedades entre cónyuges, civiles y mercantiles, CABANILLAS, «La contratación entre cónyuges», cit., pp. 563 y ss.; DE LA CÁMARA, «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», cit., pp. 179 y ss.; HERRERO GARCÍA, *Comentario del Código Civil. Mi-*

artículo 1.323 constituye la razón de ser del artículo 1.355, relativo a la atribución voluntaria de ganancialidad²⁸³, y el artículo 1.324, que permite la confesión de privaticidad de bienes de la sociedad conyugal, tiene pleno sentido en un sistema jurídico donde se permite la libre transmisión de bienes y derechos entre cónyuges por cualquier título²⁸⁴.

El nuevo sistema de contratación entre cónyuges es congruente con el de mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial, ya que a través de las capitulaciones postnupciales los cónyuges contratan entre sí²⁸⁵, siendo significativo que los ordenamientos que tradicionalmente han acogido el criterio de la mutabilidad, como el alemán o el suizo²⁸⁶, hayan admitido la plena libertad de contratación entre cónyuges. Indudablemente, los argumentos esgrimidos en contra de la plena libertad de contratación entre cónyuges son análogos a los que tradicionalmente se han defendido para censurar la posibilidad de que los cónyuges pudieran otorgar capitulaciones durante el matrimonio²⁸⁷, pues no en vano éstas no dejan de ser un contrato, porque el CC las conceptuaba antes de la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981 como contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio y en el vigente artículo 1.335 CC se dispone que «la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos»²⁸⁸. Con anterioridad a la citada

nisterio de Justicia, II, cit., p. 598; ECHEVARRÍA, «La contratación entre cónyuges en el sistema ganancial», cit., pp. 284 y ss.

²⁸³ Así lo destaca PEÑA (*Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, cit., p. 667), al decir que la posibilidad del pacto de ganancialidad en el momento de la adquisición de bienes a título oneroso durante el matrimonio es una consecuencia del nuevo régimen de la contratación entre cónyuges: hoy los cónyuges pueden celebrar entre sí toda clase de contratos (cfr. artículo 1.323).

²⁸⁴ Como hemos apuntado en otro lugar (CABANILLAS, «La contratación entre cónyuges», cit., p. 558) el artículo 1.324 facilita enormemente la contratación entre cónyuges, porque para probar que es propio el dinero que abona el cónyuge comprador al cónyuge vendedor, o que es propia la cosa que éste vende a aquél, basta la confesión extrajudicial del otro en las condiciones señaladas por dicho precepto, que opera como medio idóneo para desvirtuar la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 CC.

²⁸⁵ ESPÍN, «La igualdad conyugal en la reforma del Código Civil», en *El nuevo Derecho de familia español*, Madrid, 1982, p. 18.

²⁸⁶ CABANILLAS, «La contratación entre cónyuges», cit., pp. 537 y ss.

²⁸⁷ Es lógico por ello que VÁZQUEZ IRUZUBIETA («La desprotección de los terceros en la mutabilidad de las capitulaciones», cit., pp. 950 y ss.) y otros autores que critican duramente el sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial acogido en nuestro Derecho, también critiquen la regla contenida en el artículo 1.323 CC, que proclama la plena libertad de contratación entre cónyuges.

²⁸⁸ La naturaleza contractual de las capitulaciones matrimoniales es afirmada por la mayor parte de los autores: AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia* (Tecnos), II, p. 1520; PEÑA, «Acerca del artículo 1.364 del Código Civil (exclusión de la sociedad de gananciales. Renuncia a la sociedad de gananciales)», cit., p. 161, y *Derecho de familia*, cit., pp. 190-191; LACRUZ, *Elementos de Derecho*

Ley ya había puesto de relieve la DGRN, en resolución de 23 de julio de 1979²⁸⁹, que las innovaciones introducidas por la Ley de 2 de mayo de 1975 obligaban a una profunda modificación del CC, a fin de resolver las evidentes contradicciones que se daban, debidas a la coexistencia de artículos dictados en épocas diversas. Si la prohibición de las donaciones entre cónyuges, cuya nulidad sancionaba el artículo 1.334, había de ser interpretada antes de la reforma de 1975 en sentido estricto, en este momento de transición habrá de serlo habida cuenta que se ha establecido la mutabilidad del régimen económico matrimonial y superados los obstáculos clásicos procedentes de las limitaciones de capacidad que afectaban a la mujer, de la *unitas carnis*, de los influjos o captaciones de voluntad, y de los posibles perjuicios o fraudes a terceros, perjuicio este último que puede conjurarse por los medios ordinarios que el CC establece.

Se aprecia que el artículo 1.323 CC no ha establecido específicamente ningún tipo de límites a la libertad de contratación entre cónyuges. No se admitieron las enmiendas al texto del mismo de algunos diputados en las que tenían en cuenta razones semejantes a las expuestas por la doctrina francesa²⁹⁰ para justificar los límites legales que establecía el CC francés con anterioridad a la reforma de 23 de diciembre de 1985²⁹¹. El diputado del grupo centrista, señor Díaz Fuentes, propuso en la enmienda 404 el siguiente texto: «El marido y la mujer podrán celebrar contratos entre sí y transmitirse por cualquier título bienes y derechos, siempre que no atenten al estatuto jurídico de los cónyuges o al régimen económico, ni vayan contra el interés de la familia».

El mencionado diputado justificó la enmienda diciendo que el régimen económico matrimonial puede ser alterado por los cónyuges en el curso del matrimonio, pero en tanto no se modifique con las garantías formales y de publicidad prevenidas principalmente en los artículos 1.331, 1.332 y 1.333 del proyecto (relativos al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales) no debe permitirse que resulte contrariado con motivo de contratos ocasionales

civil, IV, cit., p. 337; ESPÍN, «La igualdad conyugal en la reforma del Código Civil», cit., p. 18.

²⁸⁹ Comentada por CHICO ORTIZ, en *ADC*, 1983, pp. 185 y ss.

²⁹⁰ CABANILLAS, «La contratación entre cónyuges», cit., pp. 533 y ss.

²⁹¹ La Ley francesa de 23 de diciembre de 1985 deroga el artículo 1.595 CC, que restringía la libertad de celebración entre cónyuges del contrato de compraventa; se deroga el límite que el artículo 1.832 imponía a la libertad de constituir una sociedad entre cónyuges. Sin embargo, la reforma de 1985 no ha superado la tradicional regla de la inmutabilidad restringida del régimen económico matrimonial, ni ha suprimido el principio de que toda donación entre cónyuges se entiende revocable en vida del donante (artículo 1.096) (CARRASCO, «La reforma francesa de los regímenes económicos matrimoniales por la Ley de 23 de diciembre de 1985», *ADC*, 1986, pp. 598-599).

entre esposos, porque para ellos, mientras no lo modifiquen, debe ser norma rigurosa, y los terceros tienen legítimo interés a que no lo contraríen de hecho sin observar las especiales prescripciones de dichas normas.

Se señala que la carencia de límites específicos a la contratación entre cónyuges, entre otros peligros, facilita la modificación indirecta del régimen económico matrimonial ²⁹².

Según De los Mozos ²⁹³, el texto del artículo 1.323 motiva que el contrato será válido; aunque produzca una modificación del régimen económico matrimonial sin observarse lo dispuesto en materia de establecimiento y modificación del mismo (artículos 1.315 y 1.325 CC). Ahora bien, ¿es que en estos casos habrá que considerar que para que el contrato produzca plenos efectos, debe revestir la forma y solemnidad de las capitulaciones? Sin duda que así debiera de haberlo previsto el legislador, completando la escueta fórmula del artículo 1.323, pero de no haberlo hecho, no tenemos más remedio que considerar, cualquiera que sean nuestras preferencias personales, que el contrato produce plena eficacia, si bien le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.317 CC... Confirma esta interpretación el tenor literal del artículo 1.333 CC, que aunque probablemente no tenga la intención que denunciarnos, suministra un apoyo textual a esta interpretación, por cuanto dispone que en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se mencionarán no sólo las capitulaciones matrimoniales que se hubiesen otorgado, sino también los *pactos*, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio y lo mismo en el Registro de la Propiedad si aquéllos o éstos afectasen a bienes inmuebles.

A nuestro juicio, el régimen económico matrimonial, legal o convencional, no puede ser alterado en las reglas por que han de regirse los bienes del matrimonio a través de la vía indirecta de los contratos entre cónyuges, sin cumplir las normas de fondo y forma que son precisas para el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales ²⁹⁴. La razón de esta afirmación se encuentra en que

²⁹² DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVIII-1.º, cit., pp. 161 y ss.; MARTÍNEZ-CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, I, cit., pp. 209-212; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *El régimen económico del matrimonio*, cit., pp. 70 y ss.

²⁹³ DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVIII-1.º, cit., pp. 161 y ss.

²⁹⁴ En el mismo sentido HERRERO GARCÍA (*Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, cit., p. 597) señala que los contratos entre cónyuges no tienen por qué alterar, por principio, el régimen económico matrimonial y en el hipotético caso de que supusieran tal modificación se aplicarían los requisitos que para la validez de las capitulaciones matrimoniales exige el CC.

Según ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (*Curso de Derecho de familia*, cit., pp. 224-225), las restricciones a la libertad de contratación entre cónyuges se hacen efectivas por

estamos ante la materia propia de las capitulaciones matrimoniales, ya que, como precisa Lacruz²⁹⁵, las determinaciones sobre el régimen económico matrimonial pertenecen a la esencia de los capítulos. Tales determinaciones representan el reglamento que va a gobernar en adelante la pertenencia, responsabilidad y gestión de los bienes e ingresos de los cónyuges; la economía doméstica y familiar; el reparto de beneficios y pérdidas. En este sentido son sumamente evidentes, según nuestro punto de vista, los artículos 1.315, 1.325, 1.392-4.º y 1.435-2.º y 3.º CC.

Es oportuno destacar, a fin de mostrar con claridad nuestra tesis, que cuando el contrato celebrado por los cónyuges reviste los requisitos de fondo y forma exigidos por el CC para otorgar capitulaciones matrimoniales, en todo lo concerniente al régimen económico matrimonial estaremos ante unas auténticas capitulaciones matrimoniales, pues la naturaleza jurídica del negocio celebrado no depende tanto del nombre que le hayan dado las partes como de su causa²⁹⁶, y es evidente que la finalidad de las capitulaciones matrimoniales, en relación con su contenido típico, no es otra que la estipulación, modificación o sustitución de un determinado régimen económico matrimonial, según se desprende del artículo 1.325 CC. En la escritura que documenta a las capitulaciones matrimoniales podrán figurar además otros pactos, como dijimos anteriormente.

medios indirectos, entre los que se encuentra la exigencia de modificar el régimen económico en escritura capitular e inscribir la modificación en el Registro Civil.

ECHIVARRÍA («La contratación entre cónyuges en el sistema ganancial», cit., pp. 219 y ss.) se detiene en el examen de la posible modificación que el régimen económico matrimonial puede sufrir con motivo de un contrato interconyugal, eludiendo el otorgamiento de nuevas capitulaciones. Hay que aceptar, por lógico y evidente, que la modificación o cambio del régimen económico matrimonial debe realizarse por medio de una escritura de capitulaciones matrimoniales. Pero sólo es de régimen matrimonial obligatorio lo relativo a la economía doméstica y familiar, pues el resto de posible regulación, si profundizamos, no pertenece al orden familiar, sino a la economía de los cónyuges como personas, que puede discurrir incluso por caminos no matrimoniales. De aquí que el posible contenido de los capítulos modificativos o sustitutorios deba interpretarse restrictivamente. Se puede dar como fórmula generalmente aplicable que, para que un contrato entre cónyuges modifique el régimen económico matrimonial, debe alterar la fórmula o pacto general que anteriormente regulara el levantamiento de las cargas matrimoniales.

Al referirse a las sociedades civiles o mercantiles que los cónyuges pueden constituir entre sí sean o no de responsabilidad limitada, PEÑA (*Derecho de familia*, cit., p. 145, nota 4) considera que no parece adecuado estimar alterados los poderes y las responsabilidades del régimen económico conyugal sin escritura pública y publicidad suficiente.

²⁹⁵ LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, IV, cit., p. 339.

²⁹⁶ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 189-190.

NOTA: Encontrándose este estudio en prensa, BELLO JANEIRO ha publicado una amplia monografía, *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Barcelona, 1993, en la que, entre otras muchas cuestiones, analiza la problemática del cambio de régimen económico matrimonial.

