

1.2. FAMILIA

Pactos prenupciales y determinación de la residencia habitual*

Prenuptial agreements and determination of habitual place of residence

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular
Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Cuando exista escritura pública de capitulaciones matrimoniales previas al matrimonio en donde se determine la residencia habitual común regirá el derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio.

ABSTRACT: *When there is a public act of prenuptial agreement prior to marriage, where the habitual residence is defined common law govern as legal standard to regulate the effects of marriage.*

PALABRAS CLAVE: Pactos prenupciales. Residencia habitual.

KEY WORDS: *Prenuptial agreements. Habitual place of residence*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ARTÍCULO 9.8 *IN FINE* DEL CÓDIGO CIVIL.—III. RESIDENCIA HABITUAL, VECINDAD CIVIL.—IV. PACTOS PRENUPCIALES, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y RESIDENCIA HABITUAL.—V. CAPITULACIONES MATRIMONIALES, TESTAMENTO Y DERECHO FORAL CATALÁN.—VI. EL REGISTRO CIVIL, LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y LA VECINDAD CIVIL.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RRDGRN CITADAS.—IX. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

Las capitulaciones prematrimoniales, en Derecho de familia, son los acuerdos celebrados antes o en el acto de contraer matrimonio y que tienen por objeto regular las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. En el supuesto que vamos a analizar, las capitulaciones matrimoniales pactadas, es un negocio jurídico dependiente, que se celebró antes de contraer matrimonio y válido.

* Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JURI, subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad, titulado «Negocios jurídicos de familia: la autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema», dirigido por la Profa. Dra. D.^a Cristina DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, y en el marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formo parte.

El artículo 1325 del Código Civil establece que «en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo». También se conocen con el nombre de pactos o acuerdos prenupciales o acuerdos prematrimoniales.

En ellas no se pueden pactar estipulaciones *contrarias a la patria potestad, ni a la tutela, ni que alteren los efectos personales del matrimonio*, como sería el de no vivir juntos, no guardarse fidelidad, ni prestarse alimentos, etc.

Sí se pueden pactar aspectos relativos a *una hipoteca, a las donaciones por razón del matrimonio* (arts. 1338, 1341 CC). Igualmente, en los artículos 826, 827 y 831 del Código Civil se reconocen efectos a los pactos relativos al *tercio de mejora hereditaria* cuando se encuentren contenidos en las capitulaciones matrimoniales de los esposos.

Las medidas acordadas no deben ser contrarias a la ley, la moral o el orden público (art. 1255 CC), ni por supuesto ser discriminatorias para alguno de los cónyuges o limitativas de la igualdad de derechos entre ellos. El ejemplo típico sería su utilización para llevar a cabo el *reconocimiento de hijas e hijos extra-matrimoniales*,

Y, desde luego, determinar el *lugar de residencia de los esposos* forma parte de este contenido atípico de las capitulaciones que no tiene en principio efectos directamente económicos pero que influye indirectamente en los aspectos de derecho sucesorio y tributario. Pacto que tiene su importancia cuando uno de los esposos no es español de origen. De este modo, se utilizan las capitulaciones en nuestro supuesto de hecho de la sentencia objeto de comentario de 28 de abril de 2014¹ —para introducir esta *manifestación* que es un pacto productor de efectos que indirecta o mediáticamente tiene contenido económico al proyectar la vigencia y repercusión del matrimonio más allá del matrimonio mismo.

Su importancia se centra en que la *residencia habitual pactada por acuerdo prenupcial* será en España —y concretamente en Málaga—, y dicha manifestación va a ser la que va a determinar, según el artículo 9.8 *in fine* del Código Civil el derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio, y específicamente la determinación de la normativa aplicable de los derechos sucesorios del cónyuge supérstite que son el objeto de la contienda origen de la sentencia.

II. EL ARTÍCULO 9.8 *IN FINE* DEL CÓDIGO CIVIL

La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley la que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.

Por una parte, la automática traslación de algunas normas del Título Preliminar a la solución de los conflictos internos, *puede contravenir la propia exigencia constitucional de respetar la igualdad entre los ordenamientos civiles*, como ocurre en materia sucesoria, con la protección del sistema de legítimas que favorece el artículo 9.8 del Código Civil².

A los efectos de determinar la importancia de la *concreción de la vecindad civil y los efectos sucesorios* cabe analizar alguna decisión jurisprudencial. Así, la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de diciembre de 1992³, indica que no se debe aplicar el régimen balear de bienes porque *no se acredita haber ganado vecindad cuando los cónyuges se casaron en Baleares*. Pues tras la separación de hecho de los cónyuges hace más de 40 años y creada nueva familia extramatrimonial, se excluye el fundamento de la aplicación de la sociedad de ganancias y no se reconoce derecho a la mitad a la muerte del cónyuge, teniendo en cuenta que *se ha obtenido la vecindad catalana siendo esta ley la que rige la sucesión*.

La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de abril de 2008⁴, sí consideró el artículo 9.8 *in fine* del Código Civil. Dicha sentencia razonó la conveniencia de aplicar el derecho sucesorio español en el supuesto de un testamento otorgado por el causante, de nacionalidad norteamericana, en el que legaba a su esposa todos los inmuebles usados por él como lugar de residencia. A su vez constituyó en la misma fecha un «trust mortis causa» del que era beneficiaria su hija.

El juzgador en este caso entendió que ante la inexistencia de norma específica de conflicto en derecho español determinante de cuál sería el derecho material aplicable a la figura del «trust», ha de suplirse acudiendo a la *norma de conflicto propia de la sucesión mortis causa que, contenida en el artículo 9.8 del Código Civil, remite al derecho representado por la ley nacional del causante*. Sin embargo, ante la falta de acreditación del contenido y alcance del derecho extranjero, *extremos que el juzgador no está obligado a investigar de oficio*, se impone la aplicación del derecho español, siendo así que en tal sentido han de aplicarse las disposiciones contenidas en el testamento.

La SAP de Lleida de 17 de diciembre de 2001⁵, aplicó la legislación catalana, en el supuesto de una sucesión intestada y habiendo muerto el causante sin hijos ni descendientes, le sucede el cónyuge sobreviviente. Se determina la ley aplicable en función de la vecindad civil del causante y aunque se alega el cambio de vecindad civil por su residencia habitual durante 10 años seguidos en territorio de diferente legislación civil, se insiste por el juzgador que *los simples datos del padrón de habitantes no hacen prueba plena de la residencia a efectos civiles*.

Por último, debemos hacernos eco de la SAP de Barcelona de 7 de enero de 2014⁶, que reflexiona sobre un supuesto distinto donde la vecindad civil juega un papel fundamental a la hora de otorgar testamento. Liberada la causante de la vinculación a la vecindad civil del marido, deja transcurrir el plazo de 10 años con residencia en Barcelona, *sin manifestar ante el Encargado del Registro Civil su voluntad de conservar la vecindad civil navarra y otorga testamento de hermandad sin poseer vecindad civil navarra*. Al ser una forma testamentaria de derecho foral navarro, no contemplada en el ordenamiento jurídico catalán se declara «la nulidad del testamento ya que no se corresponde con alguno de los tipos previstos en la legislación aplicable al tiempo del fallecimiento de la causante».

III. RESIDENCIA HABITUAL, VECINDAD CIVIL

La sentencia objeto de comentario de 28 de abril de 2014 tiene como supuesto de hecho la existencia de un causante de nacionalidad italiana y con *residencia legal* en España, casado con una española, y la existencia de una escritura pública de capitulaciones prenupciales en donde los otorgantes hicieron constar su *residencia habitual común* en Málaga y la determinación del derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio.

A nuestro juicio debería haberse referido al término *vecindad civil* (término de carácter civil) en lugar del de residencia habitual (término de carácter fiscal).

Recordemos que el concepto de *residencia habitual* tiene relevancia a efectos tributarios porque constituye el criterio de territorialidad adoptado por varios tributos para determinar la extensión de la ley en el espacio. La Ley General Tributaria no define este concepto, sino que es la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ley 40/1998, de 9 de diciembre, la que se refiere al mismo. En su virtud, se considera residente en España el que resida en ella más de ciento ochenta y tres días del año natural, sin que se computen para ello las ausencias temporales, salvo que el contribuyente acredite su residencia fiscal en otro país; aquel que tenga en España el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta. Es un factor integrante del hecho imponible del correspondiente tributo.

La *vecindad civil*, por otro lado, es la condición en la que se encuentra todo ciudadano por su adscripción a una zona determinada del territorio español, donde se aplica, bien la legislación civil común o la foral⁷. En base a ella se determina la sumisión a unas determinadas normas que regulan la capacidad y estado civil, los derechos y deberes de familia y la *sucesión por causa de muerte*⁸.

La vecindad civil ha sido considerada como una «condición de la persona»⁹, un «estado civil»¹⁰ o, simplemente, como un «vínculo entre la persona y un ordenamiento jurídico» que influye en la *capacidad* de la persona, pero no en su personalidad y cuyos *caracteres* son¹¹:

- Generalidad: aplicable a todos los ordenamientos regionales y a todos por igual.
- Limitada: refiriéndose solo a lo contenido en cada ordenamiento regional.
- Necesaria y única: cada español tendrá una regionalidad y solo una, sin perjuicio de que pueda cambiarse.
- Materia sustraída al tráfico jurídico ya que afecta al interés público o general.

Son pocas las sentencias que se han referido a los pactos prenupciales y su influencia en el régimen sucesorio determinado por la vecindad civil, no obstante vamos a referirnos y analizar alguna de ellas.

La SAP de Barcelona de 13 de junio de 2001¹², afirma que el régimen económico aplicable al matrimonio es el capitular francés de separación de bienes por haberlo así regulado los cónyuges. Y además insiste en que «nótese que en la escritura prematrimonial celebrada en Beziers el 19 de junio de 1990 existe una clara sumisión al régimen de los artículos 1536 a 1541 del Code civil. Según nuestro Derecho internacional privado, aplicable siempre de oficio (art. 12.6 CC), el régimen económico resulta (art. 9.3 CC) siempre de los pactos o capitulaciones válidos conforme a la ley que rija los efectos del matrimonio, o a la ley de residencia habitual o nacionalidad de cualquiera de las partes —en este caso, se acordó según la ley francesa del marido—, luego el régimen resultante y no otro es el que debe tenerse en cuenta en este caso».

Se insiste en que «no constando que la esposa haya adquirido por el simple matrimonio la nacionalidad francesa, en defecto de ley personal común reguladora de los efectos de la separación rige la ley española (art. 107 CC), una vez está acreditada la residencia española de la esposa al tiempo de la demanda y determinada la competencia por esa vía; ley española que no puede ser otra que la determinada a su vez por la vecindad civil de la esposa, el Derecho civil catalán

integrado por el Codi de Familia; además es la ley aplicable invocada como única por ambas partes en esta materia, lo que ya de por sí excluiría la francesa basada en la residencia común, constante matrimonio, en Francia».

IV. PACTOS PRENUPCIALES, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y RESIDENCIA HABITUAL

Los pactos matrimoniales prerruptura o en previsión de la ruptura (a los que ya nos hemos referido) pueden definirse como aquellos negocios jurídicos de Derecho de Familia, en cuya virtud quienes tienen proyectado contraer matrimonio o se encuentran en situación de normal convivencia matrimonial regulan, total o parcialmente, las consecuencias o efectos tanto personales como patrimoniales que pudieran derivarse de la eventual ruptura de su matrimonio. El Tribunal Supremo los configura como *pactos atípicos* en los que los cónyuges, previendo una posible crisis, acuerdan que uno o ambos asuman una serie de obligaciones respecto a la otra parte, para el caso de que se produzca la separación o divorcio (como ya hemos indicado en la STS, Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2011).

Aunque la legislación civil común no los contempla sin embargo, son admisibles en base al principio de la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC), a la libertad de contratación entre cónyuges (art. 1323 CC) y a la potestad de estos para estipular en capitulaciones cualesquiera disposiciones por razón del matrimonio (art. 1325 CC). Conforme al artículo 1091 del Código Civil, las obligaciones contenidas en tales pactos tendrán «fuerza de ley entre las partes».

Sobre esta cuestión el Alto Tribunal ha declarado que «los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial, en ejercicio de su autonomía privada, pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de abril de 1997)¹³, tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter *ad solemnitatem* o *ad sustantiam* para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia y la doctrina registral, que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante interpartes a la aprobación y homologación judicial».

Asimismo, «la autonomía privada de los cónyuges les permite pactar lo que crean más conveniente para sus intereses y para ello pueden utilizar los documentos privados, siempre que las Leyes no exijan para la validez del acto que están realizando, el otorgamiento de escritura pública» (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de febrero de 2006)¹⁴. Si concurren tales requisitos, el acuerdo será válido «como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes»; no habrá obstáculo para su validez, puesto que el hecho de no haber sido homologado por el Juez solo le impide formar parte del proceso de divorcio, pero no pierde eficacia como negocio jurídico (como indica la ya señalada STS, Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2011)¹⁵.

La STS de 28 de abril de 2014, objeto de comentario, establece que los derechos sucesorios de doña Ariadna, como cónyuge supérstite deben ser regulados de acuerdo con el sistema sucesorio español. Así se desprende de la escritura pública de capitulaciones prenupciales, de 17 de febrero de 2004, en donde los

otorgantes, para el caso de celebración del proyectado matrimonio, hicieron constar su residencia habitual común en Benalmádena (Málaga) y la determinación del derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio.

La autonomía de la voluntad está presente en la regulación de la *vecindad civil*, en base a la posibilidad de su cambio. Su modificación presenta consecuencias en el plano de los conflictos de leyes internos al producir una modificación en el derecho aplicable, no solo en la *ley personal*, sino también en el *ámbito familiar y sucesorio*. «Se genera lo que en *doctrina ius internacional privatista* se conoce como conflicto móvil, al que las normas de conflicto ofrecen soluciones específicas, en función de la materia regulada, que pasan por respetar la validez de los actos otorgados y los derechos adquiridos conforme a la ley aplicable antes del cambio»¹⁶.

Aunque este no es el caso que se plantea en nuestro estudio, los cambios voluntarios de vecindad también pueden encontrarse con una importante limitación, en sus consecuencias de derecho aplicable, que es la institución de fraude de ley (art. 12.4 CC), cuya activación puede llevar a excluir los efectos de la voluntad expresada mediante el cambio de vecindad: siendo precisamente donde más se generan en el ámbito sucesorio, y en el escenario interno de los conflictos de leyes¹⁷.

El principio de autonomía de la voluntad implica la elección de la ley aplicable en función de su contenido material y de seguridad jurídica, permitiendo la autorregulación por los propios particulares de sus relaciones jurídicas. La elección de ley también preside la ordenación conflictual en la Propuesta de Reglamento en materia de regímenes económicos matrimoniales¹⁸ y en el Reglamento sobre sucesiones¹⁹.

No obstante, en la sentencia objeto de estudio se evita todo tipo de conflicto puesto que con carácter previo las partes, antes de contraer matrimonio, establecieron en base a su autonomía de la voluntad plasmada en las capitulaciones matrimoniales realizadas previamente a la celebración del matrimonio la fijación de su residencia habitual y consiguientemente debe entenderse su vecindad como la de Derecho común, que va a tener efectos fundamentales en el Derecho sucesorio.

Cuestión distinta es la del ejercicio de la autonomía de la voluntad en los llamados pactos prenupciales prerruptura contenidos en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas, objeto de la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de marzo de 2011, contrarios muchas veces a la ley, que intentan eludir.

En ella se cuestionó la validez de los pactos entre cónyuges distintos del convenio regulador puesto que los litigantes pactaron que en el supuesto de separación, como así ocurrió, el marido vendría obligado a entregar a la esposa una pensión mensual y a donarle el piso que ella eligiese²⁰.

Y asimismo con un contenido diferente, pero con alguna cuestión en común, fue la analizada por la SAP de Valencia de 30 de abril de 2003²¹, la cual confirma que en este caso en el que los litigantes antes de contraer matrimonio pactaron en capitulaciones matrimoniales prenupciales el régimen de separación de bienes *significa que mostraron su voluntad de mantener su autonomía patrimonial*. La sentencia se hace eco de que «la propia existencia e invocación de estos pactos atípicos previos, ilustrativos de la falta de cobertura, insatisfacción o inadecuación de las medidas legalmente contempladas».

Resulta ilustrativa también la SAP de Cádiz de 26 de julio de 2013²², que señala que no puede considerarse vulnerado el principio de igualdad entre consortes establecido en el artículo 1328 del Código Civil, cuya restricción constituye uno de los límites constitucionales a la voluntad de los cónyuges. En el examen de

los pactos no puede perder de vista el respeto a la propia libertad contractual, debiendo únicamente proscribirse aquellos que de forma más clara ataque la igualdad de los cónyuges pero no aquellos que solo muestren el ejercicio de aquella, sobre todo en materias de libre disposición, fundamentalmente de naturaleza patrimonial, pues si determinados pactos se permiten entre extraños, más aún deben permitirse entre casados²³.

«Vulnerarían la igualdad aquellos pactos que sitúan a uno de los cónyuges en situación de inferioridad respecto del otro, acuñándose legalmente para diluir toda idea de supremacía o autoridad y correlativa sumisión o dependencia; todo ello sin olvidar que la igualdad es un concepto relativo, en el sentido de que para examinar su concurrencia deberá partirse de un determinado matrimonio, en un momento histórico y una sociedad determinada».

V. CAPITULACIONES MATRIMONIALES, TESTAMENTO Y DERECHO FORAL CATALÁN

La SAP de Barcelona de 9 de diciembre de 2002²⁴, reconoce el carácter *irrevocable* de los *capítulos matrimoniales*. En esta resolución se analiza si debe mantenerse el testamento otorgado por D. Daniel, ya que su voluntad, expresa en los capítulos matrimoniales, consistía en prever que si moría habiendo otorgado testamento, este debiera primar sobre los capítulos matrimoniales, ya que pretendía que su esposa, durante su vida, únicamente poseyese y se «lucrase» con las rentas que produjesen sus bienes, pero sin que se transmitiese a ella el dominio, ya que pretendía que se produjese en la forma ordenada por testamento²⁵.

No obstante, la Audiencia entiende que «la controversia suscitada no puede resolverse en los aspectos *interpretativos de la voluntad*, sino en la *aplicación de la Ley*, ya que el artículo 71 del Codi de Successions de Cataluña, dispone que «el heredamiento a favor de uno de los contrayentes le confiere con carácter irrevocable la cualidad de heredero contractual del heredamiento y le transmite los bienes que este le ha dado de presente», en concordancia con el artículo 72 del mismo texto legal que preceptúa que «las donaciones universales otorgadas en capítulos matrimoniales a favor de los contrayentes producen el efecto de heredamiento aunque no se utilice dicho término», y con los artículos 67 a 100 del Código, referidos a los heredamientos; de lo que deriva que D. Daniel no podía llevar a cabo la institución de última voluntad en testamento, ya que, carecía de los bienes por haber dispuesto anteriormente la donación de presente»²⁶.

Concluye estableciendo que «la voluntad del testador unilateralmente no puede privar, de forma sobrevenida, a la eficacia del heredamiento contenido en capítulos, atendiendo a su irrevocabilidad, «con el fin de evitar fraudes y que puedan dejarse sin efecto donaciones o promesas en correspondencia a las cuales se hubieran obtenido otras del otro contrayente o de los suyos».

VI. EL REGISTRO CIVIL, LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y LA VECINDAD CIVIL

La RDGRN de 25 de septiembre de 2006²⁷ analiza el supuesto de la inscripción en el Registro Civil español de la escritura otorgada ante notario italiano por unos esposos (él de nacionalidad italiana y ella de nacionalidad española)

con residencia habitual en Italia y que contrajeron matrimonio en España, por la que convienen que su régimen económico matrimonial sea el de separación de bienes (supuesto de hecho parecido en parte a la sentencia objeto de nuestro breve comentario aunque distinta es la cuestión jurídica a dilucidar).

El Centro Directivo entiende que «no es preciso, para la constancia en el Registro español del régimen económico matrimonial pactado, que se determine en capitulaciones formalizadas ante notario español. El documento notarial presentado es susceptible de ser indicado en el Registro Civil español por las siguientes razones: a) los artículos 27 LRC y 81 RRC admiten la eficacia registral de los documentos auténticos extranjeros con fuerza en España con arreglo a las leyes y Tratados internacionales; b) el documento calificado ha sido apostillado de acuerdo con el Convenio de La Haya, llenando con ello el requisito de la legalización de los documentos autorizados por funcionario extranjero; c) la intervención del notario italiano puede ser equivalente a la del notario español a los efectos de certificar de forma fehaciente el consentimiento prestado por los cónyuges al contenido de las capitulaciones y de probar la capacidad de los mismos; d) la legislación italiana es competente para regular el fondo del acto capitular dada la residencia habitual en Italia de los otorgantes y que, en cuanto a las capitulaciones otorgadas en el extranjero, solo se impone imperativamente la ley española a la forma cuando las mismas se otorguen ante autoridad diplomática o consular española, y e) no se aprecia contravención del orden público».

Por otro lado, la RDGRN de 8 de enero de 2004²⁸ deniega el acceso al Registro Civil de un *acta de manifestaciones* otorgadas por unos esposos en la que hacen constar el lugar en el que han fijado su *residencia habitual común*, el argumento utilizado es que es el matrimonio, y no el régimen económico, el objeto de la publicidad del Registro.

Más interesante resulta la RDGRN de 11 de marzo de 2003²⁹. En ella el Alto Centro Directivo afirma que «la eficacia de la ley matrimonial se despliega tanto en la regulación del ámbito personal, como en la del régimen económico, y estas en orden a sus reglas especiales de carácter económico (gananciales, conquistas, comunidad o separación de bienes) como en su estatuto básico (vivienda habitual, predetracciones en razón del matrimonio, régimen de la potestad doméstica y restantes figuras tuitivas que pueda contemplar la legislación material aplicable). Abarcará también, en su caso, los regímenes especiales de viudedad, siempre que vengan acompañados de las condiciones de *vecindad civil* y *régimen económico que permitan su aplicación* (Cfr. art. 16 CC y regulación foral de las viudedades)».

«Al excepcionar el artículo 9.3.º CC la validez de los pactos y capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio, no pretende establecer la inmutabilidad, en todo caso, de los demás efectos personales o económicos —primarios— del matrimonio, sino tan solo ampliar la ley material por las que es posible alterar, por pacto, el régimen económico (no solo por la ley fijada como común, en el párrafo anterior, sino la correspondiente a la nacionalidad o residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento)». Y esto es precisamente lo que ocurre en la sentencia objeto de comentario

Continúa la resolución indicando que «si los esposos adquieran posteriormente una ley personal común, vigente en el momento en que sobrevenga la calificación de la ley reguladora pactando el régimen legal de esta vecindad, los efectos del matrimonio, personales y patrimoniales, se unirán nuevamente. Así, vgr., no puede negarse la «fealdat» a la viuda navarra, como su esposo, bajo ré-

gimen pactado de conquistas, porque la ley aplicable al inicio de su matrimonio condujera al derecho común, si el esposo fallece bajo vecindad navarra».

En el supuesto de la sentencia objeto de comentario se pacta la residencia habitual en Benalmádena a los efectos de que sea la común su ley personal, al pactarse el régimen legal común de la vecindad malagueña.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Derecho civil*. T.I: Introducción y parte general. Edisofer, S. L.. Madrid. ISBN: 9788415276234.
- DE CASTRO, F. (2008). *Derecho Civil de España*. Colección: Nuevos Clásicos Cívitas. Madrid. 1.^a ed. ISBN: 978-84-470-3121-4.
- GARCÍA AMIGO, M. (1979). *Instituciones de Derecho civil*. T. 1. Parte general (en papel), Editorial De Derecho Reunidas S.A. ISBN: 9788471302885.
- IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la (2010). La vecindad civil de la mujer casada y la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 14.4 del Código Civil, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 718, 761-766.
- IGLESIA MONJE, M. I. (2012). Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 730, marzo-abril, 1029-1039.
- ZABALO ESCUDERO, E. Autonomía de la voluntad, vecindad civil y normas para resolver los conflictos de leyes internos, en *Diario La Ley*, Núm. 7847, Sección Tribuna, 27 de abril de 2012, Año XXXIII, Ref. D-180, Editorial La Ley. La Ley 2012/4992.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RRDGRN CITADAS

- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de abril de 2014, rec. 2105/2011. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Núm. de Sentencia: 624/2013. *Diario La Ley*, Núm. 8345, Sección Jurisprudencia, 2 de Julio de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley. La Ley 2014, 64157.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de marzo de 2011, rec. 807/2007. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 217/2011. La Ley 2011, 29142.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de septiembre de 2009, rec. 664/2004. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 588/2009. La Ley 2009, 171920.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de abril de 2008, rec. 1832/2001. Ponente: Antonio SALAS CARCELLER. Núm. de Sentencia: 338/2008. La Ley 2008, 31940.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de febrero de 2006, rec. 2146/1999. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 61/2006. La Ley 2006, 389.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de abril de 1997, (rec. 1822/1993. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. La Ley 1997, 6125.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de diciembre de 1992. Ponente: Teófilo ORTEGA TORRES. La Ley 1993, 15223-R.
- SAP de Barcelona, Sección 1.^a, de 7 de enero de 2014, rec. 172/2012. Ponente: María Luisa GUZMÁN ORIOL. Núm. de Sentencia: 2/2014. La Ley 2014, 4873.

- SAP de Cádiz, Sección 5.^a, de 26 de julio de 2013, rec. 52/2013. Ponente: Rosa María FERNÁNDEZ NUÑEZ. Núm. de Sentencia: 411/2013. La Ley 2013, 159256.
- SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 30 de abril de 2003, rec. 178/2003. Ponente: Carlos ESPARZA OLCINA. Núm. de Sentencia: 220/2003. La Ley 2003, 78900.
- SAP de Barcelona, Sección 14.^a, de 9 de diciembre de 2002, rec. 865/2001. Ponente: Carlos VILLAGRASA ALCAIDE. La Ley 2002, 205547.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 13 de junio de 2001, rec. 1398/2000. Ponente: José María BACHS ESTANY. La Ley 2001, 119292.
- SAP de Lleida, Sección 2.^a, de 17 de diciembre de 2001, rec. 384/2001. Ponente: Ana Cristina SAINZ PEREDA. Núm. de Sentencia: 553/2001. La Ley 2002, 3387.
- RDGRN de 25 de septiembre de 2006. La Ley 2006, 324730.
- RDGRN de 8 de enero de 2004. La Ley 2004, 13519.
- RDGRN de 11 de marzo de 2003. La Ley 2003, 1835.

IX. LEGISLACIÓN CITADA

- Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.
- Propuesta de Reglamento Del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales. Bruselas, 16.3.2011. COM(2011) 126 final. 2011/0059 (CNS).

NOTAS

¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de abril de 2014, rec. 2105/2011. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Núm. de Sentencia: 624/2013. *Diario La Ley*, Núm. 8345, Sección Jurisprudencia, 2 de julio de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley. La Ley 2014, 64157.

² ZABALO ESCUDERO, E., Autonomía de la voluntad, vecindad civil y normas para resolver los conflictos de leyes internos, en *Diario La Ley*, Núm. 7847, Sección Tribuna, 27 de abril de 2012, Año XXXIII, Ref. D-180, Editorial La Ley. La Ley 2012, 4992.

³ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de diciembre de 1992. Ponente: Teófilo ORTEGA TORRES. La Ley 1993, 15223-R.

⁴ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de abril de 2008, rec. 1832/2001. Ponente: Antonio SALAS CARCELLER. Núm. de Sentencia: 338/2008. La Ley 2008, 31940.

⁵ SAP de Lleida, Sección 2.^a, de 17 de diciembre de 2001, rec. 384/2001. Ponente: Ana Cristina SAINZ PEREDA. Núm. de Sentencia: 553/2001. La Ley 2002, 3387.

⁶ SAP de Barcelona, Sección 1.^a, de 7 de enero de 2014, rec. 172/2012. Ponente: María Luisa GUZMÁN ORIOL. Núm. de Sentencia: 2/2014. La Ley 2014, 4873.

⁷ *Vid.* IGLESIAS MONJE, M.^a Isabel de la: La vecindad civil de la mujer casada y la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 14.4 del Código Civil, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 718. 2010, 761-766. Donde se aclaran ciertas cuestiones relativas a las normas de vecindad civil y su diferenciación de la vecindad administrativa o la inscripción en el padrón municipal.

⁸ «Será ley personal la determinada por la vecindad civil» (art. 16.1 CC); la sujeción al Derecho Civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil (art. 14 CC).

⁹ DE CASTRO, F. (2008) *Derecho Civil de España*. Colección: Nuevos Clásicos Cívitas. Madrid. 1.^a ed. ISBN: 978-84-470-3121-4.

¹⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013) *Derecho civil. T. I: Introducción y parte general*. Edisofer, SL. Madrid. ISBN: 978-84-152-7623-4.

¹¹ GARCÍA AMIGO, M. (1979). *Instituciones de derecho civil. T. I. Parte general (en papel)*, Editorial de Derecho Reunidas S.A. ISBN: 978-84-713-0288-5.

¹² SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 13 de junio de 2001, rec. 1398/2000. Ponente: José María BACHS ESTANY. La Ley 2001, 119292.

¹³ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de abril de 1997 (rec. 1822/1993. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. La Ley 1997, 6125), que aborda la cuestión jurídica esencial de la *naturaleza jurídica del convenio regulador, en las situaciones de crisis matrimonial*, contemplado y previsto su contenido mínimo en el artículo 90 del Código Civil, que no ha obtenido la aprobación judicial. En principio, debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como *conditio iuris*, determinante de su eficacia jurídica.

¹⁴ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de febrero de 2006, (rec. 2146/1999. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 2006, 61. La Ley 389/2006) que indica que carece de validez la disolución del régimen de gananciales realizada en documento privado por los cónyuges separados de hecho. Entre las causas de disolución de la sociedad de gananciales no se encuentra la separación de hecho. Por tanto, los cónyuges en esta situación no pueden pactar la disolución del régimen de gananciales sin acogerse a otro régimen distinto, y ese cambio debe documentarse en escritura pública.

¹⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de marzo de 2011, rec. 807/2007. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 217/2011. La Ley 2011, 29142.

¹⁶ ZABALO ESCUDERO, E.: Autonomía de la voluntad, vecindad civil y normas para resolver los conflictos de leyes internos, en *Diario La Ley*, Núm. 7847, Sección Tribuna, 27 de abril de 2012, Año XXXIII, Ref. D-180, Editorial La Ley. La Ley 2012, 4992.

¹⁷ El TS afirma que «La igualdad entre los Ordenamientos jurídicos españoles implica que la ley de cobertura sea igual a la ley inicialmente aplicable; por tanto, no puede utilizarse un argumento relacionado con la problemática de la mayor o menor legitimidad de los Derechos autonómicos para considerar que existe fraude cuando se utiliza una ley que permite los cambios de vecindad para alterar el punto de conexión y así permitir la aplicación de otra ley más favorable a los intereses del declarante». STS, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de septiembre de 2009, rec. 664/2004. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 588/2009. La Ley 2009, 171920.

¹⁸ Propuesta de Reglamento del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales. Bruselas, 16.3.2011. COM(2011) 126 final. 2011/0059 (CNS). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0126:FIN:ES:PDF>.

¹⁹ Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. <http://www.boe.es/DOUE/2012/201/L00107-00134.pdf>

El artículo. 1. El presente Reglamento se aplicará a las sucesiones por causa de muerte...
2. Quedarán excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento:

a) el estado civil de las personas físicas, así como las relaciones familiares y las relaciones que, con arreglo a la ley aplicable a las mismas, tengan efectos comparables;

d) las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales, así como a los regímenes patrimoniales resultantes de las relaciones que la ley aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio;

²⁰ Dicho pacto no vulnera el artículo 1256 del Código Civil, que prohíbe que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de una de las partes. La obligación del marido surgía

fueru quien fuera el que iniciara la separación, de modo que no se dejaba a la iniciativa de la esposa la eficacia del pacto.

En cuanto al contenido del contrato, *no puede considerarse válido el pacto de donación de un piso ya que se trata de una promesa futura de donación prohibida en el artículo 635 del Código Civil, pero sí el pacto referido al pago de una pensión mensual* aunque deben declararse prescritas, por el transcurso de cinco años (art. 1966.3 CC), las pensiones devengadas desde la sentencia de separación hasta la interposición de la demanda, siempre que se hubiese ya consumado el transcurso de los cinco años para cada una de las mensualidades. *Vid. IGLESIA MONJE, M. I.: Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 730, marzo-abril 2012, pp. 1029-1039.

²¹ SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 30 de abril de 2003, rec. 178/2003. Ponente: Carlos ESPARZA OLCINA. Núm. de Sentencia: 220/2003. La Ley 2003, 78900.

²² SAP de Cádiz, Sección 5.^a, de 26 de julio de 2013, rec. 52/2013. Ponente: Rosa María FERNÁNDEZ NÚÑEZ. Núm. de Sentencia: 411/2013. La Ley 2013, 159256.

²³ Doña Otilia y Don Bartolomé contrajeron matrimonio civil en Sanlúcar de Barrameda el 8 de agosto de 2003, haciéndolo en régimen de separación absoluta de bienes, en virtud de escritura pública autorizada días antes. El mismo día realizan acta de manifestaciones ante el mismo Notario en la que se acuerda entre otras cosas que «en el supuesto hipotético de que su relación se deteriorara y esto les llevara a solicitar la separación matrimonial, y con objeto de evitar entre ellos mutuas reclamaciones y contenciosos judiciales, acuerdan en este acto que el Sr. Bartolomé abonará a la Sra. Otilia por todos los conceptos, y como renta mensual vitalicia la cantidad de mil doscientos (1.200) euros la cual se actualizará anualmente por aplicación del IPC».

²⁴ SAP de Barcelona, Sección 14.^a, de 9 de diciembre de 2002, rec. 865/2001. Ponente: Carlos VILLAGRASA ALCAIDE. La Ley 2002, 205547.

²⁵ En la escritura de capítulos matrimoniales otorgada entre los futuros esposos se convino que no dejando hijos ni descendientes, el sobreviviente lucre la totalidad de bienes del premuerto a sus libres voluntades a cuyo efecto se hacen mutua y recíprocamente el uno al otro donación de sobrevivencia; por lo que se perfecciona un heredamiento mutual a favor de los contrayentes, que implica que en el momento de fallecer cualquiera de ellos el sobreviviente hereda la totalidad de los bienes, tanto los que tuviera en el momento de otorgarse los capítulos como los que fueran adquiriendo a lo largo de su vida, que se irían acumulando hasta la fecha del óbito de cualquiera de los dos.

Debe mantenerse la validez de las capitulaciones matrimoniales objeto del presente litigio y deben surtir sus efectos sobre los del testamento otorgado con posterioridad.

²⁶ Nos encontramos en el caso de autos con la modalidad de sucesión contractual del heredamiento, que el derecho civil catalán prevé en el artículo 3 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte, en razón de matrimonio, según el dictado del artículo 67 del Código, por lo que se tipifica mediante tres notas: su contenido sucesorio, su naturaleza contractual y su causa legitimadora, por su estrecha vinculación con la familia matrimonial. Del contenido sucesorio deriva la finalidad del heredamiento de instituir un heredero para todo el patrimonio familiar —sin que pueda admitirse que el término «lucre» tenga otro significado, como pretende el apelante—, más su formulación se articula a través de un acuerdo irrevocable, cuya íntima conexión con el matrimonio, como causa legitimadora, dota a la figura del heredamiento de un carácter preminentemente familiar y organizativo, delimitándose su naturaleza jurídica, por la doctrina y por la jurisprudencia, en un negocio mixto, «ínter vivos» en razón de su irrevocabilidad y «mortis causa» por su eficacia ulterior al fallecimiento del heredante.

²⁷ RDGRN de 25 de septiembre de 2006. La Ley 2006, 324730.

²⁸ RDGRN de 8 de enero de 2004. La Ley 2004, 13519.

²⁹ RDGRN de 11 de marzo de 2003. La Ley 2003, 1835.