

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

POR JUAN MANUEL REY PORTOLÉS

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

SON INSCRIBIBLES LAS MUTACIONES JURÍDICO REALES DERIVADAS DE UNA ESCRITURA DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES POSTNUPCIALES, AUNQUE UNO DE LOS ESPOSOS, POR CONFLICTO MÓVIL, QUEDE SOMETIDO A UN ORDENAMIENTO (EN EL CASO, EL VENEZOLANO) QUE NO LAS ADMITA, SI LAS AUTORIZA, EN CAMBIO, LA LEY PERSONAL DEL OTRO CÓNYUGE. INTERPRETACIÓN COHERENTE DE LOS DOS INCISOS DEL ARTÍCULO 9.3 DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL.

Resolución de 7 de diciembre de 1981 (B. O. del E. de 4 de enero de 1982).

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Tacoronte, don Juan Antonio Pérez Giralda, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de La Laguna, a inscribir una escritura de capitulaciones matrimoniales;

Resultando que por escritura autorizada por el Notario de Tacoronte, don Juan Antonio Pérez Giralda, el día 9 de agosto de 1980, los esposos don Juan Cabrera Alonso, súbdito venezolano por naturalización desde el 29 de agosto de 1978, y doña Eulalia de la Cruz Labrador, española, procedieron al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales; que, según resulta de la referida escritura, los comparecientes habían contraído matrimonio

el día 24 de abril de 1942, en la villa de La Orotava, siendo ambos de nacionalidad española;

Resultando que presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, fue calificada con nota del siguiente tenor literal: «Denegada la inscripción del presente documento, por adolecer del defecto que se califica de insubsanable siguiente: Resultando de los antecedentes de este Registro, que don Juan Cabrera Alonso era de nacionalidad española y hoy día, de la comparecencia de la escritura, ser súbdito venezolano, la posible modificación del régimen económico matrimonial estará supeditado a lo establecido en el párrafo (sic en el *B.O.E.*) del artículo 9 del Código Civil. Y aun partiendo de la más benévola interpretación de dicho precepto, cual es el no entender que tal modificación está supeditada a que la nueva Ley Nacional haya de ser común a ambos cónyuges, resulta evidente que habiendo cambiado de nacionalidad el marido, el cambio de su régimen económico matrimonial no ha de ser impedido por su nueva Ley Nacional. Y resultando de certificación que se aporta, expedida por el Cónsul general de la República de Venezuela en Santa Cruz de Tenerife, que, conforme al artículo 144 del Código Civil de dicha República, la validez de las capitulaciones matrimoniales modificativas está supeditada a su otorgamiento o mejor registración antes de la celebración del matrimonio, es evidente la nulidad de lo pactado en el precedente documento. La Laguna, 3 de octubre de 1980»;

Resultando que por el Notario autorizante de la escritura se interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que en el presente supuesto han de destacarse los siguientes hechos: 1) que los esposos ostentaban la nacionalidad española al tiempo de contraer matrimonio; 2) que la esposa sigue ostentando sin variación dicha nacionalidad; 3) que las relaciones patrimoniales del citado matrimonio se rigen por la Ley española, que fue la del marido en el momento de la celebración de aquél y la última común de los esposos, y 4) que los bienes objeto de la escritura cuya inscripción se deniega están sitos en España; que la admisibilidad de las capitulaciones matrimoniales —teniendo diferente nacionalidad los esposos— viene condicionada, según el vigente artículo 9, 3.º, del Código Civil, a su admisión por la Ley de uno de los dos esposos, el marido o la mujer, admitiéndose, por tanto, las capitulaciones matrimoniales cuando lo autorice la Ley Nacional de cualquiera de los esposos; que la reforma del título preliminar del Código Civil pretendió con esta nueva regulación el favorecer el imperio de la voluntad y la validez de las capitulaciones, así como mejorar la situación de la mujer; que, a diferencia del supuesto de variación de la nacionalidad de los dos esposos, en el caso de modificación de la nacionalidad de uno solo de ellos, ha de venir regulado por el artículo 9, 3.º, en su primera parte, que permite con carácter general el otorgamiento de capitulaciones cuando lo permita la Ley del marido o la Ley de la mujer; que el tipo de conflicto móvil contemplado por el artículo 9, 3.º, del Código Civil es el relativo al cambio de estatuto personal de los dos esposos; que entender lo contrario supondría el desconocer que el pronombre relativo «su» está referido a «los cónyuges»; que sería un absurdo declarar la admisión de capitulaciones matrimoniales si lo autoriza cualquiera de las leyes nacionales del marido o de la mujer, para a continuación declarar su prohibición si están prohibidas por la Ley de uno solo de ellos, y, por último, habría que aceptar que el cambio de estatuto personal de uno solo

de los esposos —que puede no ser consentido o conocido por el otro— puede llegar a afectar al régimen económico del matrimonio; que en el supuesto del recurso, el otorgamiento de las capitulaciones no está amparado en una conexión anómala, sino que es la Ley permisiva —la española— la que regula las relaciones patrimoniales del matrimonio; que, en consecuencia, las capitulaciones matrimoniales son válidas por permitirlo la Ley española —artículos 1.315 y 1.320 del Código Civil—, que es aplicable según la norma del primer inciso del artículo 9, 3.º

Resultando que el Registrador de la Propiedad informó: que el primer párrafo del artículo 9, 3.º del Código Civil establece una regla general que es aplicable no sólo al supuesto de que los esposos tengan nacionalidad diferente, sino también cuando los esposos la tienen común; que tal regla general dispone para regular las relaciones patrimoniales del matrimonio dos conexiones: la primera consiste en el régimen pactado caso de ser éste admitido por la legislación personal de cualquiera de los cónyuges, y una conexión subsidiaria que se remite a la Ley reguladora de las relaciones personales entre los cónyuges; que la contradicción existente entre el primer párrafo y el segundo de dicho artículo 9, 3.º, ha llevado a la doctrina a sostener las más variadas posturas, siendo de destacar las tres siguientes: 1.ª Aquella que entiende que el principio de inmutabilidad sólo es aplicable al supuesto de régimen económico matrimonial pactado, mientras que si se tratase de régimen legal supletorio se aplicaría la regla del cambio automático cuando se adquiere una nueva nacionalidad común por ambos cónyuges. 2.ª Aquella que sostiene que tanto si el régimen económico es pactado como si se (sic en el *B.O.E.*) rige el legal supletorio, ha de aplicarse el principio de la inmutabilidad con la salvedad que el propio precepto admite, es decir, que para poder efectuar el cambio de régimen, se requerirá que exista cambio de nacionalidad, acuerdo entre los cónyuges y admisibilidad o ausencia de prohibición por la nueva Ley Nacional. 3.ª Aquella que entiende que ya ha sido superado el dogma de la inmutabilidad del régimen económico matrimonial y, por tanto, al no distinguir el artículo 9, 3.º, el momento en que pueden otorgarse las capitulaciones que se permite en el primer párrafo, es posible que tal pacto tenga lugar antes o después de la celebración del matrimonio con posibilidad, pues, de modificar el régimen preexistente, tanto legal como pactado, aunque si bien unos autores admiten la posibilidad de cambio de régimen por variación de la nacionalidad de uno de los cónyuges, si lo permite cualquiera de las leyes personales, otros autores se inclinan en este supuesto por tener en cuenta la Ley Nacional adquirida; que, a juicio del informante, la correcta interpretación puede averiguarse a través de la trayectoria legislativa del actual artículo 9, 3.º, del Código Civil, y así puede señalarse que —aparte del precedente permisivo del Código Civil italiano de 1942— el anteproyecto de reforma elaborado en el año 1944 seguía fielmente el principio de la inmutabilidad, que ya en el año 1962 el proyecto de reforma del título preliminar admite la posibilidad del cambio de régimen económico matrimonial, y que el proyecto de 1965 y la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 señalaban que «el cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial salvo que así lo acuerden los cónyuges conforme a su nueva Ley Nacional común», redacción que es idéntica a la formulada por el Decreto de 3 (sic en el *B.O.E.*) de mayo de 1974, con la salvedad de que

se ha sustituido el término «conforme» por el de «no impedimento» y habiéndose suprimido la exigencia de la Ley Nacional común; que ante los precedentes del actual artículo 9, 3.º, podría entenderse que su párrafo primero viene referido al régimen inicial del matrimonio y distinguiendo según existan o no capitulaciones prematrimoniales, y el segundo párrafo vendría referido a la modificación de dicho régimen inicial, que sólo se admitiría dentro de los límites que el propio precepto señala; que, en definitiva, aun dando al precepto la interpretación más amplia relativa a la admisión de capitulaciones matrimoniales en todo caso y momento, en el supuesto de cambio de nacionalidad había de cumplirse la exigencia legal de ausencia de veto por la nueva Ley Nacional; que, por último, en caso de prosperar la tesis del recurrente, debe exigirse la prueba del momento en que se produjo la naturalización como venezolano de don Juan Cabrera Alonso para determinar las consecuencias que pudieran haberse derivado en orden a la nacionalidad de su esposa, pues caso de haber seguido la nacionalidad del marido, el propio recurrente reconoce la imposibilidad de la convención capitular;

Resultando que el Presidente de la Audiencia Territorial de Las Palmas acordó para mejor proveer que se aportase al recurso el documento acreditativo del cambio de la nacionalidad de don Juan Cabrera Alonso y de su fecha, y resultando del documento aportado —una constancia expedida por el Director de Control de Extranjeros del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Venezuela— que a don Juan Cabrera Alonso le fue concedida la nacionalidad venezolana por naturalización publicada en la *Gaceta Oficial* de dicha República de fecha 29 de agosto de 1978; que el Registrador de la Propiedad manifestó —a efectos de calificación— que estimaba dicho documento como suficiente al objeto de acreditar que la naturalización se produjo con posterioridad a la Ley de 2 de mayo de 1975, con lo que la misma no afectó a su esposa, que conservó su nacionalidad;

Resultando que el Presidente de la Audiencia dictó auto por el que se confirmaba la nota del Registrador, alegando análogos fundamentos a los señalados por aquel funcionario;

Vistos los artículos 9, 3.º; 21, y 1.320 y 1.322 (redacción anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981) inclusive del Código Civil;

Considerando que contraído matrimonio el día 24 de abril de 1942, siendo ambos cónyuges españoles, y naturalizado venezolano el marido el 29 de agosto de 1978, la cuestión que plantea este expediente es la de decidir acerca de si es inscribible una escritura de capitulaciones matrimoniales en la que los esposos disuelven y liquidan la sociedad legal de gananciales y se adjudican los bienes de la misma, a la vez que se pacta para el futuro el régimen de separación;

Considerando que el cambio producido en nuestra legislación interna, al modificarse el Código Civil por la Ley de 2 de mayo de 1975 y sustituir en el entonces artículo 1.320 el principio de inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales por el de la posibilidad de su alteración, incide en la interpretación que ha de hacerse del artículo 9, 3.º, también reformado poco antes por la Ley de 1973 y que regula la cuestión relativa a las relaciones patrimoniales de los esposos en el campo del Derecho internacional privado;

Considerando que el artículo 9, 3.º, del Código Civil, en su primera parte,

prevé la norma de conflicto para las relaciones patrimoniales en el caso de que la nacionalidad de los esposos sea diferente, e indica que si cualquiera de las leyes nacionales de uno de los cónyuges lo permite, se puede pactar entre ellos las correspondientes capitulaciones matrimoniales, y sólo en defecto de pacto se regirán estas relaciones patrimoniales por la misma Ley que las relaciones personales;

Considerando que la anterior disposición aparece establecida con un carácter general, por lo que, en principio, hay que entender comprendida en su texto lo mismo las capitulaciones otorgadas antes del matrimonio, como las posteriores, con independencia de si su nacionalidad actual es originaria o derivativa, ya que la Ley no distingue en estas materias y solamente exige que tal pacto esté permitido por la Ley Nacional de cualquiera de los esposos;

Considerando que no es obstáculo a lo anterior la norma contenida en el inciso final del repetido artículo 9.3 del Código Civil, que se refiere únicamente al supuesto derivado del cambio de nacionalidad de los dos esposos —lo que aquí no ha sucedido—, y sin que se deba extender su contenido a supuestos distintos, como lo prueba no sólo una interpretación gramatical dados los términos literales del precepto referido a los «cónyuges», sino también una interpretación lógica, ya que de extenderse su contenido a más supuestos del indicado, dicho precepto sería contradictorio al permitir la celebración de las capitulaciones si lo admite una de las legislaciones aplicables y, a la vez, prohibirlas si lo impide una sola de ellas;

Considerando que, en consecuencia, adquirida la nacionalidad venezolana por el marido y subsistiendo la nacionalidad española en la mujer, al permitir nuestra legislación la modificación de las capitulaciones matrimoniales incluso después del matrimonio, basta esta circunstancia para que puedan los interesados realizar el acto discutido y ser reconocida su validez en el Derecho español, con independencia de lo que pueda ordenar el Derecho venezolano.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

COMENTARIO.—I. La presente Resolución ha venido a aclarar un aspecto marginal del desafortunado artículo 9.3 de nuestro Código Civil, en la versión que le dio el Decreto legislativo 1836/1974, de 31 de mayo, en ejecución de la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar de aquel Cuerpo legal. Y digo que sólo despeja un aspecto marginal porque de sus considerandos únicamente cabe deducir cuál es el supuesto de hecho de la proposición segunda del aludido artículo 9.3 y, en cierta medida y por antítesis, cuál es el de la proposición primera de dicho párrafo. Pero, en cambio, cuidadosamente esquivo pronunciarse sobre el alcance general de la regla de conflicto contenida en el artículo 9.3 y, por remisión, de la que anida en el artículo 9.2; y eso que dicho alcance general dista mucho de ser claro o diáfano.

En efecto, el apartado 2 del artículo 9 establece que: «*Las relaciones personales entre los cónyuges* (y no es cuestión de precisar ahora este concepto de 'relaciones personales') *se regirán por su última* (subrayo lo de última) *(ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración.*» De donde cabe deducir, en un primer análisis de esta regla conflictual, que siempre que

los esposos, simultánea o sucesivamente, ostenten durante su matrimonio una misma nacionalidad, ésta será la que rija las relaciones personales de su enlace; relaciones cuya regulación irá variando en la medida en que lo hagan las leyes personales (= nacionales: cfr. art. 9.1 del Título Preliminar) de los contrayentes, siempre que su respectiva mutación les haga confluír en una ley nacional común. Esta variabilidad de la norma aplicable a las relaciones personales conyugales parece que es una consecuencia obligada del adjetivo «última», que califica a la primera ley declarada competente por la referida regla de Derecho internacional privado. Sólo cuando los cónyuges hayan permanecido, durante todo su enlace, ostentando leyes personales diversas, de tal manera que se pueda afirmar que nunca han gozado de una última (ni primera) ley nacional común, entra en juego la norma conflictual de segundo grado, que remite, un tanto discriminatoriamente, a la ley personal del marido al tiempo de la celebración.

Pues bien, para las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, el artículo 9.3, proposición primera, establece una ley aplicable idéntica a la que acabo de indicar para las relaciones personales, aunque sólo «a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos». Eso significa que si las relaciones personales se rigen por dos reglas de conflicto: 1.ª, por la última ley nacional común (variable), y 2.ª, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio, las relaciones patrimoniales se reglamentan por tres, a saber: con carácter previo, por las capitulaciones que hubieren convenido los cónyuges al amparo de la ley personal de cualquiera de ellos (y dentro de los límites por ella permitidos), y sólo a falta o por insuficiencia de esta norma de primer grado, se pondría en funcionamiento la remisión a las de segundo y tercer orden antes dichas. Y eso significa también que las relaciones patrimoniales entre los cónyuges (sin entrar ahora tampoco a delimitar ese concepto) cambiarán de regulación si las leyes personales de ambos varían, al unísono o sucesivamente, hacia otra ley nacional, que sería entonces la última común; por lo menos, así parece forzoso concluirlo (cuando no entre en juego la ley capitular) de la remisión efectuada desde el artículo 9.3 al 9.2 del Título Preliminar. Pero he aquí que, a renglón seguido, el apartado 3 de ese artículo 9 sigue diciendo, a pesar de lo que acabo de deducir, que: «El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional». ¿Cómo se puede afirmar que las relaciones patrimoniales interconyugales mutarán de normativa si las leyes personales de los cónyuges varían uniformemente, y decretar acto seguido que dicha variación de nacionalidades no alterará el régimen económico matrimonial? ¿No se trasluce una aparente contradicción entre las proposiciones primera y segunda del artículo 9.3 de nuestro Título Preliminar?, contradicción, además, de enorme trascendencia no sólo en el ámbito del Derecho internacional privado, sí que también en el del interregional, regido por las mismas normas de colisión (art. 16.1 del Título Preliminar), pero con la agravante de que en éste siempre hay *ex necesse* una última ley nacional común, a la vista de lo que preceptúa el artículo 14.4 del Título Preliminar (1).

(1) Siempre que no se descalfique esa norma del artículo 14.4 como contraria al principio de igualdad de los cónyuges consagrado por nuestra vigente Constitución, tanto por el artículo 32.1 («El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica») como por el artículo 14 («Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por ra-

Pues bien, como decía al principio, esa cardinal cuestión de nuestro artículo 9.3 no ha querido ser resuelta por el Centro Directivo, a pesar de que algunos pasajes del informe del Registrador le ofrecían cierto pie para ello. Al contrario, con evidente precaución, por lo demás comprensible, se ha limitado a resolver el supuesto de hecho sometido a su consideración, dejando en la penumbra cuál es su criterio para resolver la contradicción (ya he anticipado que aparente) a que acabo de aludir.

Por eso y antes de intentar resumir lo que me parece el estado de la cuestión acerca del problema —para mí— básico del artículo 9.3, voy a esquematizar la doctrina que cabe inferir de la presente Resolución.

II. El supuesto de hecho viene sintetizado en los resultandos primero, segundo y quinto, y aún más en el primer considerando. Se trataba de un matrimonio de españoles contraído en La Orotava el 24 de abril de 1942, en el que el marido obtuvo muy posteriormente (2), y desde luego parece

zón de... sexo... o cualquier otra condición o circunstancia personal...»). Al tema de la posible eficacia derogatoria inmediata de nuestra Constitución me he referido in extenso en la nota 19 de mi trabajo «Comentario a 'vuela pluma' de los artículos de Derecho sucesorio (cuatro más) reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», aparecido en esta misma Revista en el núm. 533, correspondiente a noviembre-diciembre de 1982, págs. 1545 a 1558. A los datos y bibliografía que allí expuse sólo cabe añadir la importante doctrina que se destila de la reciente Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional núm. 80/1982, de 20 de diciembre, dictada en el recurso de amparo núm. 160/1982 (Boletín Oficial del Estado de 15 de enero de 1983, Suplemento al núm. 13), que ha reconocido incluso retroactividad de tipo medio a nuestra Norma Fundamental, a diferencia de lo que no se atrevió a decidir la Sentencia del mismo Tribunal de 1 de junio de 1981, según expuse en la nota referida. En el reciente fallo a que ahora aludo (ponente: FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE) se declararon nulas sendas sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Territorial de Sevilla, que, en una pretensión de reconocimiento de filiación natural, no habían estimado derogado el primitivo artículo 137 del Código Civil, el cual al establecer un plazo para el ejercicio de la acción de estado distinto y discriminatorio respecto al previsto en el también originario artículo 118 en orden a la reclamación de filiación legítima, adolece de inconstitucionalidad sobrevenida por contrario al artículo 14 de la vigente Constitución, ¡incluso aunque la demanda en primera instancia se hubiera interpuesto antes de la entrada en vigor de nuestra actual Ley de leyes! No creo que la audacia del Supremo Órgano interpretativo de la Constitución llegase al extremo de declarar inconstitucionales las normas de Derecho internacional privado e interregional que utilicen un punto de conexión discriminatorio por razón de sexo, como las de los artículos 9.2 y 14.4 del vigente Título Preliminar, entre otras cosas porque se originaría un vacío jurídico integrable sólo al arbitrio de cada intérprete, con la consiguiente inseguridad normativa, en contra de lo que garantiza el artículo 9.3 de la propia Ley Fundamental, pero... Ya en fase de corrección de pruebas ha aparecido un comentario, acaso excesivamente crítico, de esta Sentencia a cargo de FERNANDO FERNÁNDEZ DE BOBADILLA en el Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, núm. 26 de la 2.ª época, correspondiente a febrero de 1983, págs. 154 a 166. El aspecto más vulnerable del fallo, a mi modo de ver, estriba en que no se puede declarar la inconstitucionalidad (sobrevvenida) del artículo 137 antiguo del Código Civil sin impugnar también la legitimidad de la Disposición transitoria séptima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que viene a convalidar temporalmente a aquél cuando establece que: «Las acciones de filiación SE REGIRAN EXCLUSIVAMENTE por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor la presente Ley». Sólo que como la Ley 11 ya es posterior a la Constitución, si algún precepto de aquélla contradice el derecho a la igualdad de filiaciones reconocido por ésta (desde el momento en que ordena subsistir transitoriamente sus discriminatorios dictados), esa inconstitucionalidad de ley posterior sólo puede declararla el Pleno del Tribunal Constitucional y no una de sus Salas conocedoras del amparo (art. 55.2 de la L.O.T.C.).

(2) La Dirección da como fecha de la naturaleza en su considerando primero la del 29 de agosto de 1978, cuando del resultando quinto se deduce que lo que se produjo en esa fecha fue la publicación en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela de la previa concesión de la nacionalidad. Haría falta conocer con todo pormenor la legislación venezolana para saber si aquella publicación en el *Diario Oficial* tiene para ella carácter constitutivo de la nueva ciudadanía o sólo un alcance de mera publicidad-noticia como lo guarda para nosotros en el caso del párrafo segundo del artículo 223 del Reglamento del Registro Civil. Pero, en todo caso, es de suponer que aunque la nacionalidad venezolana se hubiera alcanzado antes o al margen (v. gr., mediante su inscripción, como entre nosotros, en el Registro Civil) de su difusión en el periódico oficial, cronológicamente no distaría mucho de la que le atribuye, acaso con pleno conocimiento de causa, el Centro Directivo. Obsérvese con qué cautela se pronuncia el Registrador cuando confirma su calificación, anómalamente ya en el trámite de apelación, diciendo que a la vista del documento expedido por el Director de Control de extranjeros del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Venezuela lo estima suficiente al objeto de acreditar que la naturalización se produjo *con posterioridad* a la Ley de 2 de mayo de 1975. Cabe observar de paso que la manifestación extemporánea del Registrador acerca de ese nuevo documento unido al expediente para mejor pro-

que después de la entrada en vigor de nuestra Ley 14/1975, de 2 de mayo, la naturalización como súbdito venezolano. El 29 de agosto de 1980 otorgaron escritura de capitulaciones, en la que disolvieron y liquidaron la sociedad de gananciales que hasta entonces había regido su enlace y pactaron para el futuro el régimen de separación. Pero he aquí que, según el artículo 144 del vigente Código Civil de Venezuela de 1942, cuya tercera edición oficial es de 16 de julio de 1943 (3), los esposos no pueden por su propia voluntad modificar contractualmente su régimen matrimonial *después de celebrado* el matrimonio.

Y entonces surge la discrepancia interpretativa de nuestra norma de conflicto:

1. Interpretación del Registrador (secundada por el Presidente de la Audiencia): Aquél en su nota sostiene que aun partiendo de la interpretación más benévola posible de la proposición segunda del artículo 9.3 de

veer ex artículo 124 del Reglamento hipotecario, no supuso la adición de un nuevo motivo de denegación reprobado por el artículo 127 de dicho Reglamento, sino simplemente la confirmación de un «cabo suelto» que se había dado por supuesto en una calificación difícil y cuya presentación, además, en el Registro —como dice el art. 124 citado— no era «necesaria para la inscripción denegada» por lo menos desde la interpretación del Registrador, ya que no desde la sostenida por la Dirección. En efecto, si para aquél la proposición segunda del artículo 9.3 del T. P. impide las capitulaciones matrimoniales otorgadas por persona que ha devenido nacional de un Estado que las veta absoluta o postmatrimonialmente, es indiferente que el otro cónyuge le haya seguido o no a la nueva ciudadanía prohibitiva; en cambio, si dicha proposición segunda sólo opera —como entiende la Dirección— cuando han convalidado hacia la legislación impeditiva los dos cónyuges, es evidente la trascendencia que para ella encerraba el documento aportado. Extraña, por tanto, que se anticipase a su solicitud el Presidente de la Audiencia para, en definitiva, fallar como el Registrador, y resulta lógico, en cambio, que no lo hubiese aportado *motu proprio* el Notario recurrente para robustecer su hermenéutica, que fue la secundada en última instancia, toda vez que él ya había hecho constar —parece— en la comparecencia ex artículo 161 del Reglamento Notarial que doña Eulalia de la Cruz Labrador era española. No se me antoja práctica de recibo para los instrumentos autorizados después (sobre todo bastante después) de la entrada en vigor de la Ley de 2 de mayo de 1975 (*ítem* más para los ulteriores a la Ley 51/1982, de 13 de julio, sobre nacionalidad) que deba un cónyuge, singularmente la esposa, ir justificando que no se vio arrastrado hacia la ciudadanía del otro; al contrario, ese efecto debe presumirse del artículo 21, 2 anterior o del 22-4.* actual, pues de no ser así y extremando los supuestos todo compareciente debería acreditar que no perdió (hecho negativo) la ciudadanía española durante su menor edad por haberla perdido entonces el titular de su patria potestad (art. 23-3.* anterior), incluso aunque el negocio se otorgue después de la entrada en vigor de la Ley 51/82 y, por tanto, del actual artículo 25.

En cambio, un verdadero «cabo suelto» que del supuesto no aparece que se atara del todo es el de si don Juan Cabrera Alonso había perdido para nuestro derecho interno la nacionalidad española, conforme al párrafo segundo del anterior artículo 22 del Código Civil, y aún más, si se había inscrito tal pérdida de acuerdo con el artículo 232 del R. R. C. (versión del Real Decreto 3455/1977, de 1 de diciembre), a fin de desvirtuar la probable presunción del artículo 68 de la Ley de Registro Civil. Dada la fecha de su matrimonio (y acaso el hecho mismo de éste: cfr. Resolución de la D. G. R. y N., Servicio 4.º, de 19 de enero de 1979; *Anuario*, págs. 473-4) se puede presumir que era plenamente capaz a estos efectos en 1978 y que no estaba sujeto al servicio militar en período activo; que hubiese residido fuera de España al menos durante los tres años inmediatamente anteriores, tampoco resulta improbable a la vista del conocido fenómeno sociológico de la emigración canaria a Venezuela (es una hipótesis). Resta en pie sólo el obstáculo de la posible falta de inscripción de la pérdida de la nacionalidad (art. 232 R. R. C.), pero como la nacionalidad de origen no es amparable bajo el artículo 2 de la Ley de Registro Civil y como la presunción del artículo 68 de la misma sólo tiene el alcance de los artículos 1.250 y 1.251, 1, del Código Civil, bien pudo considerarse que al manifestar el compareciente señor Cabrera que era venezolano, exhibiendo el correspondiente pasaporte, renunciaba a beneficiarse de la *praesumptio legis* de españolidad que le concedían nuestras leyes. De todas maneras insisto en que se trata de meras suposiciones mías ante un flanco sobre el que guarda absoluto silencio la Resolución: acaso la pérdida de la nacionalidad española y hasta su inscripción estaban absolutamente en regla y comprobadas.

Pero, en fin, concluyo esta larga nota haciendo ver la diferente redacción de los artículos 160 y 161 del Reglamento notarial, de la que cabría deducir que la nacionalidad o regionalidad no se deberían hacer constar sólo por lo que «resulte de las declaraciones de los otorgantes»; mas se trata de un espejismo que desvanece el artículo 187 del propio Reglamento, que habla de «vecindad» y a cuyos ponderados términos parece que hay que estar: con seguridad al fedatario recurrente no le asaltó ninguna duda sobre la nacionalidad venezolana del señor Cabrera.

(3) Publicada en *Información Jurídica* del Ministerio de Justicia, Madrid, años 1954, 1955, 1956 y 1957; la referencia en VICENTE L. SIMÓ SANTONJA: *Los regímenes matrimoniales en el mundo de hoy*, Ed. Aranzadi, págs. 296 a 299. Vide bibliografía en JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, 10.ª ed., tomo 1.º, vol. 1.º, Ed. Reus, Madrid, 1962, pág. 27.

nuestro Título Preliminar, cual sería el no entender que la posible modificación del régimen económico matrimonial está supeditada a que la nueva ley nacional haya de ser común a ambos cónyuges, resulta evidente que habiendo cambiado de nacionalidad el marido, el cambio de su régimen económico matrimonial no ha de ser impedido por su nueva ley nacional. En otras palabras, concede que puede cambiarse el régimen económico matrimonial de una pareja, aunque sea sólo uno de sus miembros el que mute de nacionalidad, pero en ese caso la posible modificación ha de estar autorizada o consentida por el nuevo ordenamiento. Posteriormente, en el Informe expone hasta tres posturas doctrinales en orden a la interpretación de nuestro artículo (posturas cuya paternidad, por más esfuerzos que he hecho, no he podido atribuir a ninguno de los autores que luego citaré) y parece adherirse a la variante segunda de la expuesta en tercer lugar, es decir, parece opinar que, dentro de aquella línea interpretativa que entiende que ya ha sido superado el dogma de la inmutabilidad del régimen económico matrimonial y que, por tanto, al no distinguir el artículo 9.3 el momento en que pueden otorgarse las capitulaciones permitidas por su primer párrafo, es posible que tal pacto tenga lugar antes o después de la celebración del matrimonio; pero en todo caso es preciso que, aunque sólo varíe la nacionalidad de uno de los cónyuges, la mutabilidad económico-matrimonial venga autorizada por la ley advenediza, en nuestro caso, por la venezolana. Cree encontrar apoyo para su tesis en la evolución histórica del precepto, a que luego me referiré (4), y, en fin, apunta que de prospeccionar la tesis del recurrente sería preciso justificar (aquí se excede el calificador, como expongo en nota 2) que la esposa de don Juan Cabrera Alonso no se vio arrastrada a la nueva nacionalidad de éste por imperativos, hay que suponer, o del primitivo artículo 22, redacción originaria, o del artículo 23.4.º, versión de la Ley de 15 de julio de 1954, porque de ser así, ni siquiera desde la interpretación del Notario sería registrable el negocio capitular; y hay que reconocer que en esto último se muestran conformes todas las instancias.

2. Postura del Notario recurrente: El fedatario autorizante comienza sentando cuatro hechos, de los cuales el segundo se hallaba a la sazón documentalmente demostrado, pero podía y debía presumirse; el tercero invierte el orden de las razones por las que el Derecho español debe

(4) Aunque como lo hago a otro propósito, anticipo aquí que los antecedentes legislativos del artículo más bien juegan en contra de la tesis del Registrador y a favor de la del recurrente. En efecto, el párrafo segundo de la base cuarta, apartado 1 de la Ley 3/1973, de 17 de marzo, a la cual estaba obligado a ceñirse el texto articulado, rezaba: «*Las relaciones patrimoniales, a falta de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de los cónyuges, se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges conforme a la nueva ley nacional COMUN*», mientras que el Decreto legislativo sustituye este último inciso por el giro, no parece que conscientemente diverso, «*y no lo impida su nueva ley nacional*». Precisamente observando ese matiz ya se produjo en la doctrina una polémica muy próxima a la que ha resuelto la presente Resolución, pues sostuvo ANTONIO MARÍN LÓPEZ en *Los efectos del matrimonio...*, que citaré en la nota 10, que dado que la modificación sólo será posible de acuerdo con la nueva ley nacional común, según especificaba la Ley de Bases, «*si la adquisición de la nacionalidad por el marido no se transmite a la mujer, y no existe así ley común, no será posible alterar el régimen económico matrimonial*» (pág. 91), postura, como se ve, próxima a la del Registrador de nuestro caso y que nos permite comprender en qué probable sentido invoca éste los antecedentes legislativos, mientras que contraopinó JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA en *Las relaciones patrimoniales...*, que reseñaré en la nota 21, que para él debía «*aceptarse un criterio distinto, admitiendo las capitulaciones postnupciales permitidas por la ley de cualquiera de los cónyuges según la regla general del apartado 3 del artículo 9 del Código Civil, a pr.*» (pág. 45, nota 15). Como puede apreciarse, DELGADO apuntó ya la solución correcta en el supuesto que nos ocupa.

regir las relaciones patrimoniales del matrimonio en cuestión (5), y el cuarto parece querer cerrar el paso a cualquier reminiscencia doctrinal o jurisprudencial que pudiera intentar aducirse al amparo del torturante último inciso del artículo 1.325 originario del Código Civil. Expuesto lo anterior pasa a defender su tesis, según la cual, la proposición primera del artículo 9.3 contempla el supuesto de que las nacionalidades de los esposos sean diversas —como en nuestro caso—, hipótesis en la cual es posible pactar capitulaciones con sólo que lo autorice la ley de cualquiera de ellos; en tanto que la proposición segunda se refiere a un supuesto en que los dos esposos adquieren una nacionalidad derivativa, en cuyo caso sólo es posible alterar el régimen económico matrimonial de los cónyuges si no lo impide la nueva ley nacional de ambos. Y apoya su interpretación en los siguientes argumentos: 1) gramatical: el adjetivo posesivo (que no pronombre relativo) «su» del 9.3.2.º, se refiere morfológicamente al sustantivo «los cónyuges» acabados de citar; 2) sistemático: si la proposición primera del apartado 3 del artículo 9 autoriza un régimen convencional, aunque sea sólo la ley personal de uno de los cónyuges la que permita pactar capitulaciones, sería contradictorio que la proposición segunda del mismo apartado prohibiese inmediatamente esa misma posibilidad, y 3) lógico: de prosperar la interpretación del Registrador habría que aceptar que el cambio de estatuto personal de uno solo de los esposos —que puede no ser consentido o conocido por el otro— puede llegar a afectar al régimen económico del matrimonio, en el sentido —parece que hay que entender— de que un régimen hasta entonces mudable por convenio devenía inopinadamente inmodificable.

3. Doctrina de la Dirección General: Esta, después de centrar la cuestión en el considerando primero, prepara su solución afirmando en el segundo que el principio de mutabilidad (*post nuptias*, se entiende) de las capitulaciones introducido por la Ley de 2 de mayo de 1975 incide en la interpretación que ha de hacerse del artículo 9.3, reformado poco antes, no directamente por la Ley de 1973, como afirma el Centro Directivo, pero sí por el Decreto legislativo 1836 de 1974. De todas maneras no se ve muy claro el porqué de esa incidencia: ¿es que si en el Derecho común no se hubiera admitido la variabilidad postmatrimonial del régimen económico conyugal, se hubiera resuelto de otra manera? Situémonos en el período entre la entrada en vigor del Decreto de 31 de mayo de 1974 y la de la Ley de 2 de mayo de 1975, e imaginemos que habiéndose el esposo nacionalizado suizo, por ejemplo (6), la esposa hubiese seguido siendo española por no corresponderle adquirir la nueva ciudadanía de su consorte (artículo 23.4.º, versión 1954). ¿Se podría afirmar que frente al Derecho español no sería admisible, al amparo del artículo 9.3, aisladamente considerado, una escritura de capitulaciones en que los desposados de mi ejemplo hubiesen sustituido su originario régimen ganancial por el suizo de la unión de bienes? El artículo 9.3 —luego repasaré brevemente su génesis— fue un precursor del principio de mutabilidad capitular postmatrimonial, y para ese mérito, propio sólo entonces del ámbito iusinternacional privado, no necesitó el refuerzo de la Ley de 1975, que se limitó a propalarlo en el

(5) Pues afirma, según el resumen que de su escrito hace la Resolución, que «las relaciones patrimoniales del citado matrimonio se rigen por la Ley española, que fue la del marido en el momento de la celebración de aquél y la última común de los esposos», siendo así que ya sólo este segundo punto de conexión era necesario y suficiente para sentar la premisa que se pretendía.

(6) El artículo 179 del Código Civil suizo de 10 de diciembre de 1907 consiente que el contrato de matrimonio se otorgue antes o después de la boda.

ámbito del Derecho interno. De todos modos, el considerando segundo no pasa de ser un *obiter dictum* sin mayor trascendencia, en el que no vale la pena insistir.

Los considerandos tercero y cuarto ya se adentran en el fondo del asunto e interpretan, con valor de doctrina, la proposición primera del artículo 9.3. Según ellos, esa primera parte del precepto:

- prevé la norma de conflicto para las relaciones patrimoniales interconyugales en el caso de que la nacionalidad de los esposos sea diferente;
- y dada su generalidad, hay que entender comprendido en su texto lo mismo las capitulaciones otorgadas antes del matrimonio, como las posteriores;
- y además, con independencia de que la nacionalidad de los cónyuges sea originaria o derivativa.

Nada que objetar a estas dos últimas afirmaciones, sólidamente amparadas en el *ubi lex non distinguit*... Sí, en cambio, parece algo gratuito el aserto inicial de que el artículo 9.3.1.º presupone para su operatividad como norma de conflicto la distinta nacionalidad de los cónyuges. Piénsese que si dos esposos foráneos de idéntica nacionalidad suscitan entre nosotros alguna controversia judicial o extrajudicial relacionada con su régimen económico matrimonial, el aplicador de la norma sería reconducido a la ley competente, a saber, la capitular o la común, precisamente por el artículo 9.3 del Título Preliminar, que de esta suerte no exige siempre disparidad de ciudadanías entre los cónyuges. No se olvide que el presupuesto para la aplicación del Derecho internacional privado, según la más autorizada doctrina (7), es el hecho de que una relación humana presente alguno de sus elementos personales, reales o formales vinculado con países distintos del de la *lex fori*: alguno sí, pero también todos.

El considerando quinto se aplica, en cambio, a precisar el supuesto de hecho del artículo 9.3, proposición segunda, que para el Centro Directivo se refiere únicamente al caso en que sean los dos esposos los que cambien de nacionalidad, en cuya hipótesis podrán alterar su régimen económico matrimonial, si así lo acuerdan y no lo impide la nueva ley nacional de ambos (8). Y cimenta esta exégesis en dos de los argumentos, los que calificué de gramatical y sistemático, de los esgrimidos por el fedatario recurrente. En otras palabras, el conflicto móvil (9) que imagina el artículo 9.3.2.º, presupone para nuestra Dirección General que la movilidad del

(7) *Vide*, por todos, ADOLFO MIAJA DE LA MUELA: *Derecho internacional privado*, I, 8.ª ed., Atlas, Madrid, 1979, pág. 11.

(8) Los términos amplios en que se expresa este considerando permiten afirmar que para la Dirección General la nueva ley nacional de los esposos no es necesario que resulte común a ambos. Parece más bien que bastaría que sus respectivas ciudadanías fuesen, a la vez, derivativas y prohibitivas de los pactos postnupciales.

(9) La expresión «conflicto móvil», utilizada por el Notario recurrente, ha sido acuñada por los internacionalistas para designar al surgido por la mutación de algún punto de conexión de la relación jurídica controvertida, razón por la que abogan para que las reglas de Derecho internacional privado se formulen teniendo en cuenta la dimensión temporal, es decir, precisen en qué momento se ha de considerar el punto de conexión que conduce a la ley competente, *desideratum* del que son buen ejemplo los apartados 2 y 3 del artículo 9. *Vide* BARTIN —que fue el iniciador de la expresión—: *Principes de Droit international privé d'après la loi et la jurisprudence française*, tomo I, París, 1930, págs. 28 a 31; MORRIS: «The Time Factor in the conflict of Law» (*The international and comparative Law Quarterly*, 1966, páginas 422 a 435), y RIGAUX: «Le conflit mobile en Droit international privé» (*R. de C.*, 1965, I, tomo 117, págs. 333 y ss.), todos ellos reseñados por mi llorado maestro MIAJA, *op. cit.*, pág. 451. Un examen de la figura y de su interrelación con los conflictos transitorios, que tienen lugar cuando es la legislación, además del punto de conexión, la que varía puede verse en JUAN VALLET DE GOYTISOLO y RAMÓN FRAGUAS MASSIP: «Conflictos móviles y conflictos transitorios en materia de regímenes matri-

punto de conexión afecte a los dos elementos personales de la relación cuestionada, es decir, a los dos esposos parte del régimen económico conyugal.

Y, en fin, el considerando sexto se limita a ser la conclusión, bien deducida, del silogismo iniciado en los tres anteriores: Si el supuesto de hecho encaja en la proposición primera del artículo 9.3, que admite las capitulaciones objeto de la calificación (considerandos tercero y cuarto), y no en la proposición segunda de dicho artículo, que las prohibiría (considerando quinto), es evidente la validez para el Derecho español del negocio celebrado, con independencia de lo que pueda ordenar el Derecho venezolano (considerando sexto).

La Resolución que comento parece, pues, no sólo acertada, sino bien construida, prescindiendo de insignificantes matices o expresiones que ya he señalado. El problema sometido a su consideración lo resuelve con justeza, y de paso delimita los supuestos de hecho de los dos incisos del artículo 9.3 de nuestro Título Preliminar (con más nitidez el de la proposición segunda que el de la primera, todo sea dicho). Mas, como apuntaba al comienzo, deja conscientemente en la sombra el otro problema derivado de la remisión desde el apartado 3 al apartado 2 del artículo 9.

III. Yo, en cambio, creo que este comentario resultaría incompleto si no abordase brevemente cuál es el estado de la cuestión a este respecto, aludiendo para ello a los siguientes extremos:

A) Génesis histórica de los actuales apartados 2 y 3 del artículo 9 del Código Civil.

1. Antecedentes del apartado 2.—Para antecedentes más remotos o de otra índole (Partidas, Sentencias de 20 de octubre de 1954 y 29 de septiembre de 1956, Derecho comparado, etc.) recomiendo la lectura de los trabajos de ANTONIO MARÍN LÓPEZ (10) y de MARIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO (11). A mí sólo me interesa destacar que:

— En el anteproyecto de reforma del Código Civil, preparado por la Comisión General de Codificación en enero de 1944 (12), su artículo 8 establecía que: «*Las relaciones personales y económicas entre cónyuges se regirán por la ley nacional del marido al contraer matrimonio. El cambio posterior de nacionalidad afectará a las relaciones personales únicamente si se produjo por voluntad expresa de ambos...*» (párrafo segundo).

moniales», ponencia presentada al VII Congreso Internacional del Notariado Latino, Méjico, 1965, inserta dentro de la obra editada por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales que recoge todas las presentadas por el Notariado español a los congresos internacionales del Notariado latino, vol. 3, Madrid, 1975, págs. 941 a 970. En nuestro caso no llegó a superponerse al conflicto móvil otro transitorio porque el esposo cambió, parece ser, de nacionalidad después de la Ley de 2 de mayo de 1975.

(10) En *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Ed. Tecnos, vol. 1.º, págs. 435 y ss.; también en «Los efectos del matrimonio en la reciente reglamentación española de Derecho internacional privado», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. I, Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, 1974, págs. 76-80.

(11) En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, tomo I, Edersa, 1978, págs. 146 y ss.

(12) De ese anteproyecto, en la parte que nos interesa, fue ponente el ilustre internacionalista JOSÉ YAGUAS MESSÍA. Puede verse el *iter* pormenorizado del Título Preliminar en JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ: «La génesis de la reforma del título preliminar del Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, enero de 1976, págs. 3 a 21. Más brevemente, ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: *Génesis y aportaciones del nuevo título preliminar del Código Civil*, en ciclo de conferencias sobre el nuevo título preliminar del Código Civil patrocinado por los Ilustres Colegios de Abogados y Notarios de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 1975, págs. 7 a 12.

— El anteproyecto de Ley de Reforma del Título Preliminar de 1962 (13) decía, en cambio: «*Las relaciones personales entre cónyuges se regularán por la última ley nacional común, y en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de contraer matrimonio*».

— El anteproyecto de 1965 rezaba escuetamente: «*Las relaciones personales entre cónyuges se regularán por la ley del marido al tiempo de contraer matrimonio*».

— Finalmente, el borrador del texto articulado sometido al Pleno de la Comisión General de Codificación de 5 de diciembre de 1973 (secundando el mandato de la Ley de Bases) ya dio al artículo 9.2 su redacción actual, tras rechazarse ulteriormente, en el seno de aquella Comisión, una enmienda presentada por ALBERTO BERCOVITZ.

Como vemos, la trayectoria del artículo 9, apartado 2, de nuestro Título Preliminar fue zigzagueante a propósito de la ley competente para regir las relaciones personales del matrimonio: De ser permanente, salvo voluntad expresa de los cónyuges, en el anteproyecto YAGUAS, pasó a ser mutable, si la ley común de los esposos variaba uniformemente, en la versión TRÍAS; devino absolutamente inmodificable en el anteproyecto de 1965, para cristalizar, finalmente, en una fórmula idéntica a la de la segunda etapa, a saber, variabilidad sin límites siempre que muden al mismo ordenamiento las leyes personales de los esposos, y punto de conexión discriminatorio y fijo, en segundo término: ley nacional del marido al tiempo de la celebración.

2. Antecedentes del apartado 3.—Marginando de nuevo otros precedentes (14), los próximos pueden sintetizarse así:

— El anteproyecto de 1944, después de afirmar, como expuse, en su artículo 8 que: «*Las relaciones personales y económicas entre cónyuges se regirán por la ley nacional del marido al contraer matrimonio*», añade a renglón seguido: «*El cambio posterior de nacionalidad... en ningún caso modificará el régimen económico conyugal*».

— El anteproyecto de 1962 reproducía la anterior regla, pero contemplaba ya el fenómeno de la mutabilidad voluntaria del régimen al añadir esta frase: «*... sin perjuicio del que puedan convenir los cónyuges, conforme a la nueva ley nacional común. Los que adquieran la nacionalidad española o la recuperasen, siempre que no estuvieran sometidos a un régimen económico contractual, podrán acogerse en cualquier momento, por mutuo acuerdo, al régimen legal de su vecindad civil*».

— Y el anteproyecto de 1965 contenía una norma idéntica a la del actual artículo 9, párrafo 3, es decir, regía las relaciones patrimoniales, a falta de capítulos, por la misma ley que las personales.

Cual puede apreciarse, los presupuestos mentales bajo los que operaban estos tres primeros antecedentes consistían en que las relaciones económicas o patrimoniales entre los cónyuges debían regirse por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración, sin que pudiera modificarse en el futuro (anteproyecto YAGUAS), pudiéndose variar por convenio conforme a la nueva ley nacional común (anteproyecto TRÍAS) o anteponiéndosele,

(13) Influido en este punto por el también ilustre internacionalista JOSÉ MARÍA TRÍAS DE BES (vid. CASTÁN VÁZQUEZ, *op. cit.*, pág. 14).

(14) Para ellos, de nuevo vide MARÍN, *op. cit.*, págs. 441-2, y AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *op. cit.*, páginas 148 y ss.

como ley preferente, la ley capitular (anteproyecto de 1965). En todo caso, modificable o no y antepuesta o pospuesta a la ley capitular, el punto de conexión básico e intrínsecamente fijo era, en estos tres primeros antecedentes, la Ley Nacional del marido al tiempo de la boda.

Pero llega la etapa de la Ley de Bases y si el Proyecto gubernamental sugería para la cuarta de ellas un enunciado general que decía: «... se desarrollará el principio de la ley personal determinada por la nacionalidad, señalando su alcance respecto de instituciones o aspectos hasta hoy englobados en fórmulas excesivamente genéricas, de manera que comprenda las materias relativas a la capacidad y estado civil de las personas, relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges...», la Ponencia de la Comisión de Justicia de las Cortes consideró conveniente, al hilo de las enmiendas presentadas, proponer para el texto una mayor concreción respecto de las normas de conflicto aplicable a las instituciones que refería el Proyecto.

En particular, y por lo que atañía a la enmienda número 28 del Procurador señor ANGULO MONTES, explica: *«La Ponencia incluye una norma previendo las consecuencias del cambio de nacionalidad, aunque circunscritas sólo al régimen económico del matrimonio. En ella se combina ponderadamente, y de acuerdo con ejemplos relevantes del Derecho comparado, la conveniencia de salvaguardar las que el señor ANGULO MONTES denomina situaciones jurídicas inmutables, con la necesidad de someter a una única norma el régimen patrimonial de los cónyuges»*; y a propósito de la enmienda número 36 (señor MORILLA ALONSO) sigue justificando el Informe: *«La (aludida enmienda) que parece centrada en el tema de la igual posición de ambos cónyuges, resulta atendida, en lo posible, con la referencia a la ley común a ambos, cuando lo fuere; en otro caso, la remisión a la del marido, en situaciones esencialmente conflictivas, como las que se contemplan, parece criterio dominante de la doctrina y en el Derecho comparado»*.

Cualquiera que sea el sentido de esas escuetas explicaciones, lo cierto es que, según este Informe de la Ponencia, la base cuarta del Proyecto debería decir lo siguiente:

«En el ámbito del Derecho internacional privado se desarrollará el principio de la ley personal determinado por la nacionalidad, de manera que comprenda la capacidad y estado civil de las personas, los derechos y deberes de familia y la sucesión hereditaria, teniendo en cuenta los criterios siguientes: 1. Las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges se regularán por la ley nacional común y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de contraer matrimonio. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges, conforme a la nueva ley nacional común...»

Obsérvese que el punto de conexión que se sugería para las relaciones conyugales de toda índole (personales y patrimoniales) era a la sazón intrínsecamente fijo, puesto que no se utilizaba todavía el adjetivo «última» para calificar a la ley nacional común, a la que se llamaba como primera ley competente. Al contrario, la intención de los ponentes parecía consistir en, por un lado, disimular con una apariencia de igualitarismo la regla conflictual discriminatoria que invoca la ley del marido y, por otro, en posibilitar la mutabilidad por pacto del régimen económico matrimonial si lo permitía la nueva ley nacional común. Para lo primero, que es lo único que ahora interesa, acude al subterfugio de establecer como ley

competente de primer grado la ley nacional común (al tiempo de la boda, se entiende). Me recuerda cierto reglamento de régimen interior de un departamento universitario donde se pretendía aureolar con tintes pseudo-democráticos su gobierno interno, estableciendo que en él se tomarían las decisiones *por unanimidad* del consejo de profesores, ¡y sólo en defecto de esa unanimidad decidiría el catedrático! En la norma de colisión de la Ponencia se pretendía lo mismo, sólo que el «catedrático» de mi anécdota aquí era el esposo.

Pues bien, el caso es que sobre el tema de mi estudio debió producirse debate (desgraciadamente para mí incognoscible) en el seno de la Comisión de Justicia, pues de acuerdo con el dictamen de ella, el aludido apartado 1 de la Ley de Bases ya dispuso (sin que, como era tradicional, se alterase nada en el Pleno de aquellas Cortes) que:

«1. Las relaciones personales entre los cónyuges se regularán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración.»

Las relaciones patrimoniales, a falta de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de los cónyuges, se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges, conforme a la nueva ley nacional común.»

¿Qué había ocurrido? Pues, por lo pronto, se habían escindido, incluso en párrafos diferentes, el régimen de las relaciones personales y el de las relaciones patrimoniales. Pero es que, además, en aquéllas se había introducido la movilidad a través de la inclusión del adjetivo «última» calificador de la primera ley competente. En éstas, aparentemente, también, por mor de la remisión a la misma ley de las relaciones personales, pero ¿fueron conscientes aquellos parlamentarios de esta última medida? Me temo que no, que su intención fue acaso separar, sí, las relaciones personales de las patrimoniales para anteponer, en éstas, la ley capitular a cualquiera otra; pero hecho eso, parece que pretendían seguir invocando como ley subsidiaria la del marido al tiempo de las nupcias (con la estratagema pseudoigualitaria de apelar antes a la ley común), sin percatarse de que en la ley reclamada se había introducido la nota de la mutabilidad merced a la inclusión de un simple adjetivo. El «reenvío», en este caso, les había jugado una mala pasada, cuyas víctimas somos todos los aplicadores actuales de la norma.

Así las cosas, tanto el borrador como la redacción definitiva del texto articulado, conscientes o no del desaguizado (no he podido compulsar la enmienda de ALBERTO BERCOVITZ —desestimada—, que refiere MARÍN: *Comentarios...*, cit., pág. 443), se vieron obligados a acatar el enunciado de la Ley de Bases, de manera que hemos aquí ante el contrasentido que denuncié al principio. Contrasentido que puede resumirse en que por regular las relaciones patrimoniales entre cónyuges mediante una remisión al régimen de las relaciones personales, y por introducir en la norma conflictual de éstas un criterio de conexión mudable de modo automático, se ha consumado en el artículo 9.3 una regulación contradictoria: de su primera proposición se infiere que la ley reguladora de las relaciones patrimoniales varía, si varían también y uniformemente las leyes personales de los cónyuges, y de su proposición segunda, en cambio, se deduce lo contrario:

que dichas relaciones patrimoniales —o, por lo menos, el sector de ellas denominado «régimen económico matrimonial»— no se alteran cuando lo hacen las nacionalidades de los esposos, salvo que así lo acuerden éstos y no lo impida su nueva ley nacional.

B) Opiniones de la doctrina.

Ante esta aporía frente a la que nos ha colocado el descuido, sin duda inintencionado, del legislador, ¿cuáles han sido las opiniones de los escasos autores que se han ocupado de nuestro precepto?:

1. Hay un primer sector que ni se percató del problema, sino que se limita a reproducir los actuales apartados 2 y 3 del artículo 9, en cuanto derecho vigente, pero sin dedicarles el menor comentario, al menos en lo que a mi propósito respecta. Aquí cabría situar a MIAJA DE LA MUELA (15) y a GONZÁLEZ CAMPOS (16).

2. Un segundo sector, compelido por el método exegético que utiliza, glosa con todo pormenor los apartados 2 y 3 del artículo 9, pero sorprendentemente, o no repara en el contrasentido que se produce por la remisión desde el segundo al primero o lo supera sin explicarlo. Representantes de este grupo son ANTONIO MARÍN LÓPEZ (17) y MARIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO (18). También puede situarse aquí a VICENTE L. SIMÓ SANTONJA (19).

(15) *Derecho internacional privado*, cit., vol. II, 7.ª ed., Ed. Atlas, Madrid, 1977, págs. 285 y 296; también en su conferencia «El legislador interno en funciones de legislador internacional, ante los conflictos de leyes», en *Curso monográfico sobre la ley de bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil*, publicación del I. C. de Abogados de Valencia y de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia, 1975, pág. 183.

(16) JULIO DIEGO GONZÁLEZ CAMPOS: Lección 33 de la obra colectiva *Derecho Civil internacional*, dirigida por MARIANO AGUILAR NAVARRO y que constituye el vol. II de su *Derecho internacional privado*, Universidad Complutense, Madrid, 1975, págs. 388 y 401.

(17) En *Comentarios...*, cit., afirma (pág. 438): «Cuando el nuevo artículo 9.2 habla de la última ley nacional común durante el matrimonio, SE ESTABLECE LA MUTABILIDAD AUTOMÁTICA DEL RÉGIMEN. A falta de ella rige la ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio. Esto tiene por objeto mantener la unidad de la familia y significa una opción entre la ley nacional de él o de ella, lo que puede constituir una contradicción con el principio de igualdad de derechos de los sexos». Luego, sin embargo, desde la pág. 444 a la 449 efectúa un comentario crítico del apartado 3, excelente por lo demás, pero, a lo largo de él, no repara en que si las relaciones patrimoniales se rigen por la misma ley que las personales, en defecto de pactos capitulares, las primeras quedan expuestas a la misma mutabilidad automática, por cambio conjunto de nacionalidad, que ha reconocido para las segundas.

(18) En el tomo I de los *Comentarios...*, cit., concluye a propósito del artículo 9.2: «La solución favorable a la MUTABILIDAD de los efectos personales, que aparecía supeditada en el Proyecto de 1944 (art. 8.º, 2) a la existencia de 'voluntad expresa de ambos (cónyuges)' en el cambio de nacionalidad. SE CONSAGRA INCONDICIONALMENTE EN LA ACTUAL REDACCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL» (págs. 146-7). Mas luego, en la pág. 159, afirma algo tan certero, aunque inexplicado, como lo siguiente: «El artículo 9.3.º del Código Civil dice que: 'Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges... se regirán por la misma ley que las relaciones personales'. Esa SUPUESTA equiparación entre las relaciones personales y patrimoniales en cuanto a la determinación de la ley aplicable NO ES TOTAL, pues en lo que concierne a las relaciones personales la competencia de la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio se enuncia a título subsidiario, en defecto de una última ley nacional común durante la vida del mismo, MIENTRAS QUE RESPECTO DE LAS RELACIONES PATRIMONIALES CONSTITUYE LA REGLA DE APLICACIÓN GENERAL, SIN QUE EL CAMBIO DE NACIONALIDAD VENGA A ALTERAR EL RÉGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional. Es precisamente esa DIFERENCIA en la solución que recibe la problemática del conflicto móvil lo que aconseja un tratamiento separado de ambos tipos de relaciones», y por último en la pág. 161 termina con esta frase: «La DIFERENCIA de rigor que existe entre los efectos personales y patrimoniales del matrimonio en lo relativo a la ADMISIÓN DE LA MUTABILIDAD obedece a la necesidad de combatir la posibilidad de fraude en una materia como ésta, caracterizada por la diversidad en el contenido de los distintos Ordenamientos y por la complejidad de los intereses comprometidos». Sin duda se sitúa en la orientación correcta AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO al sostener que las relaciones patrimoniales interconyugales no varían si lo hacen las leyes personales de los esposos, pero le ha faltado, a mi parecer, desarrollar mejor los motivos, sólo atisbados, de su particular desobediencia al texto legal.

(19) En su resumen sobre la situación en España de los *Régimes matrimoniaux successions et libéralités. Droit international privé et Droit comparé*, editado por la Union Internationale du Notariat

3. Finalmente, un tercer y último sector se percata perfectamente, aunque sea dentro del ámbito del Derecho interregional, de la anomalía producida por el reenvío desde el tercer al segundo apartado del artículo 9, pero trata de superarla distinguiendo, como si fueran conceptos distintos, entre «relaciones patrimoniales», que son las que mudarían conforme a la proposición primera del artículo 9.3, y «régimen económico matrimonial», que permanece inalterado, salvo voluntad y posibilidad en contrario, conforme a la proposición segunda de dicho precepto. Los principales y, que yo sepa, por ahora únicos representantes de esta línea de pensamiento son JOSÉ MARÍA PUTG SALELLAS (20) y JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA (21) (21 bis).

latín. Commission des affaires européennes, bajo la dirección de MICHEL VERWILGHEN, Les edition de la baconnière, Neuchâtel (Suisse), págs. 675 a 806; en concreto, y después de sorprenderse con razón de que subsistiese el artículo 1.325 del Código Civil, tras la Ley de 2 de mayo de 1975 (pág. 714), contrasentido que sólo ha desaparecido en 1981, afirma en la pág. 726 que conforme al artículo 9.3 prevalece la inmutabilidad (del régimen económico matrimonial) para los esposos que no han manifestado su voluntad en contrario o cuya ley nacional nueva excluye la mutabilidad, con absoluta marginación, pues, por parte de SIMÓ, de lo que decreta la proposición primera de aquel precepto.

(20) En su conferencia «El matrimonio y los cambios de regionalidad», dentro del Ciclo de Barcelona, citado, sostiene:

a) Las relaciones personales entre cónyuges se rigen, en el ámbito internacional, por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración (art. 9-2 del nuevo Título Preliminar). Es obvio, en cambio, que en el ámbito interregional la ley personal será siempre común a ambos esposos, en virtud de aquella extensión a la mujer de la regionalidad del marido (se refiere a la del art. 14.4). En definitiva, pues, las relaciones personales entre los esposos, en el ámbito interregional se gobernarán siempre POR LA LEY DE SU ACTUAL REGIONALIDAD.

b) Las relaciones patrimoniales, a falta o por insuficiencia de capitulaciones matrimoniales, se rigen, en el ámbito internacional, por la misma ley que las relaciones personales (art. 9-3), por lo que habrá que reiterar aquí, en el ámbito del Derecho interregional, la vigencia de LA LEY DE LA ACTUAL REGIONALIDAD DE LOS ESPOSOS. Pero esta regla tiene una particularidad. Efectivamente:

c) El cambio de nacionalidad y, por tanto, el de regionalidad. NO ALTERA EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL, según el propio artículo 9-3 en su segundo inciso, pero con un matiz: salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional o, en nuestro ámbito, su nueva ley regional» (págs. 132-3).

Hay que decir que PUTG SALELLAS parece considerar como efectos personales del matrimonio, mudables junto con la ley personal común:

- el efecto emancipatorio;
- los tres deberes conyugales enumerados por el antiguo artículo 56;
- la comunicación de honores, y
- la autoridad marital, licencia incluida.

Por otra parte, considera como relaciones patrimoniales, también mudables, la posibilidad entre esposos de efectuarse donaciones, prestarse intercesiones u otorgarse contratos en general, y, en fin, entendiéndolo como estricto régimen económico matrimonial (invariable) el de comunidad (universal o restringida), separación, etc., que pueda existir entre los esposos.

Y arguye (pág. 139): «Es evidente que si todo lo patrimonial es, entre esposos, régimen económico matrimonial, la distinción que aplica el artículo 9-3 entre relaciones patrimoniales en general, que se gobiernan, en lo interregional, por la ley de la última regionalidad, y régimen económico matrimonial, que en principio no cambia, sería superflua».

(21) En «Las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Derecho interregional», ponencia presentada a las Jornadas de Derecho foral celebradas en Jaca del 28 al 31 de agosto de 1976, publicada, junto con otras dos, una del mismo autor y otra de él también, pero en colaboración con JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO, por el Consejo de Estudios de Derecho aragonés, Sección aragonesa del Instituto Español de Derecho Foral, Zaragoza, Librería General, 1976, separata del Anuario de Derecho Aragonés del mismo año. En dicha ponencia afirma (pág. 28): «En el apartado 3 del artículo 9 del Código Civil se considera, sin duda, una categoría de relaciones patrimoniales entre cónyuges que no forman parte del régimen económico matrimonial, y que, por tanto, no están sujetas a la regla de inmutabilidad. Así resulta ya a primera vista, de los términos en que el legislador se expresa. La asunción de la opinión contraria no sólo identificaría dos términos que el legislador habría distinguido entonces sin ninguna causa ni consecuencia, sino que haría gravemente incorrecta la remisión que respecto de la regulación de las relaciones patrimoniales se hace a 'la misma ley que las relaciones personales'. Esta 'ley de las relaciones personales' es la de la última regionalidad común durante el matrimonio y, en su defecto, la del marido al tiempo de celebrarlo, lo que supone la posibilidad de cambio de la ley reguladora de dichas relaciones. Mientras que el régimen económico matrimonial sólo puede estar regido, dada su inmutabilidad por posterior cambio de regionalidad (salvo capítulos) por la ley del marido en el momento de contraer matrimonio, nunca por una posterior ley regional común. Luego si la remisión del apartado 3 del artículo 9 al apartado 2 del mismo artículo ha de tener sentido razonable, es que hay

C) Mi criterio.

Aunque un comentario de jurisprudencia no constituya la sede idónea para explayar una postura doctrinal sobre problema de tanta envergadura, pienso, por mi parte, que la sutil e ingeniosa distinción de PUIG SALELLAS y DELGADO ECHEVARRÍA, irrefutable de acuerdo con la letra del artículo 9.3,

alguna clase de relaciones patrimoniales entre cónyuges que, no estando sujetas a la regla de inmutabilidad, pueden quedar sometidas a la norma de las relaciones personales. Me parece por ello absolutamente seguro que en el apartado 3 del artículo 9 del Código Civil el concepto de 'relaciones patrimoniales entre cónyuges' es más extenso que el de 'régimen económico matrimonial', el cual está contenido en el primero sin coincidir con él. Más adelante (pág. 29) el citado autor considera que pueden integrar esas «relaciones patrimoniales» sin constituir «régimen económico matrimonial» cuestiones como las siguientes: «litis expensas; alimentos entre cónyuges (cuya diferenciación —dice— de la contribución a las cargas del matrimonio —tema del régimen económico matrimonial— no será fácil); prohibición de compraventa entre cónyuges; prohibición de donaciones entre cónyuges; prohibición de afianzar que a la mujer casada impone el artículo 322 Comp. cat.; potestad doméstica de la mujer casada; administración de los parafernales por el marido». Luego (pág. 31) intenta DELGADO perfilar la noción de «régimen económico matrimonial» y destaca cómo ello constituye un factor primordial no sólo en orden a dilucidar qué relaciones interconyugales no se alteran por el cambio de regionalidad de los esposos (tema del artículo 9), sino también para averiguar qué normas, a pesar de estar contenidas en el Título IV del Libro I del Código Civil, no alcanzan aplicación general y directa en toda España (tema del art. 13.1.º del Código Civil). Precisamente, por ese doble alcance del concepto se ve obligado a efectuar verdaderos malabarismos jurídicos, pues por un lado y como cabal foralista desea ampliar la noción de régimen económico matrimonial para no ver recordada por el Derecho común la competencia foral en esa materia, y, por otro, como jurista sensato y moderno intenta que algunas soluciones legales obsoletas, cual la de prohibición de donaciones entre cónyuges, por ejemplo, no alcancen a aforados exentos de ella que se avecinen en territorio de Derecho común; mas los aludidos equilibrios los justifica diciendo (página 33): «Pudiera pensarse que el tratar la cuestión como de régimen económico matrimonial a unos efectos, y ajena a éste a efectos distintos, no es sino una argucia para lograr siempre el resultado, más apetecible para el intérprete, de ampliar el campo de aplicación de los Derechos forales. No es ello así, sino reflejo del alcance indudablemente distinto que el concepto 'régimen económico matrimonial' ha recibido del legislador en los varios preceptos en que lo utiliza». Y tras ejemplificar esa variedad al hilo de los artículos 1.319-1.322 (versión 1975), concluye: «Como se ve, el legislador ha utilizado de forma algo distinta —no esencialmente, pero sí en sus límites— el concepto de régimen económico matrimonial, en razón del ámbito de problemas que aborda en cada caso, de modo funcionalmente vinculado a la solución pretendida. Al intérprete, por más que esta variedad —acaso inevitable— le enoje, no queda sino comprobar la diversidad y tratar de precisar los límites propios de cada caso, según el contexto y la finalidad pretendida». Pero la insatisfacción íntima que produce a DELGADO la distinción entre «relaciones patrimoniales» y «régimen económico matrimonial» se evidencia al final de su ponencia, pues al formular su propuesta de regulación de este tema en una *non nata* ley de Derecho interregional (que era el motivo central de la ponencia y de las Jornadas en que se presentó), y tras efectuar un rápido excursus por las Compilaciones, afirma (pág. 57): «Se trataba de ver —con dicho excursus— si en la propuesta de regulación que formulemos es conveniente mantener la categoría de las relaciones patrimoniales entre cónyuges que no forman parte del régimen económico matrimonial ni, por tanto, están sujetas a la regla de la inmutabilidad. Creo poder afirmar que sólo hay una institución para la que el mantenimiento de tal categoría podría ser conveniente: la viudedad aragonesa... A la vista de esta situación, y teniendo además en cuenta que los foralistas solemos entender el régimen económico matrimonial en sentido muy amplio, comprendiendo como un todo indivisible la regulación de las relaciones patrimoniales de la familia en el más amplio sentido, me inclino por prescindir de la distinción entre unas cuestiones patrimoniales que forman parte y otras que son ajenas al régimen económico matrimonial. Todas deben seguir la misma regla que es la de la inmutabilidad...»

(21 bis) Redactado ya este comentario me percaté de que omitía en esta relación pluma tan aguda y últimamente tan prolífica sobre la reforma como la de TOMÁS GIMÉNEZ DUART, quien en su trabajo «El artículo 1.320 del Código Civil, ¿es aplicable en Cataluña?», en R. J. C., núm. 1, de 1982, enero-marzo, págs. 193 a 209, se adhiere a la opinión de PUIG SALELLAS y distingue, como él, entre relaciones patrimoniales y régimen económico matrimonial. La originalidad del planteamiento de GIMÉNEZ DUART reside en que él pretende darle un contenido más moderno a la rúbrica «relaciones patrimoniales», pues considera incluible en ella lo que se denomina «régimen matrimonial primario», constituido en el Código básicamente por los artículos 1.315 a 1.324. De ahí que la regla del artículo 1.320 la considere inaplicable a «los matrimonios cuyo estatuto personal o vecindad civil... sea la catalana, aun cuando por su vecindad originaria o por pacto expreso el régimen concreto de su matrimonio sea alguno de los regulados en Derecho común» (pág. 208). Yo, en cambio, opino que, aun no respondiendo a un denominador común y debiéndose analizar regla por regla a fin de precisar excepciones, las contenidas en los artículos 1.315 y siguientes —y desde luego el art. 1.320— constituyen materia de régimen económico matrimonial y deben considerarse tan inmutables por cambio de ley personal como el estatuto matrimonial mismo de separación o comunidad. El desarrollo de esta tesis, cimentada no sólo en la topografía legal, me llevaría demasiado lejos en una nota extemporánea, y por eso básteme añadir que precisamente porque los actos de disposición sobre la vivienda habitual es materia de régimen económico matrimonial ni siquiera se aplica el último párrafo del artículo 96 del Código Civil a los esposos casados bajo un régimen no sometido al Derecho común y que se hubiesen separado o anulado o disuelto su enlace, porque así lo consiente el artículo 13.1 que sigue teniendo virtualidad delimitadora dentro de los artículos del Título IV del Libro I de aquel Cuerpo legal.

era, no obstante, algo artificial y estaba muy influida por su deseo de advenir a soluciones justas y modernas en orden a problemas hoy bastante superados, como:

- la no extensión de la licencia marital a los esposos casados bajo regímenes forales de separación;
- la posibilidad de capitular por parte de los que se avecindaban en regiones forales (negada criticablemente por la jurisprudencia) o la de seguir haciéndolo los que desde ella se sujetaban al Derecho común;
- *idem* la de efectuarse donaciones válidas o convalidables;
- etc., etc.

Pero hoy, tras las reformas de 2 de mayo de 1975 y 13 de mayo de 1981, amén de otras tangenciales, no se me antoja ortodoxo seguir distorsionando los conceptos y forzando las reglas cuando los problemas pueden resolverse por sus cauces naturales (22).

Por eso estimo que la línea acertada es la trazada intuitivamente por AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y por SIMÓ SANTONJA, de manera que se debe interpretar la remisión que el inciso inicial del artículo 9.3 hace al apartado 2 como efectuada sólo al punto de conexión subsidiario, es decir, a la ley nacional del marido al tiempo de la celebración. Ello entraña que si para las relaciones personales, en caso de conflicto móvil, impera una ley variable, no acontece lo mismo para las relaciones patrimoniales regidas, en idéntica tesitura y salvo ley capitular preferente, por un punto de conexión fijo, cual será la ley personal del esposo al tiempo de la boda. Me apoyo para ello:

— En que así cabe interpretar la remisión del artículo 9.3 a la luz de los antecedentes legislativos del precepto (art. 3.1 del Código Civil), una vez desvelada la curiosa peripecia que condujo a su probablemente involuntaria redacción actual.

— En que así lo refuerza el sentido propio de las palabras (art. 3.1 del Código Civil) empleadas por el artículo 9.3, pues al remitirse al apartado 2, a fin de dilucidar la ley competente sobre las relaciones patrimoniales, lo hace en singular (cf. «... *se regirán por la misma ley que las relaciones personales*»), lo que evidencia que el legislador pensaba en una sola norma

(22) Al contrario lo que debe constituir objeto de nuestra preocupación actual es, por un lado, precisar qué se debe entender por relaciones personales interconyugales a efectos del artículo 9.2, a la vista de que su núcleo básico, «los derechos y deberes de familia» (cfr. arts. 66 a 71 actuales), cuenta con ley conflictual propia en el artículo 9.1, y, por otro, seguir resolviendo con criterios modernos problemas interregionales o iusinternacionales derivados de reglas obsoletas de algunos de los ordenamientos en conflicto, v. gr., las de los artículos 20, 23, 321 y 322 de la Compilación catalana, pero para enmendar algunos de los atavismos que no se haya llevado por delante la Constitución, insisto en que no creo recomendable distorsionar las reglas de conflicto; al contrario, se debe afinar la calificación de los conceptos e instituciones *secundum legem fori*, de suerte que se pueda considerar, por ejemplo, que todos los artículos compilativos acabados de citar contemplan cuestiones de capacidad (art. 9.1 del Código Civil) y no de relaciones patrimoniales entre cónyuges (art. 9.3). En otros supuestos, para advenir a soluciones justas quizá sea preciso poner en práctica técnicas como la que los internacionalistas llaman «adaptación», cuyo desenvolvimiento me llevaría demasiado lejos, por lo que me limito a remitirme a la obra de NURIA BOUZA VIDAL: *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1977. Por cierto, no me he referido a la interpretación que esta autora sostiene del artículo 9.3 del T. P. porque la expone con una concisión (págs. 187 y 195) que impide comprenderla bien, ya que parece admitir el cambio «automático» de régimen económico matrimonial por el tránsito conjunto de los cónyuges a una nueva ley personal, es decir, parece, en postura insólita, dar prevalencia a la proposición primera sobre la segunda del artículo 9.3 hasta el punto de anular ésta por aquélla. Como, ante la referida concisión, el riesgo de malinterpretarla es considerable, he preferido prescindir de esas referencias marginales a nuestro artículo contenidas en su, por lo demás, bien construido libro.

de destino, la del marido al tiempo de la celebración. De haber sido consciente de la adición experimentada por el artículo 9.2 hubiese efectuado el reenvío diciendo, más o menos, que: «*Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos, se regirán por las mismas leyes que las relaciones personales*». No obstante, el argumento no es definitivo y caben otras explicaciones del singular. En este mismo orden gramatical, si estuvieran en lo cierto PUIG SALELLAS y DELGADO acerca de la distinción consciente entre «relaciones patrimoniales» y «régimen económico», hubiera sido necesario que el legislador hubiese intercalado una conjunción adversativa (no obstante, sin embargo, pero, etc.) entre los dos incisos o frases del artículo 9.3.

— En que así resulta también del contexto del propio artículo 9.3 (de nuevo art. 3.1 del Código Civil), pues sólo de esa manera, y salvo alambicadas y problemáticas distinciones, aparece coherente y no contradictoria la proposición segunda (23).

— En que así lo avalan los antecedentes históricos de la norma (*item*: artículo 3.1), a saber, el primitivo artículo 1.325, interpretado por las Sentencias de 1 de julio de 1955 y 30 de junio de 1962, el cual ha podido coexistir no pocos años con el artículo 9.3 del Título Preliminar.

— En que así lo exige la lógica interna del precepto porque admitiendo, a efectos dialécticos, la mutabilidad automática de las relaciones patrimoniales en caso de cambio común de ley personal, ¿por qué no experimentan idéntica variabilidad las relaciones patrimoniales de esposos casados con capitulaciones, para los cuales no entra en juego la ley de las relaciones personales? ¿Es que acaso se trasluce una voluntad de mayor fijeza a propósito de las relaciones patrimoniales con sólo que se otorguen capítulos, cuya finalidad puede ser muy varia, e incluso no referirse para nada al régimen económico matrimonial?

— En que así lo ha seguido presuponiendo la jurisprudencia posterior al Título Preliminar actual. Me refiero a la conocida Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Servicio IV) de 6 de mayo de 1977, que declaró la ininscribibilidad en el Registro civil de unas capitulaciones otorgadas por esposos vizcaínos, en contravención del artículo 41 de su Compilación, pero que dejó también la puerta abierta a la

(23) Pero es que además hay otra norma coetánea a la que nos ocupa y dentro, pues de su contexto también, que demuestra que el legislador razona bajo el presupuesto mental de que el cambio, aún común, de las leyes personales de los esposos no afecta a su régimen económico matrimonial. Me refiero al artículo 16.2 del propio Título Preliminar, en cuyo primer párrafo se establece que «*El derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa* (donde es un efecto del matrimonio: art. 72.1 de la misma) *corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establece la ley sucesoria*». Y aunque podría pensarse que, dada la excepcionalidad de la regla, la idea de que se parte es justamente la contraria, la de que el cambio dual de vecindad conlleva la del régimen económico salvo el efecto aquí exceptuado, se trataría de un razonamiento equivocado, pues lo que la norma quiso fue, por un lado, subrayar que la viudedad aragonesa, en su doble fase de derecho expectante y de usufructo sucesorio, deriva del matrimonio y forma parte del régimen económico matrimonial (podría decirse que el art. 16.2 es en este aspecto un ejemplo de «calificación» legal), y, por otro, evitar la atribución al cónyuge superviviente de un doble beneficio *mortis causa*: el que pudiera recibir por matrimonio y el que pudiera corresponderle *iure successionis*, según la ley personal del esposo premuerto. No interpreta así el inciso final del artículo 16.2.1 («*con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria*») JOAQUÍN SAPENA TOMÁS en «Vecindad civil y conflictos interregionales», conferencia pronunciada el 20 de febrero de 1975, separata del libro *Curso monográfico sobre la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil*, Publicaciones del I. C. de Abogados de Valencia, págs. 280-1, pero sí JOSÉ LUIS MERINO y HERNÁNDEZ en «Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)», separata del A. D. C., 1975, Madrid, I.N.E.J., pág. 245), y JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA en «La viudedad aragonesa en el Derecho interregional», ponencia inserta en la separata citada en la nota 21, págs. 79-80.

posibilidad de que los cónyuges perdieran su condición de infanzones y adquirieran nueva vecindad en las villas o en cualquier otro territorio español, hipótesis en la cual «hubieran podido *alterar* por pacto capitular su primitivo régimen económico matrimonial, al permitirlo entonces su ley personal (art. 9.3, en relación con el 16.1 del Código Civil)...»; ergo, la Dirección al exigir pacto capitular para la mutación del régimen, parte de la base de que la misma no se produciría automáticamente por el mero cambio de la ley personal común.

— En que mi interpretación rectificadora de la remisión efectuada al artículo 9.2 nos uniformaría con el Ordenamiento italiano, probable modelo de nuestro legislador en este punto, pues el artículo 18 del Codice Civile regula las relaciones personales entre cónyuges de diversa ciudadanía por la última ley nacional común durante el matrimonio o, en ausencia de ella, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración de aquél, mientras que el artículo 19 norma las relaciones patrimoniales entre los esposos exclusivamente por la ley nacional del marido al tiempo de la boda, sin que también el cambio de nacionalidad de los cónyuges influya sobre las relaciones patrimoniales y salvo las convenciones entre ellos en base a a nueva ley nacional común. No afirmo con ello que la regla de conflicto italiana (y su asimilada —si se admite— española) sea inmejorable, pues parece más técnica, con alguna salvedad, ya que no la del artículo 15 de la más que octogenaria Einführungsgesetz alemana, sí, por cierto, la de los artículos 52 a 54 del Código Civil portugués, en los que, por efecto del Decreto-ley número 496/1977, de 25 de noviembre, se han desterrado los puntos de conexión discriminatorios.

— Y finalmente, y en la medida que constituye un dato indiciario de la realidad social en que ha de ser aplicada la norma (art. 3.1, una vez más), me apoyo, por último, en que así me consta que se ha venido interpretando en la práctica el artículo 9.3 del Título Preliminar, por lo menos en la de las oficina notariales y registrales de mi entorno, en todas las cuales venimos determinando el régimen económico matrimonial de legiones de emigrados a Cataluña en función básicamente de la vecindad civil del esposo al tiempo de sus nupcias.

Puede parecer por ello que toda la presente digresión o comentario, un tanto marginal a la Resolución, constituye un vivo ejemplo, a la vista del resultado del «viaje», de las «alforjas innecesarias» de que nos habla el refrán; pero yo, por lo menos, me quedo más satisfecho de mi práctica cotidiana después de los datos que me he visto obligado a acopiar y de los razonamientos, un tanto prejuiciosos, es cierto, que dejo expuestos.

J. M. R. P.