

# SENTIDO ORIGINARIO Y SIGNIFICADO ACTUAL DEL CAMBIO DE REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL EN DERECHO CIVIL COMUN Y FORAL

José Antonio DORAL

## 1. PLANTEAMIENTO

El tema que me propongo desarrollar en este trabajo —la alteración del régimen de bienes constante matrimonio—, ofrece indiscutible interés actual.

La inminente reforma del artículo 1320 del Código civil presta oportunidad a este estudio, pero no reside ahí todo su interés actual, sino en la incidencia sobre otras cuestiones conexas.

El artículo 1320 del Código civil recogió la prohibición explícita de la alteración *post nuptias* de capitulaciones: «después de celebrado el matrimonio no se podrán alterar las capitulaciones otorgadas antes, ya se trate de bienes presentes, ya de bienes futuros». Precepto que parecía contener el motivo intrínseco —«razón de ley»— en atención al cual se prohíbe la modificación del régimen económico, convencional o legal, después de celebrado el matrimonio.

Los juicios sobre esta regla, la inmutabilidad del régimen matrimonial, son contradictorios<sup>1</sup>. Los dos sistemas opuestos, inmutabilidad

1. De ordinario con la expresión «inmutabilidad» referida al régimen matrimonial se alude a la solución unitaria de tres problemas diferentes, pero relacionados entre sí:

1.º Si el contrato por el que se rige a título principal el estatuto de bienes del matrimonio puede hacerse en cualquier momento.

2.º Si una vez hecho puede modificarse o sustituirse por otro.

3.º Si al régimen legal supletorio es también susceptible de cambio acordado durante el matrimonio. A este tercer aspecto atiendo con preferencia en el presente estudio, por ser el que suscita la mayoría de las cuestiones conexas con el tema: si la inmutabilidad rige en cualquier régimen; si es exterior a él; si la competencia

o plena libertad de pacto, presentan inconvenientes, y se ponen por blanco de todas las críticas al uso abusivo de normas, invocadas en gran número de casos fuera de la finalidad que pretenden satisfacer.

En nuestro Derecho cobra realce su análisis, entre otras, por estas razones:

1.ª) Porque la materia está sometida a un trato jurídico diferente en las «distintas legislaciones civiles que en estos momentos coexisten en España». Publicadas las Compilaciones, una cosa al menos quedó patente, que la regla de inmutabilidad nada tenía que ver con el orden público como parecía indicar la jurisprudencia. El contraste entre los diversos criterios, donde se restringe y donde no se restringe el principio de libertad, se presta al empleo del método de coordinación de soluciones dentro de una misma plataforma nacional.

2.ª) El tema se presenta, de una parte, como ejemplo concreto de la actividad interpretativa en esa zona que el recién estrenado título preliminar del Código civil designa como «investigación integradora», donde se ubica la analogía, en nuestro caso si alcanza o no al cambio de régimen no acordado en capítulos esa «razón de ley» que contiene el artículo 1320. De otra parte, el art. 16, 1 del título preliminar establece la analogía entre los conflictos de leyes originables por la coexistencia en España de distintas legislaciones civiles —semejanza de lo desemejante— con los problemas derivados de la concurrencia internacional de diversos ordenamientos.

3.ª) Porque dicha regla de inmutabilidad del régimen, de estar incorporada a nuestro Derecho, sería fruto de un fenómeno de recepción legislativa que significa un desvío, en ese punto concreto, de nuestra tradición jurídica; acaso por eso nunca fue bien entendido.

Pero si el interés del tema, como acreditan estas razones introductorias, es indudable, su desarrollo minucioso desborda con creces la extensión de un estudio ajustado a los límites de esta Revista. De aquí la inevitable necesidad de seleccionar algunos de sus aspectos, sin desvirtuar ese propósito inicial que presta interés a la fijación del desarrollo del tema.

## 2. EL PROYECTO DE REFORMA

Frente a la «regla de la inmodificabilidad» se proyecta ahora dar paso tanto a la modificación de las capitulaciones matrimoniales como

corresponde a la ley del régimen; si estas reglas en cuanto que protectoras tienden a preservar la situación personal —independencia jurídica de los cónyuges— o están insertas en el estatuto patrimonial. En realidad los intereses personales y los patrimoniales no son de hecho independientes los unos de los otros, como acertadamente indica Wiederkehr. Cfr. G. WIEDERKEHR, *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial* (Paris, 1967), 321.

al régimen económico matrimonial, sin desdoro de la especial protección de los intereses generales y de los intereses de terceros. Es muy significativa la doble referencia por un lado a la modificación de *capítulos* y por otro a la del *régimen* económico:

«La regla de la inmodificabilidad partía probablemente de la idea de que, a través de los pactos postnupciales, pudiera uno de los cónyuges, generalmente la mujer, quedar sometido, en su perjuicio, al influjo psicológico del otro, sin llegar a manifestar su voluntad en condiciones de plena libertad»<sup>2</sup>.

A tal efecto, el contenido del artículo 1320 del Código Civil, de entenderse oportuna su reforma, será éste: «Los cónyuges mayores de edad podrán en todo momento, actuando de común acuerdo, modificar el régimen económico, convencional o legal del matrimonio».

No es mi propósito en este trabajo exponer una opinión crítica del proyectado cambio que, en principio, si tal regla existe más allá de la inalterabilidad de capítulos, me parecería aconsejable y hasta necesaria, por estar en consonancia con las exigencias actuales y acorde con la igualdad jurídica de los cónyuges<sup>3</sup>. Pretendo simplemente en estas páginas proporcionar los datos suficientes para la toma de conciencia del alcance de dicha reforma en ese punto concreto sometido a consideración. Me ceñiré a estos aspectos que entiendo expresivos de la profundidad del tema propuesto:

1.º Cuestión acerca de la extensión de la regla cuyo cambio se pretende.

2.º Incidencia en la disciplina del régimen económico, convencional o legal, del matrimonio.

3.º Comparación entre la «regla» de inmodificabilidad y su aceptación por la práctica.

### 3. LA INALTERABILIDAD EN CAPÍTULOS: LOS TEXTOS ORIGINALES

Bien a las claras se advierte en el artículo 1320 del Código civil su carácter de «ley prohibitiva», que admite, como veremos, excepciones y limitaciones. Lo que en rigor veda es la *sustitución* de un régimen capitular originario o antiguo por un régimen nuevo, prohibición que da su genuino sabor a los textos originales. Dicho criterio corresponde a los corolarios y a la técnica del Código Napoleón, cuyo artículo 1395, referente a las convenciones matrimoniales, prescribía que no pueden recibir cambio alguno después de la celebración del matrimonio, dispo-

2. B. O. Cortes Españolas, 30 de octubre de 1974, n.º 1384, pág. 33730.

3. Resultan hoy más atendibles los argumentos en pro de la derogación. Es frecuente que un cambio de circunstancias aconseje o exija la novación del régimen legal o convencional: una modificación de fortunas; no haber descendencia; circunstancias familiares, etc. Cfr. F. PALAMEDIANO, «La promoción de la mujer casada en la Compilación aragonesa y en el Derecho comparado», en *Estudios de Derecho Civil en honor del prof. Castán*, I (Pamplona 1968), 291, ss.

sición que fue también calificada por la jurisprudencia del país vecino como de orden público<sup>4</sup>.

El artículo 1238 del Proyecto de 1851 recogió esta regla con una especial preocupación por la inmodificabilidad de las capitulaciones: «Las capitulaciones o pactos matrimoniales se deberán hacer antes de celebrarse el matrimonio, so pena de nulidad; pero podrán comprender los bienes que los cónyuges adquieran después de celebrarlo».

El tafallés García Goyena, comentando este precepto, afirma que «tiene por objeto evitar los fraudes que de lo contrario podrían hacerse en perjuicio de tercero», y, con argumentos de mayor plasticidad, añade, que «debe fomentarse la estabilidad de las familias que depende en gran parte de la de los derechos creados a virtud de las capitulaciones matrimoniales»<sup>5</sup>.

El artículo 1336 del Proyecto de Código Civil contiene ya redactada la fórmula legal: «Después de celebrado el matrimonio, no se podrán alterar bajo ningún concepto los contratos otorgados antes en razón de los bienes de propiedad de los cónyuges, ya se trate de bienes de presente, ya de bienes futuros. Artículo concordante con el 1385 del Código italiano, 1395 francés y 174 holandés, referentes, todos ellos, a la modificación de capítulos<sup>6</sup>: contratos otorgados *antes*.

#### 4. RAZONES JUSTIFICATIVAS

Las dos razones invocadas por García Goyena resumen acertadamente el panorama que presenta la prohibición en su época.

Contra esa concepción se invocan ahora otras razones de más peso, desde diversos ángulos: psicológico, económico, social, legislativo.

1.º) Psicológico: en muchos casos, las estipulaciones del contrato de matrimonio pueden haber sido elaboradas bajo una influencia predominante de los padres o parientes. Pero, sobre todo, la experiencia matrimonial da a conocer a los cónyuges los problemas de sus relaciones patrimoniales y la economía del hogar. Entonces sí que pudieran liberarse, dice Palá Mediano, de ciertas influencias y actuar con libertad consciente<sup>6 bis</sup>.

4. Arrêt 24 de marzo de 1903, 2 de marzo de 1925, etc.

5. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (Madrid, 1882), 257. Reimpresión de la edición de Madrid, 1952, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente (Zaragoza, 1974), 666.

6. Cfr. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código civil español* (1882-1888), Madrid 1965, 425.

6 bis. La prohibición, dice Audinet, está dictada en interés de los esposos para salvaguardar su independencia jurídica que, después del matrimonio, tendría el riesgo de no ser completa. Vid. E. AUDINET, *Des Conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage*, en *Recueil des Cours* 40 (1932), 280. En las circunstancias socio-económicas actuales la modificación no se opone a la independencia jurídica.

2.º) Económico-social. Los cambios de orden económico social provocados por dos guerras sucesivas han introducido la inestabilidad en las relaciones de Derecho privado. La permanencia del estatuto matrimonial se concebía bien en una época donde la fortuna podía ofrecer perspectivas de larga duración, pero deviene anacrónica en una época donde la necesidad de adaptarse a circunstancias nuevas puede requerir de los esposos modificar el género de vida o su actividad profesional<sup>7</sup>.

Pero, ante todo, la tendencia actual se corresponde con el cambio de concepción en la actividad de la mujer, con el hecho de que el trabajo es la fuente principal de los gananciales<sup>8</sup>.

3.º) Legislativa. La posibilidad de modificar el régimen económico es, en nuestros días, una de las constantes legislativas, a partir de la legislación alemana y suiza que admitía, ya en la etapa codificadora, la modificación. Esta posibilidad se consideraba, ya entonces, como una perfección respecto del criterio del *Code*, del que el precepto de nuestro Código es tributario. En Derecho internacional privado es también aspiración moderna. En el Congreso latino del notariado se fija la autonomía antes y después de contraído el matrimonio; como dato indicativo la ley nacional del marido y como primer corolario la inmutabilidad, si no es con expresa conformidad de ambos cónyuges del régimen inicial, por circunstancias ulteriores de tipo móvil o transitorio<sup>9</sup>.

##### 5. LA REGLA EN LAS LEGISLACIONES CIVILES EXISTENTES EN ESPAÑA

En España, la Compilación vizcaíno-alavesa adopta el principio de inmutabilidad en toda su extensión: art. 41; la Compilación catalana, art. 7, toma como principio la inmutabilidad, sin impedir la modificación o rescisión por acuerdo y formalizado en escritura pública, art. 9; la Compilación de Baleares nada dice (con lo que parecen aplicables los arts. 1315 y 1320 del Cc.); la Compilación aragonesa recoge el principio de libertad y permite, arts. 26 y 29, modificar el régimen

7. Cfr. PLANIOL y RIPERT: *Traité pratique de Droit civil francais*, 2.ª ed. VIII (París 1957), 145.

8. Las rentas de trabajo adquieren importancia creciente y hacen necesaria una nueva construcción. Tienden a facilitarse negocios por los que los cónyuges establecen las bases, por actos *inter-vivos*, para la hora de la liquidación de la sociedad conyugal; se propugnan soluciones para la partición de los gananciales; se generaliza, para obviar ulteriores dificultades, la adquisición pro indiviso de bienes con anterioridad al matrimonio, etc.

9. Vid. sobre la cuestión, C. RENARD, *Le régime matrimonial de droit commun. Projets belges de réforme et droit compare* (Bruselas 1960), 165 ss. Para un estudio comparativo con países americanos, C. M. VIDAL TAQUINI, *El régimen de bienes en el matrimonio* (Buenos Aires, 1971), 37 ss. *Derecho Civil internacional*, V. II. Derecho de familia, Derecho patrimonial, Derecho sucesorio, obra dirigida por el prof. M. AGUILAR NAVARRO (Madrid, 1973), 175. E. FERNÁNDEZ CABALLEIRO, *El régimen económico matrimonial en Europa* (Madrid, 1969), V. L. SIMO SANTONJA, *Capacidad y regímenes matrimoniales de extranjeros* (Madrid, 1970), 156.

elegido con efecto retroactivo sin perjuicio de tercero; este criterio se mantiene en la Compilación del Derecho privado de Navarra, ley 78<sup>10</sup>.

El cambio ulterior del régimen económico conlleva, en efecto, riesgos de fraude. Pero sería absurdo no dar entrada a una regla o solución nueva sólo por los riesgos a que da lugar. Basta con prevenir y garantizar su adecuada aplicación, introduciendo las medidas pertinentes, vg.: la homologación de un Tribunal que excluya aquellas modificaciones no aconsejadas por el interés familiar; permitir a los acreedores oponerse al fraude, como ocurre, en general, ante todos los actos jurídicos de los esposos; arbitrar nuevas garantías y unas medidas de publicidad; que concurren los posibles perjudicados; acreedores de los esposos, el donante «propter nuptias» a quien el cambio pudiera perjudicar...<sup>10 bis</sup>.

La jurisprudencia, como veremos, se ha mostrado siempre cautelosa ante el temor al fraude de ley, al fraude en perjuicio de terceros, y, con un exceso de rigor, ante el inquietante resorte del «orden público» S.s. de 1 de julio de 1955, 18 de noviembre de 1964. El artículo 1320 era, en consecuencia de lo que antecede, respetado y temido.

## 6. EXTENSIÓN DE LA REGLA

¿Qué alcance tiene la regla de inalterabilidad?, ¿se ciñe a la inalterabilidad de capítulos o se extiende a la inalterabilidad del régimen económico del matrimonio?, ¿qué inmodificabilidad es la que contempla la futura reforma?

La proyectada reforma parece dar por supuesta la regla en toda su extensión: «convencional y legal».

La regla de inalterabilidad, dicen Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, impone a los cónyuges, constante matrimonio, darse otro estatuto que juzguen entonces preferible sustituyendo al —legal o pactado— que gobernaba hasta entonces la economía del hogar. El Código civil, añaden, les condena a vivir siempre bajo el régimen inicial, a menos que sobrevenga, por graves motivos taxativamente enunciados en la ley (y que suponen una perturbación importante en las relaciones conyugales) la separación judicial de bienes (o, acaso, en el supuesto de las capitulaciones condicionales)<sup>11</sup>.

10. Vid. J. NAGORE YARNOZ, «Las capitulaciones matrimoniales», en *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, IV, 505-550, A. CELAYA IBARRA, *Vizcaya y su Fuero Civil* (Pamplona, 1965), 306. J. GASSIOT MAGRET, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña* (Barcelona, 1952), 19 ss. L. FIGA FAURA, *Manual de Derecho civil catalán* (Barcelona, 1961), 318. R. FAUS ESTEVE y F. DE A. CONDOMINES VALLS, *Derecho civil especial de Cataluña* (Barcelona, 1960), 52.

10 bis. Como riesgos previsibles suelen señalarse: perjuicio a las «cargas» de una donación. disminución de garantías para los acreedores, cambio fraudulento, y, a la larga, la pérdida de crédito por los esposos. Vid. G. WIEDERKEHR, *Les changements de régime*, en *Revue. Trim. Droit civil* 57 (1969), 275.

11. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia I* (Barcelona, 1974), 177.

Pero —advierte el profesor Lacruz que una cosa es la regla de *inalterabilidad de capítulos*, que es la que expresamente enuncia el Código civil, y otra la supuesta regla de absoluta *inmutabilidad del régimen económico del matrimonio*, no enunciada expresamente en texto alguno. La inalterabilidad es una regla exclusivamente referida a la extipulación capitular y sólo resulta absoluta a la celebración del matrimonio.

La «razón de ley» —inalterabilidad de capítulos, art. 1320— no alcanza a la inmutabilidad, entiendo porque no constituye su materia y no se da en ella esa razón.

También De la Cámara hace notar que el Código civil no contiene precepto que prohíba en forma terminante y general todas las posibles modificaciones o alteraciones del régimen económico conyugal, y sólo se limita a vedar el otorgamiento o modificación postnupcial de los capítulos<sup>12</sup>.

De seguir esta corriente restrictiva hubiera sido innecesaria la reforma global de una regla sólo parcialmente existente, referida a los capítulos, tan decaídos, por lo demás, en la práctica, acaso por la existencia de dicha prohibición.

¿De dónde deriva la extensión generalizadora?

Veamos separadamente los dos posibles canales (doctrina y jurisprudencia) por donde pudo introducirse una interpretación que iría por derroteros distintos a los que hemos tenido ocasión de exponer en los textos que le sirven de andadera. Cuando se restringe el principio de libertad por reglas particulares que impiden o dejan poco margen a la voluntad de los interesados suele producirse un desajuste entre la regla de derecho, la práctica y las costumbres.

A tal efecto, procede hacer un corte temporal entre la jurisprudencia anterior a la publicación del Código civil (donde tal extensión carecería de sentido) y la jurisprudencia posterior a la publicación del Código, que la introduce como veremos con argumentos más bien «*obiter dicta*», pero, sin duda, reiterados y contundentes.

Para ese examen comparativo podemos fijarnos antes en dos opiniones doctrinales: contemporánea una a la publicación del Código civil y moderna otra, que sugieren, respectivamente, tipos concretos de convenciones prohibidas conforme al artículo 1320.

1) Para apreciar si una convención está o no comprendida en el art. 1320, dice Manresa, hay que atender:

- 1.º A la naturaleza de esta convención (primera regla).
- 2.º A su enlace o relación con las capitulaciones matrimoniales.
- 3.º A si realmente comprende alguna alteración; y a si la ley impone esa alteración en casos especiales.

La ley prohíbe, dice, toda alteración en las capitulaciones matrimoniales, ya se trate de bienes presentes, ya de bienes futuros, después

12. M. DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», en ADC, 22 (1969), 3 ss.

de celebrado el matrimonio. No prohíbe alterar cuanto propiamente no constituya alterar esas capitulaciones<sup>13</sup>. Adviértase su conformidad con el tenor de lo prescrito en el Proyecto de Código Civil.

2) Si la convención se realiza entre los esposos y se refiere al régimen económico, ya en general ya en alguno de los detalles, a los bienes aportados por los cónyuges o a sus derechos sobre ellos, a las relaciones patrimoniales de presente o para lo futuro, es evidente, dice Bonet Ramón, que se trata de una verdadera convención matrimonial que no puede modificar ni alterar lo que la ley considera inmutable<sup>14</sup>.

Como ejemplo de convenciones prohibidas por su naturaleza durante el matrimonio señala: el cambio de régimen durante el matrimonio; la estipulación de que determinados bienes propios de uno de los cónyuges según el primitivo contrato, se consideren comunes, o viceversa, de que lo que debe ser común se considere en privativo; las nuevas donaciones entre los esposos, la reducción o revocación de una donación por cualquiera de ellos; el cambio en la naturaleza de los bienes aportados, considerando como parafernales los dotales, o al contrario; la renuncia o abdicación de derechos estipulados para el presente o para el porvenir, ya limitadamente a una cantidad o a un derecho, como el usufructo, los intereses, etc.; el cambio en el modo de liquidar la sociedad conyugal; la declaración de inalienabilidad de los bienes dotales si no fue expresamente estipulada con anterioridad, etc., «son todas convenciones prohibidas por su propia naturaleza durante el matrimonio».

He aquí las dos opciones doctrinales en torno al problema: que la regla se ciñe sólo a la alteración *post nupcias* de capítulos, criterio mantenido por Manresa, testigo cualificado de la «mens legislatoris», o se extiende a cuantas convenciones «alteren directa o indirectamente el régimen patrimonial», criterio a que parece inclinarse Bonet Ramón con reconocida autoridad como prestigioso tratadista y magistrado.

Conviene reparar en que, si la regla es extensa, si no se restringe, son muchas las convenciones afectadas y, por tanto, la entidad de la reforma que ahora se proyecta. Baste, a título de ejemplo, señalar algunas de las más afectadas.

## 7. INCIDENCIA DE LA REGLA EN LA DISCIPLINA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO

Considerada como regla general de ámbito extenso, comprensiva tanto de la alteración de capítulos como de la alteración del régimen, la proyectada reforma afectaría sustancialmente a muchas disposiciones esparcidas a lo largo del articulado del Código Civil. Entre otras, la doctrina entiende como materias conexas con dicha regla:

13. J. M. MANRESA, *Comentarios al Código Civil español IX* (Madrid, 1904), 162-163.

14. F. BONET RAMÓN, *Comentarios a la S. de 31 de octubre de 1949*, en R.D.P. (1949), 108.

1.º No puede disolverse la comunidad por la sola voluntad de los esposos. Aunque, en rigor, más que en la regla de inalterabilidad se basa dicha prohibición en que «antes de la disolución no hay ganancias». La S. de 4 de marzo de 1867, anterior al Código, así lo acredita al declarar que los bienes que deben considerarse gananciales se refieren a la época de disolución del matrimonio, como «la única en que procede hacer liquidación de ellos y de los peculiares a cada uno de los cónyuges». Ha de desecharse por su inhabilidad una vieja máxima —«uxor non est socia sed speratur fore»—, que permitió sostener a los antiguos intérpretes que durante el matrimonio la comunidad es «propiedad» del marido.

2.º Se opone a las reglas de la accesión y explica que lo que se incorpora a un inmueble no deviene propio sino ganancial, art. 1404. El párrafo 2.º de este artículo contiene una regla especial que es, a su vez, norma de excepción en que se invierten totalmente los principios generales de la accesión (Res. 19 de mayo de 1952) respecto a los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio.

En rigor, se trata más bien de la aplicación, de dudosa consistencia actual, de una vieja presunción de liberalidad inherente al hecho de edificar —*donare videtur*—; manifestación, por lo tanto, indirecta de la regla que prohíbe las donaciones entre cónyuges. Es dicha regla prohibitiva la que impone una excepción a otra regla general: «*res crescit domino*»<sup>15</sup>. No faltan autores, como De Diego, que piensan, siguiendo una opinión de García Goyena, en un especial supuesto de expropiación establecido por interés público para promover la edificación.

3.º La inalterabilidad, se dice también, impide la renuncia a la sociedad de gananciales. La mujer sólo puede despojarse por su renuncia de todos los eventuales derechos sobre el activo, exonerándose de las deudas que le incumben por el todo al marido, pero esa renuncia no equivale a la resolución de la comunidad. Los preceptos legales sobre los efectos de la renuncia no son de orden público y pueden ser modificados en capítulos.

4.º La cuestión acerca de si por voluntad de los cónyuges puede disolverse la comunidad de gananciales, se decide negativamente basándose también en la repetida regla. La letra de los textos del Código, dice De Diego, es opuesta y con la afirmativa parece que se vendría abajo un «dogma fundamental de la organización económica del matrimonio», el de la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales después de contraído el consorcio<sup>16</sup>.

15. La Ley 84 del Fuero Nuevo o Compilación del Derecho privado foral de Navarra considera como privativos de cada cónyuge los edificios construidos en suelo de uno de los cónyuges.

La razón práctica que adujo el legislador del Código Civil, según acredita García Goyena, era la de servir la norma al «fomento de las edificaciones».

16. F. CLEMENTE DE DIEGO, «Disolución de la sociedad de gananciales», en R.D.P. (1924), 343.

## 8. AUSENCIA DE JUSTIFICACIÓN

Extender la regla más allá de la inalterabilidad de capítulos resulta desconcertante. Cierto, dice De Diego, sin acertar a explicarse el porqué de la supuesta regla, que la sociedad conyugal tiene mucho de predefinida en razón de su naturaleza específica, y que el contrato o pacto nupcial ofrece de particular.

En efecto, comparado con los otros contratos, resulta que no sólo afecta a los contratantes, sino a otros muchos que en él toman parte, como la descendencia, y principalmente los terceros que pueden contratar con los cónyuges. Pero ha de tenerse presente que a la voluntad particular de los contrayentes se reconoce algún influjo en la constitución económica del consorcio, por el principio de libertad consignado en el artículo 1315 y la declaración del 1432, y bien que se la restrinja en cuanto atañe al comienzo de la sociedad, por la prohibición de pacto en contrario establecido en el artículo 1393<sup>17</sup>.

Por eso, una norma prohibitiva y de carácter tan excepcional «non est producendum ad consequentias».

En términos de Derecho constituyente, dice De Diego, no se explica por qué no ha de permitirse la modificación de los pactos nupciales, cuando sea conveniente a los intereses de familia, ni se alcanza tampoco por qué a la sociedad conyugal no le ha de ser lícito, como a las restantes sociedades, guardadas con las debidas solemnidades y exigencias, introducir esa alteración en su estatuto y régimen de vida.

Argumentación que me parece impecable; en efecto, si no hay ley que expresamente se refiera al supuesto no se ve por qué la «razón semejante» en que fundar la analogía ha de encontrarse en un precepto especial, artículo 1320, relativo a los capítulos matrimoniales y no en el general artículo 1395: «la sociedad de gananciales se regirá por las reglas del contrato de sociedad en todo aquello en que no se oponga a lo expresamente determinado por este capítulo», es decir, por el capítulo V relativo a la sociedad de gananciales. Este precepto sí que contiene un principio general a que remontarse para descender de esa cumbre al supuesto no previsto, a modo de una analogía legal que se basa en la «razón de semejanza» —no «*identidad*»— con la sociedad.

Razón de semejanza, digo, que no de identidad. Porque en la «sociedad de gananciales» faltan los elementos característicos del contrato de sociedad<sup>17 bis</sup>, que, conforme a la S. de 8 de diciembre de 1959 son:

- 1.º «Unidad de negocio»;
- 2.º «que los socios no conservan su individualidad en el interior de sus relaciones».

17. F. CLEMENTE DE DIEGO, «Disolución de la sociedad de gananciales», en R.D.P. (1924), 343.

17 bis. Sobre la cuestión, J. CARBONNIER, *Le Régime matrimonial, su nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, ed. Delmas, 1932. H. FENAUX, «Le changement de régime matrimonial», en *Revue. Trim. Droit civil* 55 (1967), 579.

La sociedad de gananciales pudo entenderse como «personalidad nueva y distinta» de la que en el plano individual corresponde a los cónyuges por emplear, en expresión equívoca, un término que, sin duda, connota una realidad: el hecho de que el régimen de bienes es una realidad subsistente sobre la naturaleza del matrimonio.

Se subraya así la existencia de dos órdenes superpuestos:

1.º) El de la autonomía privada, esa esfera patrimonial correlativa al interés particular de cada uno de los cónyuges, con aquellos principios que le sirven de escolta, buena fe, etc.

2.º) El interés superior de la familia, interés familiar, que constituye el resorte actual, a mi entender, del orden público que presta unidad sustancial a la diversidad de sistemas existente en España<sup>18</sup>.

Por lo tanto, «razones de semejanza» no de «identidad», precisamente al tratarse de una institución de Derecho de familia, que «impone su sello peculiar no sólo a las personales sino a las relaciones patrimoniales», S. de 17 de abril de 1967.

La familia como grupo social rebasa la simple cotitularidad de tipo individualista; tal dispositivo de protección de un interés familiar diferencia también la sociedad de gananciales de una comunidad de bienes. Pero son aquellos principios de autonomía, buena fe, quienes imponen la imperiosa necesidad de no admitir otros cambios de régimen que los que se hacen en interés de la familia.

## 9. JURISPRUDENCIA ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL

Es regla general en el Derecho histórico, con anterioridad al Código Civil, la vertida en el apotegma «quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est», de que son excepciones los pactos que sean un obstáculo a las formas del matrimonio.

De aquí la clasificación de los pactos en dos grandes categorías:

1. Pactos lícitos, que deben cumplirse siempre.
2. Pactos ilícitos, que se tienen por no puestos.

El matrimonio en cuanto se refiere a los bienes, «se rige por las leyes civiles y se sujeta en muchos puntos a las reglas y principios generales de la contratación»<sup>19</sup>.

Y uno de esos principios señeros de nuestro Derecho histórico, tan proclive al espiritualismo, es el de libertad de estipulación.

Es mera consecuencia la libertad de alterar *post nupcias* el régimen de bienes. Veamos, a título de ejemplo, algunos pactos admitidos como válidos con anterioridad a la publicación del Código Civil, cuya validez

18. J. A. DORAL, «El fraude y la defensa del interés familiar», en R.D.P. (1974), 576.

19. Cfr. M. NAVARRO AMANDI, *Código Civil* (Madrid, 1880), 128.

no ha sido contradicha por la jurisprudencia moderna, pese a la formulación legal de la regla.

1. *Relativos a los bienes parafernales*, aquellos bienes que la mujer posee sin formar parte de la dote, es decir, *además* de la dote. La S. de 6 de julio de 1877 recoge el criterio de que «las afirmaciones del marido no pueden perjudicar a tercero», introduciendo el distinto trato «inter-partes» y «erga omnes».

La presunción de ganancialidad, los bienes de los cónyuges se presumen comunes mientras no se pruebe lo contrario, ley 2 y 4, tít. IV, libro X Nov. Rec., es ya una presunción consolidada y de aplicación reiterada en la jurisprudencia, S. 29 de enero de 1874: «cada cónyuge se tendrá por dueño de aquello que justifique pertenencia».

La jurisprudencia más reciente emplea la presunción como resorte frente al peligro de que con la sola voluntad de uno de los cónyuges queden alterados los derechos de la sociedad conyugal, aquellos que en la sociedad conyugal les corresponden o los que se atribuirían a sus herederos en el momento de la disolución del matrimonio. Tales manifestaciones pudieran encubrir, además en determinados casos donaciones entre cónyuges durante el matrimonio, prohibidas por el art. 1334 del Código Civil.

No obstante, esa influencia de la regla de inmutabilidad, se reduce a un ámbito propio, se reconoce, mejor, un doble ámbito a los pactos o declaraciones sobre bienes: el de los otorgantes, regido por el principio de los actos propios, y el de los terceros: no es lo mismo discutir, vg. la eficacia de la confesión extrajudicial del marido con respecto a la proceencia del dinero, cuando a ella se opone un tercero que puede resultar perjudicado por un concierto doloso entre los cónyuges que cuando éstos convienen entre sí los bienes que pertenecen a uno y otro de los esposos. S. de 2 de febrero de 1951, que enlaza con la antes citada S. de 6 de julio de 1877.

Los pactos y las estipulaciones acerca de los *bienes* no afectan inevitablemente al *régimen* y son válidos y eficaces cuando sirven de manera inmediata a los fines del matrimonio sin perjuicio de tercero.

## 2. *Pactos relativos a la dote.*

La dote no puede prometerse para después de la disolución del matrimonio, porque *entonces* no puede dedicarse a sobrellevar las cargas de la familia.

Pero la constitución de la dote está sujeta a las reglas generales de la contratación: condiciones, plazos, gravámenes, pactos y puede hacerse antes de la celebración o después. En orden a la hipoteca, si el marido carece de bienes hipotecables no produce efectos hasta que se constituye, ni perjudica a terceros mientras no se inscriba, y debe constituirse tan luego como adquiera bienes. Dicha constitución implica un acto de disposición posterior a la celebración del matrimonio exigible

como un derecho de la mujer a la garantía. En general, las cláusulas de inalienabilidad tienen carácter restrictivo, como opuestas al principio de libertad del dominio.

### 3. *Pactos relativos a los gananciales*

Gran parte de los problemas que se plantea la doctrina y la jurisprudencia posterior a la publicación del Código Civil están resueltos con anterioridad a la formulación legal de la regla.

Como convenio no válido, declara la S. de 11 de enero de 1859 aquel que durante el matrimonio marido y mujer se adjudican en dominio los bienes de la sociedad conyugal. Dicha tendencia a formas de cotitularidad relativa a bienes concretos es, como puede advertirse, antigua.

Otros problemas que permanecen son los de renuncia durante el matrimonio y los pactos de continuación. Continúa una sociedad *muy semejante* a la legal (Febrero):

- 1.º) si se pactó en los contratos nupciales;
- 2.º) si se guarda así por fuero y costumbre;
- 3.º) si todos los bienes relictos fueren gananciales;
- 4.º) cuando la hacienda está *pro indiviso*, los interesados viven juntos de los productos del caudal, sin llevar cuenta ni razón.

En la fase que podemos calificar de *liquidación* se amplía el ámbito de autonomía, y, en nuestro tiempo, tales pactos adoptan multitud de formas admitidas por la jurisprudencia: constitución de sociedades familiares con designio de vinculación de los bienes a una familia; pactos de sobrevivencia; donaciones con cláusula de reserva; actos dispositivos con reserva de usufructo o nuda propiedad que favorecen al cónyuge del disponente, etc. La regla de la inmodificabilidad no alcanza a estos pactos: el cambio en el modo de liquidar la sociedad no es convención prohibida. S. de 31 de octubre de 1949; la venta de origen ganancial otorgada por el marido después de disuelta la sociedad conyugal y antes de la liquidación es inscribible, S. de 27 de mayo de 1957, etc.

La «fase de liquidación» viene a significar ahora el momento de la efectiva ordenación del patrimonio familiar, y no hay precepto que prohíba la previsible liquidación antes de la muerte de uno de los cónyuges. Esa supuesta prohibición de convenios sobre la liquidación descansaba en el principio de inmutabilidad, entendido en ese ámbito extenso que no es el propio<sup>20</sup>.

20. Sobre negocios *inter-vivos* tendentes a establecer las bases que en su día puedan servir para la liquidación de la sociedad conyugal. Vid. F. J. MONEDERO GIL, «La partición practicada por el testador», en *Pretor* 1973, pág. 515 ss.

## 10. JURISPRUDENCIA POSTERIOR AL CÓDIGO CIVIL: LA LIBERTAD DE PACTAR Y SUS LÍMITES

### a) Función normativa.

Se ha dicho que las funciones de la interpretación son dos, la una «reconocitiva» y la otra «normativa», consistente esta última en indagar lo que Betti llamaba «la máxima de la decisión»<sup>21</sup>.

Y así, en nuestro caso, aunque la *función reconocitiva* ciña la regla a la inmodificabilidad de capítulos, la *función normativa* pudiera ser más amplia, de haberse empleado como máxima de decisión. A través de esa función normativa el Tribunal Supremo habría *creado* una regla más completa, aderezada y compuesta basándose en la razón de semejanza. A fin de cuentas, el régimen legal no es otra cosa que un régimen voluntario presunto, unas capitulaciones cuyas cláusulas se llenan implícitamente con lo dispuesto en la ley, por lo que alcanza el motivo intrínseco en atención al cual se prohíbe la modificación, cualquiera que sea, por simple voluntad de los interesados.

Pero más bien, a mi entender, la analogía, que es diferente de la interpretación (a la que presupone ya realizada), nos conduce, en el ámbito del Código, a la regla contraria; a la modificación, a la alteración de los estatutos con el mudar del régimen de vida. La norma de que habrían de extraerse los principios para establecer la analogía —razón de ley— no es el art. 1320, no aplicable a la mutación del régimen sin capitulación previa. Más aún, dicha regla no contempla el supuesto porque lo excluye. En nuestro caso existen normas que permiten pensar en una «analogía legal», como el indicado art. 1395 del Código civil; y, al no estar expresamente determinado el régimen de modificación por acuerdo de ambos cónyuges, se aplicarán *por analogía* los principios que rigen la materia en las sociedades, o, si se quiere, «las reglas y principios generales de la contratación».

No obstante, como veremos a continuación, una lectura atenta de la jurisprudencia parece confirmar la tesis —«analogía judicial»— de tomar como base el principio a que corresponde el art. 1320 y, en tal caso, la extensión a cualquier modificación de un régimen, voluntario o legal preexistente, resultaría comprendida. La regla de absoluta inmutabilidad del régimen económico del matrimonio al no estar enunciada expresamente no sería, valga la expresión, «derecho positivo», pero, al recogerla la jurisprudencia por aplicación analógica —sin duda con error—, sería «derecho vigente»; encuadrada, eso sí, en el ordenamiento de que el art. 1320 es parte integrante (el Código civil) y en el que tienen que servir las normas a las exigencias actuales (elaboración normativa).

21. Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria Generale e Dogmatica* (Milán, 1949), 40.

b) *Elemento para reconstruir su ensamblaje.*

La S. de 21 de febrero de 1900 lamenta, en uno de los considerandos, la rigidez del Código civil en cuanto a la inmutabilidad de las estipulaciones matrimoniales, tolerando, a pesar de todo, aquellos convenios entre marido y mujer que no afectan al régimen de la sociedad y se limitan a facilitar su funcionamiento. Dicha sentencia aplica correctamente la regla de inmodificabilidad de capítulos, si bien expresa el remilgo de su eventual extensión.

La S. de 19 de diciembre de 1932 declara la nulidad en base a la prohibición del art. 1320. A la aludida regla se refiere también la S. de 31 de octubre de 1949, comentada por Bonet Ramón. Dicha sentencia se ciñe a la cuestión acerca de si resultan o no modificadas unas capitulaciones con motivo de alteraciones introducidas por documento privado en una donación por razón de matrimonio, variando las condiciones estipuladas en escritura pública con anterioridad a la celebración del matrimonio. La sentencia declara que se ha producido un cambio de régimen por ser la donación en el caso controvertido el acto principal sobre que se asienta el régimen establecido en las capitulaciones.

La aplicación de la regla es, por lo tanto, correcta, centrandó la cuestión controvertida en si lo que se pretende es un cambio de *régimen* (normas) o si, más bien, sólo se ha producido una alteración en *lo regido* (actos).

Una sentencia de 20 de mayo de 1965 recoge la regla en toda su amplitud, invocando otra sentencia anterior de 22 de diciembre de 1944 y la recoge como regla de «inalterabilidad e irrenunciabilidad», deducida mediante interpretación sistemática, arts. 1315, 1316, 1319, 1320, 1394, etcétera; dicha sentencia señala como prohibiciones la transmisión abierta o encubierta de bienes de uno a otro y alterar la pertenencia de los bienes propios. La repetida sentencia está dictada con motivo de unas operaciones particionales realizadas por los cónyuges que acuerdan considerar como comunes todos los bienes, incluyendo los propios del marido y de la mujer como base de la partición. La cuestión debatida aquí es indagar si ese acuerdo presupone o no una mutación en el régimen de la sociedad de gananciales; la plena comunidad de bienes no había sido estipulada previamente en capítulos.

Una de las sentencias más traídas y llevadas por la doctrina en torno al tema aquí tratado es la S. de 18 de noviembre de 1964. La cuestión principal en dicha sentencia afrontada es ésta: ¿qué valor cabe acordar a la participación en concepto de otorgantes en capitulaciones en virtud de las cuales optan por la separación de bienes en lugar de la sociedad de gananciales a que venían sometidos? En uno de los considerandos (considerando 2.º) se invoca el orden público: iría contra la limitación del art. 1255 del Cc. como contraria al orden público. Como «fundamentos de derecho» emplea una profusión de datos de distinto valor normativo: el art. 1320 del Código Civil; la ye 24, título XI, de la Partida 4.ª; el art. 13 del Código de la Zona española de Marruecos (el cambio de nacionalidad de los cónyuges no influye en el régimen patrimonial de su matrimonio); el párrafo 2.º, art. 2.º de la Conven-

ción de La Haya de 17 de julio de 1905; la S. de 6 de julio de 1954 (Tribunal Administrativo Central) y la acogida por el T. S., Sala Civil, de 29 de octubre de 1955; el art. 1407 Cc, «que prohíbe la disolución de gananciales por mutuo acuerdo». Todo este aparato argumental trata, en el caso concreto, de remediar las consecuencias de un acto hecho para defraudar a la mujer, eludir la obligación de pagar alimentos que, a mi ver, tendría protección autónoma, ¿cabe proteger a la mujer como si se tratase de un tercero? A mi juicio, bastaría con decir que se trata de un acto o contrato en perjuicio de tercero, sin necesidad de forzar todo un esquema normativo.

## 11. EL EMPLEO DE LA ANALOGÍA

Sigamos, a título de ejemplo, la línea argumental —«obiter dicta»— de la S. de 22 de diciembre de 1944, ya referida. La cuestión controvertida en dicha sentencia se concreta en determinar si deben ser reembolsadas a la comunidad al tiempo de la liquidación de parte correspondiente a las primas pagadas con cargo al fondo común en un seguro de vida, contratado por los dos esposos conjuntamente en provecho del que sobreviviera. La sentencia decide la cuestión de modo afirmativo.

La motivación de la sentencia se apoya en estos razonamientos, de deficiente «lógica jurídica».

1.º) A falta de capitulaciones matrimoniales, régimen matrimonial es la sociedad de gananciales, régimen «en gran parte dominado por normas de derecho imperativo que permiten escaso margen a la autonomía de la voluntad». Como manifestaciones de dicho carácter imperativo alude a la restricción de la contratación entre marido y mujer, y al carácter «inalterable de irrenunciable» después de la celebración del matrimonio del régimen patrimonial: arts. 1320, 1394, 1418 del Cc.

2.º) Por «derivación de las referidas normas», concluye el deber de reembolsar a la comunidad las primas, evitándose así «un posible abuso en la facultad de disposición de los gananciales» por medios indirectos: seguro, renta vitalicia.

3.º) Señala el temor de que a través de estos «negocios indirectos» se permitiere la «institución mutua de herederos».

Claramente se advierte la necesidad de distinguir entre *actos, normas y bienes*, que aparecen encerrados en sus correspondientes categorías lógicas: «contratación», «régimen», «patrimonio» y, de ese modo, se obtiene la aplicación por «derivación» de unos principios normativos que no corresponden a la realidad concreta. En efecto, el «abuso de la facultad de disponer», la eventual «institución recíproca», permiten un fraude o lo suponen; pero el fraude cuenta con dispositivos propios, entre otros, no impedir la aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. En nuestro caso —no sin formar la interpretación— la prohibición de donar o de contratar entre cónyuges en nada roza con la

inmutabilidad del régimen, puesto que, al disolverse el matrimonio, no rige dicha regla, ni siquiera referida a la alteración de capítulos. De otra parte, son actos onerosos cuya causa no es la *causa donandi*, sino el establecimiento de una razonable previsión destinada a las cargas matrimoniales en el momento en que se produzca el óbito de uno de los esposos.

## 12. MUTACIÓN DE LA LEY PERSONAL E INMUTABILIDAD DEL RÉGIMEN

Determinada la ley competente la autonomía de la voluntad sólo alcanza su dominio entre los límites que ésta permite<sup>21 bis</sup>.

Especial interés ofrecen dos sentencias relativas al cambio de ley personal «conflicto móvil», en orden al régimen económico.

A la S. de 18 de noviembre de 1964, nos hemos referido anteriormente. ón el caso concreto que motiva dicha sentencia, ambos contrayentes estaban sometidos a la legislación común. El esposo adquiere la vecindad foral de Cataluña, motivo determinante de la cuestión sobre la posibilidad legal de alterar el régimen de la sociedad de gananciales.

Entre los argumentos, *orbiter dicta*, figura también el de analogía: la extensión analógica del art. 1320 del Código civil: «cuyo precepto ha de producir idéntico efecto a quienes no habían otorgado dichas capitulaciones con anterioridad a la celebración del matrimonio», y aplica, por el argumento *a fortiori*, la disposición transitoria primera respecto a los conflictos de leyes intertemporales, que «con mayor razón ha de entenderse aplicable a los interregionales».

Declarada aplicable la norma, el desconocerla implicaría incurrir en fraude legal.

Otra sentencia de singular interés al respecto es la S. de 14 de diciembre de 1967, en que el Supremo atribuye un significado jurídico exagerado al hecho de haber otorgado una escritura los contrayentes «que entenderán hallarse sometidos al régimen de gananciales». Con más de 10 años de residencia en Cataluña y al adquirir la nacionalidad española, se plantea el problema de si ésta produce o no el doble efecto, reconocido hoy por el título preliminar, art. 15, 1: «la adquisición de la nacionalidad española lleva aparejada la vecindad civil», común o foral, adquiriendo esta última si el extranjero residiere en un territorio foral durante el tiempo necesario para ganarla y en el expediente de nacionalidad hubiere optado por esa vecindad foral o especial.

En la referida sentencia concede valor al «ánimo» como señales claras contrarias a la adquisición de la vecindad civil catalana favorables a la común por deducirlo de la existencia de dicha escritura. Pero, en el fondo, esas razones disimulan el tema de la inmutabilidad del régimen,

21 bis. Cfr. M. BATLLE VÁZQUEZ, «Sobre la determinación del régimen matrimonial de bienes en caso de diversa regionalidad de los esposos», en R.D.P. (1932), 252.

que no se opone por cierto a que los cónyuges adquieran otra vecindad durante el matrimonio. La declaración de estar sometidos al régimen de gananciales carece de virtualidad en orden a impedir la adquisición por residencia de la vecindad, en este caso catalana, aunque no lo entendiera así la sentencia aludida.

### 13. APRECIACIONES CRÍTICAS

Ese gran jurista que fue Palá Mediano, nos advirtió de los inconvenientes de incorporar precipitadamente a nuestro Derecho las fórmulas que nos ofrecen los ordenamientos de otros países.

A la sazón, antes de incorporar la «regla contraria» a la inmutabilidad, por el mero hecho de estar admitida en los ordenamientos extranjeros e, incluso, en otros sistemas españoles que componen esa rica «variedad de Derechos regionales integrados dentro de una perfecta unidad política nacional», es conveniente preguntarse si existe o no en toda su extensión en los territorios del Código civil aquella regla que se pretende sustituir.

En cualquier caso, no quedan claros los límites de la regla propuesta, porque tampoco lo están en el sistema del Código los perfiles que permitan deslindar lo que propiamente constituyen *normas* (régimen) y lo que son simples *actos* (regido).

De aquí, a mi modo de ver, la importancia de precisar:

1.º ¿a qué se llama «régimen» en el Código civil?, esto es, ¿cuándo el régimen deja de ser el inicial para ser sustituido por uno nuevo?<sup>22</sup>;

2.º ¿qué pactos afectan al régimen y qué otros no lo afectan?;

3.º ¿qué principios recortan el juego de la autonomía? Entiendo como un acierto legislativo indudable la formulación explícita del interés familiar, que encuadra con nuestra tradición jurídica: «mantener e guardar el matrimonio bien e lealmente». La norma ahora propuesta enlazaría así con su sentido originario, con el espíritu de su primitiva formulación, antes de su desvío por la influencia francesa.

### 14. LA REGLA EN LA SEPARACIÓN ACORDADA O CONVENCIONAL

Entre las razones que se invocan en pro de la derogación de la regla, figura la oportunidad de dar un cauce jurídico a esos supuestos, no infrecuentes en el momento actual, de separación de vida. Parece conveniente regular los límites de estatutos sobre bienes acomodados al nuvo «modus vivendi», acuerdos que arbitren medidas protectoras de auténticos deberes: educación de los hijos, alimentos, cargas, que el

22. Sobre los posibles sentidos de la expresión «régimen matrimonial». Vid. G. WIEDERKEHR, *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial*, pág. 141.

matrimonio origina, sin obstaculizar, por prejuicios dogmáticos, su cumplimiento cuando los cónyuges no traten de eludirlas.

La cuestión se propone con todo su vigor, precisamente en uno de estos casos de separación acordada de los cónyuges, en S. de 30 de junio de 1948. En el caso concreto, el marido, avecindado en Cuba, otorga licencia a la mujer para administrar los bienes propios, dotales y parafernales, que entonces tenía o que adquiriese en el futuro; licencia general para vender, permutar, sin restricción ni limitación. Los herederos, proclama dicha sentencia, están obligados a respetar el acto de consentimiento prestado por el marido: carece de transcendencia si constituye o no una verdadera donación entre cónyuges, art. 1334 del Código civil, y una convención por la que los bienes que debían ser comunes se convirtieron en privativos, prohibida, declara esa sentencia, por el art. 1320.

Como puede advertirse, pese a la declaración —*obiter dicta*— el Tribunal acaba por dar aplicación preferente al principio general de respetar los actos propios, que la jurisprudencia toma en consideración de mood particular en los supuestos en que a esas circunstancias familiares acompaña el hecho de no aparecer ningún acreedor conocido. El mismo criterio sigue la S. de 2 de febrero de 1951, ante la negativa por el marido separado de hecho por la esposa de lo que reconoció en escritura de venta.

Mientras que la solución jurisprudencial es otra cuando a ello se opone un tercero que puede resultar perjudicado por un concierto doloso entre los cónyuges, criterio jurisprudencial reiterado en Ss. 11 de marzo de 1957, 2 de febrero de 1951.

Que dependa la solución adoptada de que el litigio se siga o no por terceras personas pone de relieve la incongruencia de extender por razones dogmáticas una regla de aplicación absoluta, y la conveniencia de mantener criterios precisos para solventar lo que, en rigor, constituye un conflicto de principios antes que de normas: el principio de autonomía, el principio de buena fe, el principio del interés familiar que nutren el contenido dinámico del orden público en nuestro Derecho.

En último término, como se desprende de lo hasta aquí expuesto, acaban por resplandecer unos principios que eran, ya antes de la publicación del Código civil, informadores del derecho positivo, a los que una indebida interpretación normativa, publicado éste, oscureció su carácter de Derecho *positivo vigente*.

Los pactos y convenciones sobre bienes pueden acordarse y modificarse durante el matrimonio sin quebranto de los derechos adquiridos, los derechos de terceros y evitando el fraude o concertos dolosos.

Se siente ed nuevo la impresión enriquecedora, potenciadora, de esos principios, siempre latentes, impulsores de la continuidad histórica, que sin traicionar el interés familiar guían los actos de los cónyuges en orden a los bienes y les fijan una trayectoria.

