

Sobre la urgente necesidad de reforma del régimen matrimonial de bienes en el Derecho civil común español^(*)

I

EL PROBLEMA

Cuanto estamos en contacto con el Derecho vivo nos hallamos familiarizados con dificultades matrimoniales, muchas veces insolubles no ya de modo inmediato, sino también para el futuro. Y este absurdo jurídico se produce, evidentemente, por una sola razón: la inadecuación de nuestras leyes a los tiempos actuales.

Mucho se ha hablado y se habla de «crisis del matrimonio». Una magnífica monografía de don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, publicada en 1914 (1), atacaba el problema en el plano sociológico y jurídico, al nivel de las ideas y ambiente de aquella época.

Ahora, pasados más de cincuenta años, se plantea nuevamente la cuestión, agravada en grado sumo por quienes desean nada menos que

(*) Conferencia leída en la Academia Granadina del Notariado—Colegio Notarial de Granada—el día 10 de diciembre de 1972 y publicado como trabajo en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número de enero-febrero de 1973.

(1) *La crisis del matrimonio*. Biblioteca sociológica de autores españoles y extranjeros, vol. I, editada por “Hijos de Reus”, año dicho.

revisar la doctrina católica del matrimonio, sus fines, sus caracteres y sus fundamentos (2).

Para mayor claridad de la exposición aduzco pronta y sintéticamente los fundamentos de la presente tesis.

No hay posibilidad de revisar lo que desde los orígenes de la humanidad recibió de quien pudo establecerlos, el Creador, sus principios fundamentales: la unidad y la indisolubilidad (2 bis).

En el terreno jurídico siento como otra base del presente trabajo, que rechazo la idea protestante de considerar el matrimonio como un contrato, o sea, en nuestra actual concepción, como un negocio jurídico o acto en el que no sólo es fundamental la voluntad de las partes, sino que éstas pueden también modelar su contenido e incluso dejar sin efecto la relación jurídica, ya en algunos supuestos, ya por mutuo disenso, en general. El matrimonio no es un contrato ni aunque a este término se le diera un carácter amplio que lo saque del campo de las obligaciones *stricto sensu*. Es, por el contrario, una institución de Derecho natural, productora de efectos jurídicos, por razón de la perpetuación de la especie y de la vida en común de los casados.

Las capitulaciones matrimoniales pueden considerarse contrato (*lato sensu*) de carácter normativo, *accesorias* del matrimonio mismo, por lo que valen si *nuptiae fuerent secutae*, y permitida después su novación, *dum ipsum matrimonium subsistat*.

Y, finalmente, quiero aclarar que cuando hablo de matrimonio en el presente trabajo, me refiero al canónico, hoy por hoy el del 90 por 100 de los españoles. Y todo lo que se diga en general o respecto al mismo, en concreto, *mutatis mutandis*, es aplicable al matrimonio civil, que en su recta ordenación es un trasunto de la doctrina matrimonial elaborada por la Iglesia.

Por lo pronto pretendo tan sólo poner de relieve varios casos (todos reales) y la absurda regulación legal en que hoy se encuentran. Y, en consecuencia de ello, tener pensada una solución evitando así que acaso las circunstancias políticas nos desborden y se eche mano del que aparentemente resulta fácil remedio y, en definitiva, es demoledor de la institución matrimonial y familiar: el divorcio vincular.

Los casos a que aludo, por orden de menor a mayor gravedad, son usualmente los siguientes:

a) En absoluta normalidad de las relaciones conyugales, la esposa

(2) Puede verse esta postura, por ejemplo, en el artículo "Matrimonio: una institución en crisis", de don LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, en la revista *Cuadernos para el Diálogo*, mayo de 1972.

(2 bis) Cfr. los siguientes pasajes de la Biblia: Génesis 2, 23-24; Mt, 19, 3-9, y Mc. 10, 2-12.

ha vendido bienes, ya por conveniencia, ya por necesidad familiar. Pasados unos años se pretende reintegrarle el valor de aquellos parafernales enajenados, subrogando en lugar de ellos algún bien, usualmente una finca, que compense la equivalencia en valor de lo que antes enajenó.

Esto, que parece tan sencillo y que, desde luego, resulta de estricta justicia, no se puede hacer. La desconfianza legal y jurisprudencial a los contratos entre cónyuges es tal, que no suele dejar más resquicio que el supuesto de compraventa (y contratos análogos) existiendo separación de bienes entre los esposos, según nos dice el artículo 1.458 del Código Civil, lo que nos lleva aquí, pues después no habrá mejor ocasión, a examinar los pretendidos obstáculos a la contratación entre los casados.

Como primero de ellos se alega la llamada «unidad de personas». Esta expresión, derivada de la frase bíblica *et erunt duo in carne una* (3), con toda la adoración merecida a la Santísima Trinidad, cuyas personas entraron en consejo para dar compañera al hombre (4), no tiene repercusiones jurídicas, pues la personalidad de cada esposo subsiste después de iniciada la unión conyugal. Aquello es Teología, y esto, Derecho. A ningún código ni ley civil se le ha ocurrido decretar, como causa extintiva de la personalidad, el matrimonio para uno y otro cónyuge.

Segundo motivo es la existencia de una comunidad de bienes entre los casados; al haber patrimonio común no pueden aquéllos contratar entre sí. Si esto puede sostenerse en un sistema de comunidad absoluta, es indefendible en los sistemas de comunidad relativa, pues al haber al lado del patrimonio común los privativos de marido y mujer, es evidente que las distintas masas patrimoniales, como en todos los patrimonios separados o especiales, pueden entrar en relación jurídica.

Finalmente, en tercer lugar, se alega la necesidad de evitar la influencia psíquica de un esposo sobre otro o el posible perjuicio a terceros. La cuestión cae de lleno en el problema después examinado; lo que digamos respecto a la posible alteración postnupcias del régimen conyugal puede aplicarse en especial al supuesto de estas subrogaciones e incluso a la contratación entre los esposos, como requisito para su validez.

Hoy por hoy pretendemos en nuestros despachos salvar la dificultad aplicando los principios de la subrogación real (esbozados a propósito de la dote en el art. 1.337 del Código Civil) y haciendo entrar en funciones la regla 3.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario. Pero las palabras de éste «se acreditar» no dejan de ser más imprecisas.

Y lo son, porque su base es la jurisprudencia de la Dirección Gene-

(3) Gn. 2-24; Mt. 19-5, y Mc. 10-8.

(4) Gn. 2-18.

ral de los Registros, de que la prueba del carácter privativo del precio ha de derivarse (a más de la declaración de la esposa adquirente y del asentimiento de su marido) de la inexistencia de asientos contradictorios, o que demuestren haberse agotado o mermado la cantidad necesaria para adquirir de la aportación de documentos auténticos que demuestren el ingreso del dinero que se subroga en el patrimonio particular de la mujer casada. Así lo estableció, y sigue siendo doctrina, la resolución de 13 de septiembre de 1926 (5).

Esta doctrina es bastante difuminada y difícil de aplicar. Dentro de unas circunstancias que pudiéramos llamar normales, con pruebas fehacientes del valor de lo ya enajenado, supone una gran dificultad el lapso de tiempo transcurrido (que suele ser largo) por efectos de la inflación, que torna en ridículas las cifras de las anteriores ventas.

La cuestión sube de tono cuando, como casi siempre ocurre, las escrituras de venta o enajenación por la mujer casada no reflejan el verdadero valor de lo enajenado o, más claramente, el precio real de las ventas, por culpa del Impuesto de Transmisiones, antes de Derechos Reales, que cumple, una vez más, su demoledora y nefasta influencia en las relaciones jurídico-privadas.

A mi parecer, constituye una aberración sostener tal impuesto, que no se resuelve con hablar de moralidad tributaria ni de delito fiscal. Antes que la Hacienda cobre es necesario que la familia y, en general, las personas vivan. Nadie me podrá convencer de que un interés fiscal es superior al que entraña el que las relaciones jurídicas se desenvuelvan con entera normalidad entre los particulares.

Pero, desgraciadamente, tal impuesto es una realidad que parece que nunca será derogada en España (en gran parte por mimetismo de legis-

(5) La jurisprudencia hipotecaria, contenida en dicha Resolución y otras concordantes (30 marzo 1943 y 21 noviembre 1950), dejan, en definitiva, la cuestión en la penumbra, pues nadie puede asegurar que no haya habido simulación en el acto o contrato que dé carácter parafernial al dinero, ni que antes de invocarse aquella procedencia no se haya realizado la inversión. Y ¿quién es capaz de consultar todos los Registros de la Propiedad de España? Dice MANUEL DE LA CÁMARA, Notario de Madrid, que por lo general no se trata de una prueba absoluta, salvo que la compra subsiga inmediatamente a la adquisición del metálico, o que éste se haya ingresado en una cuenta corriente abierta a nombre de la mujer, y tal cuenta se mantenga sin movimiento activo ni pasivo hasta el momento de la disposición (*Anuario de Derecho Civil*, 1969, trimestre 1.º, artículo sobre "La separación de hecho y la sociedad de gananciales"). Yo creo que ni aun así se eliminan todos los supuestos de simulación.

laciones extranjeras) o, al menos, no lo será mientras perdure la invasión juspublicista que padecemos (6).

El legítimo deseo de que la mujer sea reintegrada de aquello que enajenó, las más de las veces en interés de la familia, resulta fallido, pues la compra de fincas o bienes en cuantía equivalente no recibe el carácter de parafernial, ya por no poderse justificar la procedencia del precio; ya porque el consignado en la enajenación fue bajísimo, en interés de los adquirentes (a que los transmitentes se prestan, porque de momento lo que les interesaba era consumir las enajenaciones); ya por el tiempo transcurrido, con el consiguiente efecto de depreciación del signo monetario.

Cuando alguna vez se inscribe una subrogación real de este tipo es, sin duda, por casualidad, pues las cifras manejadas suponen unos valores que, en serio, no se creerían ni niños de la escuela.

b) En otras ocasiones, la conducta del marido no ha sido acompañada inmediatamente de la suerte en la gestión económica. La esposa, a veces, ha sido alcanzada en sus bienes privativos por «firmas de complacencia». Se pretende enderezar la marcha económica de la casa, incluso intentando variar el régimen económico de gananciales, cosa que, inocentemente, proponen, a veces, los cónyuges en las Notarías.

Y no les falta razón, pues sería indicadísimo cambiar el régimen conyugal, pero los artículos 1.315 y, sobre todo, los 1.432/3 del Código Civil son hoy una barrera infranqueable a tan legítima aspiración.

Los interesados se exasperan cuando, además, se les dice que eso que aquí (regiones españolas de Derecho común) no se puede hacer, es realizable, aun dentro de España, en Aragón y Cataluña, y que hoy está admitido sin rebozo en las más destacadas legislaciones del Occidente europeo: Alemania, Suiza, Holanda y aun la misma Francia, que tanto (y, a veces, tan funestamente) ha influido en las legislaciones modernas, permiten hoy la mutación del régimen económico conyugal.

c) El tercer caso es el más grave. Y, a veces, es una consecuencia de no haberse podido solucionar jurídicamente las anteriores.

Casi siempre se trata de maridos que han dado motivo a la separa-

(6) Sería curioso un estudio sobre las deformaciones que en el Derecho civil origina dicho impuesto; más, el que ahora se quiere hacer independiente (con endeble fundamento), sucesiones *mortis causa*. La patología que esos tributos generan hace que los Licenciados en Derecho y aun otros juristas con título más superior al terminar sus carreras no puedan aplicar sus conocimientos (a veces bien sabidos) sin riesgo para sus clientes. Es como si los médicos, tras terminar sus estudios, se enteraran de que ni el estómago es como dicen los libros, ni el corazón late como a ellos los han enseñado en la Facultad.

ción conyugal por alguna de las causas legales. La mujer se ve atada para comprar, y mucho más para vender. Los ánimos están exasperados. La solución prevista es ir a la separación canónica de personas.

Y resulta que los pleitos canónicos son interminables y casi siempre costosísimos. No hay economía de hogar medio que aguante las dilaciones que suelen tomarse los Venerables Tribunales Eclesiásticos para resolver una cosa que normalmente corre muchísima prisa. Cuando dentro del desarreglo hay algún arreglo vienen los convenios de separación amistosa (de causa ilícita, por contraria a las leyes vigentes), los poderes y licencias «irrevocables» (revocables *ad libitum*) o el aparente (y nunca bueno) remedio fácil de la persona interpuesta (7).

Nadie comprende (de los profanos en Derecho) o comprende mal (si tiene algún conocimiento jurídico) por qué no se puede cortar por lo sano decretando judicialmente la separación de bienes en unos supuestos en que ni los esposos conviven ni hay gananciales propiamente dichos, pues lo que suele existir, un piso vivienda y algunos saldos bancarios, son, en realidad, cosas destinadas al uso y no inversiones, y se mire por donde se mire, no hay sociedad que valga, en cuanto a bienes, ni por la puesta en común, ni por la espera de ganancias, ni mucho menos por la *afectio societatis*.

Que antes esto no ocurría, bueno, pues ahora ocurre. Y sin contar con el impacto de la reforma de 1958 (que ha sido grande), si antes no se sentía la necesidad de liquidar los gananciales era ya por ignorancia jurídica, ya porque en aras de la educación de los hijos se pasaban por

(7) Con la más absoluta exactitud se ha escrito sobre estas situaciones patológicas lo siguiente: En la mayoría de los casos los convenios de separación no existen. Bien porque no han cuajado, bien porque ni siquiera se intenten. En los supuestos de ruptura violenta falta la serenidad necesaria para entablar negociaciones con probabilidades de éxito, y en muchos de abandono hasta la posibilidad de entablar un diálogo. Parece lógico que en esas situaciones extremas el cónyuge que se crea inocente acuda a la separación judicial. Sin embargo, no siempre es así. La carencia de recursos económicos, la ignorancia, el justificado temor al Juzgado, el miedo al escándalo o simplemente la inercia, al no sentirse con fuerzas para luchar, anulan la iniciativa del cónyuge que hubiera podido tomarla. A veces, cuando el trauma de la separación pasa por su período difícil y la indignación y el apasionamiento fluyen a borbotones, como brota la roja sangre de la herida recién abierta, se proyectan actitudes enérgicas y se fulminan mentalmente castigos y venganzas legales o íntimos. Vienen entonces las consultas a los abogados, que siempre parecen fríos o indiferentes, y hasta se solicitan las medidas provisionales del artículo 67 del Código Civil. Pero no es extraño que después de recorrer los primeros pasos de ese largo y penoso camino que es la separación judicial, el que lo ha emprendido se detenga y deje las cosas como están. Los cónyuges, especialmente si cesan las provocaciones recíprocas o si el culpable se quita de en medio, adoptan una actitud conformista y cada cual sigue la vida por su lado, dejando latentes y sin solución por el momento todos los problemas inherentes a su anómala situación (MANUEL DE LA CÁMARA, trabajo citado).

el cónyuge inocente al culpable carros y carretas en un régimen conyugal de bienes, que nunca, repito, nunca ha funcionado bien a la hora final de la liquidación (8).

Ya conozco aquello de que el Derecho de familia no es tal, pues cuando hay familia no hace falta el Derecho, y cuando hay Derecho, es que ya no hay familia.

También aquello de que es de mal Abogado pedir la reforma de las leyes, que es precisamente *leif motiv* del presente artículo.

Contestando a esta última objeción, primeramente diré que no me tengo por Abogado, sino como jurista, más que por mi licenciatura en Derecho, por mi título de Notario con ejercicio continuado durante treinta años (9).

Y a la primera, que el jurista está obligado a inquirir o investigar los fenómenos sociales para encontrarles soluciones justas, sea cual fuere el nombre (Derecho de familia, Derecho necesario, imperativo o *jus cogens*) que a las leyes se dé. Y a las justas—o si se quiere, naturales—aspiraciones de los interesados en los casos antes expuestos, no se puede dar otra solución que la que resulte de una reforma legislativa.

En efecto, el intento por vía jurisprudencial hace ya algunos años que nada consiguió. La frase de SALEILLES: «Siempre por el Código,

(8) Es cosa evidente que una gestión de matrimonio con veinte o más años de duración (en donde normalmente no hay contabilidad y en donde se han perdido pruebas de las aportaciones) no puede llevar a una liquidación justa. Generalmente las liquidaciones de gananciales (como las particiones en general) se hacen "a ojo de buen cubero", con la conformidad, desde luego, de los interesados, que las mayoría de las veces no saben calibrar sus verdaderos derechos, ni en muchas ocasiones lo pretenden. Eso sin contar con la nefasta influencia de los impuestos antes dichos y de la jurisprudencia aludida, que convierten en gananciales bienes de indudable procedencia privativa por razón del título, relativamente simulado, de su adquisición.

(9) Nunca he usado la expresión de Abogado en la comparecencia en las escrituras o actas. Creo que Abogado es el que ejerce como tal, adscrito a un Colegio profesional de ellos. Eso no quiere decir, ni mucho menos, y que yo no lo sostenga, que el cargo de Notario autoriza por sí solo, por la incorporación a un Colegio Notarial, el libre ejercicio como jurista, lo que paladinamente declara el artículo 1.º del Reglamento Notarial, aun antes de examinar la figura del Notario como fedatario o funcionario público. E insistiendo en las consecuencias de esta idea, he de decir que en los tiempos presentes en que se pretende difundir la enseñanza científica superior, dada la insuficiencia del número de Facultades de Derecho y la escasa preparación que por regla general obtienen sus alumnos, cabría pensar en que aún está vigente el artículo 10 de la Ley Orgánica del Notariado, que exige para ser Notario "haber cursado los estudios... o ser Abogados". La carrera de Notario, como título necesario para poder opositar (y de posible equivalencia con o sin revalidación a alguno de los grados de la carrera de Derecho), debía poder estudiarse en un Centro especial, como la Escuela del Notariado, o en uno conjunto de ésta y del de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad. Por supuesto, que la dicha Escuela, la Notarial, aún es *non nata*.

pero más allá del Código», ha fracasado en esta ocasión. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de marzo de 1954 echó por tierra el laudabilísimo esfuerzo de Ignacio Nart, Notario de Montilla y a poco de Bilbao, por oposición, de sacar partido del canon 1.131 del *Codex juris*, que permite a los esposos, por su propia autoridad, en determinados supuestos (cf.) llevar a cabo la separación de personas. Como el Código canónico es posterior al artículo 1.432 del Código Civil, y a mayor abundamiento, el pase regio de Alfonso XIII en 1919 incorporó—al menos, sus principios—a la legislación española, por sencilla aplicación de la regla *lex*, posterior *derogat priori*, cabía admitir la argumentación del Notario, máxime si iba rodeada de la medida de publicidad técnica que suponía la consiguiente inscripción registral.

Al no ser así, la resolución que comento resultó, literalmente, más papista que el Papa y se perdió la ocasión de resolver jurídicamente muchísimos casos que demandaban y están demandando solución urgente.

Por otra parte, los magníficos trabajos de nuestros compañeros don RAMÓN FAUS ESTEVE y MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ (10), sobre las separaciones de hecho en el matrimonio, pese a la altura científica de sus autores llevan, como no puede ser menos, a soluciones harto raquílicas.

Por todo ello me propongo demostrar la inaplicabilidad actual del título III del libro IV de nuestro Código Civil. Y proponer las únicas soluciones que cabe, las legislativas, desdobladas en dos etapas, es decir, para próximas fechas y para tiempo más remoto, o sea, desdoblada en dos fases si no se quiere hacer la reforma de una vez.

II

EL ARCAISMO DE NUESTRA REGULACION LEGAL

Se ha dicho que todo lo que el Código tiene de flexible en el campo de las obligaciones es de rígido en el ámbito del Derecho de familia. Creo que aquí se padece un espejismo. Más que el carácter de imperativo o *jus cogens* de las normas jurídico-familiares (que es inexcusable), lo que existe es un desfase histórico en nuestra legislación.

(10) El primero en su conferencia en la Academia matritense del Notariado del 9 de mayo de 1944 (*Anales*, II, págs. 280 y ss.). El segundo en su ya citado trabajo sobre "La separación de hecho y la sociedad de gananciales", del *Anuario de Derecho Civil*, 1.º y 2.º trimestre de 1969, págs. 11 y 12.

Ocorre que desde hace ya mucho tiempo (y lo calculo, por lo menos, en cincuenta años) han cambiado notablemente las condiciones sociales a que responde la regulación legal. Es más, ya a principios de este siglo había indicios suficientes para, sin gran riesgo de equivocarse, poder predecir la ruina del arquetipo social a que responden las venerables (y muertas) instituciones de la dote, los parafernales, la unidad de administración de los gananciales y la misma venia marital.

Y es que el Derecho matrimonial de bienes resulta el exponente de la situación moral y económica de un país, como lo prueban las condiciones históricas siguientes:

a) El régimen dotal responde a la idea de tutela de la mujer *propter suam imbecillitatem sexus*. Y, evidentemente, es necesaria en sociedades poco evolucionadas y, sin duda, fue precisa en las civilizaciones de la antigüedad clásica. Al lado de la dote figuraban los parafernales, cuya denominación—etimológicamente entendida—es hoy totalmente absurda desde el momento en que no hay dote ni la sensibilidad actual de la mujer aguanta la existencia de ésta (11).

b) La comunidad conyugal de adquisiciones (cual nuestros gananciales) fueron al principio Derecho sucesorio o desligado del Derecho matrimonial, que cumple funciones de sucesión *mortis causa*. El marido, constante el matrimonio, aparece como administrador único con poderes de disposición plenos, externamente figura como dueño. De aquí la regla *mulier non est socia, sed speratur fore*.

Es mucho después cuando se quiere convertir este régimen en verdadera comunidad bajo la fórmula de la *zur gesante hand*. Y como lógica consecuencia de esta evolución se conceden a la mujer facultades de control (cual revela la última reforma de nuestras leyes civiles), pero esto no llega a satisfacerlas (12).

Y es porque la primera fórmula responde a la fase histórica de jefatura familiar del marido y único trabajo (considerado) del mismo. Pero desde el punto y hora en que se proclama la igualdad jurídica de los esposos y se valora el trabajo de la mujer, aunque sea dentro del hogar, hay que buscar otras fórmulas que la de administración única por el marido de toda la masa de bienes comunes.

(11) Véase después, al hablar de la dote, la conclusión del Congreso de Mujeres juristas italianas en 1963.

(12) Es corriente la pretensión de los cónyuges, por las razones que sean, casi siempre afectivas, de pretender en nuestros despachos que las adquisiciones—generalmente compras—del matrimonio “se pongan a nombre de la mujer”. Ya les advierto que, faltando la prueba auténtica del carácter parafernial del precio, tal manera de proceder casi en nada varían los términos de una adquisición hecha por el esposo. Insisten y, pese a la advertencia, las esposas se muestran satisfechísimas. Moralmente, en la mayoría de los casos, considero esta manera de proceder por el marido como una estafa en el terreno amoroso.

c) Las comunidades de muebles y de adquisiciones corresponden al estadio económico en que *res mobilis* era *res vilis*. Eso hoy resulta un dislate, por lo que Francia, que tanto ha influido en la aplicación de tal régimen, lo ha abandonado en 1965 para sustituirlo por la comunidad pura de ganancias.

d) Explican los autores que el sistema holandés de comunidad universal en el matrimonio, hoy comunicación total de bienes ganados y aportados, se debe al carácter mueble de los patrimonios holandeses, generalmente de comerciantes, y a la consecuente dificultad de prueba de la procedencia de los caudales respectivos.

e) Ciñéndonos a nuestro Código, su régimen, contenido nada menos que en 130 artículos (los 1.315/1.444), resulta, en gran parte, dedicado a la institución de la dote, que puede considerarse pieza de museo. No creo que a nadie se le ocurra hoy otorgar un *instrumentum dotale* ni yo en treinta años de ejercicio me he encontrado nunca con bienes de esta clase.

Y el resto del régimen legal español responde a unos supuestos sociales, repito, hace mucho tiempo superados y, lo que es peor, que la vertiginosa marcha de los fenómenos sociales, la llamada «aceleración de la Historia», está cambiando de inútiles en perturbadores.

La inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales y, en general, el régimen económico conyugal en España es cosa inconcebible, pues si algún país debía haber admitido la regla contraria era el nuestro, debido a la pluralidad de regímenes matrimoniales que forzosamente coexisten en territorio nacional, es decir, la existencia de las legislaciones forales.

Tal inmutabilidad parece responder principalmente a la garantía de tercero, al igual que la presunción de nuestro artículo 1.407 del Código Civil, y la murciana en el sistema de separación de bienes (cf. art. 23 de la Compilación catalana). Pero, como veremos, hoy, con la publicidad técnica que suponen los Registros, tan férreo sistema es innecesario.

Por lo que respecta al aspecto interno o entre cónyuges, los argumentos antiguos, que después veremos también, la influencia de uno en otro, por diversos motivos, no han detenido a los autores ni a los últimos legisladores.

DON FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, en una consulta publicada en la *Revista de Derecho Privado* (13), opinó que, en términos de Derecho constituyente, no se explica por qué no ha de permitirse la modificación de los pactos nupciales cuando sea conveniente a los intereses de la familia ni se alcanza por qué a la sociedad conyugal no le ha de ser permi-

(13) Tomo XI, pág. 349.

tido, como a otras sociedades, introducir alteraciones en su estatuto y régimen de vida.

FAUS CONDOMINES también se mostró decidido partidario de la reforma de las capitulaciones matrimoniales fundándose en que permite variar el estatuto familiar cuando se modifican las condiciones de existencia de la familia, evitándose la discordancia entre los estados de hecho y el régimen económico conyugal.

Y su hijo, el ilustre Notario de Barcelona, don RAMÓN FAUS ESTEVE, ha escrito que, en principio, no ve inconveniente que puedan alterarse después del matrimonio las capitulaciones, dejando a salvo el derecho de los terceros, y tomando las medidas oportunas para su debida publicidad, en evitación de fraude (14).

Finalmente, P. RAYNAUD, justificando la reforma francesa de 1965, dijo que se trataba meramente de poner al día la arcaica regulación del Código napoleónico, trazado únicamente con vistas a situaciones de familias acomodadas (por lo que se preocupaba mucho de los bienes adquiridos), olvidando que en la actualidad la mayoría de los hogares se fundan sin recursos y subsisten a base del trabajo de uno o de los dos cónyuges.

Precisamente la posible alteración de circunstancias concurrentes al tiempo de la unión conyugal ha llevado a los legisladores franceses (y no digamos a los de otros países) a admitir la mutación post-nupcias del régimen de bienes del matrimonio.

Urge, pues, revisar nuestra arcaica regulación de bienes de los casados para eliminar las graves perturbaciones que el sistema legislativo está produciendo.

Ponerlo en consonancia con la situación actual de la sociedad, en la que la mujer desempeña brillantes profesiones o, por lo menos, trabaja en gran número, no sólo haría un bien a los españoles, sino que absolvería al Derecho civil de la tacha que le hacen los corifeos del llamado Derecho social: la de ser aquél un conjunto de leyes dictadas sólo para las clases ricas.

(14) Trabajo citado de FAUS ESTEVE, pág. 316, en que hace alusión a la obra de don JOSÉ FAUS CONDOMINES, *Las capitulaciones matrimoniales en la comarca de Guissona (Lérida)*, nota 2.

III

LA LLAMADA «SOCIEDAD DE GANANCIALES». SUS VENTURAS
Y DESVENTURAS

La actual comunidad de adquisiciones, conocida por sociedad legal de gananciales o sociedad de gananciales, tiene un indudable origen germánico. Parece que su principio histórico estuvo en la entrega diferida (a la disolución del matrimonio) de las arras esponsalicias. Y, posteriormente, respondió a la finalidad de hacer participar a la mujer en las ganancias conyugales.

Su evolución se ve clara aún en el régimen del BGB inicial de unidad y administración del marido (sistema dotal), pero corregido con un derecho al cuarto de las ganancias por compensación matrimonial a la disolución del matrimonio, con independencia del derecho sucesorio de la viuda supérstite.

A la misma idea, aún más primigenia, responde el Código Civil suizo con su régimen normal supletorio de unidad de disfrute y administración por el marido y derecho de la mujer a un tercio de las ganancias, parte que recuerda el tercio de la rueda en oposición a los dos tercios de la espada de los primitivos pueblos germánicos.

A un estadio algo más evolucionado responden los gananciales castellanos, recogidos con definición finalista en nuestro aún vigente artículo 1.392 del Código Civil: Mediante la sociedad de gananciales el marido y la mujer harán suyos por mitad, *al* disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo.

No obstante, ya habían pasado bastantes años desde que se proclamara al marido dueño y señor de la comunidad. Y aunque los redactores del Código no parece que tuvieran ideas claras sobre la naturaleza de la masa de bienes gananciales hay algunos artículos, como el 1.413 anterior, al final, y, sobre todo, los 1.442 y 1.444, que desmienten aquella idea inicial de la propiedad del marido y no dejaron de esbozar en las disposiciones últimamente citadas una cotitularidad, que ha permitido después construir, principalmente por obra de la jurisprudencia hipotecaria, la teoría de la naturaleza jurídica de los bienes de esta clase.

Fueron, en efecto, la consideración del modo de practicar los asientos en el Registro de la Propiedad referentes a bienes de esta naturaleza y las investigaciones de los doctos del Derecho registral inmobiliario los que llevaron a aplicar a los bienes gananciales la doctrina germánica

de la *zur gesante hand*, a través de varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Valga por todas la de 30 de junio de 1927, que ve en los gananciales «una especie de mancomunidad entre marido y mujer, *sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división* mientras dura la vida en común, y con atribución de los poderes de disposición a título oneroso y, en ocasiones, a título lucrativo al marido, como jefe económico de la familia, y, a veces, a la mujer».

Esta construcción, conceptual si se quiere, pero única posible, ha dado desde entonces base doctrinal a los bienes gananciales, sin que los intentos de llamarlos sociedad civil (15), sociedad familiar con cuotas sobre un patrimonio (que como tal no puede ser objeto de derechos subjetivos durante la unión conyugal) o comunidad familiar *sui generis* (que es no decir nada) logren resolver los problemas ni tranquilizar al más mediano investigador.

La reforma de la Ley de 24 de abril de 1958 refuerza esa tesis, pues al quitar al marido sus omnímodos poderes de disposición anteriores hace resplandecer la idea del condominio germánico sobre tales bienes.

Tal reforma ha sido, por lo general, bien recibida y ha realizado una función justa. Pero en situaciones como las comentadas al principio ha resultado perturbadora y, sobre todo, ha despertado en la mujer la conciencia de sus derechos y el deseo de quienes vivimos de cerca los problemas económico-conyugales de llegar cuanto antes a soluciones más acordes con los tiempos que corremos y, en definitiva, más justas.

Certeramente se ha dicho que la sociedad de gananciales tiene buena prensa. Se justifica como régimen que ampara y protege merecidamente los intereses de la mujer sin borrar, empero, la autonomía patrimonial de los cónyuges, ya que junto a la masa común se permite la existencia de un patrimonio privativo para cada consorte. Y que la comunidad ganancial, como patrimonio especial adscrito de modo inmediato a las necesidades de los cónyuges y de los hijos parece ser—como todos los regímenes de comunidad restringida—lo más acorde con la naturaleza y con los fines del matrimonio mismo.

No obstante, la situación económico-social de hoy y la experiencia

(15) Principalmente no es sociedad ni aun en el sentido antiguo (carente de personalidad), por su rígido carácter y subordinación al fin principal del matrimonio, lo que puede llevar, y con frecuencia lleva, a que no haya ganancias, sino sólo pérdidas. Estorba la denominación “gananciales”; no le cuadra la definición del artículo 1.665 del Código Civil. Si alguna vez surge la idea “social” es por la íntima conexión de la sociedad sin personalidad y la comunidad de bienes. Esta puede también tener un estatuto paccionado (cfr. artículo 392, 2.º párrafo, en concordancia con el 1.669, ambos del Código Civil).

de pasadas épocas nos obligan, coincidiendo con alguna autorizada voz, «a disentir en más o menos medida de aquella serie de juicios favorables».

Cierto que nuestros gananciales no planteaban problema cuando el matrimonio era de estilo antiguo: marido que llevaba la dirección y mujer—encargada del hogar—que en él confiaba. De *facto*, sistema de absorción. Muchas veces originado o justificado por la ignorancia femenina.

Posteriormente, cuando la colaboración de la mujer puede valorarse al mismo nivel que el trabajo del marido, ya porque sus aportaciones sean equivalentes o porque la economía del matrimonio no alcance cotas elevadas, puede aún sostenerse la bondad de tal régimen, y aquí (en contra de mi parecer de considerar los gananciales como comunidad y no como sociedad) surge, para perturbación, la idea social.

Los problemas empiezan cuando los ingresos del marido son elevados y acaso la mujer, en uso del derecho que necesariamente le resulta de su carácter de cotitular de los bienes gananciales, pretende hacer uso de sus facultades, llamadas en la doctrina extranjera de control o de mera información, con ineludible disparidad de criterios motivados por diversos factores fáciles de imaginar. O cuando cumple mal o no cumple su deber de dirección doméstica, haciendo buena aquella definición: «Es ganancial lo ganado por el marido tras de deducir lo gastado por la mujer.»

O bien cuando el que se ha llamado parásito, o sea, el casado con mujer rica, hace suya de momento, aunque sea teóricamente, para fines de administración, la totalidad de los frutos, rentas e intereses, aunque en liquidación final pueda corresponderle la mitad. En todo caso, remuneración excesiva para un marido cuya profesión consiste exclusivamente en ser administrador de los bienes de su mujer, más aún si la administración es mala y se desempeña en beneficio del que administra y en perjuicio de la administrada, según nos dice certeramente MANUEL DE LA CÁMARA, quien añade lo siguiente:

Es absurdo, mejor, el absurdo sube de tono cuando muerta la mujer *ab intestato*, si no hay hijos del matrimonio, la mitad de los gananciales, obtenidos generalmente gracias al esfuerzo del marido (o provenientes del capital de la mujer, añadido yo), haya de pasar a sus respectivos herederos, que ninguna relación, ni familiar ni económica, completo, han tenido con la fuente de tales ganancias (16). Esto ha ocurrido repetidamente con algunas de nuestras más populares figuras del toreo (17).

(16) Cfr. CÁMARA, trabajo citado, pág. 10, nota 10.

(17) Véase el interesante artículo de CÁRDENAS HERNÁNDEZ (Luis) en la "R. C. D. I." de 1946, págs. 73 y ss. Propugna el cambio de régimen matrimonial legal por el de separación de bienes. Y al caso del torero que allí cita se le pueden agregar otros que son del dominio público.

El problema es agudísimo, a mi parecer, cuando surge alguno de los casos al principio indicados, y más cuando uno de los esposos ha dado motivo a la separación conyugal, ínterin ésta se decreta, o cuando es desestimada por los conocidos escrúpulos de los Tribunales eclesiásticos (18).

En esta textura, lo que era más conforme a la naturaleza y fines del matrimonio (la comunidad de adquisiciones que los gananciales supone) se convierte en un constante castigo de los esposos mal avenidos, sin que, a veces, el más perjudicado sea precisamente el cónyuge que se supone culpable. El régimen ganancial se convierte en una túnica de Neso que se adhiere a sus personas impidiéndoles soluciones más acordes con la situación por la que atraviesan.

La exigencia legal de una sentencia firme de separación de personas, para que pueda procederse a la disolución de la comunidad de gananciales (art. 1.432 del Código Civil), me hace el mismo efecto de si para extraer a alguien una muela cariada hubiera antes que cortarle la cabeza.

Existe entre quienes nos preocupamos de estos casos una desconfianza al régimen de gananciales, y surge tal animadversión contra el mismo en quienes tienen la desgracia de tocar estas fatales consecuencias, que está haciendo verdadero y justo el consejo vulgar: Aparcerías ni con tu mujer tendrías.

Las consecuencias de este desastroso régimen jurídico son muchas veces las separaciones de hecho, sin trámite procesal o sin pasar de las medidas provisionales de la jurisdicción civil. Pues el pleito canónico concluye como sea y lo provisional—de la jurisdicción ordinaria—se transforma en permanente. Todo sin garantía jurídica para los separados, que no dejan de ser personas que han de seguir viviendo. Su anómala situación les impide emprender o desenvolver negocios y utilizar su propio crédito.

Esto ocurre, claro está, porque el Código Civil (art. 80), por imperativo del Concordato vigente de 1953 y del que le precedió en 1851, remite las causas matrimoniales de separación en los matrimonios canónicos a la jurisdicción eclesiástica.

Tal sistema arranca próximamente de la base 3.^a de la Ley de 11 de mayo de 1888, llamada concordada, por haberla negociado Cánovas del Castillo con el Vaticano. Enviada al Papa León XIII, recayó la

(18) Conozco lo ocurrido a un matrimonio que tras cinco años de pleito canónico vio desestimada la demanda de separación. La convivencia no se restableció. Los protagonistas han vivido a base de poderes recíprocos, con gran riesgo del marido de verse implicado en una quiebra, sin que en la gestión que la motivó hubiera tenido intervención alguna desde hacía veinticinco años.

declaración siguiente: «S. S. aprueba todo cuanto en las dos partes de la base (lo que luego fue art. 42 del Código Civil) se refiere al matrimonio entre católicos. La Santa Sede deja al Estado el regular los efectos civiles del matrimonio...» Y como ha llovido desde entonces, he de repasar, a grandes rasgos, la doctrina canónica vigente.

IV

LA DOCTRINA CANONICA

El matrimonio canónico descansa, por Derecho natural y no por su propia sacramentalidad, en los principios de unidad e indisolubilidad. Cristo lo elevó *ad sacramenti dignitatem*. Y entre los bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no sea sacramento (canon 1.012).

El matrimonio de los bautizados se rige no sólo por el Derecho divino, sino también por el canónico, *sin perjuicio de la competencia de la potestad civil sobre los meros efectos civiles del mismo matrimonio* (canon 1.016).

Corroborando, acaso más de lo necesario, estas declaraciones, el Concordato vigente entre España y la Santa Sede reconoce plenos efectos civiles al matrimonio canónico (lo que está bien); la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas de nulidad, dispensa del matrimonio rato y del privilegio paulino (lo que veo muy lógico), y en las causas de separación entre cónyuges, lo que ya no es tan aconsejable y mucho menos diferir los efectos (¿también los económicos?) de la separación hasta la sentencia canónica. Así parece deducirse del artículo 24 del Concordato. Las dudas o dificultades surgidas en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula se han de resolver de común acuerdo con las dos partes contratantes (art. 35). Resulta, pues, el matrimonio materia mixta para la que, en principio—pero no más—, es necesaria la concorde interpretación de las partes contratantes.

Por qué esto sea así—y si tiene necesariamente que ser así—es cosa que hay que investigar.

Dice don ELOY MONTERO (19) que con el nombre de causas matrimoniales se designan las referentes al valor, licitud y efectos esenciales

(19) En su conferencia "El Concordato y la Legislación matrimonial", del ciclo de las pronunciadas en la Facultad de Derecho de Madrid, a propósito del último Concordato español (págs. 295 y ss., en el volumen titulado *El Concordato de 1953*, editado por dicha Facultad).

del matrimonio, y acerca de la preparación de éste, por el contrato esponsalicio; las de divorcio, con disolución del vínculo; en el matrimonio rato y por aplicación del privilegio paulino, y las que se refieren a *los derechos conyugales*, legitimación de la prole y otras semejantes. Y añade que la competencia de la Iglesia en estas causas está definida por el Concilio Tridentino, que dice así: «Si alguno dijere que las causas matrimoniales no competen a los jueces eclesiásticos sea anatematizado» (sesión XXIV, c. 12).

No obstante, de la declaración de aquel venerable Concilio no se deduce necesariamente que las causas sobre efectos civiles de los matrimonios canónicos hayan sido—o, por lo menos, tengan que ser hoy—de la competencia de los Tribunales eclesiásticos, máxime conociendo la declaración de León XIII sobre la base III de las que sirvieron para redactar nuestro Código y del texto del canon 1.016.

Añade, explicando la antinomia, el que fuera ilustre catedrático de la Central, que el canon 1.960 del *Codex* reproduce la doctrina tridentina (cf.), pero que la disciplina vigente está contenida en el canon 1.961, que dice: «Las causas acerca de los efectos meramente civiles del matrimonio, si se tratan como causa principal pertenecen al Magistrado civil, en conformidad con el canon 1.016; pero como causa incidental y accesoría, puede también el Juez eclesiástico conocer de ellas y sentenciarlas en virtud de potestad propia.»

Y, finalmente, concluye, citando al cardenal Gasparri, que la Iglesia, y, en concreto, el Papa, puede tolerar que un Juez civil conozca en causas matrimoniales. «Y por esto ha consentido la Santa Sede para algunas naciones que las causas de divorcio semipleno, o sea, de separación (digo yo, el que antes se llamaba *tori, mensae et cohabitationis*), se tramiten ante los Tribunales civiles, supliendo la Iglesia la jurisdicción» (20).

Esta última afirmación puede ser una apreciación suya. Pues con el texto literal del canon 1.016, como la cuestión que se propugna es ni más ni menos que la alteración del régimen económico-conyugal (y esto para nada afecta ni a la indisolubilidad del vínculo, ni a su sacramentalidad, ni a sus fines ni caracteres), es evidente, o a mí me lo parece, que se trata de meros efectos civiles del matrimonio en cualquier caso, y que las autoridades españolas, administrativas y judiciales pueden conocer de tales cuestiones, lo que no roza la competencia canónica. Por todo lo cual creo que la reforma del Código Civil español en este punto no tiene que estar subordinada, en definitiva, al placet de la Santa Sede.

(20) MONTERO, conferencia citada, pág. 311.

Cambiando 180 grados el enfoque de la cuestión, es curioso conocer la actitud progresista sostenedora de que el *Codex* está sujeto a revisión porque el problema en esta materia ha variado, ya que a los tradicionales fines del matrimonio (serán la procreación y educación de la prole, etc.) ha sustituido el Concilio Vaticano II la finalidad del amor de los casados (21).

A aquella formulación de tan ilustre procedencia—como veremos—se dice que le ha dado un golpe de muerte el famoso y último Concilio, por ser «chata y raquílica visión de la vida conyugal». Así lo afirman muy serios MAGDALENA CASANUEVA CAMINS y ENRIQUE GIL ROBLES Y GIL DELGADO (22).

La ligereza de tal afirmación, y su inadmisibilidad en todo caso, se comprueba considerando que las frases *procreatio atque educatio prolis; mutuum auditorium et remedium concupiscentiae*, obrantes en el canon 1.013, no las inventaron los redactores de tan respetable cuerpo legal.

ARISTÓTELES (a quien debemos casi todo lo que sabemos) señaló como fines del matrimonio la procreación de los hijos y el complemento mutuo de los esposos. Su discípulo (no en el tiempo, pero sí en la doctrina), SANTO TOMÁS DE AQUINO, completó y esclareció la fórmula anterior, convirtiéndola en trilateral: la procreación, la educación de la prole (fin éste ahora formulado) y el mutuo auxilio de los cónyuges. Y teólogos posteriores añadieron lo que el *Codex* llama *remedium concupiscentiae*, perfectamente acorde con la doctrina del pecado original.

Si nuestros contemporáneos autores se creen con vitaminas para enmendarle la plana a ARISTÓTELES, SANTO TOMÁS y teólogos clásicos, allá ellos. Por mi parte, he de decir: *risum teneatis amicus*.

El amor es una cosa psicológica y, como tal, interna. Y aplicando por analogía lo que dijeron los padres de Trento para irritar los matrimonios clandestinos, cabe también decir ahora: *De internis non iudicat Ecclesia*.

Poner el fin primario (o exclusivo) del matrimonio en algo tan equívoco y mudable como el amor de los casados podrá ser muy poético,

(21) La doctrina del matrimonio está hoy curiosamente interpretada con quienes se dicen voceros del Vaticano II, al que se atribuyen muchas doctrinas que por ningún lado están en sus declaraciones *pastorales*. La materia del matrimonio la trata el Concilio en la Constitución "Pastoral" sobre la Iglesia en el mundo actual, parte segunda, capítulo I, "Protección de la dignidad del matrimonio y de la familia". Repasando su texto se ve que nada innova de lo que antes se conocía, pues aquella declaración como "pastoral" no podía cambiar el dogma. Es curioso observar "lo que no ha dicho el Concilio" en contraste con las peregrinas doctrinas que se le atribuyen por los progresistas y aperturistas o acaso neo-católicos.

(22) Véase su artículo en *Cuadernos para el Diálogo* de mayo del 72 (páginas 41 y ss.).

pero no parece teológico y, desde luego, no es jurídico. En todo caso, a mí me hace el mismo efecto que la teología de ZORRILLA en los versos del Tenorio.

Y puestos a decir cosas raras, hay quien ha sostenido recientemente en una revista (parece que de las llamadas católicas «de apertura») la tesis favorable a la implantación del divorcio vincular para el matrimonio civil, si bien (todavía) lo rechaza para el canónico. Pero todo se andará, pues con la tesis del «amor», en cuanto éste falte o alguno se lo parezca está justificada cualquier medida divorcista.

Sostener que el matrimonio civil es disoluble atenta al Derecho natural. Tal opinión, y más admitir el divorcio para el matrimonio civil y negarlo para el canónico (no siendo éste otra cosa que un matrimonio de Derecho natural o «civil», para entendernos, con el plus de la gracia santificante derivada del sacramento), con el mayor respeto que sea posible dar a sus autores, es uno de los mayores dislates que pueden oírse (23).

Lo que sí parece increíble en estos tiempos de «apertura» es que no se aligeren medidas procesales en las causas matrimoniales. Algo se ha hecho, pero es insuficiente. Y como de costumbre, a países de historial católico completo, como España, se les trata muchísimo peor que a los de pluralismo religioso o de ambiente marxista, permitiendo la increíble lentitud de los Tribunales diocesanos y sus superiores que se toman tiempo y más tiempo, sin otra finalidad que la de aburrir a los litigantes para al final exasperarlos con sus muchas veces peregrinas resoluciones.

Nuestro Código Civil, forzado por los textos concordatorios, repito, no sólo remite a la jurisdicción canónica los pleitos propiamente llamados de divorcio, sino también los de divorcio menos pleno o meramente separación conyugal.

Previsoramente, el *Codex juris canonici* (ya hemos visto el canon 1.961) deja un resquicio. Y Gasparri y Montero inventan la teoría de la posible competencia civil con suplencia de jurisdicción por la Iglesia.

La razón de ello no es otra que la gestación de los pactos de Letrán o Concordato italiano de 1929, negociado, en nombre del Vaticano, por el aludido cardenal Gasparri con Italia, y en nombre de ésta, con Benito Mussolini. Previsoramente, el Duce exigió (y el tiempo le ha dado la razón) que las causas de separación matrimonial (no las de nulidad ni

(23) Me sigo refiriendo al artículo de ZARRALUQUI en el mismo número de la revista citada últimamente (págs. 36 y ss.). Esta tesis, además, está muy difundida; sin ir más lejos, en el curso último (71/72) se explicó en la Cátedra de canónico de cierta Facultad española.

de divorcio pleno) fueran de la competencia de los Tribunales italianos, a lo que, en definitiva, se avino el Papa Pío XI.

De ello puede tomar buena nota España si alguna vez se llega a revisar nuestro Concordato.

Este mereció, al concluirse en 1953, las mayores alabanzas por ambas partes. Y no fueron las menores las que se hicieron por parte de las dignidades eclesiásticas, llegándose en Roma a proponerlo como modelo.

El mismo don ELOY MONTERO, en su citada conferencia, concluye nada menos que con el siguiente párrafo: «Con lo dicho creemos haber dado una idea de la doctrina del Concordato de 1953 en materia de legislación matrimonial. ¡Dios quiera perdure muchos años un acuerdo tan beneficioso para la Iglesia y para la Patria!»

Pero si alguna vez se ha podido equivocar casi todo el mundo o, por lo menos, los que con algún conocimiento de causa hemos opinado sobre estas materias, es en la presente. Nunca, repito, nunca se podía pensar un desfase histórico más enorme que el existente en la actualidad. Y lo raro es que todo ha ocurrido por razón de un Concilio (el Vaticano II) que no ha hecho ninguna declaración dogmática y cuando la potestad civil (cosa rara) ha cumplido y cumple escrupulosamente sus obligaciones o, por lo menos, las principales, limitándose a defenderse de ataques injustificados y de peregrinas pretensiones.

Que el Concordato sirviera para amparar movimientos siempre contrarios a la Iglesia y para perturbar la paz (y las conciencias) de los españoles es cosa que nunca pudiera haberse podido predecir.

Ahora precisamente, que las relaciones entre la Iglesia y el Estado español no son todo lo armónicas que cabría esperar de nuestra más reciente Historia, sería la gran oportunidad de tomar las medidas legislativas después propugnadas, arbitrando un remedio a situaciones anormales de los matrimonios o que amenazan convertirse en tales.

Estas medidas, en definitiva, serían beneficiosas para la misma Iglesia, pues se quitaría a la gente uno de los más frecuentes y mayores motivos de irritación contra ella: los pleitos matrimoniales, que suelen ser de las cosas que más fieles lanzan fuera de la ortodoxia, muchas veces sin ellos pretender tal situación.

Cuando marido y mujer se empeñan en no convivir, ni las admoniciones eclesiásticas ni siquiera el empleo de la fuerza pública pueden solucionar el caso. Por supuesto que el Estado moderno bastantes quebraderos de cabeza tiene para meterse, además, a arreglar matrimonios mal avenidos.

Ineludiblemente deben arbitrarse recursos (que son remedios de estricta justicia) para que ocurrido un caso de fallar la convivencia

matrimonial se le dé una solución rápida, en lugar de embarcar a personas en un largo y costosísimo proceso, cuyos resultados son siempre inciertos. Como si negando a los interesados el derecho a separarse no lo fueran a hacer.

Es insoslayable, repito, la reforma legislativa que lleve primeramente a la mutabilidad, convenida o impuesta civilmente, del régimen matrimonial, y después a la reforma total del sistema hoy vigente para el llamado «contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio».

V

SOLUCION INMEDIATA

Más que resolver (o intentarlo) problemas para la galería, como la situación de los hijos ilegítimos, o el del artículo 321 del Código Civil, debían pensar aquellos a quienes corresponde la responsabilidad de lo que se legisle, en que el Código ordenó su revisión decenal. Y si esto se ha incumplido (alguien dirá que felizmente) hay zonas en nuestras leyes civiles que no admiten espera, y una de ellas es la de que me estoy ocupando.

La solución legislativa inmediata es el abandono del principio de irreformabilidad del régimen conyugal inicial por su contrario, mutabilidad del mismo, en nuestro Derecho civil común.

Muchos de los casos aludidos al principio podrían solucionarse de común acuerdo entre los cónyuges desavenidos mediante capitulaciones o por resolución judicial que decretara, a petición de alguno de ellos, la disolución de la comunidad ganancial y su sustitución por el sistema de separación de bienes.

El régimen actual del Código, combinado con el pseudoprincipio de Derecho internacional privado (que en ninguna de nuestras leyes está reconocido hasta el presente) (25), de inmutabilidad de capitulaciones o régimen legal primigenio, lleva a soluciones chuscas en relación con el Derecho sucesorio dentro de las regiones españolas nada más, entre las dificultades apuntadas en los capítulos anteriores.

Si algún país debía haber adoptado, repito, el sistema del posible

(25) Acaso la única manifestación legislativa sea hoy en nuestro Derecho el artículo 7 de la Copilación foral de Vizcaya y Alava, que tampoco es totalmente claro.

cambio post-nupcias del régimen matrimonial de bienes, es España, por la existencia en su territorio de soberanía de varias legislaciones civiles.

Y que debe cambiarse cuanto antes el sistema lo demuestra, primeramente, el hecho de que así como hace cincuenta años nada más era regla la irreformabilidad del régimen inicial de bienes de un matrimonio (con las notables excepciones de los Códigos alemán y suizo, entre las legislaciones continentales europeas, siempre las más progresivas), hoy existe mayoría aplastante de ordenamientos jurídicos que permiten lo contrario.

A) *En España*, sin ir más lejos:

a) La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, que en su artículo 7 permite otorgar las capitulaciones antes o después de celebrado el matrimonio.

b) En Aragón, cuyo Apéndice foral de 1967 (arts. 26 a 28) permite reformar el régimen conyugal, incluso con carácter retroactivo, salvo—claro está—los derechos adquiridos por terceros.

B) *Fuera de España*. Permiten el cambio de régimen económico-conyugal los siguientes países:

a) Alemania desde la publicación del BGB en 1900, acompañada la forma auténtica y de medidas de publicidad técnicamente organizada.

b) Suiza, según su Código Civil, expresando HUBER, en su exposición de motivos, que los llamados obstáculos tradicionales (influencia de un cónyuge en otro y derechos de terceros) no obstaban a una solución más progresiva.

c) Según nos dicen KIPP y WOLF, antes de la última guerra universal estaba admitido el sistema de «mutabilidad del régimen de bienes del matrimonio» en Austria, Checoslovaquia, Yugoslavia, Estados Bálticos, Suecia, Dinamarca y totalmente en Inglaterra.

d) Holanda, en virtud de la reforma en 1956 de su Código Civil (artículo 178 en concordancia con el siguiente), no sólo permite el otorgamiento de contratos de bienes después de contraído el matrimonio y pasados tres años de su celebración, sino que autoriza la mutación por decreto judicial, a petición de uno de los cónyuges, cuando el otro contraiga deudas excesivas, despilfarre bienes comunes o impida la administración del otro cónyuge.

e) La dulce Francia, tras mantener tozudamente su sistema de

irreformabilidad del régimen conyugal e influir en la mayoría de los países europeos, aunque no precisamente en España (26), cambió el régimen napoleónico de comunidad de *meubles et d'acquets* por un sistema legal de comunidad pura de ganancias, en virtud de la Ley de 13 de julio de 1965, que, además, contiene las siguientes e interesantes novedades:

a') Permitir el cambio del régimen económico conyugal por decisión judicial, a petición de uno de los esposos (art. 1.396), apoyada en el artículo 1.443, cuyo texto dice: «Si por el desorden de asuntos de los cónyuges, su mala administración o conducta resultare que la continuidad de la comunidad pone en peligro los intereses del otro cónyuge, éste puede solicitar judicialmente la separación de bienes.»

b') Por acuerdo de ambos cónyuges, previa autorización judicial, en cuyo expediente serán citadas (nada más) las personas que intervinieron en el otorgamiento de las primeras capitulaciones, pero no sus herederos.

Hay una publicidad de las reformas de regímenes conyugales dispersa, a base de nota en el Registro Civil, inscripción en el Registro Mercantil para los comerciantes, y cuando el cambio de régimen afecta a inmuebles en el Registro de la Propiedad, en todos para gozar de las ventajas de la transcripción francesa, oponibilidad a tercero (27).

f) Tampoco está de más aducir que hace bastante tiempo, por Ley de 21 de octubre de 1943 (antes de Allende, como se ve), Chile permitió simplemente que los esposos transformaran por escritura notarial su régimen de comunidad de adquisiciones en sistema de separación de bienes. Ley ésta, que PUIG BRUTAU llama especialmente sugestiva y, desde luego, lo es.

Después de estos ejemplos, que nos da la mayoría del mundo y, sobre todo, sus regiones más cualificadas culturalmente, sólo nos queda refu-

(26) Mi trato, relativamente frecuente en los últimos años, con extranjeros me da conocimiento de las peregrinas ideas que por fuera corren sobre España. Un norteamericano me comentó que le habían dicho en su país que el régimen matrimonial español era el de comunidad de bienes, porque España había sido colonizada por Napoleón. Ya le expliqué que Recesvinto vivió unos años antes de Napoleón Bonaparte. Y que la colonización de España por el italo-francés resultó delito frustrado.

(27) Muy claramente está analizada esta materia por el Decano de nuestro Colegio, natural de Granada, MANUEL SAINZ LÓPEZ NEGRETE, en su artículo "El nuevo régimen matrimonial francés", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto 1966 (pág. 895). También resulta insustible para conocimiento del Derecho comparado matrimonial europeo la obra de EUGENIO FERNÁNDEZ CABA-LEIRO, hoy Registrador de la Propiedad de Ayamonte, prologada por DÍEZ-PICAZO, que fue la tesis doctoral del autor.

tar los argumentos que según la doctrina tradicional se oponen a la mutabilidad post-nupcias del régimen matrimonial de bienes o reforma de las capitulaciones matrimoniales. Y son:

1.º La posible influencia de uno de los cónyuges en el otro, más débil de carácter. Ya hemos expresado la opinión de HUBER, quien decía que estas influencias no debían obstar a la admisión del principio de mutabilidad, porque existen siempre, y podría paliarla la intervención de la autoridad tutelar. Y es más, digo yo, ¿acaso en el período prematrimonial no existen tales influencias?

2.º El carácter excepcional que tienen las capitulaciones matrimoniales, en relación o comparación con otros contratos, o meramente el régimen matrimonial de bienes.

A esto se puede argüir que la especialidad de las capitulaciones consiste en que constituyen un contrato normativo o estatuto jurídico del matrimonio.

Pero precisamente por su carácter normativo hay que admitir que los cónyuges no sepan o no puedan prever anticipadamente y con acierto cuál sea el sistema que mejor ha de convenir a su matrimonio y, por otra parte, que el discurrir de la vida imponga la necesidad de modificar unas estructuras que si al principio fueron útiles para disciplinar ésta en común y la recíproca economía de los casados, con el transcurso del tiempo han quedado superadas. Si los gananciales son una sociedad no se ve por qué en ellos no ha de poder hacerse lo que en todas las sociedades, recordemos que había dicho DE DIEGO, modificar los Estatutos.

Al argumento, en caso de faltar capitulaciones, de que el sistema conyugal de gananciales son capítulos tácitos, hay que contestar que «se trata de una imposición legal a que los cónyuges se someten teniendo ideas confusas sobre los gananciales y, las más de las veces, sin sospechar, ni por asomo, la rigidez del sistema legal».

Y con ocasión de la reforma francesa, los autores de aquel país justifican la admisión del principio de mutabilidad del régimen matrimonial y el abandono de su contrario, en interés de los mismos esposos, por ser evidente que ha podido ocurrir una equivocación en la admisión del régimen de su matrimonio o por acaecer el supuesto más frecuente de que el régimen, en un principio satisfactorio, no responda ya a las necesidades del hogar, el cambio de una profesión o a una modificación de sus fortunas personales.

3.º Se aduce, finalmente, como motivo de la irreformabilidad del régimen conyugal de bienes, la salvaguardia de los derechos de terceros.

Se trata propiamente de aquellos que han contratado con los cónyuges o alguno de ellos antes del cambio del régimen de bienes del matrimonio. El problema se refiere a los acreedores, y principalmente a aquellos que podríamos llamar «acreedores consorciales», en frase de DE LA CÁMARA.

El problema, en definitiva, es igual al de disolución por muerte o por separación judicial de la sociedad conyugal. Y forma parte de otro más extenso, cual es el de las garantías de los acreedores ante cualquier división de bienes comunes, y entre ellas, la partición de herencia.

No creo que haya que preocuparse demasiado del que con análogo motivo llamó GONZÁLEZ PALOMINO «el pobrecito acreedor» (28).

Toda división de cosa común, por imperativo del artículo 406 del Código Civil, ha de regirse por las reglas de la partición de herencia. Con vista de ésta y de las específicas de división de bienes comunes, los acreedores tienen nada más (o ¡nada menos!) que los siguientes derechos:

- Oponerse a la partición, ínterin se les pague o afiance el importe de sus créditos (art. 1.082).
- Intervenir en ella para evitar que se haga en fraude de sus derechos (art. 403, coincidente con el 1.083).
- Conservar sus derechos garantizados con hipoteca u otros de carácter real. E, igualmente, *conservar con toda su fuerza, no obstante la división*, los derechos personales que le pertenezcan contra la comunidad (art. 405). Y esto o no quiere decir nada o significa que la división no altera la responsabilidad obligacional preexistente.
- Desconocer la liquidación y partición no auténticas (arts. 1.218 y 1.227).
- Utilizar todos los derechos y acciones de su deudor mediante la llamada acción subrogatoria (art. 1.111, primer inciso).
- Impugnar los actos realizados por su deudor en fraude de su derecho mediante la acción pauliana (segundo inciso del artículo 1.111, en concordancia con el 1.291 y siguientes).

Aun en el caso, digo yo, de que una reforma legislativa fuere recortada, limitándose el Código, por ejemplo, a reproducir los artículos 26 y 27 del Apéndice foral aragonés, mandando al trastero los actuales 1.315 y siguientes, no creo que la reforma produjera más alteración, a efectos

(28) Véase su «Adjudicación para pago de deudas», *Anales de la Academia matritense del Notariado*, tomo I, pág. 296.

del tráfico, que la ocasionada por el retoque hecho en 1958 del régimen de gananciales (29).

En todo caso, la cuestión de la salvaguardia de terceros tiene desde hace tiempo un remedio descubierto, bien conocido, someter los capítulos a un adecuado régimen de publicidad formal y material.

Por tanto, el principio de inmutabilidad del régimen económico conyugal no tiene fundamento. La posibilidad de otorgar capitulaciones post-nupcias en Aragón y en Cataluña, según los autores de aquellas regiones, ni ha causado ni causa daño alguno; no relaja los vínculos conyugales ni familiares. Por el contrario, ha rendido y rinde buenos servicios, permitiendo resolver en la Notaría situaciones delicadas, que de otra manera, y sin beneficio para nadie, habrían concluido en el Juzgado.

Esta es la idea central del presente trabajo. Pero como no se puede conseguir tal solución, como hemos dicho antes, sin reforma legislativa, es preciso puntualizar su alcance en una primera solución rápida, urgente, si se quiere, de emergencia. Esta debe consistir, ni más ni menos, que en derogar los artículos 1.315/26 y 1.432/3 del Código Civil para sustituirlos, pues sitio hay, con otras normas inspiradas en las bases siguientes:

a) Admitir sin reserva alguna el principio de mutabilidad del régimen matrimonial inicial, ya convenido o aplicado por ley en defecto de pacto, mutación que se haría bien por capitulaciones otorgadas constante el matrimonio o por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges, fundada en justa causa.

b) Absoluta necesidad de la forma notarial *ad solemnitatem* para tales convenciones no dejando, por supuesto, rastro de esa posible y anómala intervención de los secretarios de Ayuntamiento, hoy felizmente inaplicable por consecuencia de la inflación y consiguiente desvalorización monetaria.

c) Discutir y resolver al debatirse la reforma si se sigue el sistema catalán y aragonés (concorde con la Ley chilena de 1943) de poder pasar sin más al otorgamiento de las capitulaciones, o bien si para asegurar en todo lo posible la libertad de consentimiento de los cónyuges, evitando

(29) Puede verse el comentario de doña MERCEDES FORMICA, a una carta mía, en el ABC de 27 de noviembre de 1969, bajo el epígrafe "Bienes gananciales y riesgo para los parafernales". Motivaban mis consideraciones las inmoderadas exigencias de los Bancos, en especial del Hipotecario de España, que debía (aquí viene bien) comportarse como quien cumple una función social (para eso está) en vez de conducirse en cuanto a garantías como el más exigente de los prestamistas.

—de camino—la lesión a sus respectivos derechos o el perjuicio de tercero, debe preceder o seguir alguna de las medidas siguientes:

a') Autorización judicial en acto de jurisdicción voluntaria, que recaerá (sin indagación alguna del motivo) de estar conformes ambos esposos y de no existir oposición de tercero una vez publicados edictos, pues de existir, el expediente se transformaría en contencioso, lo que le haría servir como una especie de procedimiento de provocación o jactancia para dar ocasión a los acreedores a pedir el pago o aseguramiento especial de sus derechos (arts. 405 y 406, concordantes con los 1.082 y 1.083 del Código Civil). Podía la resolución que se dicte contener, si se ha pedido así, las bases de la futura liquidación y división. Y seguiría la escritura pública liquidando la comunidad, si existía, y estableciendo el nuevo régimen matrimonial.

b') Sistema inverso. Otorgamiento de la escritura primero y posterior presentación a la aprobación judicial, a modo de las particiones que la necesitan, conforme al actual artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Podrían también publicarse los edictos para conocimiento de terceros y su personación, si quieren, en el expediente.

c') Coexistentemente con alguno de los medios anteriores o de ambos, si se prefiere, o sustituyéndolos, reemplazar el expediente judicial de la mal llamada jurisdicción voluntaria por un acta notarial de notoriedad.

Conviene recordar que, conforme al párrafo primero del vigente artículo 209 del Reglamento Notarial, «las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios, sobre los cuales pueden ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica».

Aquí el llamado «hecho» (en realidad, finalidad del expediente, que eso son las actas de notoriedad) es comprobar en lo posible el libre consentimiento y la falta de oposición de terceros. Para esto último necesariamente habían de publicarse edictos, con derecho de los acreedores que se opusieron a promover el juicio declarativo que corresponda si no se les paga o afianza el importe de sus créditos. Y admitida la demanda se interrumpiría el acta, pasando lo actuado al Juzgado. Y en cuanto al libre consentimiento de los cónyuges, éstos deberían ratificar separadamente el requerimiento para así manifestar su libre voluntad

y escuchar las advertencias pertinentes, que limpiaría aquélla de error o de dolo (30).

Recaída resolución aprobatoria de la pretensión de los cónyuges promotores se otorgaría la escritura oportuna, liquidando en su caso la comunidad conyugal y estableciendo los pactos de régimen matrimonial ulterior.

No tengo ninguna gana de hacer esta clase de instrumentos (me refiero a las actas), pero me es necesario reconocer que este sistema evitaría dilaciones, gastos y molestias sin cuento y espero que merecería una incondicional y general aprobación de quienes las necesitaran.

d) En todo caso, establecer un registro de capitulaciones matrimoniales con publicidad técnicamente organizada y a cargo de los Registradores de la Propiedad, que desarrollaría un reglamento.

El Registro sería provincial (es mucho crearlo por distritos hipotecarios). Y su sistema análogo al de Registro Mercantil para las sociedades, con un Registro central de tarjetas de los otorgamientos e inscripción de las modificaciones de régimen matrimonial en los Registros provinciales competentes.

Recogerían también ambos, por supuesto, el otorgamiento de capitulaciones primigenias. Y las decisiones judiciales respecto al régimen matrimonial, con posible anotación de las demandas en este sentido.

Sus efectos serían los mismos del Registro Mercantil (arts. 26/29 del

(30) Hay que tener en cuenta que las llamadas "actas" de notoriedad sólo se pueden designar como actas usando términos extranjeros; así, por ejemplo, en Francia se llama *acta* a todo instrumento, al revés que ocurría en nuestra tradición notarial, en que predominaba la palabra "escritura". En otro aspecto hay que reconocer que lleva razón GONZÁLEZ PALOMINO cuando afirma que en estos instrumentos el Notario actúa emitiendo un juicio de valoración de pruebas; que estas actividades no son de "integración de la función" notarial, sino de ampliación clara. Las actas de notoriedad se han puesto (por los Reglamentos notariales) a cargo del Notario por su prestigio indudable, por su eficacia probada, pero no como Notario. Así como las funciones no jurisdiccionales (la llamada jurisdicción voluntaria) atribuidas al Juez se le han conferido por ser Juez, pero no como Juez. (Véase su *Derecho notarial*, pág. 84.) A esto agrego yo que, en interés de los españoles, conviene impulsar y regular debidamente las actas de notoriedad, pero olvidándose de que se les llama actas, pues son expedientes iguales a los que hoy hacen los Juzgados de Primera Instancia. Para completar tal idea estimo necesario que en un futuro próximo se disponga (y en las propugnadas en el texto para cambio de régimen matrimonial, de inmediato) la intervención del Ministerio Fiscal, quien emitirá dictamen al final, con vista de un testimonio que se le enviara, de no hacerlo en el acta original —aún no protocolizada—, y libertad posterior del Notario para resolver lo que estime oportuno, salvo que aquel Ministerio haya interpuesto el juicio declarativo correspondiente, lo que le es bastante fácil. Por supuesto que estos expedientes deben asignarse necesariamente al Notario que corresponda por turno de reparto.

Código de Comercio), oponibilidad a tercero o fe pública negativa (artículo 32 de la Ley Hipotecaria), sin perjuicio de la legitimación registral *prima facie*.

El problema de cuál sea el registro de provincia competente puede resolverse exigiendo que la primera inscripción se realice en el de la capital en cuya demarcación se celebró el matrimonio. Y después, si los interesados quieren, permitirles la traslación al del domicilio del marido.

e) En complemento de todo lo anterior, derogar también los artículos 1.432/3 del Código Civil, para permitir que no sólo por convenio de las partes, sino a petición de cualquier cónyuge, pueda decretarse judicialmente la disolución y liquidación de la comunidad ganancial y su sustitución por el régimen de separación de bienes constante el matrimonio.

La petición habría de fundarse en alguna de las causas de mala administración, despilfarro de bienes o perjuicio al otro cónyuge, que el Juez apreciaría libremente, al contrario que en los expedientes anteriores, en los que el funcionario que los dirigiera, necesariamente habría de dar la aprobación de haber conformidad de los esposos y faltar la oposición de acreedores.

Firme la sentencia, se procedería a inscribir la ejecutoria en el Registro de regímenes matrimoniales, con posterior constancia en el mismo de la liquidación y partición e inscripción específica de los bienes adjudicados a cada esposo en los competentes Registro de la Propiedad.

No toco las legislaciones forales por escarmiento de lo ocurrido cuando la codificación, sólo diré que debería pasar a principio general de orden público la posibilidad del cambio de régimen conyugal; en todo caso, y salvo en Cataluña y Aragón, por su actual sistema de capitulaciones novatorias, sin más trámite previo o posterior, que se acomodara la mutación a las mismas reglas del Código, en cuanto a inscripción.

Por supuesto, que el Registro especial de capitulaciones matrimoniales parece necesario que sea establecido en todas las provincias españolas.

No está de más recordar ahora que la diversidad de regímenes comunes y forales, y el principio de nuestro Derecho común de inmutabilidad del régimen conyugal plantean unos curiosísimos problemas en las regiones de fuero; a más del candente de régimen matrimonial común, por ejemplo, y de régimen sucesorio foral coexistentes (contra lo que protestó hace tiempo PELAYO HORE), el de no saberse a ciencia cierta por dónde se andan los matrimonios en cuanto a régimen de bienes, con complicaciones para los actos de disposición que de ello se derivan. Podría pensarse también que en el Reglamento para implantación del

Registro especial de regímenes matrimoniales se admitiera, como título supletorio, la información *ad perpetuam memoriam* o el acta notarial de notoriedad para inscribir el régimen económico de los matrimonios que no tiene prueba plena.

Estas reformas legislativas, sin nada más extenso, darían solución a la mayoría de los casos al principio enumerados, evitando que las personas queden al margen de la Ley en sus relaciones conyugales de bienes entre sí y con relación a terceros (31).

Esta es la que yo llamo solución de urgencia. Pero como el estado social de nuestro tiempo requiere un remedio más a fondo y la situación de los estudios jurídicos, evidentemente, lo permite (32), hay que pensar en soluciones definitivas al reformarse nuestra legislación matrimonial de bienes. Y este es el objeto del siguiente apartado.

VI

SOLUCION DEFINITIVA. LA TOTAL REFORMA DE NUESTRA LEGISLACION COMUN SOBRE EL REGIMEN MATRIMONIAL DE BIENES

Dictadas en una primera etapa las normas sustitutivas de los artículos 1.315/26 y 1.432/3 actuales y el Reglamento del Registro de regímenes matrimoniales, hay que ir sin prisa, pero sin pausas, a la sustitución de los restantes artículos del título III del libro IV.

(31) Quiero hacer constar que estando en preparación este trabajo llegó a mi conocimiento la opinión de mi distinguido compañero el Notario de Madrid don SANTIAGO PELAYO HORE, que en sentido análogo a la solución de urgencia que aquí propugno se pronunció en la primera de las sesiones celebradas sobre la "Problemática del matrimonio", en el Círculo de Estudios Jurídicos, en Madrid en el pasado año 1972. Habló con meridiana claridad del desfase de nuestras leyes civiles con la realidad en este punto de la necesidad de buscar *soluciones voluntarias* (o convenidas entre los cónyuges) para que éstas y *no las sentencias* sean las que resuelven situaciones tirantes o de fricción en los matrimonios que se están ahora produciendo (a montones, digo yo), y propuso como remedio "que el contrato de capitulaciones matrimoniales puede ser celebrado incluso después de contraído el matrimonio, ya que muchas veces las causas matrimoniales se evitarían si los cónyuges, una vez surgidas las diferencias entre ellos, pudieran pactar libremente la separación de bienes". Hago esta reseña según la referencia periodística que poseo. Por cierto que previamente en la misma sesión don LUIS ZARRALUQUI VILLALBA expuso la tesis ya refutada de crisis del matrimonio admitiendo el divorcio vincular para el matrimonio civil y negándolo para el canónico (junio del 72).

(32) Vuelvo a citar, como muestra de la madurez de nuestros estudios jurídicos en este punto, los trabajos de los señores SAINZ LÓPEZ NEGRETE y FERNÁNDEZ CABAILEIRO.

Claro que todo podría hacerse de una vez. Pero como lo mejor es enemigo de lo bueno, por si acaso la cosa se dilata más de lo necesario y esperado, conviene partir de dos la reforma.

Dícese que está en crisis (primero de los problemas) la jefatura doméstica del marido y que en su lugar ha de regir el principio de la igualdad jurídica de los sexos en el matrimonio. Yo creo que la cosa no es tan grave como parece, pues *velis nolis*, en la sociedad familiar, como en toda sociedad, ha de reconocerse una autoridad que no puede ostentar sino el varón. Le corresponde por naturaleza, según decisión divina (33).

Pase que a la cosa se le llame poder de decisión en los asuntos comunes, pero en el fondo seguirá igual. Porque ni en la época del *pater familias romano*, con sus omnímodos poderes, los esposos los han ejercido, porque no pueden hacerlo, en los términos prescritos en las leyes. Con razón ha dicho MARTÍNEZ SARRIÓN (34) que pobre del marido que tenga que invocar la Ley para apoyar su jefatura doméstica.

Lo que sí es cierto es la influencia del feminismo y su ineludible consecuencia de conceder derechos a la mujer para el justo ejercicio de sus profesiones. Claro que me refiero al feminismo económico (pues este movimiento tiene diversos matices) y no al régimen personal de dirección del matrimonio, que en todo caso ha de dejar a salvo el poder decisorio del varón.

En este terreno económico (y en el político), la Ley española de 22 de julio de 1961 reconoce a la mujer los mismos derechos que al varón, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley (art. 1), habiendo extendido la de 28 de diciembre de 1968 el derecho de la mujer a participar en las mismas condiciones que el hombre en oposiciones, concurso-oposiciones y cualquiera otro sistema de provisión de plazas de la Administración; en los cargos de Magistrado, Juez y Fiscal en la Administración de Justicia, a más de los derechos de ingreso en otros cuerpos.

Por consiguiente, desde que hay mujeres catedráticos, arquitectos, ingenieros, médicos, farmacéuticos, Notarios, Registradores, Abogados, empleadas o meras trabajadoras por cuenta ajena es altamente ridículo e innegablemente perjudicial aplicar los estilos legislativos de la época romana, visigoda o simplemente de principios de la Edad Moderna. Con lo que no quiero significar, y nada más contrario a mis ideas, ningún

(33) Puede leerse en el Génesis, entre los castigos de la mujer por su inducción al pecado original: "Y buscarás con ardor a tu marido, que te dominará" (3, 16).

(34) En su conferencia en la Academia matritense del Notariado, publicada en la revista de *Derecho Notarial*, primer semestre, 1967, págs. 92 y ss.

desprecio al sabio Derecho romano ni a la herencia jurídica hispana; sólo quiero decir que los principios de aquellos ordenamientos hay que desarrollarlos conjugados con las circunstancias sociales de nuestro tiempo.

La dote, los parafernales (en el sentido que diré), la unitaria administración de los gananciales y la propia venia marital son instituciones que hace bastante tiempo han entrado en barrena, como demuestran las consideraciones siguientes:

a) La dote es una antigualla hoy universalmente repudiada.

El Congreso de Mujeres Juristas Italianas, celebrado en Roma en 1963, llegó a la conclusión de que la dote es una institución propia de aquellas civilizaciones que consideran a la mujer como un ser inferior.

Con motivo de la reforma francesa de 1965 se derogó totalmente el régimen dotal, antes regulado por los artículos 1.540 y siguientes del texto antiguo de su Código. Pero antes de ser derogado había dejado de existir en la práctica. Una encuesta realizada dio como resultado que mientras en 1898 aproximadamente diez mil contratantes adoptaron el régimen dotal, en 1962 únicamente veinte lo siguieron (35).

Por lo que respecta a nuestro Derecho común, la dote sólo sirve para ocupar un sitio precioso en el Código y para tormento de opositores.

Ni se hacen escrituras dotales ni se pacta el régimen dotal. Urge, por consiguiente, su derogación (arts. 1.336/80). Si alguien quiere aportar dote o acogerse al régimen dotal podrá hacerlo al amparo de la libertad de estipulación de los capítulos.

b) Los parafernales, etimológicamente, al no existir la dote, resultan un absurdo. Claro que no es la primera vez que la lingüística nos depara esta sorpresa; recordemos el empleo de las palabras caballero sin caballo, subsecretario sin secretario, etc. Además, en cuanto a su propio significado, sabido es que en el Derecho romano los bienes parafernales tenían una significación diferente—patrimonio propio y libre de la mujer casada—, bien distinta de la que durante siglos han marcado y marcarán su carácter en el Derecho de Castilla. Según nuestro régimen actual, al menos en principio, la mujer titular de parafernales es una mera recaudadora de rentas que debe entregar a su marido. Consecuencia: que ella declina de facto la administración en su esposo, sin que exista regla legal (aunque sí confusa jurisprudencia) que regule las consecuencias de aquella conducta.

Por el contrario, en Aragón (con un Derecho de familia innegable-

(35) Así lo dice SAINZ LÓPEZ NEGRETE en su citado artículo, pág. 892.

mente superior al castellano), el artículo 49 del antiguo Apéndice declaraba que en la sociedad conyugal tácita no tenía la mujer manejo de bienes algunos en concepto de parafernales, o sea, que todos eran dotales inestimados. Y hoy, el mismo artículo del Apéndice nuevo, con una regla de lógica jurídica que debiera generalizarse, atribuye al marido la misma administración, mas reconociendo (y aquí está la novedad) a la mujer el derecho de recabarla para sí.

Volviendo al nombre propongo, en vez de hablar de parafernales, se hable sencillamente de bienes privativos de la mujer, en oposición a los bienes comunes e incluso a los privativos del marido. Así se evitarían risibles equivocaciones (36).

c) La unitaria administración de los gananciales (normalmente por el marido) ya ha quedado excluida en sentido amplio—o para actos de disposición—por virtud de la reforma de 1958. Pero las ideas actuales imponen que la esposa administre una determinada masa de bienes de esta clase: los provenientes de su trabajo o industria, de lo que hace tiempo las legislaciones europeas continentales conocen con el nombre de bienes reservados. Pues si la mujer trabaja y gana, ¿qué menos ha de permitírsele que administrar el fruto de su trabajo?

d) La licencia marital (como tal, o sea, como necesario asentimiento del esposo a la enajenación de bienes propios de la mujer) ha desaparecido en casi todas las legislaciones europeas.

Y es patente el cambio de mentalidad a este respecto en nuestra propia vida jurídica. En las pocas capitulaciones matrimoniales que ahora se hacen, generalmente pactando la separación de bienes, se conviene hoy, sin escándalo de nadie, que cada cónyuge administrará y dispondrá de sus bienes privativos con la más absoluta libertad sin necesitar licencia ni consentimiento de su consorte.

Esto hace treinta años nada más era presentado por los tratadistas como un pacto de los prohibidos en el artículo 1.316, por resultar depresivo a la autoridad del varón. Y hoy tales capitulaciones se admiten sin reparo alguno en Notarías, Registros y oficinas públicas y hasta en los Juzgados y Tribunales de cualquier grado y jurisdicción.

Si la venia marital controla la actividad femenina por aquello de que los frutos, rentas y rendimientos de su trabajo son gananciales, por

(36) Hace ya mucho tiempo supe que en un cuaderno particional se hablaba primeramente de "Bienes parafernales de la mujer"; en la base siguiente, de "Bienes parafernales del marido". Y un Letrado, presente en la conversación, propuso chuscamente que se añadiera otra sobre "Bienes parafernales de los niños". Por supuesto que el cuaderno de marras no había sido redactado por Notario.

razón de simetría (según CARNELUTTI, argumento jurídico) habríamos de dar a la esposa el mismo control respecto a iguales ingresos del marido. Y ante este resultado es mejor concluir con MARTÍNEZ SARRIÓN, que por otro argumento llega a la misma consecuencia, que es preferible suprimir la venia (37).

Los abusos dispositivos, en su caso, pueden tener como remedio un recurso judicial o el cambio de régimen matrimonial de bienes, precisamente inspirado en la realización de actos fraudulentos al interés familiar.

Todo sin perjuicio de las correspondientes acciones de nulidad por simulación, generalmente absoluta, que es lo que ocurre en la mayoría de estos supuestos.

Recapitulando la idea inicial habría que cambiar el texto de los artículos 1.387, en concordancia con los 60 y 61; el 995, que podría aplicarse con los efectos del segundo párrafo del artículo en cuestión, en el caso de existir comunidad conyugal, y los 1.053 y número 3.º del 1.263.

Para ello hay que considerar los ejemplos que nos brinda el Derecho de los distintos países europeos continentales. Y no por ser europeos, sino porque, salvo las desviaciones ocasionadas por la admisión desgraciada del divorcio vincular, sigue siendo el mejor del mundo.

Puestos ya a reestructurar enteramente nuestra legislación sobre el régimen económico conyugal hay que ir al sistema de los Códigos y reformas modernas. Desde el BGB, en su primera versión, pasando por el Código suizo, a las últimas Leyes alemana y francesa en esta materia.

Consiste en establecer un sistema de principios sobre los bienes del matrimonio.

Después de permitir la libertad de estipulaciones *a priori* o *a posteriori* de las nupcias, como ha quedado dicho.

Y establecer una regulación legal de los distintos regímenes matrimoniales admitidos para que los contrayentes—en cualquier tiempo, repito—se acojan a ellos, al que más les guste.

Por supuesto que en defecto de pacto regiría un sistema legal supletorio.

(37) Trabajo citado, pág. 207. Su argumento es el siguiente: "No habiendo comunicación alguna respecto a los bienes parafernales, permaneciendo éstos en poder de la mujer, ¿para qué es necesaria la licencia? Se ha desbordado la función marital a bienes que le están sustraídos, sin que pueda esgrimirse seriamente el argumento de que sus frutos están sujetos en último extremo al levantamiento de las cargas del matrimonio. Esto es, como si a todo accionista de una sociedad se le obligase a mantener un capital de reserva por si acaso la sociedad necesitaba emplearlo para evitar caer en quiebra."

Hay que tener en cuenta que los distintos regímenes matrimoniales vigentes en Europa, principalmente en la continental, pese a sus diversos nombres, tienen ciertas notas comunes, produciéndose lo que FERNÁNDEZ CABALEIRO llama fenómeno de interpenetración de los mismos.

Estas notas comunes suelen consistir:

- En permitir la libre actuación de las facultades de cada esposo, por supuesto, en cuanto a sus bienes propios y, además, en cuanto a determinado grupo de los que se consideran comunes, caso que rija el régimen de comunidad.
- En exigir la codisposición o el asentimiento del que no sea titular específico en cuanto a ciertos casos o bienes que cumplen la función de servir de modo inmediato a la vida matrimonial, como el propio hogar, los negocios o empresas de que se sirve la economía doméstica, etc., y que en alguna legislación, la italiana, por su Código de 1942, está prevista la formación de un patrimonio familiar, del que sólo se puede disponer conjuntamente y precediendo, además, autorización judicial, notas éstas que desvirtúan el régimen de separación de bienes existente en aquel país.

En cuanto al régimen legal supletorio hay que decidir si es más conveniente para España elegir entre la comunidad diferida a la disolución del matrimonio o sistema de participación en ganancias, con origen histórico en las legislaciones nórdicas europeas durante la década de los años veinte de este siglo, consagrado últimamente por la reforma del Código Civil alemán, como cree mi buen amigo BUENAVENTURA CAMY, hoy Registrador de Granada, o bien, como a mí me parece más conforme con nuestra tradición jurídica, mantener como sistema supletorio el de gananciales vigente, de manera similar a lo que se ha hecho en la última reforma francesa para la comunidad de adquisiciones.

Según esto, los sistemas que el Código podría recoger—sin perjuicio de la libertad de pacto en las capitulaciones matrimoniales, siempre que no contradijeran los principios generales de bienes con ocasión del matrimonio—serían los siguientes:

A) *Régimen legal de gananciales*.—En principio, por haberse acreditado su bondad, mantener las líneas generales establecidas en 1958 con la modificación de permitir la existencia de bienes reservados de la mujer—los procedentes de su trabajo o industria, las subrogaciones de los

mismos (que ampliamente se presumirían), el manejo exclusivo de cuentas corrientes y de depósitos de valores a su nombre, todo sin perjuicio de estimar de inmediato los frutos e intereses gananciales—y los bienes mismos de igual calidad a la hora final de la liquidación.

De esta manera resultaría, vigente el régimen ganancial, las siguientes masas de bienes entre los que tienen aquel carácter y los privativos de los esposos:

a) Bienes gananciales de administración y disposición normal, aquella correspondiente al marido y la disposición según el régimen actual para bienes muebles o inmuebles y establecimientos mercantiles.

b) Bienes reservados. De carácter ganancial, procedentes del trabajo o industria de la mujer, subrogaciones de ellos, cuentas corrientes y depósitos de valores a su nombre. La administración correspondería a la mujer; a ella también la disposición de los de carácter mueble, y con el consentimiento de su marido, la de inmuebles y establecimientos mercantiles.

c) Bienes propios o privativos del marido, en que, naturalmente, éste tendría el pleno dominio y la libre disposición.

d) Bienes propios o privativos de la mujer (antiguos parafernales), en las mismas condiciones que los de este género del esposo.

Cada cónyuge tiene obligación de contribuir a los gastos comunes del hogar y familia con los frutos y rentas de sus bienes privativos si no bastaren los de los gananciales.

La administración conferida al marido de los bienes comunes sólo podrían transferirse a la mujer en los casos anormales de ausencia o tutela del esposo.

En los restantes, el derecho de la cónyuge sería pedir las medidas precautorias y seguidamente la disolución de la sociedad conyugal para transformar el régimen matrimonial en de separación de bienes.

Al existir los bienes comunes, que en primera línea responderían de las obligaciones contraídas por cualquiera de los esposos en interés común, presumiéndose que eran tales las que originara el marido, no es preciso en este régimen (y esta es su principal ventaja) imponer la codisposición o asentimiento del que no fuera titular para los actos dispositivos sobre determinados bienes familiares, quiero decir que sirvan a estos fines.

La disolución de la comunidad ganancial llevaría a su partición *in natura* (una vez reintegrados los privativos, en cuanto proceda) salvo con relación a los bienes reservados de la esposa, en que ésta podría

retenerlos pagando la parte correspondiente de su estimación o toda ella, según procediera, en dinero (obligación facultativa) (38).

B) *Régimen de comunidad diferida de ganancias*.—En este sistema cada cónyuge administra y dispone libremente de los bienes que él hubiere hecho ingresar en la comunidad. Esta no surgiría en realidad hasta ocurrir la causa de disolución, y entonces se liquidarían todos los bienes gananciales, previo reintegro de los privativos, formando una masa contable. El titular específico de cada bien podría evitar la partición *in natura* con la misma *facultas solutionis* anteriormente dicha.

Constante la comunidad habría que arbitrar algunas reglas que llevaran a la codisposición o asentimiento concurrente del otro cónyuge—que no fuera el titular—respecto al domicilio conyugal y objetos domésticos y algún otro bien cuyo uso se estime vinculado a los esposos y a sus descendientes. Lo difícil es armonizar estas precauciones con la publicidad registral, lo que acaso pudiera lograrse, a petición conjunta de los esposos, mediante nota marginal que completara la inscripción de adquisición (39).

(38) Por supuesto que, al amparo de la libertad de pacto, pueden convenirse los capítulos que la administración y actos dispositivos sean llevados exclusivamente por el marido (al igual que antes decía el art. 1.413); y también, como permite la reforma francesa, que la administración se lleve en mano común. No veo inconveniente en que se establezca la solidaridad o administración indistinta por cada esposo, siempre quedando a salvo el derecho de impugnación en caso de fraude por el otro cónyuge (como en el 1.413, al final). Lo que considero “depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges”, y en este caso al marido, que siempre será su autoridad visible, es pactar que la unitaria administración de los bienes gananciales y su disposición exclusiva corresponda a la mujer (por supuesto fuera de los casos de tutela y sus análogos).

(39) Aparte de los precedentes nórdicos ya apuntados, insistimos en que la mejor expresión legislativa de este sistema es la reforma alemana llevada a cabo en 1 de julio de 1958, llamándosele “comunidad de ganancias” o “Zugewinnsgemeinschaft”. A este sistema se le hacen los reparos de necesitar una comprobación contable durante su duración, y no quedar nada clara la facultad dispositiva por la posibilidad de impugnación de los actos de ella derivados cuando se dispone por un cónyuge del “conjunto de su patrimonio” sin el asentimiento o ratificación posterior de su consorte, lo que ha llevado a los Tribunales a restringir este derecho de impugnación (cfr. FERNÁNDEZ CABALEIRO, págs. 92 y siguientes, especialmente la 96), y, según mis noticias, a los Notarios a exigir, o por lo menos recomendar, la codisposición, curándose en salud de reclamaciones posteriores. Esto constituye el talón de Aquiles de tal sistema matrimonial.

Por supuesto que por pacto podría ampliarse esta comunidad, o potencial comunidad, a los bienes que ya tuvieran los que se casan y a los adquiridos después por cualquier título. Así resultaría un régimen igual a la comunidad universal holandesa y sustancialmente coincidiría con el sistema de nuestro Fuero del Baylío.

C) *Régimen de separación de bienes*.—Debe regularse quitándole todo rastro de anomalía o castigo (como hoy tiene, según el art. 50). Se aplicará ya cuando se pacte *ab initio*; ya cuando se transforme otro régimen legal o paccionado anterior; ya cuando los Tribunales civiles dispongan, a petición de cualquiera de los cónyuges, por alguna de las razones anteriormente aludidas.

Podría complementarse permitiendo, al igual que el Código italiano, la constitución de un patrimonio familiar, vinculado en escritura pública e inscrita en el Registro con tal carácter. Los bienes que lo integran necesitarían para los actos dispositivos el consentimiento concorde de los esposos, precedido de autorización judicial para las ventas o enajenaciones.

Puede pensarse y decidirse si esta institución del patrimonio familiar (especie de patrimonio especial en pro de los hijos) podrá coexistir de manera independiente con cualquiera de los otros regímenes previstos por la Ley.

En todo caso, concluyendo el capítulo de la reforma, diré que tanto en la primera fase como en la segunda, o en ambas conjuntamente, debe hacerse por el sistema de Ley de Bases, aprobada en las Cortes, y texto articulado posterior redactado por expertos en Derecho privado, ya como se hizo en 1888 (o sea, con posterior aprobación de las mismas Cortes), ya de manera idéntica a como ahora (diciembre de 1972) se intenta reformar el título preliminar del mismo Código. Y ello por la absoluta necesidad de preparación jurídica de quien redacte los artículos, que debe ser una sola persona, para que resulten con estilo aceptable y claridad meridiana, cosa esta casi imposible de conseguir si aparece resultado de enmiendas parlamentarias, que, lógicamente, conduce a antinomias y oscuridades, todo independientemente de las ideas que puedan tenerse sobre la competencia de los órganos estatales en la elaboración de las leyes (38).

Además, conviene seguir este sistema para huir de las alharacas periodísticas, que, a veces, presentan como novedad lo que tiene más de mil años de existencia. Valga, como muestra de esta última afirmación, la disposición contenida en el novísimo artículo 179, restringiendo en el *quantum* la facultad de disposición *mortis causa* del adoptante en pro de los hijos adoptivos, lo cual no es ni más ni menos que un trasunto

He de advertir que el esquema del texto no agota todas las posibilidades de regímenes conyugales de bienes, una vez admitido, como se propugna, el principio general de libertad de pacto en las capitulaciones.

de la Ley *Hac Editali*, establecida por el emperador León (texto del *Codex*, V-9, Ley 6.^a) y concretada por Justiniano en la novela 22.

No somos los hombres, o al menos todos ellos, quienes nos oponemos a la derogación de arcaicos privilegios, que en verdad para poco sirven en la práctica. No está de más recordar que hace más de dos mil años dijo CICERÓN: *Quid possunt leges, sine moribus?*

VII

CONCLUSIONES

No hay precisamente crisis del matrimonio-institución. Así lo decía rotundamente el entonces joven profesor CASTÁN en 1914, añadiendo que sí había una crisis social y, sobre todo, filosófica del matrimonio; en definitiva, no es el matrimonio lo que está en crisis, aclara, sino el pensamiento y la vida, la filosofía y la sociedad, concluyendo: «Es que la generación actual no está a la altura del matrimonio» (41).

Si entonces se decía esto, con lo que ha ocurrido después, es fácil de imaginar lo que hoy puede decirse, y que rotundamente expresado es que en vez de crisis del matrimonio, hay que decir que existe una crisis general de la decencia. Pero esto no debe obstar a que se reforme el régimen matrimonial de bienes de nuestro Derecho común en los sentidos que expuestos quedan, lo que resolvería gran número de casos de discordias conyugales, que no necesitan otra terapéutica que el cambio del sistema de bienes conyugal.

Así no habría necesidad de invocar, nada menos, que el divorcio vincular como remedio a la crisis de la familia y su rara consecuencia, propugnada por quienes, al parecer, se precian de católicos, de negarlo en el matrimonio canónico y permitirlo en el civil por Derecho natural, tan indisoluble como el primero (42).

(41) Obra citada, *La crisis del matrimonio*, pág. 600.

(42) Ciertos genios progresistas ven en los casos de las sentencias canónicas de nulidad, dispensa *super rato* y del privilegio paulino un reconocimiento a la disolubilidad del vínculo.

Y ello supone una gran miopía o una evidente mala fe. Pues en los supuestos de nulidad la sentencia es meramente declarativa (no constitutiva como sería en el divorcio); en los casos de matrimonio rato, conforme a precedentes históricos, se trata de un matrimonio a medias, a más de emplearse la fórmula de "dispensa", que no supone derecho de acción o pretensión preexistente. Y en los

Recapitulando cuanto llevamos dicho, se deduce:

1.º Que en la legalidad vigente de nuestro Derecho común hay casos insolubles especialmente relacionados con las normas actuales sobre el régimen de bienes del matrimonio.

2.º Estos problemas se deben al arcaísmo de nuestras leyes civiles sobre el régimen legal de gananciales y, sobre todo, por razón del principio de inmutabilidad del régimen inicial del matrimonio. La reforma de la regulación legal sobre el llamado contrato de bienes con ocasión del matrimonio es urgente.

3.º La comunidad ganancial es hoy motivo de muchas discordias y en bastantes casos constituye un castigo con frecuencia mayor para el cónyuge inocente que para el culpable.

4.º Las soluciones que propugnamos no contradicen la doctrina canónica por ser meros efectos civiles del matrimonio, por el mismo *Codex juris*, remitidos a la competencia civil.

5.º Como primera medida legislativa se propone la supresión del principio de inmutabilidad de las capitulaciones o regímenes legales a que se acogiera determinado matrimonio. Ya por convenio entre las partes, cuya conveniencia esté previamente comprobada en expediente judicial o acta notarial de notoriedad seguidos de escritura pública; ya por sentencia en juicio seguido a petición de cualquier cónyuge, fundada ésta en alguna causa legal.

Y el establecimiento de un Registro técnico de capitulaciones matrimoniales en las capitales de provincia a cargo de Registradores de la Propiedad, sin perjuicio de la existencia de un Registro central puramente informativo, llevado por tarjetas y referido a los otorgamientos de capitulaciones o actos que afecten al régimen matrimonial de cada esposo, en la Dirección General de los Registros y del Notariado; de modo análogo, en definitiva, al actual Registro General de Sociedades.

6.º A más largo plazo reformar totalmente el régimen de bienes del matrimonio en el Código para sustituirlo por soluciones más técnicas y modernas, con principios generales y regulación de los regímenes que se consideren admisibles.

El legal podría seguir siendo el de gananciales, con reconocimiento de los bienes reservados a la mujer, en análogo sentido al de alguna de las legislaciones europeas más recientes.

del privilegio paulino (fundado en la necesidad de conservar la fe del neófito contra las asechanzas de su consorte infiel) allá los teólogos, pues la cuestión es de teología pura.

En dos palabras, la reforma es urgente y necesaria. Como estamos no se puede seguir.

Y, al menos, la admisión de las capitulaciones matrimoniales post-nupcias, otorgadas las veces que se quieran, debe anteponerse a cualquier otra reforma que en el Código vaya a hacerse.

JOSÉ ESTEPA MOYANO
Notario de Málaga