

Algunos problemas de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad de gananciales

A don Alfonso De Cossío (q. e. p. d.)
con la mayor modestia y admiración.

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Sentido de la reforma*: 1. Adaptación del régimen económico matrimonial a la separación de hecho. 2. Licitud. 3. Pactos extraeconómicos. 4. Crítica de la reforma.—III. *Problemas de la liquidación de la sociedad de gananciales en capitulaciones matrimoniales*: 1. Posibilidad. 2. La separación de bienes y la liquidación de la sociedad de gananciales. 3. Naturaleza del acto liquidatorio. 4. Los cónyuges ante la liquidación. 5. Algunos problemas en relación con el contenido de la liquidación. 6. Los terceros ante la liquidación de la sociedad de gananciales.

I. INTRODUCCION

«Los que se unan en matrimonio—dice el nuevo artículo 1.315 del Código Civil—podrán otorgar sus capitulaciones antes *o después* de celebrarlo...». Con el sólo añadido de estas dos palabras subrayadas y con la necesaria adaptación al principio que introducen de una serie de preceptos en materia de capitulaciones (singularmente los arts. 1.320 y 1.322), se ha producido uno de los más importantes giros en nuestro Derecho Civil desde la publicación del Código.

El granítico principio de la inmutabilidad del régimen económico matrimonial ha saltado por los aires, y ello hace recordar aquella célebre frase según la cual «sólo dos líneas del legislador pueden dejar sin efecto bibliotecas enteras».

Sin embargo, el carácter parcial de la reforma y la falta de coordinación de los preceptos modificados con otros que continúan subsistentes hacen que sean muchas las lagunas que pueden apreciarse en materia capitular. Sólo la elaboración doctrinal y, sobre todo, las decisiones jurisprudenciales que se vayan produciendo en este campo irán paliando tales deficiencias.

El objeto de este trabajo se hace en especial complicado porque en él se relacionan dos aspectos del derecho de familia de singular importancia y, al mismo tiempo, complejidad. Por un lado, la liquidación de la sociedad de gananciales, tema en el que la regulación del Código se encuentra absolutamente desbordada por la variedad de casos y situaciones imprevistos por el legislador. Por otro lado, las capitulaciones matrimoniales, cuyo desuso total hasta ahora ha hecho que sea escasísima la literatura que se ocupa de esta institución.

II. SENTIDO DE LA REFORMA

1. *Adaptación del régimen económico matrimonial a la separación de hecho*

No nos interesa en este momento cuál sea la razón que llevó al Código Civil a prohibir la modificación del régimen matrimonial—y paralelamente las capitulaciones—una vez celebrado el matrimonio.

Lo que resulta evidente es que la proliferación de los matrimonios separados de hecho y el rígido corsé que les imponía la anterior prohibición habían provocado una situación absolutamente insostenible, que hacía levantar el clamor de la doctrina (1), mientras se iba acudiendo a subterfugios tales como poderes irrevocables, licencias generales, etcétera, que no eran ciertamente sino parches a esa vía de agua producida por las crisis matrimoniales.

La reforma, en mi opinión y por lo que respecta al territorio del Derecho común, va a servir fundamentalmente, por el momento, para poner remedio a tales situaciones en que se produce una alteración de las relaciones personales entre los cónyuges y es necesario acomodar a ellas la estructura económica del matrimonio. Se abre también, aunque de modo indirecto, camino al divorcio, cuya necesidad se deja sentir ya en amplios sectores de la sociedad española, según demuestra el hecho sociológico incontrovertible de los sondeos de opinión cualquiera que sea el parecer que se tenga sobre él.

(1) Cfr., por todos, DE LA CÁMARA, M.: «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», A. D. C., 1969, págs. 3 y sigs.

Es indudable que las capitulaciones matrimoniales pueden tener otro contenido (2) y que se habla de ellas como una posible carta-constitucional de las relaciones familiares, al menos en su aspecto económico. Pero no olvidemos que las capitulaciones tienen una tradición prácticamente nula en el derecho común (3). Cualquier persona con experiencia profesional en territorios de derecho común coincidirá probablemente en que, antes de la reforma de 1975, las escasas capitulaciones que se hacían—todas, naturalmente, antes del matrimonio—eran casi siempre para pactar la separación de bienes entre futuros cónyuges de muy diferente posición económica (matrimonios «casi-morganáticos») y que, hoy en día, se siguen haciendo prácticamente con esta sola finalidad y—ya contraído el matrimonio—con la de atender a la separación de hecho.

Sin embargo, la sustitución del régimen de gananciales por uno de separación, que será lo más normal, puede tener no sólo la finalidad apuntada, sino que se dan teóricamente diversos motivos, que con el tiempo posiblemente se acaben imponiendo en nuestra práctica.

Como pone de manifiesto ELISABETH POISSON (4), los fines que pueden llevar a los cónyuges al cambio de régimen en el sentido apuntado en el párrafo anterior son muy variados e incluso pueden clasificarse del modo siguiente:

- 1) Evitar los riesgos ocasionados por la actividad profesional de uno de los esposos.
- 2) Deseo de independencia financiera de los esposos:
 - a) Por ejercer actividades profesionales distintas.
 - b) Por conservar el ámbito de actuación exclusivo sobre una donación o sucesión de uno de los esposos.
 - c) Atender a las necesidades de la separación de hecho.
 - d) Intereses patrimoniales distintos, si hay hijos de diferentes matrimonios o naturales.

(2) Apuntan el matiz sucesorio de los capítulos LETE DEL RÍO y ALVAREZ CAPEROCHIPÍ: «Notas sobre mutabilidad del régimen económico matrimonial en el derecho común», *R. D. P.*, 1977, pág. 166.

(3) En 1974, último año anterior a la reforma, se otorgaron en todas las Notarías radicadas en territorios de Derecho común 570 escrituras de contratos por razón de matrimonio, de las cuales 209 lo fueron sólo en Madrid. Fuente: *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, 1974. Se exceptúa del cómputo la provincia de Vizcaya, en la que la mezcla de territorios de Derecho común y foral hace difícil la investigación.

(4) «Le changement de régime matrimonial», *Rev. Trim. de Droit civil*, 1969, página 471.

3) Deseo de paliar un accidente en la vida familiar:

- a) Por el estado de salud precario del marido.
- b) Por el desorden en los negocios del marido.

Pero, mientras esta institución de la modificabilidad del régimen económico-matrimonial va calando en el pueblo, el mismo caso más corriente de las capitulaciones de separación de bienes con su correspondiente liquidación de gananciales, para atender a la separación de hecho, no deja de suscitar algunos problemas generales, como son su licitud y la posibilidad en su contenido de pactos extraeconómicos, que pasamos a estudiar a continuación.

2. *Licitud*

Plantea GULLÓN (5) que, si en relación con los antiguos convenios de separación se aducían los argumentos de la causa ilícita y de la prohibición de transigir sobre cuestiones matrimoniales (art. 1.814 C. C.), la misma amenaza puede «planear» sobre las nuevas escrituras de capitulaciones matrimoniales que recogen aquella situación.

En contra de tales argumentos, remite GULLÓN a las posiciones defendidas por M. DE LA CÁMARA. Este (6), en efecto, pone de relieve cómo no tiene sentido que los pactos se consideren ilícitos para el Derecho común y no para el Derecho foral, aparte de que normalmente concurren a las situaciones que provocan estos convenios alguna de las causas que dan lugar a la separación legal; por lo que respecta a la prohibición de transigir sobre cuestiones matrimoniales, observa que tales pactos no constituyen una verdadera transacción, por lo que no caerían dentro de la prohibición del artículo 1.814.

Creo que hoy cabría añadir a todo ello el nuevo artículo 3, 1, del Código Civil. Si las normas deben de interpretarse según «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», parece claro que la actual sociedad española no siente ningún escándalo ante una separación de hecho y que no hay, por tanto, ilicitud en la causa de los pactos que la regulan.

(5) GULLÓN, A.: *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Obra colectiva. Editorial Tecnos, Madrid, 1977, pág. 1068.

(6) *Loc. cit.*, pág. 15.

3. *Pactos extra-económicos*

Para LACRUZ (7), las capitulaciones *post nuptias* que vienen a normativizar la separación de hecho deberían incluir sólo aspectos del régimen de bienes, excluyendo los pactos relativos a la interrupción de la convivencia de los cónyuges, modalidades de la vida separada de ambos y relaciones de uno y otro con los hijos, tal y como se venía haciendo en los convenios privados de separación con validez dudosa o nula.

No parece ser de la misma opinión, al menos a primera vista, FOSAR BENLLOCH (8), el cual—al comentar el artículo 1.316 reformado—observa que tales pactos que puedan afectar al contenido de los artículos 56 y 57 del Código Civil no se deben considerar nulos más que cuando contravengan el *mínimum ético* impuesto por estos artículos (con lo cual implícitamente parece admitir el acceso de los repetidos pactos extraeconómicos a la escritura de capitulaciones).

También DÍEZ PICAZO (9) acepta la posibilidad de que se introduzcan en las capitulaciones estipulaciones no económicas, sino personales, siempre que sean conformes con la ética imperante y con los fines del matrimonio.

Esta posición me parece ciertamente muy admisible, con el deseo, desde luego, de que las referencias a los «*mínimos éticos*» y al presunto «orden público» se interpreten con toda la liberalidad y amplitud que la sociedad de nuestros días requiere.

4. *Crítica de la reforma*

Ha sido en general favorable la valoración por parte de la doctrina de la reforma del 75 en materia de posibilidad de capitulaciones matrimoniales *post nuptias* y de modificación del régimen económico después de contraído el matrimonio.

Se ha acabado con una situación anterior prácticamente insostenible, lo cual no es poco, aunque el contenido de la reforma adolezca de algunos defectos. Se le reprochan a ésta algunas deficiencias técnicas (10), la carencia de una mayor precisión en la publicidad de la modificación

(7) LACRUZ, J. L.: «El nuevo derecho civil de la mujer casada», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1975, pág. 95.

(8) FOSAR, E.: «Apéndice al estudio La capacidad jurídica de la mujer casada», *R. C. D. I.*, 1975, pág. 1392.

(9) DÍEZ PICAZO, L.: *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Obra colectiva. Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pág. 1071.

(10) Como, por ejemplo, el haber dejado intocado el artículo 1.417 del Código Civil en cuanto a las causas de disolución de la sociedad de gananciales. *Vid.*, por todos, FOSAR BENLLOCH, *loc. cit.*, pág. 1390.

del régimen económico matrimonial (11) y la falta de homologación judicial a los convenios capitulares modificativos.

Esta última—la no necesidad de homologación judicial—es uno de los principales defectos que LETE y ALVAREZ aprecian reiteradamente en el nuevo sistema. En su opinión, la intervención judicial evita el fraude (12) y protege la posición del cónyuge más débil—en general, la mujer—, obligado muchas veces a transigir ante una liquidación desfavorable de la sociedad de gananciales (13).

A mi juicio, la falta de rodaje de nuestro sistema impide una valoración comparativa frente a otros, como el francés o el italiano, en los que tiene lugar la intervención judicial. *A priori*, sin embargo, creo que se debe tener en cuenta lo siguiente: si la homologación judicial es meramente formularia y el Juez se limita a citar a las partes y preguntarles si están de acuerdo con lo realizado en capitulaciones, tal intervención carece de sentido, porque las partes ya han prestado su consentimiento fehacientemente en la escritura; si es más profunda y el Juez examina minuciosamente el contenido de los capítulos modificativos, ello añadiría un trámite más (que es de suponer largo y costoso), lo cual sería mirado con gran prevención por los interesados, llevándolos de nuevo a los convenios privados y secretos de separación, que es precisamente lo que la reforma trata de evitar.

Por otra parte, el fraude a los terceros queda paliado por el artículo 1.322, cuyo párrafo último claramente establece que no les perjudicará en ningún caso la modificación del régimen económico matrimonial. En cuanto a la posibilidad de que el cónyuge fuerte abuse del débil, me parece, en primer lugar, que la posición de los cónyuges es cada vez más igualitaria y, en segundo lugar, siempre le queda la posibilidad al cónyuge perjudicado de impugnar las capitulaciones celebradas con un consentimiento viciado, incluso por el dolo provocado por el otro, entendido el dolo no sólo como maniobra engañosa, sino en el sentido que nos enseña Cossío de conducta contraria a la buena fe.

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

(11) Aboga por un Registro central de regímenes económico matrimoniales TORRALBA, V.: *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Obra colectiva. Editorial Tecnos, Madrid, 1977, pág. 1112.

(12) *Loc. cit.*, pág. 166.

(13) *Loc. cit.*, pág. 175.

En cualquier caso, como quedó dicho anteriormente, el tiempo dirá si las ventajas de la homologación judicial suplen los inconvenientes que todo nuevo trámite supone.

III. PROBLEMAS DE LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES

1. *Su posibilidad*

El mantenimiento inalterado del artículo 1.417 del Código Civil puede hacer pensar que siguen siendo las mismas las causas de disolución de la sociedad de gananciales, no figurando entre ellas el acuerdo de los cónyuges en capitulaciones matrimoniales.

Incluso el artículo 1.392—también inalterado—, cuando dice que «mediante la sociedad de gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad, *al disolverse* el matrimonio...», parece dar a entender que la vida de la necesidad de gananciales va unida a la del matrimonio.

Todo ello da idea de la falta de coordinación de los artículos reformados con otros que continúan sin modificar.

Sin embargo, la práctica totalidad de la doctrina que se ha ocupado del tema pone de manifiesto que no estamos más que ante una omisión del legislador que debe superarse acudiendo a la finalidad inspiradora de la reforma. De nada habría ésta valido si no se pudiese disolver la sociedad ganancial por la voluntad de los esposos.

Entre los muchos argumentos esgrimidos para defender esta postura, me parece interesante recoger los de GULLÓN (14), cuando observa que, si el legislador hubiera pensado en prohibir la disolución de la sociedad de gananciales, sobraría la protección a los terceros del artículo 1.322, y GARRIDO PALMA (15), en el sentido de que, si el artículo 1.315 permite a los cónyuges estipular las condiciones relativas a los *bienes presentes*, es indudable que entre tales bienes se encuentran los gananciales y que la libertad que este concepto consagra debe entenderse que incluye la posibilidad de su liquidación.

El hecho de ser así admitido casi unánimemente evita incluso plantear cualquier tipo de discusión sobre este presunto problema.

Añadiré únicamente que me parece bastante interesante la propues-

(14) GULLÓN, A.: «Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975», *R. G. L.*, febrero 1977, página 92.

(15) GARRIDO, V.: «Comunicación a las XIV Jornadas Notariales». Albacete, junio 1976. Recogidas en el *Bol. de Información del Colegio Notarial de Granada*, julio-agosto 1976, y en la *R. D. N.*, 1977.

ta hecha por algún enmendante al elaborarse la ley de reforma—no recogida en la redacción definitiva—de que se debería arbitrar algún procedimiento judicial u otra fórmula para, a propuesta de uno de los cónyuges, modificar el régimen que le es perjudicial, cuando el otro injustificadamente se negase a ello (16). En este caso, no sólo sería factible la liquidación de la sociedad de gananciales, sino que uno de los esposos podría, basándose en bien fundados motivos, obligar al otro a hacerlo.

2. *La separación de bienes y la liquidación de la sociedad de gananciales*

Una de las cuestiones más interesantes que se pueden suscitar en cuanto a la liquidación de la sociedad de gananciales es la relación que con ella tenga el convenio de separación de bienes.

Parece bastante claro que los esposos pueden acordar en capitulaciones la separación de bienes y dejar expresamente para un momento posterior la liquidación de la sociedad ganancial. Pero, en el caso de que los cónyuges se limiten a pactar la separación de bienes sin aludir a los gananciales existentes, ¿puede uno de ellos obligar al otro a liquidar los gananciales? En otras palabras, el mero convenio de separación de bienes ¿faculta a cualquiera de los cónyuges—salvo pacto expreso en contrario, naturalmente—a exigir la liquidación?

Para SANZ FERNÁNDEZ (17), el mero pacto de separación de bienes no faculta a ninguno de los cónyuges para exigir del otro la liquidación de la sociedad de gananciales existente.

Para Díez GÓMEZ (18), cualquiera de los cónyuges que haya pactado la separación podrá pedir la liquidación; se basa en el tenor literal del artículo 1.418, según el cual «disuelta la sociedad de gananciales, se procederá *desde luego* a la formación de inventario».

En la misma dirección favorable a la exigibilidad de la liquidación—salvo pacto en contrario—se encuentra también GULLÓN (19), para quien la serie de problemas que se producirían por la simultaneidad de dos regímenes tan distintos habría motivado la lógica previsión del legislador. Además, a su entender, el artículo 1.434 (referido a la separación judicial), cuando dice que «acordada la separación de bienes... quedará disuelta la sociedad de gananciales y se hará su liquidación

(16) Citado por TORRALBA, *loc. cit.*, págs. 1086 y 1096.

(17) SANZ, A.: «La situación de la mujer casada en Derecho civil», *R. D. N.*, 1977, abril-junio, pág. 332.

(18) Díez, A.: «Comentarios a la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975», *R. D. N.*, 1975, abril-junio, pág. 388.

(19) GULLÓN, A.: *Loc. cit.* («Observaciones...»), pág. 92.

conforme a lo establecido por este Código», hace suponer que la misma razón existe en el caso de la separación convencional.

Bien entendido que esta solución parece la más justa, creo que tal vez conviniese tener en cuenta algunas consideraciones. En primer lugar, cabría preguntarse si el pacto de separación *disuelve* la sociedad de gananciales; indudablemente tal pacto separatorio finaliza la vida de la sociedad de gananciales, pero para disolverla, ¿no se necesitará un acuerdo expreso de disolución? Este acuerdo de disolución es el que creo que facultaría para pedir la liquidación.

En segundo lugar, podría plantearse si los supuestos del 1.434 y el de la separación convencional son totalmente asimilables. En los casos de separación judicial se da un hecho «patológico», como es la sentencia de separación personal, la ausencia o la interdicción de uno de los cónyuges que no tiene por qué producirse en la separación convencional.

Es evidente que puede resultar conflictiva la existencia de bienes matrimoniales sometidos a regímenes distintos e incluso antagónicos, como son el ganancial y el de separación. Pero resulta igualmente claro que el legislador no ha concedido acción a los cónyuges para obligarse a disolver la sociedad ganancial por el solo hecho de pactar el régimen de separación.

A la vista de todo ello, creo muy oportuno tener esas circunstancias previstas a la hora de elaborar las capitulaciones matrimoniales, tanto por parte de los notarios al proceder a su confección como por parte de los abogados al asesorar a sus clientes. La laguna legal se podrá superar previendo en las capitulaciones expresamente la subsistencia de los gananciales anteriores con la reserva por parte de ambos cónyuges de la facultad de instar la liquidación de dichos gananciales en cualquier momento o bien en un plazo determinado (mayoría de edad o independencia económica de los hijos, por ejemplo).

3. *Naturaleza del acto liquidatorio de la sociedad ganancial*

La imposibilidad existente antes de la reforma de disolver y liquidar la sociedad de gananciales por la simple voluntad de los cónyuges hizo que no haya sido objeto de atención por parte de la doctrina la determinación de cuál sea la naturaleza de ese acto.

Tal determinación no pasaría de tener un valor exclusivamente académico si no fuera porque existe una importante finalidad práctica: su delimitación permitirá aplicar los criterios y normas de una institución más conocida a otra, como ésta, en que su novedad determina una evidente ausencia de normativa aplicable.

Llegado este momento, creo que resulta necesario hacer una importante distinción. Una cosa es la modificación del régimen matrimonial, que es de naturaleza esencialmente capitular, y otra distinta la liquidación de la sociedad de gananciales, que puede realizarse en la misma escritura de capítulos o en otra posterior, pero que en ninguno de los dos casos tiene naturaleza propiamente capitular. Este último aspecto, el liquidatorio, es el que interesa ahora destacar.

El acto por el que se lleva a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales—en la misma escritura de capitulaciones o en otra posterior—creo, en primer lugar, que es un contrato, por lo cual le serán aplicables las normas de la contratación relativas a la capacidad, el consentimiento y sus vicios, tipos de ineficacia, etc.

En segundo lugar, creo que es un contrato particional, en el que, mediante la distribución de los bienes entre sus cotitulares, se produce el final de una situación de comunidad, cualquiera que sea el tipo de ésta y sin entrar, por tanto, en el controvertido y más bien dogmático problema de la naturaleza de la sociedad de gananciales.

Al ser un contrato particional de una pluralidad de bienes entre una pluralidad de sujetos (que en este caso son siempre dos), los principios aplicables al mismo de una naturaleza más análoga son los de la partición de la herencia, institución ésta muy elaborada por la doctrina y por la jurisprudencia, cuyos criterios (deducidos aquellos que, por su especialidad, no lo permiten) me parecen bastante idóneos para suplir las innumerables lagunas que se producen en este campo.

Bien se verá que este contrato particional liquidatorio de la sociedad de gananciales nada tiene que ver con las capitulaciones matrimoniales, salvo el hecho de que ambos se puedan—y probablemente se deban—contener en la misma escritura y de que la liquidación no sea posible llevarla a efecto si no se ha producido una previa modificación del régimen matrimonial.

Este doble aspecto, el capitular y el liquidatorio, tiene importantes consecuencias prácticas. Si, por ejemplo, dos cónyuges acuerdan la separación de bienes en capitulaciones y deciden dejar la liquidación de los gananciales existentes para una escritura posterior, parece claro que esta segunda escritura no será de capitulaciones matrimoniales, sino una escritura particional que, eso sí, trae su causa de la anterior. Esto es importante porque las normas a aplicar a una y otra son distintas, como puede suceder en materia de capacidad o de representación. De ello nos ocupamos a continuación.

4. *Los cónyuges ante la liquidación*

Las posturas personales de los cónyuges en relación con las capitulaciones liquidatorias suscitan pocas cuestiones, de las que plantearemos aquí solamente dos, relacionadas con la capacidad para dicho acto y con la posibilidad de representación legal o voluntaria.

En relación a lo primero, surge inmediatamente el problema de si pueden liquidar la sociedad de gananciales los menores emancipados, con la peculiaridad de que los que pretenden efectuar tal liquidación son emancipados por el hecho mismo del matrimonio (art. 314, 1.º, del Código Civil).

La solución afirmativa es defendida por LETE y ALVAREZ (20), para quienes «el menor de edad (mayor de dieciocho años) puede otorgar válidamente capitulaciones un minuto después del matrimonio».

Con igual rotundidad por la tesis negativa se pronuncia GULLÓN (21), según el cual, si alguno de los cónyuges es menor, necesitará la asistencia y concurso de las personas que han de dar licencia para contraer matrimonio (22).

En mi opinión, chocan aquí dos preceptos, uno de carácter general y otro particular. El emancipado está habilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor, según el artículo 317, con las limitaciones que este mismo artículo impone, entre las cuales no está ciertamente la de otorgar capítulos matrimoniales.

Por el contrario, el artículo 1.320 señala para este supuesto concreto: «Los cónyuges MAYORES DE EDAD podrán en todo momento, actuando de común acuerdo, modificar el régimen económico, convencional o legal, del matrimonio. Si alguno de ellos fuere MENOR DE EDAD se estará a lo dispuesto en el artículo 1.318.»

Un viejo principio jurídico nos enseña que la regla especial debe prevalecer sobre la general, por lo que a mí parecer, el menor emancipado no puede por sí mismo celebrar capitulaciones. Piénsese, además, que el artículo 1.318—no modificado por la reforma del 75—no contempla el supuesto del emancipado por matrimonio a la hora de exigir la asistencia y concurso (por la sencilla razón de que no se podían otorgar capítulos una vez celebrado el matrimonio, pero el artículo 1.320—modificado en el 75—sí contempla expresamente el caso de que LOS CON-

(20) LETE y ALVAREZ: *Loc. cit.*, pág. 183.

(21) GULLÓN, A.: *Loc. cit.* («Observaciones...»), pág. 86.

(22) En relación con el carácter de esta «asistencia y concurso», véase el ya clásico artículo de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: «El concurso de las personas designadas en el artículo 1.318 en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales», *A. D. C.*, 1956, págs. 299 y sigs.

YUGES—por tanto, emancipados—otorgen capitulaciones y les exige que sean MAYORES DE EDAD. Si el legislador no estimase esencial la mayoría de edad, y considerase suficiente la emancipación, sobraría toda referencia explícita a tal mayoría y bastaría con mencionar simplemente a «los cónyuges».

Para otorgar capitulaciones y modificar el régimen económico matrimonial se requiere, pues, SER mayor de edad. Pero para liquidar la sociedad de gananciales habrá que estar a las normas generales de la contratación y, por tanto, la podrán realizar los menores emancipados. No tiene sentido permitir a una persona emancipada partir la herencia y prohibirle la liquidación de los gananciales. Así pues, si la sociedad de gananciales se liquida en escritura posterior a las capitulaciones, lo podrá realizar el emancipado por sí solo.

Por lo que respecta al problema de la representación voluntaria, uno de los autores que más recientemente se ha ocupado de este tema ha sido TORRALBA SORIANO (23), el cual, siguiendo a LACRUZ, opina que no se debe admitir respecto al otorgamiento de las capitulaciones más que la figura del *nuntius*.

Me parece lógica esta postura, pero creo oportuno añadir alguna matización. Es bien conocida—aunque no siempre exacta—la regla que mira con cierta prevención el juego del apoderamiento en las relaciones familiares. Pero hay que tener en cuenta que la liquidación de la sociedad ganancial tiene un carácter eminentemente patrimonial. Por tanto, debemos distinguir una vez más el supuesto de que los gananciales se liquiden en la misma escritura de capitulaciones o en otra posterior.

a) En el primer caso, si se va a modificar el régimen económico matrimonial, liquidando al mismo tiempo los gananciales existentes, no sería admisible más que la presencia del cónyuge o de un representante especialísimo (llamémosle *nuntius*), cuyo poder prevea con exactitud las circunstancias de la modificación.

b) Para liquidar la sociedad de gananciales simplemente creo que es válida la normal representación voluntaria, porque ya se ha dicho anteriormente que no estamos ante una propia escritura de capitulaciones.

También me parece aceptable la figura de la ratificación de las capitulaciones matrimoniales, cualquiera que sea el contenido de éstas, cuando en ellas ha comparecido un representante verbal del cónyuge, porque el conocimiento perfecto que tendrá el ratificante de lo hecho por su representante hará que su consentimiento ratificador produzca los mismos efectos que si hubiese intervenido personalmente.

(23) TORRALBA, V.: *Loc. cit.*, pág. 1092.

En cuanto a la representación legal, dispone el artículo 1.323 que «para la validez de las capitulaciones otorgadas por aquél contra quien se haya pronunciado sentencia o se haya promovido juicio de interdicción civil o inhabilitación, será indispensable la asistencia y concurso del tutor que a este efecto se le designará por quien corresponda según las disposiciones de este Código y de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Comentando análogo precepto (art. 1.339) del Anteproyecto del Código Civil español, PEÑA (24) señala que por «interdicción civil o inhabilitación» debe entenderse cualquier forma de incapacitación total o parcial, incluso la incapacitación por locura.

Relacionándolo con el tema que tratamos, el problema es interesante, por ejemplo, a la hora de contemplar la liquidación de los gananciales del incapacitado por locura. ¿Cuál será el camino a seguir? ¿Qué quiere decir el artículo 1.323 cuando alude al «tutor que a este efecto se le designará por quien corresponda»?

A primera vista podría pensarse que tal precepto se está refiriendo a un supuesto de curador especial y así parece deducirse de su precedente inmediato que es el artículo 1.387 del Código italiano (25), que prevé para las capitulaciones del incapacitado parcialmente un curador especialmente designado para tal fin.

No habiendo sido recogido por nuestro Código el sistema de curaduría, aunque sí regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, crea que la persona idónea para representar al incapacitado por locura en las capitulaciones será el tutor, bien entendido que, si éste es el cónyuge—como sucederá normalmente art. 220, 1.º—y existiendo oposición de intereses, tal representación recaerá sobre el protutor (art. 236, 2.º).

Para liquidar la sociedad de gananciales—problema que nos ocupa fundamentalmente—el tutor necesitará autorización del Consejo de Familia, como siempre que se trate de dividir lo que el «incapacitado poseyere en común» (art. 269, 7.º).

5. *Algunos problemas en relación con el contenido de la liquidación*

La liquidación de la sociedad de gananciales tiene por finalidad distribuir entre los cónyuges por mitad el conjunto de los gananciales existentes, «previas las deducciones y reintegros a cada uno de ellos de los

(24) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto del Código Civil español, 1882-1888*. Publicaciones con motivo del Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1965, pág. 427, nota 55 a pie de página.

(25) PEÑA: *Loc. cit., ibidem*.

que son bienes de su pertencia particular, así como de las responsabilidades que fueren imputables al acervo común» (26).

La rica variedad de supuestos que se pueden plantear en cuanto al contenido objetivo de la liquidación impide un análisis exhaustivo del mismo y excede a los límites de este trabajo. Basta con remitir a los tratados generales que extensamente se ocupan de ello (27). Aquí nos concretaremos simplemente a algunos de los puntos que pueden presentar cierta especialidad por el hecho de llevarse a cabo la liquidación en la escritura de capitulaciones, o en otra posterior, pero siempre debido a la voluntad de los cónyuges.

Podemos preguntarnos, en primer lugar, qué sucede con los derechos o relaciones patrimoniales que pueden considerarse personales de uno de los esposos, aunque se hayan adquirido durante el matrimonio y tengan, por tanto, un cierto contenido ganancial. Pensemos, por ejemplo, en el derecho de arrendamiento y, más concretamente, en el derecho arrendaticio urbano, situación que por su frecuencia puede tener importantes consecuencias prácticas.

Vamos a pasar, como por un campo minado, por la debatidísima cuestión de la naturaleza real o personal de la relación arrendaticia urbana y, superado ese escollo, tal vez se logrará coincidir en que, si bien la cualidad personal del arrendatario corresponde al cónyuge contratante, el contenido económico de la relación arrendaticia pertenece a la sociedad de gananciales.

Celebrado durante el matrimonio el contrato de arrendamiento por uno de los cónyuges, ¿puede, al liquidarse la sociedad ganancial, adjudicarse tal derecho al otro cónyuge? Distingamos entre las viviendas y los locales de negocio.

Para las viviendas la solución parece clara en el artículo 24, 1, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuando dice que «el inquilino que hubiera celebrado el contrato de arrendamiento podrá subrogar en los derechos y obligaciones propios del mismo a su cónyuge...». Parece que esta subrogación podrá llevarse a cabo en la liquidación de la sociedad de gananciales y que se deberán cumplir los demás requisitos previstos en la Ley, como el de la notificación al arrendador.

Mayor complejidad tiene el caso del local de negocio, por la incidencia que en este supuesto tiene la figura del traspaso y el posible retracto del arrendador. A mi juicio, la cuestión podría plantearse en estos términos: la cesión del derecho de arrendamiento de local de negocio

(26) SÁNCHEZ ROMÁN, citado por Cossío en «La sociedad de gananciales». *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963, pág. 254.

(27) Cfr., por todos, la obra de Cossío citada en la nota anterior y, con carácter general, el *Derecho de Familia*, de LACRUZ-SANCHO.

al otro cónyuge, ¿constituye un supuesto de traspaso o más bien un caso análogo al previsto para la subrogación *mortis causa* del arrendatario?

Cualquiera de ambas soluciones tropieza con el tenor literal de la Ley. La primera, con el artículo 29 de la LAU, para el que «el traspaso de locales de negocios consistirá en la cesión *mediante precio* de tales locales, hecha por el arrendatario *a un tercero*». La segunda, con el artículo 60 de la misma Ley, que terminantemente se refiere al «hecho de *la muerte* del arrendatario del local de negocio».

Aunque puede resultar muy discutible la naturaleza gratuita u onerosa del acto de liquidación de los gananciales, parece que la adjudicación por tal motivo constituye un caso de adquisición especial, que no es gratuita, pero que difícilmente puede ser tratada de onerosa. Lo que sí resulta evidente es que en la cesión que nos ocupa no hay propiamente un precio, ni el cónyuge—cuando el derecho se ha adquirido durante el matrimonio—es cabalmente un tercero, porque el contenido económico de ese derecho pertenecía a la sociedad de gananciales. Así pues, creo que no estamos ante un verdadero supuesto de traspaso, aunque probablemente sea ésta la figura a que nos encontremos más próximos.

Por otro lado, considerar aplicables las normas de la subrogación *mortis causa* me parece dudoso. Ciertamente, el fenómeno que nos ocupa podría resolverse por analogía aplicando estas normas, lo cual daría lugar al aumento de renta y a la extinción de una de las dos subrogaciones previstas en el artículo 60, y ésta sería quizá la solución más justa. Pero se tropezaría con bastantes inconvenientes de tipo técnico, de los cuales no sería el menor la imposibilidad de extender a un caso no previsto el precepto excepcional del repetido artículo 60.

Es de desear que la jurisprudencia solucione este conflicto que, por su importancia práctica, probablemente no tardará en plantearse.

Otro de los puntos que pueden ser aludidos brevemente es el de la adjudicación al cónyuge no-socio de las acciones gananciales, cuya titularidad como socio corresponde al otro cónyuge, cuando exista un pacto limitativo de tales transmisiones, plasmado normalmente en un derecho de adquisición preferente en favor de los demás socios.

El caso fue contemplado—en un supuesto precisamente de liquidación de sociedad ganancial entre los cónyuges, aunque por vía contenciosa—por la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1967, según la cual, además de no tratarse de un verdadero caso de enajenación, el cónyuge a quien se adjudicaban las acciones—en este caso la esposa—«recibe lo que era suyo y no sólo del marido».

La doctrina sentada por esta sentencia ha sido, como se sabe, muy criticada por los comentaristas de la misma (28). En efecto, creo que

(28) *Vid.*, por ejemplo, Díez PICAZO en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, volumen II, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, pág. 385.

sería imprudente generalizar la mencionada doctrina de la sentencia aludida, a lo cual, por cierto, se es cada vez más propenso cuando se trata de una decisión jurisprudencial del Alto Tribunal. Como apunta DE LA CÁMARA (29), en casos como el aquí estudiado pugnan los intereses del cónyuge—a cuya sociedad de gananciales pertenecen las acciones—con los de la sociedad cuya estructura personalista—pese a su forma capitalista—se trata de proteger mediante los pactos limitativos. Me parece difícil determinar *a priori* cuál de ambos intereses, los dos muy lícitos, debe prevalecer, por lo que la decisión debería quedar sometida a un examen pormenorizado de cada caso.

Como norma, al menos teóricamente más acertada, mientras no se corrobore la línea jurisprudencial abierta por la repetida sentencia, creo que cabe adjudicar las acciones al cónyuge no-socio, pero ello debe dar lugar al posible retracto estatutario.

Otro de los innumerables problemas que se pueden plantear en cuanto al ámbito objetivo de las capitulaciones liquidatorias es el de si cabe adjudicar bienes privativos de uno de los cónyuges al otro, en pago de los derechos que a éste correspondan en la sociedad conyugal. Pensemos, por ejemplo, en el siguiente caso: un matrimonio posee como ganancial metálico por valor de cinco y una finca por valor de 25 y, además, una finca privativa de la esposa que vale 10. ¿Podría el marido—que tiene derecho a 15 por sus gananciales—adjudicarse el metálico y la finca privativa de su esposa, correspondiendo a ésta la totalidad de la finca ganancial?

En mi opinión, la solución debe ser afirmativa y ello en base a las siguientes razones:

a) Por el principio general favorable a la contratación entre cónyuges, salvo las excepciones prohibidas expresamente por la ley.

b) Porque, caso contrario, si el único bien ganancial no es divisible, habría o bien que enajenarlo y repartir su importe, lo cual podría causar un perjuicio por la posible pérdida de valor, o bien que adjudicarlo a uno de los esposos y establecer un crédito a favor del otro por el exceso de adjudicación, lo cual colocaría a éste en una posición más débil.

c) Porque, si el artículo 1.458 del Código Civil autoriza la venta de bienes entre cónyuges en caso de separación de bienes, tanto más debe permitirse la adjudicación de un cónyuge al otro de un bien privativo en pago de los derechos que a éste corresponden en la extinguida sociedad ganancial.

(29) DE LA CÁMARA, M.: *Estudios de Derecho Mercantil*, 2.^a ed., vol. I, Ed. de Derecho Reunido, Madrid, 1977, pág. 621.

Si admitimos esta posibilidad, deberíamos preguntarnos: ¿puede considerarse el cónyuge adjudicatario de un bien inmueble del otro como tercero adquirente a título oneroso y resultar—siempre que haya buena fe—protegido por el artículo 34 L. H.? En el mismo ejemplo presentado anteriormente, imaginemos que la esposa ha vendido previamente su finca privativa en documento privado y que el marido, ignorándolo, ha inscrito su adjudicación en el Registro de la Propiedad.

Creo que sí tendría el adjudicatario el carácter de tercero protegido. Porque, aunque pueda discutirse como principio general si las adjudicaciones resultantes de la liquidación de los gananciales son adquisiciones a título oneroso, parece claro que sí serán onerosas cuando lo son—como en este caso—de un bien propio del otro cónyuge a cambio del cual se han cedido unos derechos en los bienes gananciales. Tampoco creo que haya ningún obstáculo insalvable para considerar a un cónyuge como «tercero» respecto de los bienes privativos del otro.

6. *Los terceros ante la liquidación de la sociedad de gananciales*

Con toda claridad señala el párrafo final del nuevo artículo 1.322 del Código Civil que «las modificaciones del régimen económico matrimonial no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros».

Distingamos brevemente y por separado la posible situación de los acreedores y los legitimarios.

A) Los acreedores:

La protección de los créditos contra la sociedad ganancial existentes antes de su liquidación no puede llevarse a cabo de una forma más evidente y rotunda que disponiendo el que no se vean afectados por dicha liquidación, es decir, que los mismos bienes que hubieran respondido de la efectividad del crédito en el momento de su nacimiento seguirán afectos a tal responsabilidad, aun después de perder el carácter de gananciales.

Podemos preguntarnos, por lo demás, cómo sería factible el aseguramiento de los créditos por parte de sus titulares, además del principio general antes expresado. Y, más concretamente, si pueden los acreedores usar por analogía de la facultad del artículo 1.082 del Código Civil y oponerse a que se lleve a efecto la liquidación de los gananciales «hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos» (30).

(30) Entendiendo esto en un sentido más amplio que el que pudiera deducirse del simple «oponerse» del artículo 1.082, que, completado por la LEC, conduciría

Tal posibilidad por parte de los acreedores no se deduce del artículo 1.322, el cual se limita a proclamar el respeto a los derechos adquiridos por los terceros. Tampoco se desprende claramente de las normas que el propio Código dedica a la liquidación de los gananciales (artículos 1.418-1.431), e incluso el artículo 1.428 se remite a las normas del beneficio de inventario y la restitución de la dote, pero no alude a las reglas de la partición hereditaria, entre las cuales está el artículo 1.082 que nos ocupa.

Sin embargo, la falta de remisión expresa a esta facultad de los acreedores no debe preocuparnos demasiado. El artículo 1.395, al establecer las reglas generales de la sociedad de gananciales, reenvía a las normas del contrato de sociedad como supletorias; y, entre éstas, el artículo 1.708 señala que «la partición entre socios se rige por las reglas de las herencias así en su forma como en las obligaciones que de ella resultan». Aunque el artículo 1.082 no se refiere estrictamente a la forma de la partición ni a las obligaciones resultantes de ella, creo que debe entenderse comprendido en la remisión y, en virtud de este triple reenvío, cabe pensar que la repetida facultad de los acreedores podrá usarse en el supuesto de liquidación de la sociedad ganancial, lo cual no deja de ser de justicia, pues se protegería con esta medida a los acreedores mucho más enérgicamente que con la vaga remisión al respecto de los derechos adquiridos.

En relación con este orden de cosas, puede discutirse si cabe la figura de la adjudicación para pago de deudas al hacer la liquidación de los gananciales. No ofrece una gran dificultad, al menos en principio, el que los cónyuges puedan pactar que uno de ellos quede obligado al pago de una determinada deuda, para lo cual se le adjudica cierto bien. Por supuesto, esto no vinculará al acreedor, el cual—caso de impago—podrá dirigirse contra cualquiera de los bienes que hubiesen respondido de su crédito de no haber mediado la modificación. Pero la utilización de esta figura en la liquidación sí que produce una obligación entre los cónyuges, por lo cual puede ser interesante su uso en algunas circunstancias.

Si consideramos que es posible la adjudicación para pago de deudas, ¿podrá el acreedor solicitar la anotación preventiva del artículo 45 L. H.? En primer lugar, conviene tener en cuenta que el acreedor está ya protegido por el principio general de que no le perjudicará la liquidación de los gananciales, lo cual se desprende del reiterado artículo 1.322 del

a «una serie de medidas de intervención en el aseguramiento, gestión y liquidación de los bienes». Vid. PEÑA, M.: «La herencia y las deudas del causante». *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

Código Civil. Pero, si lo considera oportuno para una mayor efectividad, no habrá inconveniente en reconocerle la posibilidad de tal anotación.

Obsérvese que, aunque el artículo 45 L. H. se refiere literalmente a los casos de «herencia, concurso o quiebra», parece que la esencia de esta disposición se pone en el fenómeno de la «universalidad de bienes» y no creo que cueste gran esfuerzo considerar como tal a la sociedad de gananciales.

Dentro de este marco de la protección de los acreedores pueden también encuadrarse las normas que el Código dedica a la publicidad de las capitulaciones y de las modificaciones del régimen económico matrimonial, recogidas igualmente en el artículo 1.322.

La insuficiencia de tales normas y la falta de desarrollo de las mismas han sido ya suficientemente puestas de manifiesto por la doctrina, por lo que no merece la pena reiterarlas aquí. Como dice LACRUZ, el Registro de la Propiedad es inepto para publicar los regímenes matrimoniales, pues se halla referido a los derechos concretos sobre inmuebles, y no a las normas hipotéticas que rigen la asociación de unos cónyuges (31). Parece, pues, bastante incorrecta la remisión por el artículo citado a «la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria». Al Registro de la Propiedad puede acceder la escritura de capitulaciones cuando contenga, por ejemplo, la liquidación de los gananciales y en cuanto produzca un cambio de titularidad de los bienes, pero difícilmente para publicar por sí mismo una modificación del régimen económico del matrimonio.

Pone de manifiesto AMORÓS GUARDIOLA (32) cómo incluso la alusión al Registro Civil denota cierta insuficiencia en la publicidad de las capitulaciones: en primer lugar, porque el Código parece mantener el criterio de la voluntariedad de la mención registral de los capítulos (33) y, en segundo lugar, porque la indicación registral se referirá al otorgamiento de las capitulaciones (acto de celebración o modificación, celebrado en tal fecha ante tal notario) pero no a su contenido (estipulaciones capitulares que establecen el régimen económico) (34).

B) Los legitimarios:

Resulta indudable que la liquidación debe tener por finalidad distribuir «por mitad» el haber líquido de la sociedad ganancial y que

(31) Citado por AMORÓS en *Comentarios a las reformas del Código civil*. Obra colectiva. Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pág. 1109.

(32) *Loc. cit.* en nota anterior, pág. 1108.

(33) En opinión de GULLÓN (*loc. cit.*, «Observaciones...», pág. 99), el Notario autorizante de la escritura de modificación está obligado a comunicarlo al Registro Civil.

(34) En este último punto recoge el parecer de LACRUZ.

todo lo que exceda de dicha actitud supondrá una «desviación» de aquella finalidad. Es obvio, igualmente, que la liquidación capitular puede llevar encubierta una donación.

Las donaciones realizadas por esta vía indirecta pueden estar basadas en motivos fiscales (35) o en el deseo de violar la prohibición de las donaciones entre cónyuges del artículo 1.334 del Código Civil (que cada vez encuentra menos justificación). Aparte de los problemas que ello pueda plantear en cuanto a la forma de la donación (36), es evidente que las legítimas expectativas de los herederos forzosos tampoco pueden ser vulneradas por este medio.

Bien es cierto que el artículo 1.322 dice que estas capitulaciones, en cuanto modificación del régimen económico matrimonial, «no perjudicarán en ningún caso los DERECHOS YA ADQUIRIDOS por terceros» y que quizá los legitimarios no tengan técnicamente un verdadero «derecho adquirido».

Pero, cualquiera que sea la idea que se posea sobre la posición jurídica de los herederos forzosos, no creo que se tenga ningún obstáculo en coincidir con VALLET en que uno de los aspectos más importantes de la legítima—quizá el sustancial—es el del conjunto de normas protectoras que limitan la facultad dispositiva de la persona con herederos forzosos.

En la medida que las capitulaciones y, más concretamente, el acto de liquidación de la sociedad de gananciales contenga alguna atribución que suponga una verdadera donación y sobrepase, por tanto, los límites aludidos, los legitimarios podrán utilizar la serie de resortes (37) que la ley pone a su alcance para la protección de sus intereses. Estos medios incluyen la posibilidad de la correspondiente acción de simulación o, en el caso de que se estime la validez de la donación simulada relativamente, su reducción por inoficiosidad.

Al llegar a este punto, me parece oportuno recoger la interesante opinión de GULLÓN (38) en el sentido de que, tras la reforma, es perfectamente lícito el pacto capitular de adopción del sistema de gananciales como régimen matrimonial, sometido a la condición resolutoria de que no haya hijos en un determinado plazo (en cuyo caso parece que se podría entender que ha existido el régimen de separación de bienes desde

(35) No se olvide que la exención del Impuesto para las adjudicaciones en pago de gananciales puede hacer que estas capitulaciones se utilicen como «vía de escape».

(36) Probablemente será trasladada a este campo la doctrina de las donaciones simuladas en la escritura de compraventa.

(37) Los enumera PUIG BRUTAU en *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, volumen III, Barcelona, 1977, pág. 32.

(38) *Loc. cit.* («Comentarios...»). Obra colectiva, pág. 1069.

la celebración del matrimonio) (39). Para este autor se pondría remedio con ello a una de las quiebras del régimen de gananciales, pues—siempre que no haya hijos—se evitaría que uno de los cónyuges «ganase» los bienes cuya mitad iría a parar a su familia política.

Dejando para un poco más adelante el problema de la licitud de tal pacto, creo que tal vez sea justo calibrar este parecer valorando suficientemente el trabajo que desarrolla el cónyuge—normalmente la mujer—que no «gana» los bienes. En mi opinión, es tan dueño de los bienes el cónyuge que los «gana» como el que soporta—dicho sea en el mejor sentido del término—al que los «gana». Por eso creo que la crítica al fenómeno que se produce en el caso del matrimonio sin hijos no debería hacerse al sistema de gananciales, que en general goza de buena prensa en la literatura jurídica, puesto que los derechos del cónyuge que no «gana» los bienes gananciales sobre estos bienes son incuestionables. La crítica al hecho de que un gran cúmulo de derechos pasen a la familia política debería tal vez hacerse al orden sucesorio que deja en una posición bastante débil al cónyuge supérstite.

Pero, volviendo a la posibilidad del pacto apuntado por el profesor GULLÓN y relacionándolo con los posibles derechos legitimarios, cabe preguntarse si la retroactividad del régimen de separación de bienes no lesiona las expectativas de los herederos forzosos del cónyuge que no ha «ganado» los bienes.

Las cuestión me parece verdaderamente difícil, pues chocan en este punto el principio de la libertad de pacto en materia de capitulaciones con el de respeto a las expectativas de los legitimarios (caso de que no haya herederos forzosos, la licitud del pacto no deja lugar a dudas).

Creo que el pacto a que nos estamos refiriendo es válido, siempre que el hecho que determine la resolución dependa de un evento objetivo y no de la voluntad de los cónyuges, porque las circunstancias del régimen económico se fijan antes que se lleguen a adquirir los bienes y, por tanto, antes que nazcan los posibles derechos de los terceros (legitimarios en este caso) sobre tales bienes; en mi opinión, el pacto no podría afectar a bienes anteriores al momento de la estipulación.

SALVADOR TORRES ESCÁMEZ

Notario

(39) La suposición que se contiene entre paréntesis es mía.