

Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código civil

A ELADIO BALLESTER GINER, *Registrador de la Propiedad, mi maestro. En el veinte aniversario de su dedicación a la preparación y formación de Registradores de la Propiedad y Notarios.*

SUMARIO: I. *Capitulaciones matrimoniales e inmutabilidad de régimen económico matrimonial antes de la Ley de 2 de mayo de 1975.*—II. *Capitulaciones matrimoniales y mutabilidad del régimen económico matrimonial en la Ley de 2 de mayo de 1975.*—III. *Cambio de régimen de separación por régimen de gananciales.*—IV. *Cambio de régimen de separación o de gananciales por régimen de comunidad absoluta o universal.*—V. *Cambio de régimen de gananciales legal o convencional por el régimen de separación absoluta.*

I. CAPITULACIONES MATRIMONIALES E INMUTABILIDAD DE REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL ANTES DE LA LEY DE 2 DE MAYO DE 1975

El Código civil español, como es sabido, consagró el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, después de contraído matrimonio. Dicho principio aparecía claramente recogido en su articulado, y así, a título de ejemplo, el artículo 1.315 establecía que «los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones *antes de celebrarlo*, estipu-

lando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código». La modificación de los capítulos únicamente era posible antes de las nupcias y así lo determinaba el artículo 1.319, cuando decía que «para que sea válida cualquier alteración que se haga en las capitulaciones matrimoniales, deberá tener lugar *antes de celebrarse el matrimonio*». Y por si alguna duda quedaba, el 1.320 del Código civil confirmaba que «*después de celebrado* el matrimonio no se podrán alterar las capitulaciones otorgadas antes, ya se trate de bienes presentes, ya de bienes futuros».

En defecto de capítulos, el régimen legal era y es el de la sociedad legal de gananciales (art. 1.315, segundo párrafo).

II. CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y MUTABILIDAD DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL EN LA LEY DE 2 DE MAYO DE 1975

La Ley de 2 de mayo de 1975 ha modificado sustancialmente el régimen anterior.

1. *Las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes o después de contraer matrimonio.*—El nuevo artículo 1.315 del Código civil, en su párrafo primero, dice que: «Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes o después de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código».

2. *El contenido de las capitulaciones matrimoniales* en sentido propio es el establecimiento o modificación del régimen económico matrimonial, pero no sólo ello, sino que puede contener el establecimiento de derechos a favor de los contrayentes o por éstos a favor de otras personas. Así se desprende con claridad no solamente del artículo 1.315, sino también del artículo 1.319 del Código civil. Este último dice que «para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en aquéllas intervinieron como otorgantes si vivieren, y la modificación afectare a derechos constituidos por tales personas a favor de los contratantes o a derechos constituidos por éstos en favor de aquéllos». Así lo reconoce igualmente la Exposición de Motivos al señalar que «las capitulaciones matrimoniales son, como es sabido, un acto de carácter complejo, en el cual no se contiene solamente el pacto de los contrayentes dirigido a estatuir el régimen económico matrimonial, sino que, a veces, incorporan también

disposiciones hechas en favor de los dos contrayentes o de uno de ellos pos otras personas».

3. *El principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial* es recogido patentemente en el nuevo artículo 1.320 del Código civil, a cuyo tenor: «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 de menor edad, se estará a lo dispuesto en el artículo 1.318».

4. *El Código civil ha recogido la distinción efectuada por la doctrina entre estipulaciones capitulares y no capitulares*, o lo que es lo mismo, entre pactos que establecían el régimen económico matrimonial propiamente dicho y aquellos otros—dotes, donaciones *propter nuptias*, etc.—que aun figurando en capitulaciones—documento—no son propiamente estipulaciones capitulares, aunque pueden guardar interdependencia (1).

Así, LACRUZ BERDEJO decía que «en el instrumentum nupcial caben pactos de muy diversa índole; por de pronto, y aun sin relación con el matrimonio, cualesquiera negocios de los que pueden constar en escritura pública; además, negocios familiares y sucesorios cuyo contenido tampoco es «matrimonial»; dentro ya de éste, las dotes y donaciones *propter nuptias* y, sobre todo, las determinaciones sobre el futuro régimen de la sociedad conyugal. No todo este contenido, evidentemente, pertenece a la esencia de los capítulos. En realidad, salvo las determinaciones sobre el régimen matrimonial, las demás pueden establecerse fuera de ellos. Aquellas determinaciones, por tanto, forman el contenido propio de los capítulos, íntegramente sometido a los artículos 1.315 a 1.326, contenido que denominaremos desde ahora estipulación capitular, para distinguirlo del que, constando en los pactos nupciales, no sigue el régimen de éstos» (2).

La Exposición de Motivos lo reconoce igualmente cuando dice: «Por otro lado, se ha contemplado también la posible modificación de las capitulaciones cuando contuvieran reglas o disposiciones en virtud de las cuales resultara constituido un derecho por otras personas en favor de los contrayentes o derechos constituidos por éstos en favor de aquéllos».

A lo primero se refiere el artículo 1.320 (estipulación capitular) y a lo segundo el artículo 1.319 (estipulaciones no capitulares).

5. *El principio de la autonomía de la voluntad inspira o rige en materia de determinación o modificación del régimen económico del matri-*

(1) DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel: «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XII, fascículo I, págs. 29 y ss. LACRUZ-SANCHO: *Derecho de Familia*, I, Ed. Bosch, Barcelona, 1974, págs. 166 y 167.

(2) LACRUZ BERDEJO: *Ob. cit.*, págs. 166 y 167.

monio.—La autonomía de la voluntad tiene, no obstante, unos límites, que vienen determinados por el artículo 1.316 del Código civil, reformado, cuando dice que: «En los contratos a que se refiere el artículo anterior no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes o a las buenas costumbres ni a los fines del matrimonio». Y el artículo 1.317 que dice: «Que se tendrán también por nulas y no puestas en los contratos mencionados en los dos artículos anteriores las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a los fueros y costumbres de las regiones forales y no a las disposiciones generales de este Código».

Las cláusulas contrarias a estas limitaciones son nulas, pero no afectan al resto de lo estipulado, que no las vulnera (arts. 1.316, segundo párrafo, y 1.317).

Como ha puesto de manifiesto DÍEZ PICAZO (3), «lo que probablemente ha querido decir el legislador es que al socaire de un contrato que es sobre régimen de bienes no pueden establecerse estipulaciones relativas a las relaciones personales no económicas más que cuando estas estipulaciones sean conformes con la ética imperante y con los fines del matrimonio, o dicho de otro modo, las capitulaciones matrimoniales permiten un doble contenido económico matrimonial o personal; mas, así como en materia económica rige el principio de libertad, en materia de relaciones personales rige un principio restrictivo».

Como consecuencia de ello, es decir, de la aplicación a las capitulaciones matrimoniales del principio de la autonomía de la voluntad, y del principio de mutabilidad de los capítulos y del régimen, cabe afirmar:

5.1. El término o la condición pueden formar parte del contrato de capitulaciones.—En este sentido, GULLÓN BALLESTEROS (4) ha puesto de manifiesto que, desaparecida la imposibilidad impuesta por el Código civil, antes de la Ley de 1975, hoy es posible el juego de la condición y del término en el régimen económico del matrimonio. ¿Cómo pueden jugar uno y otro?

5.1.1. El término inicial se dará en aquellos casos en que se pacte que a partir de determinado momento regirá un determinado régimen económico matrimonial. En este caso, pueden darse a su vez dos supuestos: que se haya previsto el régimen que ha de regir hasta que llegue el día; en este caso se aplicará dicho régimen, que sin solución de continuidad enlazará con el pactado para el advenimiento de la fecha señalada. O que nada se haya dicho, por lo que por aplicación del artículo 1.315, párrafo

(3) DÍEZ PICAZO, Luis: *Comentarios a la reforma del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pág. 1071.

(4) GULLÓN BALLESTEROS: *Comentarios a las reformas...*, pág. 1069.

segundo, del Código civil regirá hasta la llegada del día fijado el régimen legal y a partir de esa fecha, el pactado para entonces.

5.1.2. El término final tendrá lugar en aquellos supuestos en que se pacte un régimen económico que ha de regir hasta un momento determinado, en que o bien regirá otro estipulado o en su defecto entrará en funcionamiento el régimen supletorio legal.

5.1.3. En cuanto a la condición, ya sea suspensiva o resolutoria, cabe aplicar las mismas normas que las dichas para el término, teniendo, como es lógico, en cuenta que lo que determina la variación del régimen es el cumplimiento del evento, o su incumplimiento, con los efectos propios de la condición.

5.2. La aplicación a las capitulaciones matrimoniales de las reglas generales de los contratos, especialmente por lo que se refiere a la confirmación, punto muy discutido por la doctrina, antes de la reforma del Código civil en 1975. En este sentido GULLÓN (5) ha señalado que con el principio de inmutabilidad, desaparece también el fundamento de «las posiciones negativas de la doctrina sobre la viabilidad de una confirmación sanatoria de la posible nulidad relativa o anulabilidad de las capitulaciones otorgadas por un menor de edad sin la asistencia y concurso de las personas que deben darle su licencia para contraer matrimonio» y también «todas las razones que se alegan para fundamentar una nulidad absoluta de los capítulos viciados en el consentimiento» (6).

6. *Las capitulaciones matrimoniales son acto formal y solemne.*—Por ello tanto su otorgamiento como su modificación deben necesariamente constar en escritura pública que es constitutiva, es decir, no mera forma de prueba, sino que afecta a la sustancia del acto (art. 1.321), excepto en los casos del artículo 1.324, en que no la escritura, pero sí la forma, continúa siendo constitutiva.

7. *Para que puedan afectar a terceros, se requiere que las capitulaciones gocen de una cierta publicidad.*—El artículo 1.322 del Código civil, reformado, dice que «En toda inscripción de matrimonio en el Registro

(5) GULLÓN BALLESTEROS: *Ob. cit.*, pág. 1069.

(6) GULLÓN BALLESTEROS: *Ob. cit.*, pág. 1070. Y añade: «Se ha dicho que predicar una nulidad relativa o anulabilidad supondría que el cónyuge que accionare pidiendo su declaración cambiaría el régimen económico del matrimonio destruyendo el pactado. Aunque la tesis es sumamente criticable (peor es la nulidad absoluta si no se permitiera a los cónyuges ejercitarla hasta la disolución del matrimonio, porque entonces se destruye retroactivamente un régimen mantenido quizá durante largo tiempo; y si se permite durante el matrimonio, sus efectos son iguales a los de la anulabilidad), lo cierto es que, al ser legal el cambio de régimen durante el matrimonio, no hay ninguna excusa para no aplicar los principios en materia de anulabilidad de los contratos de capitulaciones».

Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos modificativos. Si aquélla o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria.

La existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones se indicará mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, y el Notario lo hará constar en las copias que expida.

Las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas constante matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.»

7.1. La inscripción en el Registro Civil.—Antes de la reforma del Código civil, ya el artículo 77 de la Ley del Registro Civil, en su párrafo segundo determinaba que «en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de la indicación».

Hoy, la exigencia de constancia en el Registro Civil para que pueda resultar perjudicado el tercero de buena fe, viene determinada además por el propio Código civil en el artículo que acabamos de transcribir.

Sin embargo, dicho precepto suscita alguna duda:

7.1.1. La inscripción o indicación en el Registro Civil no es obligatoria.—Lo contrario podría producirse de la expresión «en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención». Sin embargo, como dice AMORÓS GUARDIOLA (7), «el asiento registral es necesario para que los terceros queden afectados por el otorgamiento de las capitulaciones o de su modificación, siempre que sean terceros de buena fe que de otra manera no habría podido conocer el acto en cuestión; mas no para que produzca efecto *inter partes*», y añade, «No se puede hablar de inscripción o asiento obligatorio, en sentido técnico, cuando el incumplimiento de la obligación de inscribir se traduce meramente en no gozar de los efectos *erga omnes* derivados de la publicidad. En este sentido, y a pesar de su dicción, el Código civil parece mantener el criterio general de voluntariedad cuando de la mención registral se trata.» Y en el mismo sentido SANZ FERNÁNDEZ (8) dice a este respecto que «de la nueva redacción del artículo 1.322 no resulta que quede a voluntad de los interesados o de cualquiera de ellos la indicación de las capitulaciones o de sus modificaciones en la inscripción del matrimonio. Sin embargo, es evidente que de hecho será un acto voluntario de ellos, pues no hay fórmula hábil para obligarlos a manifestar la existencia de capitulaciones o de su reforma a efectos de hacerlo constar en el Registro Civil».

(7) AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: *Comentarios a las reformas...*, pág. 1108.

(8) SANZ FERNÁNDEZ, Angel: «La situación de la mujer casada en Derecho civil», en *Libro-Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, vol. II, pág. 975.

7.1.2. Lo que publica el Registro Civil es el otorgamiento de las capitulaciones, pero no el contenido del documento.—En efecto, la indicación registral se limita a decir que los cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales en determinada fecha y ante el Notario que se indica, pero no revela el contenido en sí de las capitulaciones matrimoniales; o lo que es lo mismo, advierte de su existencia pero no de su contenido. De ahí, que bien se disponga de certificación al respecto, bien se tenga a la vista el Libro de Familia (art. 36 del Reglamento de Registro Civil, modificado por el Real Decreto 3455/1977, de 1 de diciembre), si el tercero quiere conocer el contenido de los capítulos deberá solicitar que le sean exhibidos por el propio interesado, ya que el secreto del Protocolo Notarial dificultará su conocimiento, a no ser que quede patentemente acreditado el interés legítimo de quien quiere conocer su contenido.

Todas estas razones han sugerido a algunos autores, como AMORÓS GUARDIOLA—y en este sentido hubo igualmente una enmienda al proyecto de don JOSÉ FERNÁNDEZ LÓPEZ DE URALDE—, la necesidad de que se cree un Registro Central en que se publique el contenido de las capitulaciones, para que pueda ser consultado y conocido (9).

7.2. La inscripción en el Registro de la Propiedad.—Como ha puesto de manifiesto ROCA SASTRE (10), las capitulaciones matrimoniales consideradas en su conjunto «no constituyen acto propiamente inscribible en el Registro de la Propiedad, mas sí pueden interesar, a estos efectos registrales, algunos de los actos, negocios jurídicos, pactos, estipulaciones o capitulaciones singulares que integran normalmente su contenido global». En el mismo sentido AMORÓS GUARDIOLA (11) y SANZ FERNÁNDEZ (12), y a ello nos adherimos plenamente.

Siguiendo el esquema de ROCA, aunque como es lógico, teniendo en cuenta el contenido de la reforma de 1975, cabe distinguir:

7.2.1. Actos referentes al régimen económico matrimonial.—En sí, el régimen económico matrimonial no es directamente inscribible. Puede llegar a serlo, como dice ROCA SASTRE, en el caso de pactarse la comunidad universal—supuesto como veremos, a nuestro juicio, dudoso después de contraído el matrimonio—. Pero aun en este caso lo que realmente se inscribe es la comunicación de los bienes que pasan a ser propiedad de ambos en virtud del negocio jurídico contenido en las capitulaciones. También puede llegar a inscribirse, y de hecho se ins-

(9) AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: *Ob. cit.*, pág. 1112.

(10) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo IV-1.º, págs. 5 y ss.

(11) AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: *Ob. cit.*, pág. 1110.

(12) SANZ FERNÁNDEZ, Angel: *Ob. cit.*, pág. 975.

cribirá, la liquidación del régimen anterior, en cuanto determinará adjudicación de bienes a los cónyuges, y por tanto, cambio en la condición o titularidad de los inmuebles o derechos reales inscritos.

7.2.2. Actos que consistan en derechos constituidos por terceras personas en favor de los contratantes-cónyuges, de éstos en favor de aquéllos o de los cónyuges entre sí; en cuanto afecten a inmuebles o derechos reales inscribibles, son indudablemente inscribibles por estar comprendidos en el ámbito de los artículos 1.º y 2.º (1.ª y 2.ª) de la Ley Hipotecaria.

7.2.3. Actos que consistan en aportaciones de bienes con carácter dotal o parafernial cuando sean fincas o derechos reales sobre las mismas. Que como es lógico son inscribibles.

7.2.4. Como documento calificador para el Registrador, para determinar la titularidad común o de uno de los cónyuges de los bienes que adquieren, después de celebrado el matrimonio, en cuanto incide el Régimen económico respecto de ellos.

7.3. La nota extendida por el Notario autorizante.—El párrafo segundo del artículo que comentamos, relativo a la indicación mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación y su constancia en las copias que expida, no es en realidad un requisito de publicidad para que pueda oponerse a terceros el contenido de las capitulaciones, sin más, sino una norma que es de carácter reglamentario y no propia de este lugar del Código civil, ya que implica una total redundancia.

En efecto, el Código civil ya determina en el artículo 1.219 que «las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efecto contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el Registro Público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero». Y el Reglamento Notarial, en su artículo 178, redactado en la forma que establece el artículo primero del Decreto 1310/1968, de 22 de julio, dice que «Se hará constar al final o al margen de la escritura matriz, por medio de nota, que deberá ser transcrita en cuantas copias de cualquier clase sean libradas en lo sucesivo: Primero. La escritura o escrituras por las cuales se cancelen, rescindan, modifiquen, revoquen, anulen o quede sin efecto otras anteriores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.219 del Código civil.» Estos dos preceptos establecen un régimen mucho más perfecto y consecuente que el del precepto que comentamos.

En la primitiva redacción del Código civil del artículo 1.322, la constatación de la modificación en la escritura primitiva y, en su caso,

la constancia en el Registro de la Propiedad, eran requisitos cumulativos para que tal alteración tuviera efecto legal en cuanto a terceras personas.

En la actual redacción y con acierto, la constatación en la escritura anterior de capítulos, de haberse modificado aquéllos, ya no es requisito para la oponibilidad, que queda dentro del ámbito que le es propio, es decir, la publicidad de los Registros Públicos. Pero entonces lo procedente hubiera sido suprimir la referencia a la escritura en este precepto, ya que con mucha mayor perfección viene recogida esta exigencia en el artículo 1.219 del Código civil y 178 del Reglamento Notarial.

A la vista de estos preceptos cabe obtener las siguientes conclusiones:

7.3.1. Que las capitulaciones matrimoniales para que sean oponibles a terceros, deben constar inscritas en el Registro Civil correspondiente y en cuanto afecten a bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad.

7.3.2. Que la modificación de las capitulaciones ya otorgadas, para que surtan efecto contra tercero, deberán haber sido anotadas en el Registro Público competente (art. 1.219 del Código civil), y tomada razón en el Registro de la Propiedad, en cuanto afectaren a bienes inmuebles (art. 1.322).

7.3.3. Que, aunque no constasen inscritos ni en uno ni en otro, sí al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero, constase la modificación, éste no puede alegar su ignorancia, y producirá efecto contra el mismo (art. 1.219). Y lo mismo cabe decir si el tercero tuvo a la vista la única capitulación otorgada, por que le faltaría el requisito de la buena fe, para que le ampare el principio de publicidad. En este sentido también AMORÓS GUARDIOLA (13).

8. *Las modificaciones de régimen económico matrimonial no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.*—Como dice AMORÓS GUARDIOLA (14), «la aplicación práctica de esta norma exigirá determinar caso por caso: a) Cuando existe un derecho (no mera expectativa) adquirido por terceros con anterioridad a la fecha de la modificación; b) Si ésta es oponible a terceros con carácter general por estar dotada de la correspondiente publicidad registral; c) Y si la variación introducida, al incidir sobre esa previa situación jurídica de los terceros, les causa un verdadero perjuicio».

(13) AMORÓS GUARDIOLA: *Ob. cit.*, pág. 1108.

(14) AMORÓS GUARDIOLA: *Ob. cit.*, pág. 1111.

9. *Conclusión crítica.*—Pese a todo, como ha puesto de manifiesto GULLÓN (15), «el nuevo régimen que ahora se instaura no merece más que alabanzas. Se viene a reconocer la razón que asistía a la doctrina que había propugnado el abandono del sistema de inmutabilidad por ser contrario en su inflexibilidad a que los matrimonios pudieran adaptar su régimen a las diversas contingencias por las que la relación conyugal puede pasar. Es claro el cauce que se brinda ahora a las separaciones matrimoniales de hecho, que viven una situación claudicante».

III. CAMBIO DE REGIMEN DE SEPARACION POR REGIMEN DE GANANCIALES

Los cónyuges que otorgaron capitulaciones matrimoniales, pactando el régimen de separación, o que se hallan regidos por el legal de separación del artículo 50 del Código civil, o por el nuevo régimen de separación legal establecido por la vía judicial creado en la nueva reforma de 2 de mayo de 1975, ¿pueden, cumpliendo los requisitos de capacidad que determina el artículo 1.320 del Código civil, modificar dicho régimen y pactar en capitulaciones matrimoniales el régimen de la sociedad de gananciales?

TORRALBA SORIANO (16), comentando el artículo 1.320 del Código civil, dice que «si el término modificar se entiende en su sentido propio parece que no cabe más que adaptar el régimen económico que regía la vida del matrimonio, sea convencional o legal, a la especial situación y circunstancias en que se encuentre dicho matrimonio. Incluso habría que entender que no sería posible sustituir ningún régimen distinto por el de la sociedad de gananciales, ya que el artículo 1.393 establece que «la sociedad de gananciales empezará precisamente en el día de la celebración del matrimonio». Pero más adelante (17) reconoce que «como solución momentánea, mientras se aborda la reforma, habrá que interpretar estos artículos adaptándolos a las líneas de la Ley de 1975, lo cual significa tanto como considerar que han sido derogados».

A nuestro juicio, la cuestión no debe plantearse en esos términos por lo siguiente:

a) Es cierto que modificar significa, según la tercera de las acepciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua: «transformar o cambiar una cosa mudando alguno de sus accidentes», y que el Código debía haber sido más preciso y añadir junto a «modificar»,

(15) GULLÓN BALLESTEROS: *Ob. cit.*, pág. 1068.

(16) TORRALBA SORIANO: *Comentarios a las reformas...*, pág. 1097.

(17) TORRALBA SORIANO: *Ob. cit.*, pág. 1098.

«sustituir», que según el propio Diccionario, quiere decir: «poner a una persona o cosa en lugar de otra», con lo que habría eliminado dudas; pero no habiéndolo hecho, la palabra modificar debe interpretarse en el sentido de que lo que es totalmente necesario es la subsistencia o existencia de un régimen económico, siquiera puedan variarse las normas de atribución de los bienes, régimen de administración, disposición, etc.

Es decir, lo que en definitiva no puede permitirse es que los cónyuges pacten la no existencia de régimen económico o el vacío de régimen en el tiempo, pero sí, el cambio de un régimen por otro, ya que siempre habrá régimen, si bien con características distintas e incluso opuestas a las que calificaban el anterior.

b) El artículo 1.339 del Código civil hay que interpretarlo en relación con el artículo 1.315 del mismo texto legal, párrafo segundo, cuando dice que «a falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales». Al conectar un precepto con el otro, se obtienen, a nuestro juicio, cuatro conclusiones:

1.^a No hay matrimonio sin régimen económico. De ahí que o bien el pactado o bien el legal entran en vigor precisamente el día de la celebración del matrimonio, *condictio iuris*, tanto para lo uno como para lo otro (art. 1.326).

2.^a Que el artículo 1.393 se está refiriendo al supuesto exclusivamente de que los cónyuges antes de contraer matrimonio no capitulen; porque en tal caso regirá la sociedad legal de gananciales que empezará precisamente el día de la celebración del matrimonio.

3.^a Que dicho artículo no se refiere en modo alguno al régimen convencional de gananciales, pactado durante el matrimonio, porque entonces tal régimen—al que se aplicarán las normas del Código civil sobre esta clase de sociedad con las modificaciones convenidas, por sumisión expresa o tácita de las partes—entrará en vigor el mismo día en que se capitule y sin solución de continuidad, o el día que se señale, si se estableciere término para ello.

4.^a El párrafo segundo de dicho precepto es precisamente aplicable al régimen legal de gananciales, pero no al convencional, de conformidad con lo expuesto en la conclusión primera.

En resumen: a nuestro juicio, no hay que entender ni modificado ni derogado el artículo 1.393, cuyo ámbito de aplicación es muy concreto.

Realizadas estas precisiones, distingamos:

1. *Cambio de régimen de separación convencional por el convencional de gananciales.*—La cuestión no plantea excesivas dificultades. Dado el principio de autonomía de la voluntad que hoy rige esta materia

y ya hemos expuesto, los cónyuges pueden adoptar este régimen nuevo, sometiéndose expresa o tácitamente a los preceptos del Código civil, con las modificaciones que—sin desvirtuar el régimen—consideren oportuno, como, por ejemplo, en orden a la administración, disposición, etc., siempre dentro de los límites del artículo 1.316 del Código civil. En este mismo sentido se manifiesta SANZ FERNÁNDEZ (18), quien dice que «no será necesario en este caso ni siquiera que hagan constar los bienes que les pertenecían con anterioridad, pues es evidente que del mismo título de propiedad se derivará el carácter privativo de los mismos en el régimen» y añadía: «No obstante, será conveniente la determinación de dichos bienes, especialmente aquellos que por no ser inmuebles carezcan de un título claro y terminante de adquisición y de una referencia registral incuestionable.»

2. *Cambio de régimen de separación legal del artículo 50 del Código civil por el convencional de gananciales.*—La dificultad radica en determinar la licitud de tal cambio, pues caso de que se admita, será de aplicación lo dicho en el supuesto 1 anterior.

Dos posiciones se dibujan en la doctrina:

2.1. TORRALBA SORIANO (19) opina, con DE TORRES Y FRANCOS, que habría un fraude de ley, porque la separación absoluta de bienes se establece en el Código como una pena civil para quienes violan la prohibición del artículo 45 del Código civil.

2.2. SANZ FERNÁNDEZ (20), y a su opinión nos adherimos plenamente, sostiene que es posible el cambio de régimen por las razones que pueden sintetizarse así:

a) El artículo 1.320 habla de modificar el régimen económico convencional y legal. No hay razón alguna para creer que al hablar de legal se refiere solamente al de la sociedad legal de gananciales, y no al de separación del artículo 50 del Código civil.

b) Ni el artículo 1.315 ni el 1.320 del Código civil establece excepción alguna y «sería violentar—dice SANZ—la norma de este último precepto incluir por vía de interpretación la excepción de la separación de bienes del artículo 50», excepción que no recoge tampoco la Exposición de Motivos.

c) El alcance del artículo 50 no es sino el de cambiar el régimen legal supletorio, pero no el de impedir de forma absoluta el cambio de régimen para el futuro.

(18) SANZ FERNÁNDEZ, Angel: *Ob. cit.*, págs. 978-979.

(19) TORRALBA SORIANO: *Ob. cit.*, pág. 1099.

(20) SANZ FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, págs. 979 y ss.

d) La propia finalidad del artículo 50 en relación con el artículo 45, que SANZ analiza con detalle y a cuyo estudio magnífico nos remitimos.

3. *Cambio del régimen de separación judicial por el convencional de ganancias.*—LACRUZ BERDEJO (21) decía, refiriéndose al régimen establecido en los artículos 1.432 y siguientes del Código civil, antes de ser reformados por la nueva ley, que «la doctrina ha visto aquí una suerte de régimen matrimonial, para casos excepcionales en los que a petición de uno de los cónyuges, se disuelve la comunidad de ganancias», cuando lo que en realidad lo que había era «el *modus vivendi* económico de un matrimonio cuyos cónyuges se hallan físicamente separados (por una sentencia que lo ordena así; o por otra parte, penal, que priva de libertad y capacidad de obrar a uno de ellos; o por la ausencia de uno, ya declarada)...». Y añadía: «erróneamente identifica la doctrina estas situaciones especiales y especialmente atendidas por el Código civil con un régimen de separación propiamente dicho, confusión nacida acaso de la redacción del artículo 1.432, a cuyo tenor, a falta de declaración expresa en las capitulaciones matrimoniales, la separación de bienes entre los cónyuges durante el matrimonio no tendrá lugar sino en virtud de providencia judicial, salvo el caso previsto en el artículo 50. En realidad, este precepto se limita a aplicar el principio de inmutabilidad de los regímenes matrimoniales, prohibiendo suprimirlos constante matrimonio, salvo la sustitución transitoria y eventual disolución de sus consecuencias patrimoniales, en un *numerus clausus* de supuestos, y precisamente mediante decisión judicial».

El artículo 1.439 del Código civil ha sido reformado por la Ley de 1975 y dice en su nueva versión que:

«La reconciliación de los cónyuges, en caso de separación personal o la desaparición de las causas que la motiven, en los demás casos no alterará la separación de bienes decretada, salvo que los mismos esposos acuerden lo contrario en capitulaciones matrimoniales. En ellas harán constar los bienes que nuevamente aporten, y éstos serán los que constituyan, respectivamente, el capital propio de cada uno. En este caso se reputará nueva aportación, la de la totalidad de los bienes, aunque, en todo o en parte, sean los mismos existentes antes de la liquidación practicada por causa de la separación.»

Hoy creemos puede hablarse de un régimen económico matrimonial de separación, en virtud de declaración judicial.

Teniendo en cuenta la posibilidad de pactar el régimen de separación en capítulos durante el matrimonio, ofrece hoy el mencionado artículo

(21) LACRUZ BERDEJO: *Ob. cit.*, págs. 363 y ss.

lo 1.432 una nueva perspectiva, porque en efecto, la separación de bienes entre los cónyuges durante el matrimonio, puede tener lugar por declaración expresa en las capitulaciones matrimoniales, en virtud de providencia judicial, o en los supuestos del artículo 50. De ahí que no se haya modificado, a nuestro juicio, este precepto, ni sea ello necesario.

El profesor LACRUZ (22) reconoce que, en efecto, la separación ahora no se concibe como un *status* transitorio, sino definitivo en sus efectos eliminatorios de la sociedad de gananciales. Pero, a su juicio, «tampoco constituye la actual normativa un conjunto suficiente y apto para regular el régimen de separación dentro de una normal convivencia matrimonial»... «los efectos de la resolución que acuerda o ejecuta la separación de bienes entre los cónyuges persisten más allá de la causa que dio lugar a aquélla».

Pues bien, rigiendo entre los cónyuges este régimen de separación—si se quiere insuficientemente regulado—, lo bien cierto y ello es, que a diferencia de la legislación anterior, en que, automáticamente, reconciliados los cónyuges o desaparecida la causa, volvían a regirse los bienes del matrimonio por las mismas reglas que antes de la separación, hoy se requiere el otorgamiento de capítulos para modificar dicho régimen, y por tanto, en el caso que estamos examinando, para pactar el de gananciales.

En las capitulaciones matrimoniales se harán constar los bienes que nuevamente aporten los cónyuges, y éstos serán los que constituyen respectivamente el capital propio de cada uno, y en este caso, se reputará siempre nueva aportación, la de la totalidad de los bienes, aunque en todo o en parte sean los mismos existentes antes de la liquidación practicada por causa de la separación (art. 1.439).

A la vista de esta parte del precepto, dice el Profesor LACRUZ, a nuestro juicio, acertadamente, que «en los capítulos—pese al tenor literal del precepto igual en este punto al anterior—no es preciso hacer constar las nuevas aportaciones: basta pactar el régimen que se desea desde entonces. Los bienes anteriores continuarán siendo propios si no se conviene su ingreso en la nueva masa común. Tal es el sentido del último párrafo del artículo 1.439, cuya redacción, poco afortunada, hubiera debido mejorar la reforma» (23).

Además, podría añadirse, basta ya con la norma del número 1.º del artículo 1.396 del Código civil, de que son bienes propios de cada uno de los cónyuges los que aporte al matrimonio, como de su pertenencia;

(22) LACRUZ BERDEJO: *Ob. cit.*, tomo II, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, páginas 370-371.

(23) LACRUZ BERDEJO: *Ob. cit.*, tomo II, pág. 371.

lo que en definitiva vendrá determinado por su título de adquisición, siendo indiferente que se le hubiesen adjudicado al tiempo de la separación.

Por lo demás, a este supuesto le será de aplicación lo dicho en el epígrafe 1).

IV. CAMBIO DE REGIMEN DE SEPARACION O DE GANANCIALES POR REGIMEN DE COMUNIDAD ABSOLUTA O UNIVERSAL

El régimen de comunidad universal se caracteriza, como ha puesto de manifiesto el Profesor LACRUZ BERDEJO, por las siguientes notas (24):

a) La creación de un patrimonio inicial: hoy habría que añadir—si es que cabe la posibilidad que examinamos—la creación de un patrimonio integrado por la totalidad de los bienes de ambos cónyuges en el momento de la modificación, de carácter común.

b) La universalidad del patrimonio común.

c) La atribución de las deudas de la comunidad.

Pues bien, el problema que planteamos es el de la posibilidad y licitud del cambio de régimen legal o convencional de gananciales o de separación, legal o convencional, por un régimen de comunidad universal.

La respuesta afirmativa podría deducirse de que los artículos 1.315 y 1.320 del Código civil no distinguen, y por tanto, en principio, habrá que considerar comprendidos dentro de su actuación estos supuestos.

Sin embargo, la solución apuntada, a nuestro juicio, tropezará normalmente con:

— el artículo 1.334 del Código civil, en relación con el artículo 1.316, párrafo primero: Será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio. La posibilidad de colisión con este precepto puede ser problema constante, especialmente en el caso de fortunas desiguales privativas de los cónyuges. En el caso de fortunas exactamente iguales—lo que es difícil de determinar en todo caso—, quizá pudiera estimarse de aplicación—si el régimen es de separación el que se modifica—el artículo 1.458 del Código civil, en relación con el artículo 1.541. También en el caso de que el régimen que se modifica sea el de gananciales y no exista fortuna privativa de los cónyuges.

Pero de todas las maneras es de suponer que en la práctica esta

(24) LACRUZ BERDEJO: *Ob. cit.*, tomo I, pág. 353.

modificación se dará en contadas ocasiones por los riesgos que ello entraña de que dichas capitulaciones puedan considerarse o por el Notario que haya de autorizarlas o por el Registrador que haya de inscribirlas, o por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en caso de negativa de uno u otro funcionario y consiguiente recurso, como no realizables por la amenaza de nulidad del artículo 1.334 del Código civil.

Ello, no obstante, en el caso de que la escritura se otorgase y fuese inscrita, siempre sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.322 del Código civil, párrafo último, es decir, que los acreedores del titular de los bienes puestos en común en virtud de derechos ya adquiridos, pueden ignorar el contenido de dichas capitulaciones, si bien al dirigir su acción deberán solicitar previamente, o a la vez, que la nulidad de las capitulaciones—nulidad que puede ser solamente parcial (art. 1.316 del Código civil, segundo párrafo)—la nulidad de las inscripciones por aplicación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Y otro tanto cabe decir, respecto de los legitimarios.

V. CAMBIO DE REGIMEN DE GANANCIALES LEGAL O CONVENCIONAL POR EL REGIMEN DE SEPARACION ABSOLUTA

Dos problemas previos es preciso plantear, y de hecho ya han sido planteados por la doctrina, a saber:

1.º *Al pactarse el régimen de separación absoluta ¿puede pactarse la disolución de la sociedad de gananciales existente y proceder a su liquidación?*

GARRIDO PALMA (25) señala que la contestación ha de ser forzosamente afirmativa por las siguientes razones:

— De política legislativa: «si el legislador permite ahora capitular constante matrimonio y no pone límites al ámbito de la capitulación, salvando los límites generales y los específicos de cada régimen económico concreto, la materia entró de lleno dentro del campo de la autonomía de la voluntad y ésta tiene, por tanto, fuerza suficiente para disolver la sociedad de gananciales y verificar la partición de los bienes comunes».

(25) GARRIDO PALMA, Víctor Manuel: «Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial después de la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975», *Revista de Derecho Notarial*, XCH-XCIV, julio-diciembre 1976, páginas 58 y ss.

— De carácter estrictamente legal: «El artículo 1.315 habla de estipular las condiciones de la sociedad conyugal “relativamente a los bienes presentes y futuros”: existiendo sociedad de gananciales los bienes comunes dentro de los presentes habrán de incluirse, y los capítulos son el vehículo adecuado para fijar el régimen económico matrimonial, las condiciones relativas a esos bienes.»

— De deducción jurídica: «si no cupiese pactar la disolución de gananciales, no sería posible capitular estableciendo un régimen de comunidad universal, pues en éste comunes son todos los bienes, presentes y futuros; régimen de comunidad universal que no puede confundirse, es claro, con el de la sociedad de gananciales».

Si bien, los dos primeros argumentos son convincentes y nuestra opinión coincide con la de GARRIDO PALMA, no tiene apenas fuerza el último, ya que admitiendo la posibilidad de pactar el régimen de comunidad universal, dudosa como hemos visto, no es necesaria, a nuestro juicio, liquidación alguna, por cuanto se hacen comunes tanto los bienes como las deudas, ni tampoco, por tanto, disolver una comunidad, sino simplemente transformarla ampliándola.

También sostiene la solución afirmativa SANZ FERNÁNDEZ (26), quien añade, con razón, que «las dos únicas limitaciones existentes a esta posibilidad son: a) la del párrafo final del artículo 1.322 de no perjudicar los derechos ya adquiridos por terceros...; b) la de que no cabrá la posibilidad de que uno de los cónyuges haga uso de la facultad de renunciar que establece el artículo 1.394, pues ello equivaldría a una donación prohibida categóricamente por el artículo 1.334».

2.º Si el hecho de pactar el régimen de separación supone necesariamente la disolución automática de la sociedad de gananciales.—GARRIDO PALMA (27) pone de manifiesto cómo en la doctrina se ha puesto de relieve que capitular fijando el régimen de separación de bienes sólo para el futuro dejando subsistente la sociedad de gananciales respecto a los bienes presentes produciría:

- Confusión: al coexistir en un mismo matrimonio dos regímenes económicos.
- Esterilización práctica de la sociedad de gananciales.
- Dificultad de armonización de los dos regímenes económicos.
- Peligro de donaciones entre cónyuges y perjuicio e incluso fraude para terceros.

(26) SANZ FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, págs. 983 y ss.

(27) GARRIDO PALMA: *Ob. cit.*, pág. 61.

El, por el contrario, se muestra partidario de la coexistencia de ambos regímenes, y, por tanto, de que el hecho de pactar el régimen de separación no es causa de disolución automática de la sociedad de gananciales, y así dice que es «extraño (28) que en capitulaciones se diga solo simplemente que “de ahora en adelante el régimen aplicable será el de separación de bienes...”»; previsoramente debe decirse cuál va a ser la situación de la sociedad de gananciales vigente». Aun en el caso de que no se tomare esa precaución no debe entenderse disuelta la comunidad legal «ni es el criterio de los Derechos forales, ni Códigos como el francés establecen tal exigencia, ni desde luego se extrae tal consecuencia del Código español; en él nada se deduce del inalterado artículo 1.417; el 1.434 establece la disolución de la sociedad de gananciales sí, pero es que mantenerla cuando el Juez decreta la separación de bienes por causa de separación personal de los cónyuges, ausencia o interdicción civil de uno de ellos, carecería de sentido; y alegar el artículo 1.364 referente a la simple exclusión de la sociedad de gananciales en capitulaciones matrimoniales sin más, en un supuesto como el que tratamos, es forzar la «ratio del precepto, no ajustable—en nuestro sentir—al supuesto que estamos tratando».

¿Cuál será, pues, la consecuencia de todo ello a juicio de GARRIDO? El mismo lo dice: «a nuestro juicio, no debe desecharse... la posible conveniencia de que sociedad de gananciales y separación de bienes coexistan, cada uno con su propia esfera de aplicación. Si la sociedad de gananciales se mantiene respecto a “los bienes existentes al otorgar capitulaciones matrimoniales”, la situación futura de este régimen será la siguiente: los bienes comunes seguirán siéndolo, lo serán también sus subrogados y, a nuestro juicio, también lo serán los frutos de los bienes comunes, puesto que en este importante aspecto debe seguir aplicándose el número 3 del artículo 1.401, por lo que la fuente de ganancialidad no queda totalmente seca a nuestro entender. La regulación del Código civil, por tanto, en éste como en otros aspectos (administración y disposición fundamentalmente) no se trunca».

SANZ FERNÁNDEZ (29), ante el planteamiento del problema de si es causa de disolución de la sociedad de gananciales el pactar el régimen de separación, se inclina igualmente por la solución negativa, siendo sus argumentos el artículo 1.417, que establece las causas de disolución; la aplicación del artículo 1.394, según el cual la renuncia a la sociedad de gananciales no puede hacerse durante el matrimonio, sino en el caso de separación judicial, y el nuevo artículo 1.320, que habla solamente de modificar el régimen económico, pero no de sustituirlo ni de disol-

(28) GARRIDO PALMA: *Ob. cit.*, pág. 62.

(29) SANZ FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, págs. 982 y ss.

ver la sociedad legal de gananciales. Y añade que introducir en el artículo 1.417 una causa de disolución no establecida expresa y directamente por el legislador, violentaría de tal modo la doctrina de este artículo, que la cuestión debe resolverse por ello en sentido negativo.

¿Qué ocurre entonces para SANZ FERNÁNDEZ? La consecuencia no puede ser más lógica. Al igual que GARRIDO PALMA señala que hay yuxtaposición de dos regímenes distintos, pese a la dificultad de armonizarlos, ya que, como él mismo reconoce, no es que sean distintos, sino opuestos; y es en las capitulaciones matrimoniales en que se modifique el régimen donde los cónyuges deben determinar el alcance que quieren dar a la modificación pactada, y así, entre las múltiples combinaciones posibles, enumera tres:

La primera: mantener el régimen de gananciales pero separando dos masas de bienes, comprensiva cada una de bienes presentes o futuros, con el fin de atribuir la administración de cada una de esas masas de bienes a uno solo de los cónyuges. En este caso él mismo afirma, que no puede decirse que se «haya adoptado un régimen de separación de bienes, pues se trata simplemente de establecimiento de nuevas normas sobre la administración de gananciales».

La segunda: Mantener como régimen fundamental el de gananciales, pero modificándolo mediante una influencia del de separación, en el sentido de ampliar el campo de posibilidades de bienes privativos de los cónyuges. Tal solución, dice, «tampoco equivaldría a la introducción de un régimen de separación propiamente dicho», y «vendrá a chocar con preceptos imperativos o de Derecho necesario de los que rigen la sociedad de gananciales».

La tercera: se pactaría el régimen de separación de bienes como régimen económico del matrimonio, pero manteniendo como gananciales los bienes que al tiempo de las capitulaciones matrimoniales tuvieran este carácter. «En tal caso, de dudosa admisibilidad, se daría una situación en cierto modo inversa a la del régimen de gananciales, tal como lo regula el Código civil.» No serían de aplicación, como él señala, los artículos 1.401, números 1.º y 2.º, 1.402 a 1.406, por ser incompatibles con el régimen pactado de separación; no será de aplicación el artículo 1.407 tampoco. En definitiva, no será de aplicación prácticamente ninguno de los preceptos—decimos nosotros—que regulan la sociedad de gananciales, excepto aquellos que son consecuencia, no del régimen económico, sino de la teoría del patrimonio, como el principio de subrogación real.

A la vista de las anteriores argumentaciones de la doctrina, pueden, por tanto, resumirse los inconvenientes para estimar que el pacto de

régimen de separación implica la disolución necesaria de la sociedad de gananciales los siguientes:

- El artículo 1.417 del Código civil, que no prevé esta causa.
- El artículo 1.394.
- Y el artículo 1.320.

Por nuestra parte, opinamos que *el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales pactando el régimen de separación es causa de disolución de la sociedad de gananciales*.—Es cierto que el artículo 1.417 del Código civil, previsoramente, debía haber sido reformado incluyendo esta causa de disolución, pero ello hay que atribuirlo a la prisa legislativa, que produce normalmente, como consecuencia, la falta de memoria legislativa de preceptos que no son precisamente los que se modifican.

Pero aun así y todo veamos la posible fundamentación de nuestra tesis:

1. Se ha dicho que el artículo 1.417 determina como causas de disolución de la sociedad de gananciales las cinco que enumera, a saber: disolución del matrimonio, nulidad, separación personal, ausencia e interdicción civil y, por tanto, no recoge el supuesto que nos ocupa. Y ello es cierto. Pero de dicha afirmación no cabe deducir lo contrario, por lo siguiente:

a) El artículo 1.417 tampoco es consecuente con el artículo 1.392, que el definir—con defecto, pero definición—la sociedad de gananciales se refiere únicamente al supuesto de disolución del matrimonio, y no a los demás casos que recoge el artículo primeramente reseñado.

b) El artículo 1.417 determina cinco casos en que se disuelve la sociedad de gananciales, pero a la luz de la reforma no parece claro que establezca un *numerus clausus*, ya que no dice en ningún momento que sólo en esos casos se produce la disolución.

c) Si el artículo 1.417 fuese obstáculo a que se produjese la disolución por pactarse el régimen de separación, tampoco podría pactarse la disolución, es decir, disolver voluntariamente la sociedad de gananciales, lo que afirman categóricamente incluso quienes ahora niegan la posibilidad que estamos examinando; porque o el precepto del 1.417 es de derecho imperativo y necesario y no puede interpretarse analógicamente o por el contrario, no lo es y sí cabe dicha interpretación.

d) El artículo 1.417, que no ha sido reformado, recoge un principio de evidente interés: en los casos que el Código conocía de separación de bienes, dicha separación va acompañada ineludiblemente de la disolución de la sociedad de gananciales. No contempla este supuesto

específico, pero regula otros semejantes en los que se aprecia identidad de razón. El artículo 4.º-1 del Código civil claramente determina que «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón.»

2. Se ha dicho que imposibilita esta solución el artículo 1.394 del Código civil, a cuyo tenor: «La renuncia a esta sociedad no puede hacerse durante el matrimonio, sino en el caso de separación judicial.»

No es argumento decisivo por las razones apuntadas desde antiguo por la doctrina, a saber:

a) El artículo 1.394 no se refiere a la renuncia a la sociedad de gananciales, sino a sus efectos, es decir, a los bienes gananciales.

b) Prueba de ello es que el párrafo segundo del propio precepto parece contradecir al primero ya que se refiere no solamente al caso de separación, sino también a los supuestos de disolución o nulidad del matrimonio.

c) Este precepto es imperativo y constituye una norma de derecho necesario, por tanto, lo único que cabe decir de él es que en caso de separación convencional no puede uno de los cónyuges renunciar a los bienes gananciales, lo que, además, viene también determinado por el artículo 1.334 del Código civil—que resultaría vulnerado si se admitiese esa renuncia— si por donación se entiende cualquier transmisión patrimonial carente de contraprestación económica y con ánimo de liberalidad.

3. Se ha afirmado que el 1.320 habla únicamente de modificar y no de sustituir. Aparte de lo que hemos apuntado anteriormente respecto de la interpretación de la palabra modificar, si ello fuera cierto tampoco cabría la disolución voluntaria y pactada de la sociedad de gananciales preexistente, lo que admiten incluso quienes sostienen la no posibilidad de disolver la sociedad de gananciales por el mero hecho de pactar el régimen de separación. El artículo 1.320 del Código civil no ha hecho sino plasmar en materia de régimen económico matrimonial el principio de autonomía de la voluntad, que no tiene otras limitaciones que las que el artículo 1.316 determina.

4. No son, pues, a nuestro juicio, claras las razones esgrimidas por la doctrina para negar la posibilidad de lo que nosotros afirmamos. Es más, consideramos que dicha posibilidad viene apoyada en los siguientes argumentos:

A) Cada matrimonio tiene inexcusablemente un régimen económico matrimonial, pero sólo un régimen económico.

El Código civil, siempre que se refiere al régimen económico matrimonial lo hace en singular y nunca en plural: así, artículos 1.315, 1.318, 1.320, 1.321, 1.322, 1.325, 9.º-3.

Cuando el Código se refiere a la determinación del régimen económico siempre es por exclusión de otro: así el 1.315 determina la vigencia del legal de gananciales, si no hubiere convencional; el artículo 50 castiga con el de separación, excluyendo el de gananciales; y los artículos que regulan la separación judicial, excluyen el de gananciales para regular el de separación; y no hay más que régimen de separación mientras no se pacte otro en capitulaciones matrimoniales (art. 1.439 del Código civil).

B) El artículo 1.320, interpretada la palabra modificar en el sentido por nosotros expuesto, consagra el principio de autonomía de la voluntad en materia de determinación de régimen económico matrimonial, el cual puede ser fijado antes o después de celebrado el matrimonio por contrato. A dicho contrato le serán de aplicación las normas que regulan la interpretación de los contratos, y si los cónyuges que vienen rigiéndose por el régimen de gananciales deciden en un momento determinado cambiar de régimen, un mínimo esfuerzo interpretativo, avalado por la experiencia de los actos previos, coetáneos y posteriores incluso, nos debe llevar a la conclusión de que su voluntad es modificar el régimen totalmente, es decir, cambiar el anterior, ya que en caso contrario bastaría con, dejando subsistente el de gananciales, introducir algún pacto relativo a administración, disposición, etc., pero sin variar la naturaleza y esencia de la sociedad de gananciales (30)

C) En el supuesto de que un matrimonio tuviese un régimen mixto de comunidad de determinados bienes y de separación de otros, sería, en definitiva, un régimen mixto, pero nunca coexistencia de regímenes distintos.

D) No pueden compaginarse preceptos, como los artículos 1401-2.º y 3.º, 1.407, etc., con el régimen de separación.

(30) Se podrá objetar que si ello es así por qué no lo acuerdan expresamente. Los que vivimos el problema en nuestros despachos podríamos aclarar que hay ocasiones en que es preferible no hacer mención alguna al respecto. No es infrecuente el caso de matrimonios en crisis que tienen todo su patrimonio a nombre de persona interpuesta: hacer que al capitular manifiesten que no hay nada que liquidar, equivale a posibles impedimentos futuros de que por la vía de posibles impugnaciones de actos simulados se reconstruya el auténtico patrimonio ganancial y pueda liquidarse. En otras ocasiones no hay nada que liquidar. Y en otras finalmente: lo único que se pretende es que a partir de ese momento vivían con independencia económica, dejando para más adelante, y con menos acaloramiento del que normalmente suele acompañar estos otorgamientos, el problema de la liquidación de los gananciales. Pero lo que siempre queda patente es su voluntad de acabar con el régimen anterior.

E) En definitiva, son incompatibles todos aquellos preceptos que regulan el régimen de gananciales y que implican se hagan comunes—comunidad germánica—las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio, con un régimen como el de separación que implica que cada uno adquiere para sí, y tiene la administración y disposición de lo adquirido, sin perjuicio de su contribución a las cargas del matrimonio.

Las consecuencias más importantes, por tanto, que se derivan del sostenimiento de esta tesis, son, como es lógico, las siguientes:

Primera.—La sociedad de gananciales, como régimen económico matrimonial, se disuelve al pactarse el régimen de separación.

Segunda.—Disuelta la sociedad de gananciales, los bienes gananciales quedan en indivisión en tanto no se lleve a cabo su liquidación.

Tercera.—Cualquiera de los cónyuges puede exigir en cualquier momento que se practiquen las operaciones de liquidación, lo que tendrá lugar de mutuo acuerdo o, en su defecto, con intervención judicial, para cesar en la indivisión.

Cuarta.—Tanto el marido como la mujer disponen en abstracto de un derecho a la mitad de las ganancias que han de determinarse al hacer la liquidación y sobre la cual tiene disponibilidad, si bien limitada por la imposibilidad de renuncia, conforme al artículo 1.334 del Código civil, en relación con el artículo 1.394.

Quinta.—La enajenación de los bienes que tienen la consideración de gananciales deberá llevarse a cabo por marido y mujer, quedando excluido, por tanto, el artículo 1.413 que es propio del régimen de gananciales disuelto. Respecto de los bienes o derechos inscritos en el Registro de la Propiedad, tampoco existe problema al respecto, porque si la enajenación se efectúa de mutuo acuerdo y antes de liquidar—como es lógico—se requiere la comparecencia de ambos cónyuges en el instrumento público, es decir, el consentimiento de ambos, y la jurisprudencia registral ha declarado que si comparecen ambos, que es lo que importa, es indistinto que venda el marido con consentimiento de la mujer, que, que vendan conjuntamente, porque lo que se persigue es que ambos tengan conocimiento de la transmisión y la consientan.

Sexta.—La administración corresponderá a ambos cónyuges y no puede aplicarse el artículo 1.412 del Código civil; así debe deducirse de las normas que rigen para la comunidad de bienes, en los artículos 392 y siguientes del Código civil, sin perder de vista la especial naturaleza de esta comunidad.

Séptima.—Los frutos de los bienes gananciales no liquidados y los su-
ingados de aquéllos o de éstos son gananciales por el principio de

subrogación real, por tratarse—durante la indivisión—de un patrimonio separado en fase de liquidación.

Octava.—Los bienes gananciales siguen respondiendo de las deudas contraídas durante la sociedad, pero habrán de ser demandados conjuntamente marido y mujer (art. 142 del Reglamento Hipotecario).

Novena.—Practicada la liquidación cada cónyuge adquiere los bienes que se le adjudiquen, y se aplicarán las mismas normas que rigen para el supuesto de disolución del matrimonio (31).

RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA

Notario

(31) Véase sobre la posibilidad de modificación del régimen del artículo 50 del Código civil el excelente trabajo de DÍAZ ALABART, Silvia: «Modificabilidad del régimen de separación de bienes impuestos por la ley a los esposos que se casaron contraviniendo las prohibiciones del artículo 45 del Código civil», en *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Batlle Vázquez*, Edit. Revista Derecho Privado, Madrid, 1978, aparecido con posterioridad a la confección del presente estudio, pero cuya lectura consideramos de interés.