

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXXIII — JULIO - SEPTIEMBRE DE 1965 — Nº 133

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

CONSEJO CONSULTIVO:

MANUEL SANHUEZA CRUZ
EMILIO RIOSECO ENRIQUEZ
JUAN BIANCHI BIANCHI
QUINTILIANO MONSALVE JARA
MARIO CERDA MEDINA
LUIS HERRERA REYES

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA CONCEPCION — (CHILE)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Notario de Madrid

**CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE REGIMENES
MATRIMONIALES Y SUCESIONES (*)**

NOTA PRELIMINAR

El cuestionario preparatorio de las sesiones de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional Privado del VII Congreso del Notariado Latino, en su nota preliminar recomienda que, por cada país miembro de la Unión Internacional del Notariado Latino, un delegado, por lo menos, exponga el punto de vista nacional, acerca de los diferentes problemas considerados. Después, debe responderse el cuestionario con las soluciones de **iure condendo** que se crean más adecuadas.

Sin embargo, parece conveniente, además, que cada ponente sitúe previamente su visión panorámica de la problemática, con el fin de que su pensamiento pueda ser comprendido más fácilmente por los demás y para lograr un mejor entendimiento mutuo ante los diversos enfoques presentados.

Por ello, seguiremos el siguiente plan expositivo, dentro de cada una de las cuestiones (I, Regímenes matrimoniales, y II, Sucesiones) a tratar:

1º Visión panorámica de los conflictos planteados.

(*) Ponencia presentada por el autor, en su calidad de integrante de la Delegación Española, a la Primera Comisión del VII Congreso Internacional del Notariado Latino, efectuado en Bruselas (Bélgica) en el año 1963.

2º Exposición del Derecho positivo nacional relativo a dichos conflictos.

3º Propositiones de iure condendo.

En la parte A) huiremos, en lo posible, de toda cita histórica y doctrinal, tratando de lograr una síntesis práctica de la mayor brevedad y claridad posible. Con ello tratamos, a la vez evitar toda intromisión en los antecedentes históricos, doctrina y regímenes positivos de los demás países de la Unión que, naturalmente, en sus respectivos delegados tendrán sus genuinos y más autorizados expositores.

I.—REGIMENES MATRIMONIALES

§ 1º Visión panorámica de los conflictos planteados.

Existen planos diversos, pero que se interfieren entre sí para mayor complejidad, en los cuales entran en colisión diversos principios, distintas leyes y dispares criterios doctrinales. Trataremos de diseccionarlos, por un momento, con el fin de orientarnos, pero sin olvidar que en la vida real son inseparables en su compleja conexión.

Los conflictos pueden originarse espacialmente y cronológicamente. Los primeros, ya sea por disparidad entre la ley nacional de los esposos, la de su domicilio o la de la situación de los bienes, que puede llegar a dar lugar a un conflicto múltiple (ley nacional del marido, ley nacional de la mujer, ley de domicilio conyugal, leyes —que pueden ser varias— de la situación de los bienes). Los conflictos cronológicos pueden ser: **móviles** (cambio de domicilio conyugal o de ley nacional de los esposos, o de soberanía territorial de los bienes), o **transitorios** (cambio legislativo, en la ley estimada aplicable en caso de conflicto, que puede dar lugar, a su vez, a un conflicto de disposiciones transitorias).

Se señalan como **principios generales** en nuestra materia los de: la soberanía, la nacionalidad, la localización de intereses del matrimonio y la autonomía de la voluntad. En general, se parte, también, del principio de la unidad del régimen matrimonial, pero no faltan sistemas que lo nieguen, bien sea en su ám-

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES **5**

bito espacial o territorial o bien en su ámbito cronológico o intertemporal.

El principio de la soberanía tiende a someter a la ley del país en cuestión: todos los bienes ubicados en el propio territorio y todas las personas sometidas a la propia soberanía. Aplicado en toda su intensidad y extensión este criterio, los conflictos serían irresolubles. Por eso, la vieja teoría de los estatutos significó una composición, en virtud de la cual el estatuto real se aplicaba a los inmuebles y el estatuto personal a los bienes muebles, e inclinándose, para estos últimos, ya sea a la ley personal propiamente dicha, o bien a la del domicilio conyugal, llegándose al máximo de atomización del régimen de bienes en los supuestos de admitirse que la modificación del domicilio o de la ley personal —según los criterios— significasen cambio del régimen matrimonial para los bienes muebles y las ganancias personales.

El principio de la nacionalidad no se basa propiamente en la soberanía del poder público, sino en el postulado de la autodeterminación de los diversos grupos humanos. Por eso, la nacionalidad aparece, según ese principio, como carácter inseparable de la persona, a la que faculta para regirse por las leyes autodeterminadas por su propio grupo, constituyente de su ley nacional. Se comprende así que en este sistema predomine además del criterio de la ley nacional, el principio de la unidad interespacial del régimen del matrimonio. Su conflicto principal lo origina la diversidad de nacionalidades de marido y mujer, cuando ésta no adquiere la de aquél.

El principio de la localización de los intereses materiales del matrimonio lleva a aplicar la ley correspondiente al lugar donde se hallan los elementos más importantes del patrimonio de los cónyuges, que generalmente coincidirá con el de su domicilio, pero puede diferir del mismo. Y, en casos de intereses dispersos, con dificultad para determinar cuáles son los más importantes, puede dar lugar a arduos problemas. Por otra parte, las variaciones en la localización de intereses se pueden rela-

cionar con la cuestión de la mutabilidad del régimen patrimonial conyugal.

El principio de la autonomía de la voluntad tiene dos ámbitos de aplicación: el de la voluntad expresa y el de la voluntad tácita.

El principio de la autonomía de la voluntad **manifestada expresamente**, no presentaría problemas de Derecho Internacional si fuese reconocido en igual grado en todos los países. Pero, de hecho, dicha autonomía no siempre se ha reconocido, ni se reconoce, por imponerse un régimen legal forzoso; o se reconoce muy limitadamente, por dejarse reducida la elección únicamente a escoger entre varios tipos predeterminados sin posibilidad ni siquiera de combinarlos; o bien se limita la autonomía sólo al período anterior a la celebración del matrimonio, imponiéndose después la inmutabilidad del régimen originario.

Las limitaciones impuestas por las diversas leyes internas al principio de la autonomía de la voluntad obedecen a razones consideradas, por ellas mismas, de interés general. Fundamentalmente a razones de seguridad jurídica, dejando aparte algunas, excepcionales, justificadas por el orden público.

Pero nos hallamos contemplando una comunidad internacional, en la cual las ideas jurídicas fundamentales son comunes a todos los países que la integran. No creemos, pues, que sea posible que el régimen de ninguno de nuestros países pueda contener, en esta materia, nada contrario al orden público de otro país miembro. Sólo pueden existir, por consiguiente, razones de seguridad jurídica; pero éstas no parecen insuperables si van unidas, de una parte, a un total respeto a los derechos adquiridos por terceros y, de otra, a una adecuada publicidad, que puede quedar a criterio de la ley interna del país en el que repercute.

Así, parece ser solución ideal la que respete al máximo, por lo menos en caso de conflicto, la autonomía de la voluntad de los esposos y consortes, siempre que se mueva dentro del común concepto del orden público y que se manifieste con la adecuada publicidad.

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES 7

Pero no es lo más corriente que la autonomía de la voluntad se manifieste de forma expresa en materia del régimen patrimonial conyugal. Por eso, la cuestión debe ser complementada con el estudio de la debatidísima, de la llamada **elección tácita**. Mas, en este punto, debemos establecer una subdistinción, ya que no podemos confundir la voluntad **tácita** y la voluntad **presunta**, legal o estatutariamente, de los contrayentes.

Puede sentarse una presuposición, en virtud de la cual —ya sea legal, estatutariamente o en convención internacional— se valore el silencio de los contrayentes en el sentido de que éstos optan: por la ley del lugar de la celebración del matrimonio, por la ley de su domicilio conyugal, por su ley nacional común o por la del marido, pero **sin que se admitan ulteriores indagaciones acerca de la verdadera intención de los contrayentes**. Claro que este criterio puede fundarse, también, simplemente en la falta de actuación de la autonomía de la voluntad de los contrayentes, quienes cabe, incluso, que ignoren el problema planteado o desconozcan sus datos principales.

Dumoulin fue considerado como el primer sustentador de la doctrina de la autonomía de la voluntad. Entendió que cuanto depende de la voluntad de las partes no está limitado territorialmente y abarca necesariamente el mundo entero, sin atacar soberanía alguna, y estimó que en este criterio se comprende la convención relativa al régimen matrimonial de bienes, que, a falta de expreso acuerdo, debe resolverse según la intención de los interesados. Pero, este autor, concretó la expresión de la voluntad tácita en el dato de la elección del primer domicilio conyugal. Se trata, por tanto, de un criterio automático de presuposición de la voluntad de los contrayentes, con renuncia a toda ulterior indagación para auscultar la verdadera intención tácita de los mismos.

En cambio, Voetius (es decir, Jean Voet) en sus **Comentarios de las Pandectas** (L. XXIII, título II, §§ 85 y siguientes), llegó más lejos, pues admitió la posibilidad de acudir a presunciones de voluntad, propiamente dichas, deducidas de las circunstancias del caso. Inducciones de la verdadera intención, que —con anterioridad— vemos propuestas por algún autor español, v. gr.,

Rodrigo Suárez, al interpretar la ley 24, título XI de la 4ª Partida, en el sentido de que lo dispuesto en ella debe limitarse al caso de tener marido y mujer la intención de permanecer en el lugar donde contraen matrimonio, sin poder extenderse al supuesto de que lo hubiesen celebrado con la idea de trasladarse luego al lugar del domicilio del marido.

Hemos hecho estas breves citas para ayudar a distinguir, de una parte, la busca de la voluntad tácita de los contrayentes, que en último término queda a la apreciación de los jueces y tribunales, y, de otra parte, la presuposición de su voluntad por una norma objetiva, sin posibilidad de ulterior indagación de la más verosímil intención de los contrayentes no expresada formalmente.

Con relación al dato **domicilio**, los tribunales franceses han sacado a colación determinadas circunstancias accesorias para supuestos de cambio de domicilio poco tiempo posterior al matrimonio, para considerar si aquel domicilio fue manifiestamente provisional y, por tanto, sin significación para fijar el régimen matrimonial. Circunstancias: anteriores (v. gr., la más o menos corta permanencia anterior de los cónyuges, en especial del marido, en el lugar del domicilio conyugal a la fecha del matrimonio, que haga presumir o no la intención de fijarlo), concomitantes (tales: el lugar de celebración y la forma, consular o local, que pueden ayudar a inducir una u otra intención) o posteriores (por ejemplo, su comportamiento con relación a los bienes, como si estuviesen casados con régimen de separación o de comunidad) y tendentes a significar la localización de los intereses materiales de los esposos (localización de los intereses más importantes de los patrimonios de los cónyuges).

También con relación al dato nacionalidad, cierta jurisprudencia francesa ha valorado, como indicativo, el "**espíritu de retorno**" al país o domicilio de origen. La prueba de ese **espíritu de retorno** tiene en cuenta también el lugar y forma del matrimonio, el efectivo regreso al país de origen o por lo menos los periódicos regresos al mismo, así como, igualmente, la localización, en su conjunto, de los intereses pecuniarios de los esposos.

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES **9**

Este sistema de presunciones, que relacionan un dato principal con circunstancias indicativas complementarias, justifica la exactitud de aquel viejo adagio —del que nos habla Batiffol— expresivo de que los esposos no sabrán bajo qué régimen se han casado sino a través de un proceso.

Ello es fuente de inseguridad, no sólo para los esposos, sino también para terceros; para el crédito de los cónyuges y para sus acreedores. Sobre todo en caso de valorarse, para la determinación, datos posteriores al matrimonio. Algo parecido, en grado mayor, podemos decir del criterio que, en defecto de ley nacional común, aplica el artículo 32 del Tratado entre Hungría y Polonia, de 6 de Marzo de 1959, refiriendo el régimen al último domicilio común.

Tales datos posteriores, a veces, se pueden deber a circunstancias ulteriores imprevistas, por lo cual son independientes del espíritu inicial. O, incluso, lo que puede ser más delicado, cabe que sean resultado de actuaciones intencionadas, con el fin de alterar el régimen implícitamente querido inicialmente. Con el agravante de que ese cambio enmascarado será retroactivo, sin respeto a derecho alguno adquirido, en cuanto no aparecerá como tal cambio, sino como una fijación inicial posteriormente comprobada.

Por ello, como resumen de ese examen previo, nos inclinamos: como principio fundamental, por el de la autonomía de la voluntad, antes y después de contraído el matrimonio; como dato decisivo indicativo, a falta de pacto expreso y formal, por la ley nacional del marido, sin posibilidad de indagaciones acerca de la voluntad tácita de los contrayentes; y, como primer corolario, por la inmutabilidad, si no es con expresa conformidad de ambos cónyuges del régimen inicial por circunstancias ulteriores sean de tipo móvil o transitorio.

§ 2º Exposición del régimen español de normas de conflicto en esta materia.

No tenemos en España un tesoro histórico de discusiones doctrinales estatutarias como tienen Italia, Francia y Países Bajos. Sin embargo, contamos con un significativo texto legal del

siglo XIV, que trata de estas cuestiones. Se trata de la citada ley 24, título XI de la 4ª Partida, que dice así:

"Ley 24.—QUE DEUE SER GUARDADO, QUANDO CASAN ALGUNOS EN VNA TIERRA, E FAZEN PLEYTOS ENTRE SI; E DESPUES VAN MORAR A OTRA, EN QUE ES COSTUMBRE CONTRARIA DE AQUEL PLEYTO".

"Contece muchas vegadas, que quando casan el marido, e la muger, que ponen pleyto entre si, que quando muruere el vno, que herede el otro la donación o el arra, que dan el vno al otro por el casamiento; o fazen su auenencia, en que manera ayan lo que ganaren de consuno. E despues que son casados acaesce, que vienen a morar a otra tierra, en que vsan costumbre contraria de aquel pleyto, o de aquella auenencia que ellos pusieron. E porque podria acaescer dubda, quando muriese alguno dellos, si deue ser guardado el pleyto que pusieron entre si, ante que casassen, o quando se casaron, o la costumbre de aquella tierra do se mudaron, porende lo queremos departir. E dezimos, que el pleyto que ellos pusieron entre si, deue valer en la manera que se auinieron, ante que casassen, o quando casaron; e non deue ser embargado por la costumbre contraria de aquella tierra do fuesen a morar. Esso mismo seria maguer ellos non pusiessen pleyto entre si: ca la costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento, deue valer, quanto en las dotes, e en las arras, e en las ganancias que fizieron; e non la de aquel lugar do se cambiaron".

Gregorio López dedicó dos glosas a esta ley. Una referente a las costumbres reguladoras de la donación o arra pactadas. Otra relativa a la aplicación, sin pacto, del régimen de separación o gananciales.

La primera glosa discrepa de la opinión —que antes hemos referido— de Rodrigo Suárez, que valoraba la intención de permanecer en el lugar del matrimonio o regresar luego al domicilio del marido. Gregorio López, en defensa de los intereses de la mujer y para evitar que ésta fuere defraudada con el cambio de domicilio, se inclinó por la rigurosa aplicación del texto literal de la ley. Sin embargo, es de notar que la opinión de Rodrigo

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES

11

Suárez, que lleva a la aplicación de la ley o costumbre del domicilio del marido, fue la que predominó hasta mediados del siglo pasado, cuando hizo irrupción la doctrina de la nacionalidad.

En la segunda glosa interpreta las palabras "lo que ganaren de consuno" en el sentido de que debe restringirse a las ganancias adquiridas en el lugar de la celebración del matrimonio, mas no de lo ganado en otro lugar a donde se hubieren trasladado después, "a menos que se hubiere pactado expresamente lo contrario, pues entonces lo convenido será lo que deberá observarse indistintamente", estimando que la costumbre no pasó de sus límites territoriales. Más ajustada a la ley parece que fue la opinión de Palacios Ruvios, quien opinó que si los cónyuges habían contraído matrimonio en lugar de separación de ganancias —como en Córdoba, según la costumbre de entonces— con ánimo de permanecer en dicha población, seguirían rigiéndose por dicha costumbre aunque después variaren de domicilio, y viceversa, de haberlo contraído con igual intención de permanencia en lugar donde la mujer tuviera participación en las ganancias— v. gr., Salamanca o Granada —las conservaría pese a haber mudado luego su domicilio a Córdoba. En cambio, Gregorio López se inclinó por entender que se trataba de un estatuto territorial y que el cambio de domicilio daba lugar, sin efectos retroactivos respecto de las ganancias anteriores, a cambio de régimen de acuerdo con las costumbres del nuevo domicilio. El primer criterio —es decir, el de Palacios Ruvios—, atemperado por la interpretación favorable al domicilio del marido si no coincidía el lugar del matrimonio con el fijado como domicilio conyugal estable —que vimos en Rodrigo Suárez—, fue el que se impuso.

* * *

Pasando a la regulación actualmente vigente, es de notar que las normas de conflicto interespacial presentan en España la particularidad de referirse no sólo a conflictos externos o internacionales, sino también a conflictos internos o interregionales, dada la diversidad de regímenes matrimoniales, y de criterios respecto de su mutabilidad, acerca de la sucesión contrac-

tual o estatutaria a favor del cónyuge viudo, de la validez de las donaciones entre cónyuges, etc., etc.

El criterio del domicilio del marido, que hemos dicho se impuso en la doctrina y en la práctica por lo menos desde el siglo XVI, fue modificado en el siglo pasado por el influjo del principio de las nacionalidades tan brillantemente defendido por Mancini. Así, la Sentencia de 27 de Noviembre de 1868 declaró: "que la ley personal de cada individuo es la del país a que pertenece, la cual le sigue a donde quiera que se traslade, regulando sus derechos personales, su capacidad de transmitir por testamento y abintestato y el régimen de su matrimonio y familia". En el Código Civil fue recibido este principio.

La norma fundamental es la de su artículo 9º que dice: "Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero".

De acuerdo con este criterio, el artículo 1.325 del mismo Código dispone que "Si el casamiento se contrajere en país extranjero entre español y extranjera o extranjero y española, y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y, cuando fuere española la esposa, que se casa bajo el régimen de derecho común en el país del varón; todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los bienes inmuebles".

La referencia final de este precepto: "sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Civil respecto de los bienes inmuebles", ha dado lugar a algunas dudas y a confusión en ciertos autores. Sin embargo, no ha ofrecido duda a la doctrina más autorizada, de que únicamente se refiere a las acciones derivadas de los derechos sobre bienes, a su dominio, posesión, las servidumbres legales, efectos y formas de la inscripción, naturaleza de los bienes (libres o vinculados), limitaciones, garantías y seguridades, etc., como explica nuestro maestro José María Triás de Bes, que aprecia ese criterio en la Sentencia de 28 de Enero de 1896, y lo resume distinguiendo lo que es dominio del régimen matrimonial propiamente dicho, de lo que pertenece al estricto régimen

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES 13

inmobiliario considerado en sí mismo, único aspecto que puede ser regido por la *lex rei sitae*.

Existe, no obstante, una resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado, de 10 de Noviembre de 1926, que negó la comunicación de bienes característica del Fuero de Baylio, en supuesto de matrimonio de marido aforado con mujer regida por el Derecho común celebrado también en lugar de Derecho común, sin pacto alguno, lo que estimó como signo "evidente de la voluntad presunta de los contrayentes". Doctrina calificada de inadmisibile, tanto desde el punto de vista positivo —el artículo 15, § 3º del Código Civil dice que "en todo caso la mujer seguirá la condición del marido"—, como desde el punto de vista doctrinal, pues la regla *locus regit actum* sólo se refiere a las solemnidades externas y no a la esencia y efectos del acto.

* * *

En España —como ya hemos indicado— coinciden regímenes civiles distintos que regulan sistemas matrimoniales diversos y existe una evidente facilidad para modificar —conforme al artículo 15 del Código Civil— la vecindad civil —común o foral—. Ello plantea con interés la pregunta de si ¿implica o no, ese cambio de vecindad civil, una modificación de régimen matrimonial?

El criterio de la transcrita ley 24, título XI, Partida 4ª, de inmutabilidad de régimen por cambio de domicilio, parece vivo en el artículo 1.325 del Código Civil, si se entiende —como es entendido— que la nacionalidad o regionalidad del marido al contraer el matrimonio fijan su régimen legal. Criterio que explícitamente se plasmó en el artículo 13 de Dahir de 1º de Junio de 1914, para la que fue Zona de Protectorado —hoy extinguido— español en Marruecos; y que actualmente vemos expresado en el artículo 41 de la Compilación Civil Foral de Vizcaya, que dice:

"El régimen de bienes en el matrimonio, una vez contraído éste, es inmutable aun en el caso de pérdida o adquisición voluntaria o involuntariamente por parte del marido de la cualidad de vizcaíno infanzón".

E igual criterio se observa en el artículo 171 del Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra, con la particularidad de que en

Navarra se admite la posibilidad de capitulaciones matrimoniales aun después de contraído el matrimonio, a diferencia que en Vizcaya que sigue el criterio del Código Civil de no admitirlas sino antes de contraerlo. Dice así el artículo 171 de dicho Proyecto de Fuero General de Navarra:

“La pérdida de la condición civil de navarro no producirá alteración en el régimen de bienes del matrimonio contraído con anterioridad por personas sujetas al Derecho de Navarra”.

Ahora bien, la disparidad de régimen matrimonial **conservado** con relación a la **pérdida de la condición civil** por cambio de vecindad civil —común o foral—, no deja de plantear problemas. Pero, antes de abordarlos, conviene otear el panorama que en España ofrece, en su diversidad civil, la posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales.

* * *

Hay unanimidad de criterio, entre el Código Civil y los ordenamientos forales, en cuanto a la posibilidad de convención expresa del régimen matrimonial de bienes antes de celebrar el matrimonio (Código Civil, artículo 1.315, § 1º; Ap. Aragónés, artículo 58; Compilación Balear, artículo 3º, § 1º y artículos 65 y 66, § 1º; Compilación de Cataluña, artículo 7º; Compilación de Vizcaya, artículo 42; Navarra, Proyecto de Fuero Recopilado, artículo 162) y en cuanto a la necesidad de su otorgamiento en escritura pública (artículo 1.321 Código Civil; artículo 58, Ap. Aragónés; artículo 7º Compilación de Cataluña; etc.).

El Código Civil señala dos limitaciones al contenido de las capitulaciones matrimoniales. Una, plenamente justificada, en el artículo 1.136, que declara nula toda estipulación de algo **“contrario a las leyes o a las buenas costumbres”** o **“de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges”**. Otra, muy criticada y que jurídicamente es insostenible, pues obedece a razones puramente políticas, contenida en el artículo 1.317, que dice: **“Se tendrán también por nulas y no puestas en los contratos mencionados en los dos artículos anteriores, las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a los fueros y costumbres de las regiones forales y no a las disposicio-**

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES

15

nes generales de este Código". Algo que nos parece contrario a lo que estimamos como criterio ideal en materia de Derecho Internacional Privado.

* * *

En lo que aparece clara la disparidad entre los diversos regímenes españoles entre sí, es en punto al otorgamiento o a la modificación de los capítulos matrimoniales después de contraído el matrimonio. Así:

El Código Civil, en su artículo 1.315, § 1º, sólo autoriza las capitulaciones antes de celebrado el matrimonio, y en su artículo 1.320 prohíbe su alteración después de la celebración del mismo. E igual criterio resulta de los artículos 41 y 42 de la Compilación de Vizcaya.

En cambio, se admite el otorgamiento y la modificación de capitulaciones matrimoniales después de contraído el matrimonio en Aragón (artículo 58 Ap.), Cataluña (artículos 7º y 9º de la Compilación) y Navarra (S. 22 de Marzo de 1958 y artículos 162 y 165 del Proyecto de Fuero Recopilado).

Esta disparidad de normas dentro de una misma nación nos indica que ninguno de los criterios contrapuestos puede considerarse de orden público territorial. Lo cual es, sin duda, un dato importantísimo para la proyección internacional de las normas de conflicto.

Digamos, por otra parte, que los regímenes forales que admiten la alteración por capítulos matrimoniales del régimen de bienes después de contraído el matrimonio, cuidan del respeto de todos los derechos adquiridos por terceros. En Cataluña, ese respeto fue ya consagrado en la Edad Media, en la Constitución *A foragitar fraus* y es recogido en el artículo 9º de la vigente Compilación. En Aragón, cuida de ello el artículo 58, §§ 2º, 3º y 4º, disponiendo este último que: "En todo caso, los derechos adquiridos al amparo de las capitulaciones con anterioridad a un nuevo otorgamiento, quedarán íntegramente a salvo, si los interesados no hacen de ello renuncia expresa, siendo los nuevos pactos ineficaces en cuanto vulneren o modifiquen aquellos derechos".

La disparidad de regímenes en cuanto la posibilidad de

contraer y alterar capitulaciones matrimoniales después de celebrado el matrimonio, conjugado con la inoperancia del cambio de vecindad civil para modificar el anterior régimen matrimonial de bienes, nos plantea el problema de cuál debe ser la ley que rija la posibilidad de otorgamiento de capitulaciones o de modificaciones a las mismas en caso de cambio de régimen civil.

Así, v. gr., si unos cónyuges, que eran catalanes, aragoneses o navarros en la fecha de contraer matrimonio, luego de casados adquieren la vecindad común, ¿podrán o no pactar capitulaciones y alterar su régimen matrimonial de bienes?

La respuesta será distinta según se aplique su **nueva ley personal** —modificada después del matrimonio—, que no les permite otorgar nuevas capitulaciones, o bien la **ley que sigue rigiendo su matrimonio**, a la que es consustancial la posibilidad de nuevas capitulaciones. Los especialistas españoles en este tema se inclinan por la primera solución. Pero, modestamente, nos permitimos dudar de su idoneidad e insinuamos que nos parece más adecuado y más justo, incluso, en relación a los problemas que luego examinaremos, seguir la ley del régimen del matrimonio, respecto a la posibilidad de su cambio, mejor que la ley de la nueva vecindad civil, que ya aplicar la de éste —de por sí— significa un cambio del régimen inicial, por lo menos en cuanto ese aspecto de la posibilidad o no de su variación de mutuo acuerdo.

Especialmente nos induce a ello —además de nuestro criterio siempre favorable a la libertad de pacto, con tal de que se respeten religiosamente todos los derechos adquiridos— la consideración del problema del cual vamos a ocuparnos de seguido.

Pero es más, nuestro criterio favorable a la libertad de pacto nos inclina a la solución favorable a su posibilidad, tanto en caso de conflicto entre un régimen matrimonial que lo admita con un régimen personal que no lo acepte como, viceversa, en caso de conflicto de un régimen personal que lo admita con un régimen conyugal que lo rechace. Nos inclinamos por un régimen diverso en cada caso, pero por igual solución, en ambos casos, porque creemos que el principio de la autonomía de la

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES

17

voluntad inclina el fiel de la balanza del lado que le sea favorable.

* * *

Notemos que los regímenes conyugales suelen estar conexos con los derechos sucesorios viduales o, por lo menos, con la posibilidad de su voluntaria atribución por el que premuera. Pero si los derechos viduales se rigen por la ley personal del causante —como, en principio, todos los derechos sucesorios— y el régimen de bienes del matrimonio se regula por el de la ley personal del marido a la fecha de contraerlo, y si ambas leyes divergen, por un cambio ulterior de vecindad, puede perderse esa conexión prevista en el conjunto armónico de cada sistema total.

Así, si en un matrimonio catalán el marido adquiere más tarde la vecindad civil de régimen común, la mujer seguirá sin gananciales y perderá la posibilidad de que su esposo la instituya heredera universal, posibilidad que sin el cambio de vecindad tendría sin otra limitación que la reducida legítima catalana de una cuarta parte.

Y si en un matrimonio castellano el marido adquiere después la vecindad aragonesa, además de no adquirir la **viudedad foral** —derecho expectante y recíproco al usufructo viudal de los inmuebles que se entiende automáticamente adquirido al contraer matrimonio bajo régimen aragonés, pero que no parece confiera un ulterior cambio de vecindad—, ¿perderá su cuota legal usufructuaria, que quedará —ésta— imposibilitada por la legítima aragonesa, colectiva de los hijos de los cuatro quintos del haber? Algo parecido, a lo dicho respecto la viudedad aragonesa, puede decirse con relación a la “fealdat” navarra. Notemos que ambas instituciones se califican como incluidas en el “régimen económico legal del matrimonio”, a diferencia de la cuota viudal legal del Código Civil, o de la posibilidad de libre atribución testamentaria de tres cuartas partes del caudal en Derecho Catalán, ambas de evidente carácter sucesorio. Notemos que la conclusión tercera del I Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en Zaragoza en 1946, propugnó para “que, en general, los derechos del cónyuge viudo se regulen, por todos y cada uno de

los ordenamientos civiles españoles, dentro del régimen económico del matrimonio".

* * *

El conflicto móvil, además de la cuestión de la permanencia o cambio de régimen matrimonial de bienes, plantea otras cuestiones, en las que se debate —lo mismo que en lo referente a la posibilidad o no de otorgar de nuevo capitulaciones matrimoniales, o que en lo relativo a los derechos viduales— la preferencia de la ley del régimen matrimonial o de la nueva ley personal. Entre ellas destacan las que suscitan la incapacidad y facultades de disposición de la mujer casada y la necesidad de licencia marital para ciertos actos; las prohibiciones de contratos y donaciones entre cónyuges, y la posibilidad y requisitos de la sociedad continuada.

Haremos un breve análisis de estas cuestiones, vistas a través del Derecho interregional español, como posible ilustración de un criterio igual para el Derecho Internacional.

* * *

Tradicionalmente por aplicación del Derecho Romano justiniano, en los regímenes de separación, aplicables a falta de pacto en Baleares y Cataluña, la mujer no necesitaba **licencia marital** para disponer de sus bienes parafernales. En cambio, el Código Civil exige la licencia marital en tal supuesto. Apoyándose en el artículo 61 —situado en el título IV del libro I de aplicación general— se exigió la licencia marital, incluso en Cataluña y Baleares, para que la mujer pudiera disponer de sus parafernales. Y algún autor, tan prestigioso como Castán Tobeñas, llegó a considerar la imposibilidad de excluir la licencia marital en capitulaciones matrimoniales, aun pactando régimen de separación de bienes, por considerar que este pacto es depresivo para la autoridad que al marido corresponde en el matrimonio y, por ende, incurso en la prohibición del artículo 1.316 del Código Civil. Pero hoy, declarada la innecesidad de la licencia marital para que la mujer disponga de sus parafernales, en el artículo 4º, §§ 1º y 2º, de la Compilación Balear y en el artículo 49, § 3º, de la Compilación Catalana, ya no parece posible considerar la

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES

19

norma contraria de orden público nacional, ni su pacto —en régimen común— depresiva para la autoridad del marido. No parece pueda serlo —desde un punto de vista general— para un marido castellano si no lo es para un catalán o un balear.

Sentada esta premisa, puede plantearse si en un matrimonio contraído bajo régimen legal de separación balear o catalán, el cambio al Derecho común de la vecindad civil de los cónyuges, puede dar lugar a la necesidad para la mujer de la licencia marital, aun permaneciendo el matrimonio regido por separación de bienes. E incluso, en el supuesto de regirse el matrimonio, inicialmente catalán o balear en su régimen civil, por un régimen de comunidad de ganancias pactado (“**pecte de guanys i bens**”, “**avinença o mitja guanyaria**”, “**compres i millores**”), en el cual la licencia marital tampoco es necesaria respecto de la disposición de los parafernales, si el tránsito de la vecindad civil de los cónyuges al Derecho común dará lugar o no a la necesidad de dicha licencia.

Vuelve, pues, a plantearse el predominio de la ley del matrimonio o de la ley personal. Nos inclinamos por la primera —resuelto que la licencia marital para la disposición de los parafernales no es de orden público nacional—, pues en caso de decidirse lo contrario se introduciría una modificación en una pieza integrante del régimen aceptado al contraer el matrimonio, que modificaría desfavorablemente la situación de la mujer, sin contar con su voluntad, puesto que es el marido quien elige —conforme al artículo 50 del Código Civil— el domicilio conyugal y quien determina el cambio de vecindad civil de la mujer —según el artículo 15, párrafo penúltimo, del Código Civil—.

* * *

El mismo criterio, favorable a la ley del matrimonio, si el régimen es de separación, frente a la nueva ley personal, creemos aplicable con respecto a la **prohibición de contratación entre esposos**.

El artículo 1.458 del Código Civil, que prohíbe la contravención entre cónyuges, salvo si “se hubiese pactado la separación de bienes”, se había aplicado a Cataluña si el régimen de separación

era legal o tácito y no pactado. Claro que todo se reducía a un juego de niños, al ser posible en régimen catalán celebrar capitulaciones después de contraído el matrimonio, estipulando expresamente en ellas el mismo régimen de separación por el que se regía ya legalmente el matrimonio. Pero hoy el rodeo es innecesario, puesto que el artículo 11 de la Compilación Catalana determina que, en régimen de separación, serán válidos los actos y contratos que durante el matrimonio celebren entre sí los cónyuges a título oneroso. Criterio que, creemos, patentiza que la posibilidad o no de contratación entre cónyuges depende de su régimen matrimonial de bienes, no de su vecindad civil, y que tal posibilidad va implícita en todo régimen de separación, sea pactado o legal.

* * *

En cuanto a la norma aplicable a las **donaciones entre cónyuges**, cuando en el régimen originario de sus relaciones conyugales sea diferente de su nuevo régimen personal, existe una evidente tendencia —representada por autores tan prestigiosos como Savingy, Pillet y Roubier— a considerar aplicable la ley personal del donante al verificar la donación, desgajándola de la ley del régimen matrimonial. Creemos correcta esta posición cuando la prohibición de las donaciones entre cónyuges sea considerada de orden público.

Ahora bien, en España dichas donaciones están permitidas en Derecho Aragonés, conforme al artículo 52 del Apéndice; son consideradas nulas, pero convalidables, si el donante fallece sin haberse arrepentido de ellas ni revocarlas, en Derecho catalán, según el artículo 20, § 1º, de la Compilación; y es “nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio”, según el artículo 1.334, § 1º, del Código Civil (observamos que, en contra de la opinión más general, hemos sostenido que la determinación “**durante el matrimonio**”, no se refiere a su otorgamiento sino a su nulidad, criterio avalado por los antecedentes históricos y, aunque sólo sea en un *obiter dictum*, por la Sentencia de 7 de Junio de 1960). Diversidad que nos indica que la nulidad absoluta no es en España de orden público nacional, puesto que queda descartada por lo menos en dos regímenes españoles.

CONFLICTOS DE LEYES Y REGÍMENES MATRIMONIALES **21**

Siendo así, nos parece innecesario acudir al régimen personal nuevo no tratándose de norma de orden público —base de los razonamientos a favor de ella, de los autores que la han defendido— y sigue pareciéndonos más ajustada la continuidad de la ley del matrimonio.

* * *

Con mayor razón aún, nos inclinamos por la ley inicial del matrimonio y no por la ley personal nueva, en materia de **continuación de la sociedad conyugal de bienes después de muerto uno de los cónyuges**. En España esta continuación se da en las sociedades conyugales tácitas aragonesa y navarra, y cabe si es pactada, v. gr., en los regímenes de la compañía familiar gallega o de la asociación a "**compres i millores**" del Campo de Tarragona. Si el ulterior cambio de vecindad civil no modifica el régimen originario, —legal o pactado—, tampoco debe afectar a su ulterior continuación entre el supérstite y los descendientes.

* * *

Aparte de estas cuestiones relacionadas con el llamado **problema móvil**, tenemos planteada otra cuestión de **carácter transitorio**, de notable interés.

Es sabido que recientemente, por ley de 24 de Abril de 1958, fue modificado el artículo 1.413 del Código Civil, en el sentido de exigirse al marido el **consentimiento** de la mujer para realizar actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles de carácter ganancial; y que esa exigencia es aplicada incluso a los matrimonios constituidos bajo el régimen legal de gananciales con anterioridad a dicha ley.

Ahora bien, ¿debe aplicarse también a los cónyuges que, casados con anterioridad bajo dicho régimen, hubieran cambiado luego, pero antes de entrar en vigor la ley, de nacionalidad o de regionalidad sin cambiar de régimen?

Nos parece que una modificación como ésta —de la que es discutible la juridicidad de su aplicación ulterior a quienes se casaron aceptando un régimen en ese aspecto distinto— no puede aplicarse a quienes no están sometidos al ámbito legislativo que la introduce, a no ser que expresamente la acepten ambos cón-

yuges en uso de la autonomía de la voluntad que les corresponda. ¿Cómo puede estimarse modificado un régimen, inmutable por razones de conflicto interespacial de normas, por la modificación ulterior de un precepto de una ley a la que personalmente ya no se hallan sujetos los cónyuges?

§ 3º Contestación al cuestionario propuesto

A) DETERMINACION DEL REGIMEN MATRIMONIAL A FALTA DE CONTRATO

1. ¿A qué ley debe ser sometido el régimen matrimonial de los esposos casados sin contrato, si tienen la misma nacionalidad o si la mujer ha adquirido por matrimonio la nacionalidad de su marido?

Respuesta: Por las razones antes expresadas, parece que, a falta de expresa elección de ambos cónyuges, el dato más indicativo es el de la nacionalidad del marido. Por ello, creemos que la ley nacional común —aunque la mujer sólo la adquiriera por razón de su matrimonio— debe regir su régimen matrimonial de bienes.

2. La misma pregunta, en la hipótesis de que la mujer no tiene la misma nacionalidad de su marido y no la ha adquirido por efecto del matrimonio.

Respuesta: Si, como hemos dicho, aceptamos la ley del marido como dato más indicativo, a falta de elección expresa, la respuesta ha de ser favorable al régimen de la ley nacional de éste.

Es cierto que hay razones para considerar más indicativo el criterio que, para el caso de disparidad de leyes nacionales entre marido y mujer, se inclina por la ley del domicilio conyugal. Pero ello obliga a una indagación más profunda, para constatar si se trata de un domicilio provisional o si existe ánimo de retorno al domicilio anterior o al país de origen del marido, con lo cual se perjudica no sólo la seguridad jurídica, sino la misma certeza de los cónyuges. Por eso, es preferible inclinarse por el dato más visible de la nacionalidad del marido y no ahondar en

CONFLICTOS DE LEYES Y REGÍMENES MATRIMONIALES 23

la intención presumible, siendo así que fue posible y sencillo pactar o elegir el régimen que se hubiese preferido si era otro distinto. La realización de esa elección expresada formalmente debe ser inculcada, por cuanto favorece la seguridad, mientras la valoración de circunstancias de hecho crea inevitablemente incertidumbre.

3. El artículo 12, § 1º, de la Convención de Nueva York de 28 de Septiembre de 1954, ¿se aplica al régimen matrimonial de los apátridas?

Respuesta: Creemos aconsejable la aplicación, por su sencillez indicativa, del artículo 12, § 1º, de la Convención de Nueva York de 28 de Septiembre de 1954, que aplicó la ley del país en que el apátrida tenga su domicilio, y, de carecer de él, la ley del de su residencia habitual.

Es cierto, sin embargo, que si la mujer tiene nacionalidad podría considerarse ésta como dato decisivo para fijar la ley. Pero, si consideramos que la persona del marido es más indicativa y que no conviene cambiar el criterio general, antes aceptado, parece que la ley nacional de la mujer casada con un apátrida, sólo deberá determinar la ley del régimen de bienes del matrimonio, en caso de que el marido apátrida carezca de domicilio y de residencia fija y de que el matrimonio no fije domicilio conyugal en casa puesta (es decir, que resida inicialmente en hotel, casa de huéspedes, realquilados, o a precario).

4. La misma pregunta, en lo que concierne al artículo 12 de la Convención de Ginebra de 28 de Julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados

Respuesta: La solución nos parece más discutible. Creemos que debe distinguirse según se trate de refugiados procedentes de países que aceptan los principios jurídicos generales que son fundamentales en los países de nuestra civilización y, por tanto, de nuestra Unión, o bien que procedan de países que se rigen por principios distintos. En el primer caso, creemos que —a falta de elección expresa— debe aplicarse el criterio general de las dos primeras respuestas de este cuestionario; en cambio,

en el segundo supuesto, creemos más conveniente la aplicación del artículo 12 de la Convención de Ginebra de 28 de Julio de 1951, que se remite a la ley del domicilio del marido, o, en defecto de domicilio, de su residencia habitual.

5. **¿Qué interpretación debe recibir la regla de conflicto de leyes que tengan por objeto las cuestiones 1 y 2, si la ley extranjera declara aplicable reenviar la competencia sea al Derecho interno del juez competente (reenvío de primer grado, renvoi au premier degré, Rückverweisung, rinvio dove) o sea a una tercera ley (reenvío de segundo grado, renvoi au second degré, Weiterverweisung, rinvio altrove)?**

Respuesta: En principio lo ideal sería la desaparición de estos problemas, cosa que ocurriría de aceptarse como únicos criterios los propuestos en las anteriores respuestas. Ahora bien, como la realidad actual es otra, los problemas del reenvío, de primer grado o de segundo grado, deben ser considerados; y por ello nos inclinamos por aceptar su íntegra aplicación, pues, en general, no creemos separables las normas de Derecho interno y las de Derecho Internacional del mismo del país que reenvía.

B) VALIDEZ Y EFECTOS DEL CONTRATO DE MATRIMONIO

6. **¿Según qué ley debe ser apreciado si los esposos pueden otorgar contrato matrimonial en el curso de su matrimonio?**

Respuesta: Creemos que la apreciación de la posibilidad de que los esposos puedan otorgar capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio debe regularse, en principio, por la misma ley que rige el matrimonio, y no por la ley personal ulteriormente adquirida por aquéllos. Pero si esta última autoriza esa posibilidad, es decir, si es reconocida la posibilidad de otorgamiento por la ley personal actual, también creemos en la posibilidad del nuevo otorgamiento de capitulaciones, aunque según la ley del matrimonio no fuera viable.

La razón de esa doble posibilidad —a juicio nuestro— radica en que: Si existía, conforme la ley del matrimonio, imposibilitarla después, por cambio de ley personal, significaría al-

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES

25

terar alguna de las posibilidades que, según aquélla, concedía el régimen inicial, sin contar para esa reducción de posibilidades con la voluntad de los cónyuges. Y, si no existía, conforme al régimen inicial, y la concede la nueva ley personal, el cambio sólo se producirá si ambos cónyuges, de común acuerdo, aprovechan esta nueva posibilidad. Soluciones ambas favorables al principio de la autonomía de la voluntad, por el que propugnamos en su mayor extensión posible.

7. ¿A qué ley corresponde determinar si el régimen adoptado es lícito?

Respuesta: Creemos que para determinar si es lícito el régimen adoptado después del matrimonio, debe atenderse a la nueva ley personal común o a la del marido, pues se trata de calificar un régimen nuevo, que nace cuando la ley personal ya ha cambiado, y aunque la posibilidad de nacimiento dimanase de la admisibilidad, por la ley inicial de éste, de capitulaciones posteriores a la celebración del matrimonio.

8. ¿Qué ley rige los efectos del contrato de matrimonio sobre el régimen de bienes entre esposos?

Respuesta: La ley del matrimonio debe regir todos sus efectos patrimoniales, en cuanto los consideramos relacionados con ella, como verdaderas piezas complementarias de la misma. Tan sólo creemos que puede limitarse esta regla en los supuestos de que choque con el orden público de la nueva ley nacional. Así, si en determinado sistema puede considerarse de orden público la prohibición —más o menos absoluta— de las donaciones entre cónyuges, deberá hacerse aplicación de la misma si corresponde a la ley personal del donante; pero no así, aunque la prohibición exista, en caso de no poderse considerar esta prohibición de orden público.

Este mismo criterio de extensión de la ley del matrimonio lo consideramos aplicable a los derechos viduales, las facultades dispositivas de la mujer y sus limitaciones, a las licencias y consentimientos conyugales, la posibilidad de contratación en-

tre esposos, la continuación de la sociedad conyugal entre viudo o viuda e hijos, etc.

C) CONFLICTOS MOVILES Y CONFLICTOS TRANSITORIOS

9. **¿En qué momento es preciso situarse para determinar, bien la nacionalidad (de los esposos o del marido) o bien el domicilio común de los esposos, cuando uno de estos elementos es considerado como de conexión para los regímenes matrimoniales? El primer domicilio conyugal o la nacionalidad adquirida en el momento de la celebración del matrimonio, ¿determinan, definitivamente, el régimen matrimonial? O, por el contrario, una modificación en el curso del matrimonio del elemento de localización (nacionalidad o domicilio), ¿puede tener como efecto la variación del régimen mismo, especialmente cuando el régimen legal previsto por la ley de la nacionalidad o del domicilio nuevos difiere del régimen en vigor en la primera ley?**

Respuesta: Creemos que el llamado **conflicto móvil** debe resolverse por la continuidad del régimen anterior, que debe quedar fijado en la fecha del matrimonio sin posibilidad de cambio más que en el caso de que, de común acuerdo, puedan convenirlo los cónyuges.

De lo contrario: se introducirá forzosamente un régimen que **a priori** —expresa, tácita o presuntivamente— había quedado descartado por los cónyuges al casarse bajo otro régimen; y, además, podría quedar al arbitrio del marido modificar unilateralmente —incluso en perjuicio de la mujer— el régimen patrimonial de su matrimonio adquiriendo una nueva ley personal.

10. **Si las disposiciones materiales de la ley competente han sido modificadas, ¿de qué sistema será preciso tomar las reglas de Derecho transitorio? ¿De la lex fori o de la ley del régimen mismo?**

Respuesta: Igualmente entendemos que el **conflicto transitorio** debe resolverse a favor de la inalterabilidad del régimen matrimonial de bienes de quienes, conservando su régimen origi-

nario, hayan dejado de depender personalmente de la misma ley nacional, a no ser que, de común acuerdo, acepten la modificación introducida. No creemos que quepa admitir un cambio en el régimen del matrimonio, introducido por una ley personal que carece ya —debido al cambio de ley personal de los cónyuges— de fuerza para afectarles, a no ser que éstos voluntariamente se acojan a ella.

11. En la elección de las respuestas a los problemas 9 y 10, ¿no convendría considerar la hipótesis de que el conflicto móvil y el conflicto transitorio se acumulen? Por ejemplo, los esposos de nacionalidad A adquieren la nacionalidad B. Posteriormente, el régimen legal vigente en el Estado A es modificado y determina que el régimen nuevo se aplique a los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor de la ley nueva. ¿Cuál será el régimen matrimonial de estos esposos? ¿El régimen que conocía la ley A en el momento del matrimonio? ¿El nuevo régimen de la ley A que ha sustituido al precedente en una época en que los esposos afectados tenían ya la nacionalidad B? ¿El régimen legal de la ley B? Las dos últimas soluciones implican un cambio de régimen legal durante el matrimonio, la una por aplicación del Derecho transitorio de la ley A, ley del régimen, y la otra aplicación de las reglas de Derecho Internacional Privado del fuero que resuelve los conflictos móviles en favor de la ley actual de los esposos, preferida a la ley que era la suya en el momento de la celebración del matrimonio. El problema se plantea en los mismos términos cualquiera que sea la ley del régimen (ver cuestiones 1 y 2), ley nacional o ley del domicilio conyugal.

Respuesta: De la conjunción de las dos anteriores contestaciones resulta nuestro criterio para el supuesto de acumulación de conflictos móvil y transitorio, que debe ser favorable —según dichas premisas— a la permanencia del régimen inicial tal como estaba regulado en la fecha de contraer el matrimonio; es decir, del régimen que conocía la ley del Estado A en el momento del matrimonio.

12. En la hipótesis del conflicto móvil (cambio de nacionalidad o de domicilio durante el matrimonio, ¿no conviene impulsar a los esposos a escoger, por contrato, el régimen al cual quieren adherirse y, especialmente, permitirles que se refieran al régimen legal de su nueva ley o a uno de los regímenes organizados por esta ley?

¿Qué pensar de una regla de Derecho Internacional Privado que permitiera la modificación convencional del régimen, en caso de desplazamiento del elemento de conexión tenido en cuenta (nacionalidad o domicilio), cualquiera que sea, en el Derecho interno de cada una de las dos leyes, la solución dada al problema de la modificabilidad del régimen matrimonial?

Respuesta: Creemos muy conveniente que, en todas las hipótesis de conflicto móvil, conviene efectivamente impulsar a los esposos a escoger, por contrato, el régimen a que quieran adherirse, y, especialmente, que se les permita referirse al régimen común de la nueva ley o a alguno de los regímenes por ésta organizados. Por eso, nos parecería convenientísima la aceptación, como regla de Derecho Internacional, de la posibilidad de verificar modificaciones convencionales del régimen matrimonial de bienes en cualquier supuesto en que se produzca algún desplazamiento del elemento de conexión tenido en cuenta para fijar el régimen matrimonial de bienes, cualquiera que sea en el Derecho interno, de una y otra ley en conflicto, la solución dada a la modificabilidad del régimen matrimonial, es decir, aunque en ambas, internamente, ésta sea resuelta negativamente.

D) PERSPECTIVAS NUEVAS DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

13. ¿Qué pensar de un sistema de opción del cual estarían acompañados todos los actos jurídicos aptos para ejercer una influencia sobre el régimen matrimonial, principalmente el matrimonio y los cambios voluntarios de nacionalidad de uno o de los dos esposos, y eventualmente los cambios de domicilio?

¿Parece posible prescribir a los esposos la elección de un régimen matrimonial (o de una ley-cuadro) ante las posibilidades que les ofrecen especialmente la ley de su domicilio conyugal y sus leyes nacionales respectivas?

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES **29**

¿El ejercicio de la opción puede ser impuesto obligatoriamente en las principales circunstancias que ejercen influencia sobre su régimen matrimonial? ¿Cuáles, especialmente?

Respuesta: Basados en el principio más favorable a la autonomía de la voluntad en esta materia y, a la vez, en el criterio de dotar de la mayor certeza el régimen patrimonial conyugal, certeza importantísima para la seguridad jurídica no sólo de los cónyuges sino también de toda clase de terceros, nuestro criterio ha de ser favorable al sistema de **opción** —ejercitado por los dos cónyuges de mutuo acuerdo— para todo supuesto de conflicto de Derecho Internacional de carácter móvil o transitorio, y tanto por cambio de nacionalidad como, incluso, por mero cambio de domicilio a país o región de un régimen diferente y regido por la **lex fori**.

También creemos conveniente que, por parte del funcionario que deba cuidar de la celebración o de los efectos civiles del matrimonio, en caso de posible conflicto de leyes, o, en todo supuesto de cambio de nacionalidad o domicilio, por el funcionario que la constate: se invite a los esposos o cónyuges a que fijen formalmente, ante Notario —tanto por el carácter de fedatario de éste como por su especialización de técnico conocedor del Derecho en su vida normal—, cuál ha de ser el régimen por el cual quieren regirse en adelante, con la máxima libertad de elección y de pacto en cuanto lo permita el orden público internacional; y que, dicha elección o convención, se haga constar en el Registro Civil, en el acta de su matrimonio, y, en su caso, en la de su naturalización e, incluso, en la inscripción de residencia y régimen civil, que cabría establecer por la **lex fori** asimismo para todos los supuestos de opción no acompañada de cambio de nacionalidad, sino sólo de domicilio.

No somos, en cambio, partidarios de imponer con carácter forzoso la elección. Las consecuencias de su falta de realización o de su debida publicidad, las limitaríamos a su ineficacia respecto de terceros; quienes, en su virtud, podrían estimar regido el matrimonio por su ley anterior o por la **lex fori**, de no probar-

se que dichos terceros conocían el cambio de régimen operado o la diferente ley que regía el matrimonio en cuanto a sus bienes.

II.—SUCESIONES

§ 1º **Visión panorámica de los conflictos planteados.**

Las normas de conflicto interespacial en materia sucesoria han sufrido, evidentemente, una notable evolución a través de la Historia del Derecho, tanto por lo que se refiere a las normas de fondo que la regulan como a las que reglamentan su forma.

Se ha discutido, y es en cierto modo dudosa, la separabilidad de unas y otras (tesis de que la forma debe regirse por la *lex causae*), tanto que tampoco hay acuerdo en su deslinde (v. gr., en la capacidad para testar, posibilidad o no de otorgar testamento mancomunado y algunos otros tipos de testamento, etc.).

Sin embargo, para mayor claridad expositiva examinaremos por separado los principios en juego, en caso de conflicto, respecto a las normas de fondo y las de forma, comenzando por los relativos a aquéllas. Finalmente nos referiremos a los relativos al conflicto de jurisdicciones.

A) Principios en juego para solucionar el conflicto de leyes que regulan el fenómeno sucesorio en sí mismo (normas de fondo).

Es sabido que no hubo unanimidad en las viejas escuelas estatutarias, en la solución de las controversias interespaciales en materia sucesoria.

En Italia, en tanto Baldo, que había defendido la universalidad de la sucesión, se decidió finalmente por aplicar el estatuto real, otros autores, como Alberico de Rosciate y Saliceto, se definían a favor del personal, y Bartolo, a quien entre otros siguió Paulo de Castro, distinguió los estatutos según se refiriese su norma en primer término a las personas o a las cosas, fijándose para ello en el orden literal en que unas y otras eran nombradas.

En Francia, la doctrina se mostró partidaria también del

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES

31

estatuto real, con las solas discrepancias notables de Cujas —partidario de la ley del domicilio—, de Bohuier y de Boullenois.

Sin embargo, tratándose de los bienes muebles, el criterio, favorable en principio al estatuto real, solía ser afectado por la presunción de que los bienes muebles se hallaban situados en el domicilio del difunto. Así, la máxima **mobilia sequuntur personam** —el origen de la cual parece remontarse a Baldo— fue aceptada de modo general por las costumbres del siglo XVI.

Naturalmente el criterio del estatuto real, lleva a la aplicación de **pluralidad de regímenes** a la sucesión en los casos de fallecer el causante teniendo su domicilio en lugar no coincidente con el estatuto de la situación de sus bienes inmuebles, o en el de hallarse éstos dispersos en territorios de estatutos diferentes. Ello debió resultar, y resulta, sin duda, contradictorio con la idea de la universalidad y unidad de la herencia y con el principio de que la persona del difunto es el elemento determinante de su unidad. Así, Savigny, por su consideración del patrimonio como la expresión económica de la persona, estimó aplicable a la sucesión la ley personal del difunto.

Esta visión unitaria puede llevar a la aplicación de la ley nacional del difunto —de acuerdo con el principio de las nacionalidades de Mancini—, o bien a aplicar la ley de su domicilio, sea el de origen o el de la fecha de su defunción, como posibles relaciones determinantes de la única ley que regula la sucesión. Pero, es de notar que la tendencia predominante, entre los que se inclinan por la ley del domicilio, es a considerar como tal no el de hecho sino el de derecho, con lo cual este criterio se acerca, y en muchos casos se equipara, al de la ley nacional.

Es de notar que la preponderancia histórica de la aplicación de los estatutos reales a las sucesiones, tuvo evidentes razones a su favor que en el largo período que comprende desde el siglo XII al XVIII, inclusive, la justificaban prácticamente. Battifol nos explica con claridad la variación de circunstancias experimentada en el siglo XIX. Era anteriormente lo más normal que tanto gentilhombres como labradores vivieran en sus tierras, identificándose su domicilio con la situación de éstas, que solían constituir su patrimonio íntegro o, por lo menos, el ele-

mento más importante y central del mismo; y la ley de su situación solía coincidir, además, con la ley que regía su matrimonio, determinando así unitariamente la verdadera ley de la familia. Pero, desde el siglo XIX lo inmobiliario no es ya la fuente principal de la producción de riqueza; el desarrollo de los valores mobiliarios y el incremento de la población urbana han dado lugar a que la tierra, en general, ya no constituya en sí misma un patrimonio, sino fracciones del patrimonio, y a que —cada vez más— el domicilio deje de coincidir con la situación de las tierras, y a que éstas —por desgracia—, ya no tengan, demasiado frecuentemente, relación con la organización de la familia. Y añádase la eclosión de los valores mobiliarios.

Sin embargo, no faltan quienes aún siguen invocando a favor de la solución territorial, las relaciones del régimen sucesorio con la situación económica y social del lugar donde se hallan situados los bienes, íntimamente relacionada con las soluciones que dan lugar: a la puesta en posesión de los herederos, al régimen de indivisión o al de partición *in natura* y, especialmente, a determinar la composición de los lotes, que tanto afectan a los principios de conservación de la unidad de explotación familiar agraria o de fraccionamiento de la propiedad territorial; a la hipoteca general tácita a favor de los acreedores del difunto, beneficio de separación a favor de éstos, etc., que afectan directamente al crédito público. Cuestiones, todas ellas, que la *lex rei sitae* es la única que las deja convenientemente resueltas.

Claro que para armonizar las ventajas del régimen de unidad de ley sucesoria con la evidencia de estas últimas observaciones, se tiende a considerar de orden público territorial las disposiciones que imponen la división o la indivisión forzosas de determinados bienes y las que se refieren a las garantías reales, aplicándoles por consiguiente el estatuto real. Sin embargo, hemos de confesar que esta solución no nos parece del todo satisfactoria, por lo cual creemos conveniente proponer un mayor temperamento realista al criterio personalista que aconseja la universalidad y unidad de la sucesión. Tal vez, a algunos parecerá la propuesta que vamos a hacer demasiado original y atrevida. Pero, creemos que tiene viejas raíces en los regímenes que han

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES

33

cuidado de la conservación de la unidad familiar agraria y un decisivo apoyo en considerar de orden público territorial no sólo normas prohibitivas, sino también aquellas permisivas que tiendan a conseguir —aunque sea más flexiblemente— igual finalidad.

Es de notar que tradicionalmente la conservación de los patrimonios campesinos era lograda a través de costumbres que la dejaban a la prudente discreción del jefe de familia. Realizábase así, sea a través de la sucesión contractual del patrimonio, establecida en capitulaciones matrimoniales, o bien a través de la libertad de testar, ayudada en ocasiones por la posibilidad de otorgar testamento mancomunado o por la permisibilidad de delegar la facultad de designar heredero, encomendada generalmente al cónyuge supérstite.

El **Code de Napoléon** —calificado en la misma Francia, por algunos, de triturador de la propiedad campesina— dificultó notablemente esta vía. Y esa dificultad la han heredado los Códigos que han seguido más o menos sus principios, y, paralelamente, aunque con el temperamento de la institución de la mejora, el Código Civil Español ha seguido la vieja legislación castellana (que había tendido a dividir la propiedad pequeña, mientras los abolidos mayorazgos facilitaban la conservación, e incluso acumulación, de la gran propiedad territorial) de espíritu tan diverso al de los tradicionales regímenes forales de todo el norte de España (que se caracterizaban por su protección a la conservación unitaria del patrimonio familiar, tanto de los nobles como de los campesinos).

Las consecuencias desfavorables para la agricultura y la buena demografía de ese sistema de los Códigos modernos de división hereditaria forzosa, **in natura** y con largas legítimas (o **reserves**) individuales, han dado lugar, como reacción, a medidas coercitivas por parte de los Estados que han creado y regulado la concentración parcelaria, las unidades mínimas de cultivo, los patrimonios familiares inembargables, etc. Instituciones que se mueven en la esfera del Derecho imperativo, más o menos en el campo del Derecho Administrativo; y en las cuales, por encima

de la decisión del jefe de familia, se impone la voluntad estatal y la organización burocrática del Ministerio correspondiente.

Ahora bien, nos parece que considerar estas últimas normas de orden público territorial y no —en cambio— a las normas que persiguen la misma finalidad más flexiblemente —apoyándose en el sano criterio del jefe de familia, mejor que en los conocimientos técnicos de los funcionarios administrativos correspondientes—, sería incidir —en otra esfera— en el mismo error que, en Derecho interno, llevó a los resultados que han querido corregirse, después, a través de las normas coercitivas y el intervencionismo estatal a que hemos hecho referencia.

Pedimos, pues, que esas normas —tendientes a conservar la unidad de los patrimonios campesinos, sin sacarlos de la esfera de la autonomía de la voluntad del padre o madre— se consideren de orden público territorial, lo mismo que efectivamente se consideran así las leyes imperativas que prohíben el fraccionamiento de ciertos patrimonios o parcelas o que lo condicionan al cumplimiento de determinados requisitos.

Y en ese ámbito situaríamos:

a) Instituciones tradicionales, como: los heredamientos pactados en capitulaciones matrimoniales, el testamento mancomunado, el poder testatorio, la exclusión de las legítimas, o las legítimas simbólicas o reducidas y a pagar en dinero (sin perjuicio de que los legitimarios, según la ley personal del causante, puedan exigir su complemento en otros bienes del caudal, de otra naturaleza o situación, caso de haberlos); y

b) También ciertas instituciones muy recientes, como son: las que en Francia desde 1938 han excepcionado el principio de división **igualitaria**, modificando al efecto el artículo 832 del **Code** y, en relación con él, los artículos 827, 860, 866, 859 y 922 del mismo, facilitando la transferencia íntegra de la heredad familiar por donación o testamento. En Italia, el artículo 713 del vigente **Codice**, que en sus §§ 2º y 3º añade sendas excepciones al principio, conservado en su § 1º, de que los coherederos pueden exigir siempre la división, refiriéndose su § 2º a la posibilidad de que el testador ordene que la división no tenga lugar hasta un año después de la mayoría de edad del último nacido. Y

en el Derecho común español, los preceptos genuinos: del artículo 1.056, § 2º del Código Civil, posibilitando al testador que en interés de la familia asigne la explotación agrícola, industrial o fabril a un solo hijo, ordenando que pague en metálico la legítima a los demás hijos; del artículo 829, relativo a la mejora en cosa cierta, autorizada y mantenida, aunque resulte excesiva, mediante el pago de su exceso en metálico a los demás interesados; o el criterio paralelo del artículo 821, respecto "al legado sujeto a reducción que no admita cómoda división"; etc., etc.

Un aval de gran solvencia, a favor de nuestra proposición, lo hallamos en un internacionalista francés de tanto prestigio y ponderación como Henri Battifol, cuando escribe: "**Il faut reconnaître que les réformes récentes du Droit Français sur le maintien dans l'indivision de certains immeubles, leur attribution préférentielle, éventuellement le statut du fermage, encourageant cette tendance: faisant échec du droit individuel des héritiers en faveur de intérêts familiaux ou économiques, elles accentuent la signification sociale de la propriété immobilière, et visent, évidemment les immeubles situés en France**".

Otras materias han sido consideradas, también, ordinariamente de orden público territorial. Tales son: Las disposiciones prohibitivas de los mayorazgos, vinculaciones, fideicomisos —totalmente o más allá de determinado grado o de circunstancias determinadas— y de prohibiciones de disponer. También: las que regulan las causas de indignidad y las que declaran la incapacidad para suceder de las asociaciones o corporaciones prohibidas por la ley.

Y otras se han considerado genuinamente correspondientes al régimen inmobiliario, y no al sucesorio, como son las de las garantías inmobiliarias de acreedores, legatarios o legitimarios de legítima a pagar en metálico, que son organizadas en la legislación hipotecaria.

El régimen estatutario de las sucesiones tiene evidentes conexiones con el que corresponde a las donaciones. La creación, cronológicamente posterior —en Derecho Romano— a la **querella inofficiosi testamenti**, de la **querella inofficiosae donationis** y de la **querella inofficiosi dotis**, mostró que éstas respondían a

la necesidad de tapar un boquete que, con aquélla por sí sola, quedaba abierto. En Derecho interespacial ocurre lo mismo: la protección contra los legados inoficiosos, según el estatuto aplicable del heredero, sería vana si no extendiese también la aplicación del mismo a las donaciones.

* * *

Ahora bien, la cuestión no es exactamente igual tratándose de la **sucesión contractual**, especialmente de la establecida en capitulaciones matrimoniales, ni con respecto a aquellas donaciones a las cuales **contractualmente** se les da carácter **irrevocable** de mejora o de atribución fuera de la parte debida (v. gr., la regulada en el artículo 827, inciso segundo, del Código Civil Español: "**La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero**").

Por una parte, la sucesión contractual se entiende irrevocable como todo contrato e, incluso, el instituido transmite **mortis causa** su titularidad pendiente a sus herederos en los límites marcados en la misma convención: existe, pues, en ella, dado su carácter híbrido, un vínculo efectivo que falta en la sucesión **mortis causa** normal mientras se hallan en pendencia. Y, además, lo pactado en capitulaciones matrimoniales forma un todo unitario con el régimen de la familia constituida, que no autoriza a separarlo del régimen general establecido en los mismos capítulos y de la ley que le sea supletoria.

Esto implica que los **heredamientos** y, en general, la **sucesión contractual** e incluso las **donaciones establecidas en capitulaciones matrimoniales**, deban seguir la ley del régimen matrimonial de bienes a la fecha de la celebración del matrimonio, que no podrá ser alterada sin el consentimiento unánime de todos los interesados, o de quienes legalmente les representen, conforme a la misma ley del matrimonio en la fecha de su celebración.

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES

37

Respecto de las donaciones ordinarias, decidido que con referencia a su oficiosidad o reducción debe aplicarse la ley del donante, pero no la de la fecha de la donación sino la que le corresponda a su fallecimiento (salvo prueba de que el cambio de ley se verificó en *fraus legis* de la primera), cabe plantear si el mismo criterio es aplicable respecto de su colación.

Es de observar, al efecto, que mientras la reducción por inoficiosidad es institución de Derecho necesario, en cambio, la colación se funda en la presunción de que la voluntad del donante al verificar la donación era la de atribuirla como anticipo de la porción correspondiente, en su día, al donatario en la sucesión del propio donante. Por ello, parece claro que la presunción sólo puede ser referida con arreglo a las reglas a tener en cuenta en el momento de otorgar la donación o la liberalidad *inter vivos* de que se trate.

* * *

En fin, las donaciones *mortis causa*, en cuanto a su fondo (no así en cuanto a su forma) parece elemental que corresponden totalmente a la ley que regula la sucesión del donante

* * *

Con referencia a las particiones, parece claro que la partición verificada por el testador y la hecha por comisario o contador partidor han de regirse por la misma ley de la sucesión. En cambio, la capacidad para pedir la división, con sus reglas para complementarla son del estatuto personal del heredero, y, antes, hemos visto que pueden ser de estatuto real las normas que ordenan o prohíben la división *in natura* o las que autorizan al testador para ordenar la conservación indivisa de ciertos bienes o explotaciones. La *lex fori* regulará las normas procesales de la testamentaría practicada judicialmente.

* * *

Examinados los principios clásicamente en lucha en el tema de Derecho interespatial del que tratamos, nos queda por decir algo de otros dos principios que recientemente han irrumpido en el debate de la misma cuestión. Nos referimos a los prin-

cipios de la autonomía de la voluntad y del tratamiento uniforme de la sucesión.

El principio de la **autonomía de la voluntad** plantea si el causante puede determinar el sistema legislativo bajo el régimen del cual quiere que se rija su sucesión, en cuanto no quede previsto por sus disposiciones testamentarias.

Dado a que, en términos generales, la voluntad del testador es la verdadera ley de la sucesión, en cuanto la ley objetiva no tenga carácter imperativo, y que, por otra parte, la voluntad del causante debe expresarse formalmente, es decir, en la forma, más o menos solemne, legalmente reglada por el ordenamiento jurídico positivo, podemos, atendiendo a estos dos datos fundamentales, formular las conclusiones al respecto.

No nos ofrece duda que **en testamento** (luego trataremos de sus problemas interespaciales de forma) puede el testador señalar la ley que debe complementarlo, interpretándolo y supliendo sus deficiencias y lagunas, en todo cuanto no afecte a las disposiciones legales de carácter imperativo (es decir, salvando las relativas a las legítimas, reservas, ineficacia de las condiciones ilícitas, prohibición o limitación de fideicomisos, prohibiciones o vinculaciones y muy pocas más).

Pero el problema cambia de signo y se agrava si se pretende extender la elección del testador a las normas de Derecho imperativo, remitiéndose a otra ley diferente de la suya, aunque su elección se limite a escoger una de las leyes a las que el conflicto interespacial de su sucesión se refiera: ley nacional del testador, ley de su último domicilio y ley correspondiente a la situación de la parte más importante de los bienes, o bien a la relativa a un bien determinado si esa ley es referida sólo concretamente a la sucesión de éste.

Así, un testador, la sucesión del cual, según las reglas de conflicto aplicables al fallecimiento del mismo, debe regirse por la ley de su nacionalidad, ¿puede o no disponer que no se rija por ésta sino por la de su último domicilio o por la de la situación de la parte principal de su patrimonio, o viceversa?; ¿puede, respecto de la propiedad inmueble que tenga en otro país, disponer que, aun cuando conforme las normas de conflicto la suce-

CÓNFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES

39

sión en dicha finca deba regirse por su ley personal, su voluntad es que se rija por la *lex rei sitae*, o viceversa?

Desde luego, una posibilidad ilimitada de elección de ley sucesoria respecto de las normas imperativas no nos parece que merezca ni siquiera ser tenida en cuenta, ya que no puede desvincularse la persona del testador de las circunstancias familiares y sociales de su medio.

En cambio, circunscrita esa posibilidad de elección a los términos concretos planteados, puede considerarse más discutible. No obstante, habría que eliminar, ante todo, cualquier posible supuesto de intención de defraudar los legítimos intereses de los legitimarios en la creación fáctica del supuesto de hecho que permita efectuar la elección (v. gr., compra de una finca o colocación de la parte principal de los intereses patrimoniales en otro país, o fijación del domicilio en el extranjero, con el solo fin de conseguir esa posibilidad de elección precisamente para poder eludir alguna disposición limitativa). Lo cual introduciría una gran dosis de incertidumbre a la regla.

Además, nos parece que es más jurídico que estos conflictos interespaciales sean resueltos objetivamente, por buenas y flexibles reglas de conflicto, adecuadas a todas las circunstancias del supuesto. Y, por tanto, opinamos que debe excluirse tal elección en todo cuanto se refiera al Derecho imperativo. Que la voluntad del causante, en todo lo afectante a intereses generales, sociales y familiares, y, en especial, en lo que pueda herir legítimos intereses de sus presuntos legitimarios o reservatarios, como parte interesada que es él, no debe decidir tales posibilidades, que conviene sean resueltas por una norma de conflicto objetiva y clara.

* * *

El principio del **tratamiento uniforme de la sucesión**, que arranca del de la **unidad de la sucesión**, determina que ésta deba ser tratada como un todo, cualquiera que sea la ley que se le aplique, y, por lo mismo, únicamente se le ha de aplicar una sola ley.

Pero, además, el principio del **tratamiento uniforme de la sucesión**, aplicado a los supuestos de conflicto interespacial de normas, no sólo se apoya en la conveniencia de un **tratamiento**

unitario, sino también en la necesidad de un tratamiento **igual**, cualquiera que sea el país en el que se tramite la sucesión. Así pretende este principio, fundamentalmente: evitar, v. gr., que mientras un juez inglés aplicaría las respectivas leyes territoriales a los bienes de un inglés fallecido en España, en cambio, un juez español le aplique su ley nacional inglesa en cuanto a los bienes inmuebles que deje en España. Cualquiera que sea la jurisdicción, se deben aplicar las mismas leyes, sean varias o una sola, aunque mejor una sola, a una misma sucesión en su totalidad.

Se evita así, tanto que los conflictos de fondo tengan que ser resueltos parcialmente en cada jurisdicción, como que, por cada una de ellas, se puedan resolver en forma distinta. Es decir, se impide que la cuestión de fondo quede decidida **a priori** por una cuestión de competencia judicial o, lo que es peor, por una habilidad en saber llevar la testamentaría al país donde más convenga a quien resulte más astuto o más falto de escrúpulos.

B) Principios en juego para solucionar los conflictos de leyes en materia de testamentos.

Alfred E. von Overbek, en su reciente obra **L'unification des règles de conflits de lois en matière de forme des testaments**, nos ofrece una maravillosa perspectiva de la evolución sufrida, en este tema, por los principios que dirigen su solución. La correcta aplicación de la regla **locus regit actum**, que ha pasado de ser considerada imperativa a ser reconocida como **facultativa**, y la preponderancia, como fundamentales, de los principios del **favor testamenti** y del principio del **tratamiento uniforme de la sucesión**, así como el modo de conjugarlos, son examinados en dicha obra con luminosa claridad.

Digamos, ante todo, con frase suya, que la historia de los conflictos de forma en los testamentos coincide en lo esencial con la de la regla **locus regit actum**. Entrevista, primero, por los canonistas del siglo XII, fue formulada luego por los glosadores italianos, y finalmente impuesta, como regla consuetudinaria generalmente reconocida, gracias especialmente a la autoridad de

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES 41

Bartolo. Incluso el territorialista d'Argentré la admitió para la forma de los testamentos.

La regla **locus regit actum** no sólo fue admitida, sino que con el tiempo se la llegó a considerar obligatoria, es decir, **imperativa**. En otras palabras, no sólo se admitió la forma del lugar del otorgamiento, sino que se la exigió con exclusión de otra cualquiera. Sin embargo, en la primera mitad del siglo pasado C. G. von Wächter demostró palpablemente que el fundamento de dicha regla, según quienes la elaboraron, no se hallaba en las doctrinas generales, que más bien llevarían a la aplicación de la misma ley que rige el fondo del acto, sino que principalmente **se fundó en las necesidades del comercio jurídico**. Ello ha proporcionado al Derecho Internacional Privado moderno nuevos puntos de vista y más ricas y flexibles soluciones. Comparando los Tratados internacionales de los setenta últimos años se percibe claramente que de modo constante y progresivo se acentúa esa nueva orientación, en la cual la regla **locus regit actum** deja de ser un principio fundamental para pasar a ser una regla más, apoyada en los citados principios del **favor testamenti** y del **tratamiento uniforme de la sucesión**. En efecto:

La Conferencia de La Haya de 1893 admitió, en su artículo 3º, para donaciones y testamentos, la regla **locus regit actum**, sin perjuicio: de la validez de los actos otorgados en el extranjero ante el representante diplomático del país del otorgante y conforme a las leyes de éste; y de limitarla cuando la ley nacional exija con carácter sustancial la forma auténtica o la forma ológrafa, u otra determinada por él.

Pero en 1894 ya fue reformado este artículo 3º en el sentido de admitir indistintamente, en esta materia, la forma de la ley nacional y la ley del lugar del otorgamiento, además de la forma diplomática; con lo cual la regla **locus regit actum** perdió su carácter preeminente y exclusivo.

En el proyecto de 1904 se declaró la alternativa entre la ley del lugar del otorgamiento y la ley nacional del otorgante refiriendo ésta a la que éste tuviese en la fecha del otorgar el testamento. Y, especialmente, se limitaron los efectos de la exigencia con carácter sustantivo por la ley nacional de una forma deter-

minada, reduciendo los efectos de su inobservancia a la invalidez del testamento en su propio país, pero salvando su eficacia en aquellos otros países, en los cuales, según su ley interna, pueda estimarse válida.

La Conferencia de 1925 siguió este criterio, determinando que la nulidad exigida por la ley nacional únicamente aparejaría la nulidad del testamento en el país que la impusiese y tan sólo en cuanto a los bienes que en el mismo se hallasen.

El último paso, hasta la fecha, ha sido dado por la Convención de 5 de Octubre de 1961, siempre de La Haya, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias. Su artículo 1º admite indistintamente las leyes del lugar del otorgamiento, de la nacionalidad, del domicilio o de la residencia habitual del testador, estas tres últimas tanto con respecto a los que tuviera en la fecha del otorgamiento como en la de su defunción, y, en fin, para los inmuebles la ley de su situación. Aclarándose que cuando en un país coexistan varios regímenes (como, v. gr., en España coexisten el común del Código Civil y los de las regiones forales), se debe entender por ley nacional la correspondiente al testador, entre los ordenamientos existentes en el mismo, conforme al sistema de normas de conflicto de su propio país. (Notemos que con respecto a la aplicación de la *lex rei sitae*, propone Von Overbeck que se llegue más allá, entendiendo la posibilidad de elegirla, no sólo limitadamente con respecto al bien concreto situado en su territorio, sino que, además, pueda extenderse su aplicación a todo el patrimonio si en dicho territorio radica la parte principal de los intereses del testador).

El artículo 7º de la Convención de 1961 dispone que la aplicación de una de las leyes declaradas competentes no puede ser descartada si no es manifiestamente contraria al orden público. El artículo 10 permite que cada Estado se reserve no reconocer las disposiciones testamentarias hechas, fuera de circunstancias extraordinarias, en forma oral por un súbdito suyo que no tenga otra nacionalidad. Y el artículo 11 permite que cada Estado se reserve no reconocer, a base de sus propias prescripciones legales, ciertas disposiciones hechas en el extranjero

CONFLICTOS DE LEYES Y RÉGIMENES MATRIMONIALES 43

si no reúnen las condiciones siguientes: a) no ser válido sino por la ley del lugar del otorgamiento; b) tener el testador la nacionalidad del Estado que haya hecho la reserva; c) tener en este mismo Estado su domicilio y su residencia habitual; y d) haber fallecido el testador en un Estado distinto al del lugar del otorgamiento. Pero, el párrafo final del mismo artículo 11 limita los efectos de esta reserva tan sólo y exclusivamente a los bienes que se hallen en el Estado que la haya hecho.

* * *

Vista panorámicamente esta notable evolución, conven-
drá repasar los principios que la han dirigido.

Digamos antes que la *lex causae*, es decir, la ley que rige la sucesión, no puede ser tenida en cuenta en sí misma (es decir, sino es por su coincidencia con otra ley aplicable a la forma del testamento: como la nacional o la del domicilio del testador o la *rei sitae*), por la razón de que el testador al otorgar su disposición no puede predecir, con plena seguridad, cuál va a ser la ley que a su fallecimiento deberá regular su sucesión.

El principio del *favor testamenti* es muy antiguo. Lo hallamos aplicado en supuestos concretos por el Derecho Romano y fue formulado y desarrollado en el Derecho común. Su objeto es mantener la voluntad empírica o práctica del testador, en cuanto sea posible y no choque con las normas imperativas que determinaren la invalidez del testamento o de algunas de sus disposiciones. La figura jurídica de la *conversión*, material y formal, obedece a este principio cuando actúa en la esfera sucesoria. El resultado perseguido por el *favor testamenti* se obtenía y obtiene en ocasiones directamente a través de la labor interpretativa, apoyado ya sea en normas positivas o bien en principios generales de Derecho. En otros casos se consigue a través del trámite de la previsión del testador expresiva de que sus disposiciones "valieren del mejor modo que en Derecho valer pudiesen", es decir, de la cláusula *omni meliori modo*.

Formalmente, pero, el *favor testamenti* se limitaba a aplicarse al Derecho interno, dado el carácter solemne y sustantivo de la forma testamentaria. Su cauce en materia formal discu-

rría convalidando el testamento, inválido como tal, pero degradándolo a valer como otra de las formas menos solemnes también admitidas, aunque con menos efectos o con sus efectos limitados sólo a algunas de sus disposiciones, y, a veces, actuaba convirtiendo jurídicamente la naturaleza sustantiva de alguna de sus atribuciones —v. gr., la institución de heredero en fideicomiso a cargo del llamado abintestato—, para lograr por otra vía institucional el mismo resultado práctico querido por el testador. A ese fin tendió la posibilidad de que el testamento común pudiera valer como *parentem inter liberos*, como codicilo, como memoria testamentaria, etc. Lo cual, a veces, resultaba de una previsión legislativa, y, en otras, a través de la llamada *cláusula codicilar*, o también de la mencionada *omni meliori modo*.

Modernamente se ha tratado de proyectar ese principio al Derecho Internacional Privado. Vamos a ver el camino seguido y a seguir en ese intento

Quien quiere hacer testamento puede, por una parte, estar sometido en dicho momento a una ley distinta de la que le corresponderá en el día de causarse su sucesión, y, de otra parte, puede hallarse ante la circunstancia de que los bienes de que dispone se encuentren dispersos en países de criterios distintos, de modo tal que sufra la dificultad de no poder hallar una forma de testar que sea reconocida como válida en todos ellos. Por otra parte, se ha observado que, al no admitirse que la ley aplicable a la forma deba ser necesariamente la que regule la sucesión en sus cuestiones de fondo (es decir, la *lex causae*), falta toda razón seria que impida conceder al testador la facultad de elegir una entre las diversas formas que representan las diversas leyes que se presenten en conflicto en el supuesto en cuestión.

Partiendo de cierta unidad general en el orden jurídico internacional entre países de regímenes testamentarios semejantes, se tiende, en virtud de este principio: a) A que el testador elija como forma, con validez general, cualquiera de las en conflicto. b) A que, en caso de que la eficacia de la forma elegida no sea aceptada por alguna otra de las leyes en conflicto, esta inadmisibilidad se limite sólo respecto a los bienes que se ha-

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES 45

llen en el ámbito territorial de la ley que repela tal forma. Y, c) A que si el causante testa en una forma que resulte válida según la que llegue a ser su ley personal al causarse su sucesión: sea convalidada aunque en el momento del otorgamiento no hubiese sido válida, según la ley personal ni según la del lugar del otorgamiento ni otra alguna.

* * *

El principio del tratamiento uniforme de la sucesión, llevado a actuar para resolver el conflicto interespacial de las formas testamentarias, determina la conveniencia de que el testamento estimado válido por una de las leyes en conflicto, sea asimismo estimado como válido por todas las demás, y, viceversa, que el estimado nulo por aquella lo sea también por las otras. Estima, con razón, que, en principio, la voluntad del testador es inescindible, y que, por ello, puede resultar contrario a su voluntad que su testamento valga en parte y deje de valer en otra parte. Algo así contemplaba el viejo principio romano *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*.

Los inconvenientes de esa validez parcial, en caso de conflicto internacional, los explica Von Overbeck con el siguiente ejemplo: Un testador tenía dos herederos forzosos del mismo grado, A y B. En un testamento ológrafo conforme al Derecho Suizo, dejó a A su inmueble sito en Ginebra de un valor de 100.000 francos y a B su inmueble ubicado en Londres de igual valor. Al no valer el testamento en Gran Bretaña, el inmueble de Londres sería deferido abintestato y correspondería por mitad a A y B, con lo cual aquél recibiría tres cuartas partes del caudal y éste sólo una cuarta parte. Resultado evidentemente en contra de la verdadera intención del testador, que quedaría falseada y mucho más alterada que si la sucesión intestada se hubiese aplicado en todo.

Por otra parte, los principios del *favor testamenti* y del **tratamiento uniforme** pueden fácilmente resultar contradictorios. Aquél pretende que la voluntad del testador sea respetada en la medida de lo posible, o, por lo menos, parcialmente si no cabe que lo sea totalmente. El segundo principio, por el contra-

rio, propone su validez en todo o en nada. Planteado así el conflicto, sólo podrá ser solucionado atendiendo a la verdadera intención del testador, deducida del tenor del mismo testamento, y atendiendo a lo que aparezca, en cada caso, más conforme a su voluntad en el supuesto de ineficacia parcial planteado de hecho. Es decir, hay que determinar si lo más conforme a la misma sería la nulidad total, o bien, por el contrario, resultaría más de acuerdo con ella admitir su eficacia en la parte que corresponda a los bienes dependientes de las leyes que consideren válido su testamento

* * *

Entre las soluciones propuestas en la Convención de 1961, tenemos —como hemos visto— las de las leyes de la situación de los bienes (en cuanto a la disposición relativa a éstos), del domicilio y de la residencia habitual del testador, fuera del ámbito de su ley nacional y de la del lugar del otorgamiento (pues de lo contrario bastaría referirse a éstas y holgaría la enumeración de aquéllas). Esto, que puede no ofrecer dificultades para los testamentos otorgados en formas privadas, lleva a más arduos problemas tratándose de testamentos otorgados ante Notario, o ante alguna autoridad o funcionario, conforme a unas reglas formales diferentes de la *lex magistratus*, es decir, que no correspondan a la *lex loci actus*, sino a la personal (de la nacionalidad, del domicilio o de la residencia habitual del testador) o bien a la *lex rei sitae*, distintas de aquélla.

¿Es esto posible? ¿Es conveniente? ¿Puede o, al menos, debe admitirse que la forma pública que exige la autorización por un Notario u otra autoridad o funcionario, pueda ser cumplida en el extranjero, no sólo por los funcionarios diplomáticos idóneos del país de origen, sino también por los Notarios o funcionarios adecuados del país extranjero en que se otorgue, aplicando las formalidades de la ley personal del causante o de la *lex rei sitae*, diversas a la *lex magistratus* que, en este caso, concuerda con la *lex loci actus*.

En el terreno constituyente y ante una Unión Internacional de un Notariado de idénticas características debemos defi-

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES 47

nirnos proponiendo la solución afirmativa dentro de la Unión.

E, incluso, en el supuesto de que un testamento resulte nulo conforme a la ley del lugar de su otorgamiento por fallar uno de los requisitos exigidos por ésta, pero que, en cambio, no fuera exigido por la ley personal del causante o, en su caso, por la *lex rei sitae*, creemos que dicho testamento debe ser considerado como válido.

Por ejemplo, supongamos un testamento ante Notario que conforme la *lex loci actus* sea nulo por inhabilidad de uno de los testigos, pero que, en cambio, el testigo sea hábil conforme la ley personal del testador, y que en todo lo demás el otorgamiento resulte totalmente de acuerdo con ésta. O bien, que, dándose también esa última circunstancia expresada, el testigo resultare innecesario, según la ley personal del testador, por exigir ésta un testigo menos que la ley del lugar del otorgamiento. O bien, supongamos dos leyes que, respecto a la autorización testamentaria, difieren sólo en cuanto al requisito de la unidad de acto o al de la rogación de los testigos, exigidos por la del lugar del otorgamiento y no por la ley personal del testador, y, supongamos también, que uno de tales requisitos falla por cualquier circunstancia. También en estos casos, con el apoyo del principio del *favor testamenti*, nos inclinamos por su validez y eficacia en todo lugar, si resultan plenamente cumplidos los requisitos exigidos por su ley personal. Y, sin duda alguna, si, en su otorgamiento, se previno que valiere del mejor modo que valer pudiere.

* * *

Hemos comprobado la tendencia que degrada la regla *locus regit actum* de ser un principio imperativo a convertirse en una mera norma permisiva. Ahora, en cambio, y talvez por esa misma razón, es decir, por la admisión de otras leyes con igual eficacia para regir la forma, vamos a ver cómo se tiende a **extender el ámbito de la forma, desde el campo limitado de las puras formalidades hasta comprender también —conforme al artículo 5º de la Convención de La Haya de 1961— las prescripciones que limiten las formas testamentarias admitidas con referencia a la edad, la nacionalidad u otras cualidades personales**

del testador, y las que determinan las cualidades que deben poseer los testigos requeridos para la validez de una disposición testamentaria.

Es decir, que la forma ha aumentado así en profundidad su ámbito de aplicación.

No ofrece duda, por otra parte, la aplicabilidad de la misma ley relativa a la forma, a las **formalidades habilitantes** del testamento y a los requisitos de su prueba, pues es evidente la conexión de ambas con la ley por la cual se rige el testamento.

* * *

El artículo 25 de la Convención de 1961 se ocupa de la **revocación de los testamentos**, disponiendo que el artículo 1º es aplicable a las disposiciones testamentarias que revocan una disposición testamentaria anterior. Y, en su § 2º, añade que la revocación es igualmente válida, en cuanto a la forma, si responde a una de las leyes según los términos de la cual, conforme al artículo 1º, la disposición testamentaria revocada era válida.

La interpretación de este artículo requiere la observación de que su § 1º se refiere a las **disposiciones testamentarias que revocan otra anterior**, mientras su § 2º trata en general de la **revocación** sin ceñirla a una disposición testamentaria. Creemos que en esa distinción se halla la clave de la inteligencia del precepto.

Un testamento otorgado conforme a cualquier ley competente puede ser revocado por otro posterior amparado en cualquier otra de las leyes competentes según el artículo 1º. La solución es lógica: si todas las leyes tienen al respecto igual rango, y si la eficacia de un testamento comprende —salvo previsión en contrario del mismo, que sea resultante de su tenor— el efecto revocativo de los anteriores, evidentemente el último testamento otorgado conforme a una cualquiera de las leyes admitidas en el artículo 1º revocará los anteriores aunque hayan sido otorgados con arreglo a la forma de otra de las leyes competentes según el mismo artículo 1º.

En cambio, las revocaciones verificadas por un hecho determinado (destrucción del testamento, su retirada del estudio del Notario, etc.) o en una forma no testamentaria, donde se admi-

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES

49

ta esa posibilidad, sólo serán eficaces si corresponden a la misma ley por la que se ha regido la forma del testamento que se trata de revocar. Lo cual es muy lógico, pues hay que considerar esas formas de revocación como íntimamente ligadas —casi complementarias, en su caso— a las reglas de forma del mismo testamento que se trate de revocar.

* * *

Más discutible nos parece la cuestión de qué leyes deben regir el testamento **mancomunado**, admitido en algunos regímenes y rechazado en bastantes otros.

El artículo 4º de la Convención de 1961 declara su aplicación a **las formas de las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo acto por dos o más personas.**

Notemos que la posibilidad o la prohibición del testamento mancomunado es considerada en las legislaciones italiana y española como regla de fondo, mientras en los Países Bajos se la considera regla de forma, así como por la jurisprudencia francesa, si bien —como advierte Batiffol— la doctrina de ese mismo país opina, en general, lo contrario.

Al respecto, cabe observar que las posibilidades de revocación del testamento mancomunado son fundamentales en estos testamentos y varían en los diversos regímenes que los admiten. Así en el testamento **en mancomún** aragonés y en el **testamento de hermandad** navarro, en vida de los testadores cualquiera de ellos puede revocarlo comunicándoselo al otro, mientras que después de muerto uno de ellos ya el otro no puede revocar el testamento **de hermandad** navarro y, en cambio, puede revocar el testamento aragonés **en mancomún** si renuncia a los derechos que del mismo se derivaren a su favor. Esa posibilidad de vinculación del cónyuge supérstite— absoluta o limitada al caso de que no renuncie a sus derechos derivados del premuerto— nos confirma en la creencia de que la admisibilidad o no de su otorgamiento corresponde a las reglas de fondo, y que sólo las solemnidades (número y cualidades de los testigos, rogación, unidad de acto, etc.) corresponden a las reglas de forma.

Por eso, creemos que lo que autoriza el artículo 4º de la Convención es que si varios testadores, que conforme su ley personal puedan otorgar testamento mancomunado, podrán hacerlo según las formalidades extrínsecas de otra ley, que sea competente para testar en general según el artículo 1º de la misma Convención. Notemos que de no entenderlo así resultaría tautológica —como observa Von Overbeck— la expresión se aplica igualmente a las formas de..., escrita en dicho artículo 4º por una Convención que precisamente se ocupa de las formas de testar. Por ello, parece que la forma en el artículo 4º tiene un sentido más restringido —aquí propiamente extrínseco— que en el resto de la Convención y, concretamente, que en su artículo 5º.

C) Problemas de competencia jurisdiccional con respecto a las operaciones de la testamentaría.

El principio del tratamiento uniforme de la sucesión requiere con la máxima insistencia que las operaciones testamentarias se verifiquen en una sola jurisdicción.

Por otra parte, no vemos ahí los inconvenientes que, en materia de determinar la *lex causae* o de la sucesión, hallábamos para admitir la libre aplicación del principio de la autonomía de la voluntad. Pero supeditando —¡es claro!—, en nuestro caso, esa posibilidad de elección de la jurisdicción competente a que se haga aplicación uniforme de la misma *lex causae* a la sucesión en cualquiera de las jurisdicciones. Creemos, pues, que el testador, el comisario, contadores-partidores o los herederos de común acuerdo deberían poder elegir una cualquiera entre las varias jurisdicciones que resulten en conflicto, o incluso varias según la situación territorial de los bienes.

A falta de tal elección o de unanimidad entre los herederos, surge la cuestión entre la jurisdicción del último domicilio de derecho del causante en su propio país, la del domicilio que tenía también de derecho en el extranjero a su fallecimiento y la correspondiente a la situación de la parte más importante de sus intereses. Creemos que cuando la primera y la última no coincidan, parece lo más sencillo extender al ámbito internacional la competencia que, en su ámbito interno, casi todos los países re-

fieren al último domicilio del causante. (En España, el artículo 63, N° 5°, de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina la competencia del juez del lugar en que hubiere tenido el finado su último domicilio; pero, añade que, si lo hubiere tenido en país extranjero, será juez competente el del lugar de su último domicilio en España, o de donde estuviere la mayor parte de sus bienes).

Generalmente estas cuestiones de competencia jurisdiccional han sido resueltas por convenciones internacionales, que aceptan un procedimiento mixto, con intervención de las autoridades jurisdiccionales del lugar del fallecimiento y de las Consulares que en el mismo representen al país del que fue súbdito el causante.

§ 2º Exposición del régimen español de normas de conflicto interespacial en materia sucesoria.

El criterio tradicional español, en materia de conflicto de leyes de Derecho Sucesorio, fue el del fraccionamiento de la sucesión, aplicando en cuanto a los bienes muebles la ley del domicilio del causante y a cada uno de los inmuebles el de su respectiva *lex rei sitae*; y, en materia de formas testamentarias, varias disposiciones legales habían consagrado la regla *locus regit actum*.

Pero la ya citada Sentencia de 27 de Noviembre de 1868, siguiendo las corrientes científicas a la sazón predominantes, aplicó a las sucesiones el principio de la universalidad y unidad de la herencia y el estatuto personal de la nacionalidad del causante. Criterio que siguió la Sentencia de 6 de Junio de 1873. En cambio, en materia de forma testamentaria, se siguió aplicando por los tribunales la regla *locus regit actum* (Sentencias de 6 de Noviembre de 1867 y 24 de Mayo de 1886).

El Código Civil, después de establecer en el § 1º de su artículo 10 el estatuto de los bienes, señalando a los muebles la ley nacional del propietario y a los inmuebles la *lex rei sitae*, dispone en su § 2º que: "**Sin embargo, las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de**

sus disposiciones, se regularán por la Ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren”.

Respecto a la forma, el artículo 11 § 1º consagra la regla *locus regit actum* al disponer:

“Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos se rigen por las leyes del país en que se otorguen”.

Su § 2º aplica la ley española a los actos autorizados en el extranjero por agentes consulares y diplomáticos de España. Y su § 3º regula la excepción de orden público en los siguientes términos:

“No obstante, lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero”.

Es de notar, además, en España, la coexistencia con el Derecho común de Derechos específicos de los regímenes forales. Por ello, la ley nacional española no es unitaria en materia sucesoria, sino que va referida, además del régimen común, al de cada una de las regiones o comarcas que tienen específicas instituciones sucesorias, como resulta del artículo 12, § 2º del Código Civil.

Hecha esta somera exposición, en sus líneas fundamentales, de las normas de conflicto contenidas en título preliminar del Código Civil, relativas a la materia sucesoria, vamos a examinar también brevemente —y por separado las relativas al fondo y las referentes a la forma— las demás normas concretas contenidas en el mismo Código Civil y en los Apéndices o Compilaciones Forales.

A) Preceptos relativos a las normas de fondo que regulan el fenómeno sucesorio.

Acabamos de ver que la regla general, contenida en el § 2º del artículo 10 del Código Civil, aplica la ley nacional del cau-

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES 53

sante. Pero su § 3º contiene la excepción siguiente a esa regla:

“Los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana, a la ley 15, título 20 del Fuero de Vizcaya”.

¿Cuál es el sentido de esa excepción?

Hace muy pocos años glosamos ese párrafo 3º del artículo 10 del Código Civil, llegando a las siguientes conclusiones:

“Como excepción al estatuto personal (ley del causante), aplicado por el § 2º del artículo 10 del Código Civil a las sucesiones **mortis causa**, la sucesión de quien tenga la vecindad civil de vizcaíno de una villa, conforme al artículo 15 del Código Civil, aunque resida en territorio común, en el extranjero o en otro territorio foral distinto, si no ha perdido aquella vecindad civil, conforme al N° 3º del propio artículo 15, y en cuanto a los bienes raíces, concretamente inmuebles rústicos por naturaleza —esencialmente los caseríos y **sus pertenecidos**— que posean en la tierra llana, se rige por las siguientes reglas (a través de la llamada a la ley 15 del título 20 del Fuero de Vizcaya):

“a) Tienen los causantes libertad de elegir heredero único de dichos bienes, según las leyes 11 y 13 del título 20 del Fuero de Vizcaya, entre los descendientes, a falta de éstos entre los ascendientes, o en su defecto entre los profincos colaterales tronqueros, pudiendo apartar a los demás en la forma establecida.

“b) Están sujetas sus disposiciones gratuitas **inter vivos** y **mortis causa** a la legítima colectiva (leyes 14 y 18 del título 20), de los descendientes o, en defecto de éstos, de los ascendientes, que comprenderá la totalidad de bienes raíces de la tierra llana, aunque los hubiera comprado el causante: y, a falta de ascendientes y descendientes, si los bienes son de patrimonio sufrirán la legítima colectiva de sus hermanos —o de los descendientes de éstos— que sean de doble vínculo o de vínculo paterno o materno, según fuera el padre o la madre el adquirente de dichos bienes, y si los bienes fueran de abolengo en favor no sólo de los hermanos y sus descendientes de la línea del abuelo, sino también de los tíos y primos de dicha línea, e incluso de los tíos abuelos que fueron hijos de un bisabuelo que hubiera sido dueño de los bienes.

"c) Y les será aplicable, en cuanto a estos bienes, la sucesión intestada troncal de la ley 8, título 21, del Fuero".

Y añadimos que: "En el terreno constituyente, creemos que convendría extender la aplicación de este estatuto real imponiéndolo a cualquier persona (vizcaíno o no) español o extranjero, que en la tierra llana tuviera algún caserío (según el criterio del padre Luis Chalbaud y Errauzquin, S. I.), pero exclusivamente con relación a la sucesión forzosa o a la intestada de este caserío, en la misma forma expresada, pero limitando los derechos sucesorios de los profincos colaterales tronqueros solamente a favor de aquellos que siendo labradores vivan en el mismo valle donde radique el caserío, o por lo menos en la provincia de Vizcaya".

Este criterio coincidiría con el que antes hemos propuesto —en epígrafe que hemos dedicado a los principios— con respecto a la propuesta nuestra de atribuir carácter de estatuto real a las normas que, aunque sean permisivas —al quedar a la discreción del jefe de familia—, tiendan a la conservación de los patrimonios familiares rústicos.

* * *

La doctrina suele considerar de orden público territorial la limitación de los fideicomisos, vinculaciones y prohibiciones de disponer, como máximo al segundo grado de sustitución o a las personas que vivieran al fallecer el testador. Pero conviene notar que, en cambio, en Navarra, conforme la novela 159 de Justiniano (que también rigió en Cataluña hasta la reciente Compilación de su Derecho especial), es permitida su extensión hasta cuatro generaciones contando la del heredero (por lo cual la diferencia de grados permitidos respecto al artículo 781 del Código Civil es sólo de uno y no de dos —como a primera vista parece—, ya que en este último precepto no se cuenta al heredero sustituido y sí en la novela 159). Siendo así, parece que el límite del orden público territorial español debe colocarse en esa mayor amplitud que, si es aceptada para los aforados de una región

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES 55

española, con igual razón debería aceptarse para los extranjeros a quienes su propia ley se lo permitiese.

* * *

Hemos expresado antes que la posibilidad de otorgar **testamento mancomunado** ha sido considerada en España como cuestión de fondo y no de forma.

Así el artículo 669 del Código Civil dice que: **"No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero"**.

Y viceversa, el artículo 17 del Apéndice Aragonés dispone, en su artículo 2º, que: **"Valdrá el testamento mancomunado que cónyuges aragoneses otorguen en provincias españolas distintas del antiguo reino o a bordo de buques nacionales y también en país o a bordo de buques extranjeros, atemperándose en cada caso a las solemnidades exigidas legalmente en el lugar del otorgamiento"**.

Notemos que en esta disposición se distingue perfectamente la cuestión de fondo y la materia formal propiamente dicha, en los mismos términos que antes teóricamente habíamos anticipado. La **posibilidad** de otorgar el testamento mancomunado es cuestión que atañe al fondo; las **solemnidades** de su otorgamiento, es cuestión de forma. Estas se rigen por la ley del lugar del otorgamiento; aquélla por la ley nacional común de los testadores.

El artículo 242 del Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra, refiriéndose sólo a la cuestión de fondo, dice que: **"Los navarros pueden otorgar testamento de hermandad tanto en España como fuera de ella"**.

* * *

También es considerada por la doctrina como una cuestión de fondo y, por tanto, dependiente de la ley nacional, la posibilidad del **poder testatorio, o testamento por comisario**, admitida en Aragón, Vizcaya y más limitadamente en Cataluña y Baleares.

También se rigen por la ley personal, dado su carácter de privilegio local, los llamados **testamentos sacramentales**, como resulta de los §§ 1º y último del artículo 103 de la Compilación Catalana, que dicen así respectivamente:

“(§ 1º) Podrán otorgar testamento sacramental las personas que gocen de la vecindad local de Barcelona mientras se encuentren fuera de dicha ciudad en viaje, siempre que, en previsión de fallecer en tal circunstancia y con intento de testar, manifiesten su última voluntad, de palabra o por escrito, ante dos testigos idóneos y rogados, que conozcan al testador y aprecien su capacidad”

“(§ último) Podrán también otorgar testamento sacramental, en análogas circunstancias, las personas con vecindad local en la antigua diócesis de Gerona, adverándolo los testigos ante el altar de la iglesia de aquella ciudad en que consuetudinariamente se celebren estos actos”.

B) Disposiciones relativas a las cuestiones de forma de los testamentos.

El artículo 11, §§ 1º y 2º, viene complementado por otros preceptos del Código Civil, que siguen los mismos criterios de la regla *locus regit actum* y de la posibilidad de que los españoles testen en el extranjero conforme la ley española ante los agentes diplomáticos y consulares de España.

Así podemos transcribir los siguientes preceptos del Código Civil:

“Artículo 732. Los españoles podrán testar fuera del territorio nacional sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen”.

“Artículo 734. También podrán los españoles que se encuentren en país extranjero otorgar su testamento, abierto o cerrado, ante el agente diplomático o consular de España residente en el lugar del otorgamiento.

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES

57

“En estos casos, dicho agente hará las veces de Notario, y se observarán, respectivamente, todas las formalidades establecidas en las secciones quinta y sexta de este capítulo, no siendo, sin embargo, necesaria la condición del domicilio en los testigos”.

* * *

En cuanto a la posibilidad de que un Notario español autorice el testamento de un extranjero con arreglo a las formalidades de la ley nacional de éste, no hallamos norma alguna que la autorice; pero tampoco conocemos ningún precepto que directamente lo prohíba. Lo que sí está previsto, en los §§ 2º y 3º del artículo 150 del Reglamento Notarial, es la redacción a doble columna de los instrumentos notariales otorgados por un extranjero, con una columna en idioma nacional y la otra en el idioma del otorgante. Pero ésta es otra cuestión.

§ 3º Contestación al cuestionario propuesto.

A) CONFLICTO DE LEYES Y CONFLICTO DE JURISDICCIONES

1. ¿Es necesario someter el conjunto de bienes que constituyen la sucesión a una ley única, o se puede, por el contrario, distinguir masas territoriales sometidas a leyes diferentes?

Respuesta: Creemos conveniente el **tratamiento uniforme y unitario de la sucesión**, considerándolo como principio fundamental en esa materia, por las razones que antes hemos expuesto, con las excepciones que el orden público territorial imponga a las que se aplicará la *lex rei sitae*.

2. ¿Cuál es la ley competente (o qué leyes son competentes) para regir la transmisión sucesoria?

Respuesta: Estimamos que debe regirse por la ley personal del causante en la fecha de su fallecimiento, entendiendo por ley personal: preferentemente su ley nacional; en defecto de nacionalidad, la de su domicilio legal, y, en defecto también de éste, la de su residencia habitual. En caso de que en un Estado co-

existan regímenes sucesorios diversos, debe considerarse como ley nacional del causante la que corresponda, según las normas internas, a su vecindad civil regional, comarcal o local.

No obstante: la sucesión contractual y las donaciones convenidas en capitulaciones matrimoniales deben regirse por la ley reguladora del matrimonio en la fecha de su otorgamiento.

3. ¿Es preciso pronunciarse en favor de un solo Tribunal exclusivamente competente en materia sucesoria? En caso afirmativo, ¿cuál?

Respuesta: El principio del tratamiento uniforme de la herencia así lo aconseja.

Su determinación parece que no hay inconveniente en dejarla a la elección del causante, de los comisarios o contadores partidores, o unánimemente de los herederos, que podrán escoger —por lo menos— entre la jurisdicción del domicilio legal del causante a su fallecimiento, la del último que hubiera tenido en su país, o la jurisdicción que corresponda a la situación de la parte principal de sus intereses económicos, o, incluso, por las varias jurisdicciones correspondientes a la dispersión territorial de sus bienes en países diversos.

A falta de sumisión voluntaria, o si la testamentaria es promovida por acreedores o legatarios, creemos que debiera estimarse preferente la jurisdicción del domicilio legal del causante en la fecha de su fallecimiento, a no ser que con la localización de sus principales intereses coincida el último domicilio del causante en su país, supuesto en el cual estimamos que debiera considerarse preferente la jurisdicción de este último.

4. Si el último domicilio del de cuius figura en algunas de las respuestas a las preguntas precedentes, ¿qué definición de tal concepto puede ser propuesta?

Respuesta: Creemos que el domicilio debe ser entendido en su sentido estricto de domicilio legal, y que —de acuerdo con el párrafo final del artículo 1º de la Convención de La Haya de

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES

59

1961— para saber si el testador tenía un domicilio en un lugar y tiempo determinados, debe determinarse por la ley del mismo lugar.

B) SUCESIONES TESTAMENTARIAS

5. **¿Puede el testador en sus disposiciones de última voluntad elegir una ley nacional X? En caso afirmativo, ¿cuál será el alcance de tal elección? Llegado el caso, ¿deberá la ley así elegida ser conciliada con la ley sucesoria designada por la regla de conflicto competente (vid. supra pregunta 2)? O, al contrario, ¿podrá reconocerse a esta ley la cualidad de ley sucesoria, eliminando la ley normalmente competente? En este último caso, la elección del testador, ¿puede ser indeterminada? ¿Es preciso, por el contrario, limitar su objeto a las leyes de los Estados a los cuales la situación tenida en cuenta parezca estar suficientemente conexas? ¿Cuáles son estas leyes?**

Respuesta: En cuanto a las cuestiones de fondo, el principio de la autonomía de la voluntad, expresada en forma adecuada, creemos que sólo puede extenderse a cuantas normas no tengan carácter imperativo, según la ley personal del causante, pero, en cambio, estimamos que éste no puede llegar a excluir las reglas de derecho necesario de su ley personal, ni tampoco las de orden público territorial.

6. **¿Qué observaciones pueden suscluir, por parte del práctico, las soluciones de la Convención de La Haya de 5 de Octubre de 1961 sobre la forma de los testamentos?**

Respuesta: En materia de forma testamentaria deben ser principios fundamentales los del **favor testamenti** y del **tratamiento uniforme de la sucesión**, armonizados, en caso de discrepancia, de conformidad a lo que resulte más adecuado a la intención del testador indagada a través del tenor de su testamento.

Por ello, estimamos que la regla **locus regit actum** ha de considerarse de **carácter facultativo** y que es conveniente adhe-

rirse a la aceptación de todas las opciones señaladas en el artículo 1º de la Convención de La Haya de 5 de Octubre de 1961.

Como complemento creemos conveniente proponer que cualquier Notario de un país adherido a la Unión Internacional del Notariado Latino pueda autorizar testamentos, en el territorio de su respectiva competencia, con arreglo a las formalidades de cualquier otro país de la Unión, si esta forma corresponde a la ley nacional, o a las del domicilio o de la residencia habitual del otorgante, o a la del lugar donde se halle el bien inmueble de cuya disposición se trate, además de poderlo hacer, naturalmente, conforme su *lex magistratus*, esto es, la del lugar de residencia del propio Notario autorizante.

Con respecto a los testamentos mancomunados, la posibilidad o no de su otorgamiento debe ser determinada por la ley personal de todos sus otorgantes; y sus solemnidades por la ley o leyes referidas en el artículo 1º de la Convención, respecto de las que coincidieren las circunstancias de todos los testadores, y que lógicamente serán las de su ley personal (que lo posibilita) o la del lugar del otorgamiento, así como también normalmente las del domicilio y la residencia habitual (que parece que, salvo excepciones, deben coincidir en ambos otorgantes si son matrimonio).

En materia de revocación de testamentos, el artículo 2º de la Convención debe interpretarse en el sentido de que cualquier testamento que reúna cualquiera de las posibilidades del artículo 1º debe poder revocar cualesquiera otros testamentos anteriores, aunque correspondan a otra ley diferente; pero que la revocación extratestamentaria sólo debe ser posible conforme las reglas de la ley interna que rija el mismo testamento que se trate de revocar.

Parece también laudable que se consideren como pertenecientes al campo de la forma —según dice el artículo 5º de la Convención— las prescripciones que limitan las formas testamentarias admitidas con referencia a la edad, nacionalidad u otras cualidades personales del testador, así como las relativas a las cualidades requeridas a los testigos para la validez del acto.