

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXXIII — OCTUBRE - DICIEMBRE DE 1965 — N° 134

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

CONSEJO CONSULTIVO:

MANUEL SANHUEZA CRUZ
EMILIO RIOSECO ENRIQUEZ
JUAN BIANCHI BIANCHI
MARIO CERDA MEDINA
LUIS HERRERA REYES
JORGE ACUÑA ESTAI

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA CONCEPCION — (CHILE)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

RAMON FRAGUAS MASSIP
Notario de Valencia

CONFLICTOS MOVILES Y CONFLICTOS TRANSITORIOS EN MATERIA DE REGIMENES MATRIMONIALES (*)

PLANTEAMIENTO GENERAL

El Derecho Internacional Privado entra en juego cuando los diversos elementos de una relación jurídica se hallan dispersos de tal modo que corresponden a distintos ordenamientos jurídicos. Su misión consiste en precisar cuál es la norma aplicable en cada caso, determinando a cuál de los diversos elementos debe dársele carácter prevalente, o admitiendo, en su caso, el valor decisorio de la autonomía de la voluntad para señalar la norma aplicable, siempre en un ámbito que no atente al orden público, ni actúe en fraude de ley ni cause perjuicio a terceros.

Esta visión de los conflictos normativos **interespaciales** puede tener, y frecuentemente tiene, una complicación **intertem-**

(*) Ponencia presentada por los señores Vallet de Goytisolo y Fraguas Massip, en su carácter de Delegados oficiales de España al VIII Congreso Internacional del Notariado, efectuado en México en el año 1965. En relación, con este trabajo, véase la ponencia relativa a los "Conflictos de leyes en materia de regímenes matrimoniales y sucesiones", de que es autor el señor Vallet de Goytisolo, publicado en el Nº 133 de nuestra Revista, Julio-Septiembre de 1965, páginas 3 y siguientes. **Nota de la Dirección.**

poral cuando la relación contemplada sea duradera. Puede cambiar la dispersión normativa de los distintos elementos tenidos en cuenta por la regla objetiva o por la autonomía de las partes, para resolver el conflicto. Y también puede variar el contenido de la norma del ordenamiento jurídico aceptado como competente.

De aquí que la problemática de una relación jurídica duradera no pueda ser considerada únicamente desde un punto de vista **estático**, sino que también debe contemplarse en su aspecto **dinámico**, examinando, de un lado, las variaciones que se produzcan en sus elementos de hecho —valorados estáticamente al constituirse la relación jurídica—, o la aparición de otros nuevos, y de otro toda alteración producida en el contenido de la norma inicialmente aplicable. Surgen así los llamados, respectivamente, **conflicto móvil y conflicto transitorio**, los cuales en determinados supuestos pueden superponerse.

Los regímenes matrimoniales, tema de nuestra consideración, se nos presentan ahora, en el VIII Congreso de la U. I. N. L. (*), en su **aspecto dinámico**, en visión cinematográfica, como continuación de su planteamiento estático, imagen fotográfica del momento inicial de la celebración del matrimonio, que fue materia de consideración en el pasado VII Congreso celebrado en Bruselas.

El "film" hemos de iniciarlo partiendo de la fotografía que entonces obtuvimos y examinando, después, todas las posibilidades dinámicas del matrimonio y de alteración de las normas que lo rigen.

La consideración de aquella fotografía inicial nos permitirá abstraer unos principios que fueron determinantes de las soluciones propuestas para el planteamiento puramente interespacial o estático. Debemos, pues, volver a tomar el hilo de estos principios para avanzar sin perderlos de la mano en la implicación dinámica intertemporal de aquella problemática.

(*) Unión Internacional del Notariado Latino.

CONFLICTOS DE LEYES Y RÉGIMENES MATRIMONIALES 5

En un primer examen de las conclusiones de Bruselas destacan los tres grandes principios fundamentales siguientes, entonces aceptados:

Primero. El de la unidad del régimen matrimonial de bienes.

Segundo. El de la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

Tercero. El de la certidumbre, y su corolario de la publicidad adecuada.

La aplicación práctica de estos principios esenciales dio lugar a las siguientes recomendaciones:

A) En cuanto al **principio de la autonomía de la voluntad** de los cónyuges, combinado con el de la **certidumbre**:

— Que “los futuros esposos pueden adoptar por contrato de matrimonio el régimen previsto por una legislación cualquiera, siempre que exista un elemento bastante de extranjería, es decir, especialmente: cuando aquéllos sean de nacionalidad diferente; cuando siendo de la misma nacionalidad, celebren su matrimonio en país distinto del suyo; y cuando, siendo de la misma nacionalidad uno de ellos, en el momento del matrimonio, esté domiciliado o resida en un país diferente de aquel en que estén nacionalizados. Todo ello a reserva de una adecuada publicidad destinada a llevar al conocimiento de terceros las consecuencias que respecto a los mismos se deriven del régimen matrimonial adoptado”.

— Que, a falta de contrato de matrimonio, “la celebración del matrimonio convenido entre dos esposos de distinta nacionalidad, o entre esposos de idéntica nacionalidad fuera de su país y según las formas locales, o entre cónyuges de nacionalidad idéntica cuando uno de ellos habite o resida en país distinto de aquel en que tiene lugar la celebración del matrimonio, sea subordinada a una opción ejercitada por los cónyuges entre las legislaciones susceptibles de regular su régimen matrimonial”.

B) En cuanto al **principio de certidumbre** combinado con el de la **unidad de régimen matrimonial**:

— Que a falta de contrato de matrimonio o de ejercicio de opción entre las legislaciones susceptibles de regular su régimen, se arbitren reglas subsidiarias para determinar la ley competente, y, al efecto, se recomendó:

1º Que no sean tomadas en consideración:

a) Ni la situación de los bienes.

b) Ni el sistema francés llamado de "contrato tácito".

2º Que se aplique por el orden de preferencia en que fueron expresados:

a) La ley nacional común de los esposos, bien la tengan idéntica antes de la celebración del matrimonio o por consecuencia de él.

b) La ley nacional del marido a la celebración del matrimonio, si la mujer tiene diversa nacionalidad y no adquiere la de su marido como consecuencia del enlace.

c) La ley nacional de la mujer al contraer matrimonio, si en este momento el marido tiene una nacionalidad incierta o es apátrida.

d) La ley del primer domicilio conyugal, si al tiempo de la celebración del matrimonio la nacionalidad de ambos consortes es incierta o son apátridas.

Con las dos siguientes precisiones:

a) "Que ningún país podría reconocer la competencia de una ley extranjera en la medida en que contravenga su propio orden público. En consecuencia, la ley designada por aplicación de las reglas antes propuestas no podrá aplicarse en la medida que contravenga el orden público del país en el cual se pretenda su aplicación".

b) "Si el Estado cuya legislación es reconocida como competente tuviere diversidad de leyes aplicables cada una en una provincia o en una región determinada, la designación de la ley competente debe efectuarse con arreglo a las normas vigentes en tal Estado para regular sus conflictos de Derecho Interpro-

CONFLICTOS DE LEYES Y RÉGIMENES MATRIMONIALES 7

vincial o Interregional, y en defecto de tales reglas, por la ley de la provincia o de la región con la cual los esposos tengan un vínculo más efectivo”.

Para examinar en toda su amplitud y penetrar con la profundidad necesaria el tema de nuestro estudio, debemos, ante todo, observarlo **estáticamente** en el **momento de la celebración del matrimonio**, sin perder nunca de vista las conclusiones establecidas por el VII Congreso, que acabamos de mencionar. Este examen nos lleva a la necesaria distinción de los planos siguientes:

Primer plano.—Ley personal de los cónyuges, común o no, determinada por la nacionalidad, el domicilio y, subsidiariamente, por la residencia.

Segundo plano.—Ley del matrimonio, determinada:

a) Por la ley personal común de los cónyuges o de uno de ellos tanto si esa ley determinante depende de la nacionalidad (verbigracia, español casado con inglesa en España), como del domicilio de uno o de ambos consortes (verbigracia, con arreglo al ordenamiento argentino, el matrimonio entre español e inglesa, domiciliados en la Argentina).

b) Por la ley del domicilio común o del de uno de los cónyuges, diversa de la ley personal de uno o ambos consortes (verbigracia, matrimonio de español e inglesa, domiciliados en Argentina, a la luz del Derecho Internacional clásico, en el supuesto de optarse por la ley del domicilio).

c) Por la ley del lugar de residencia, que puede coincidir o no con la ley personal de los consortes o de uno de ellos, o con la ley del domicilio, diversa de la ley personal de ambos o de uno de los consortes (verbigracia, español domiciliado en Argentina que se casa con inglesa domiciliada en Chile, para fijar su residencia en Australia, donde contraen matrimonio, resolviendo el conflicto bajo el punto de vista de la ley australiana).

d) Por la opción inicial a favor de cualquiera de las leyes anteriores o de la que corresponda a cualquier otro posible elemento de conexión.

Tercer plano.—Ley del régimen de bienes del matrimonio, que puede determinarse:

a) Integramente, por la ley del matrimonio, fijada con todas las posibles variantes que acabamos de consignar.

b) Por el ejercicio de una opción admitida internamente por la ley del matrimonio, entre los diferentes regímenes previstos como facultativos por la misma.

c) Por contrato de matrimonio delimitado y complementado por la ley del matrimonio.

De los tres planos examinados, el centro de gravedad de los conflictos interespaciales que vamos a examinar se encuentra en el segundo, **ley del matrimonio**, si bien con implicaciones derivadas del primer plano, **ley personal de los cónyuges común o diversa**, y con repercusiones en el último plano, **régimen de bienes**.

Para precisar la distinción entre los planos segundo y tercero se impone una previa delimitación de las fronteras internas entre el ámbito de la ley del matrimonio y el que estrictamente corresponde al régimen de bienes. A uno y otro lado de esa frontera hay que situar los problemas suscitados por la mutabilidad o inmutabilidad del régimen matrimonial de bienes; por las limitaciones en la capacidad de obrar y en las facultades dispositivas de la mujer casada, e incluso del marido en ciertos supuestos y regímenes, con las consiguientes exigencias de licencia marital o licencia uxoria; las prohibiciones de donaciones y contratos entre cónyuges; la posibilidad y requisitos de la sociedad continuada, y, en la frontera de ambos planos con el derecho sucesorio, la cuestión de los derechos viduales.

De toda esta compleja problemática, lo fundamental para nuestro estudio es la cuestión de la **mutabilidad o inmutabilidad del régimen de bienes del matrimonio**.

Es sabido que, en el aspecto interno, el Derecho Comparado presenta una serie de ordenamientos que declaran inmutable el régimen adoptado o impuesto al contraer el matrimonio, junto a otros que admiten, con más o menos salvedades, su mo-

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES 9

dificación ulterior. Sin acudir al Derecho Comparado, el ordenamiento jurídico español consagra diversos criterios a este respecto:

El Código Civil, artículo 1.315, 1º, sólo autoriza el otorgamiento del contrato matrimonial antes de la celebración del matrimonio, y en su artículo 1.320 prohíbe toda modificación o alteración posterior de tal contrato. Idéntico criterio se establece en los artículos 41 y 42 de la Compilación de Vizcaya.

En cambio, se admite tanto el otorgamiento como la modificación de capitulaciones matrimoniales, después de celebrado el matrimonio, en Aragón (artículo 58 del Apéndice), Cataluña (artículos 7 y 9 de la Compilación) y Navarra (S. T. S. de 22 de Marzo de 1958 y artículos 162 y 165 del Proyecto de Fuero Recopilado). Es de observar que estos regímenes forales que admiten la modificación del régimen de bienes mantienen rigurosamente el absoluto respeto de los derechos adquiridos por terceros. En Cataluña esta garantía fue consagrada en la Edad Media por la Constitución "A foragitar fraus", y recogida en el artículo 9 de su Compilación. En Aragón se establece en el artículo 58, párrafos 2º, 3º y 4º del Apéndice, el último de los cuales dispone: "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 ellos renuncia expresa, siendo los nuevos pactos ineficaces en cuanto vulneren o modifiquen aquellos derechos".

El problema de la mutabilidad o inmutabilidad del régimen patrimonial de bienes, una vez contraído el matrimonio, adquiere un matiz diverso si lo proyectamos a la esfera del conflicto móvil o del conflicto transitorio en el ámbito del Derecho Internacional Privado.

Al efecto, debemos distinguir: a) La cuestión de si puede producirse automáticamente el cambio de régimen por modificación de la ley personal. b) La cuestión de si este cambio debe dar lugar a la posibilidad de que los cónyuges, usando de la autonomía de la voluntad, opten por modificar su régimen.

a) Respecto a si ha lugar al cambio automático, es de notar que las Siete Partidas, en el siglo XIV, estudiaron el pro-

blema en un supuesto de conflicto móvil. En el título 11 de la Partida 4ª, ley 34, bajo la rúbrica "que deue ser guardado, quando casan algunos en una tierra, e fazen pleytos entre si; e despues van morar a otra, en que es costumbre contraria de aquel pleyto", leemos en la parte pertinente que "e despues que son casados acaesce, que vienen a morar a otra tierra, e usan costumbre contraria de aquel pleyto, o de aquella auenencia que ellos pusieron. E porque podría 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, por ende, lo queremos departir. E destimos, 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 sería maguer ellos non puslessen 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, en la segunda glosa que dedicó a esta ley, interpretó las palabras "lo que ganaren de consuno" en el sentido de que la previsión de dicha ley debe restringirse a las ganancias adquiridas en el lugar de la celebración del matrimonio, no a lo ganado en otro lugar adonde 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 traspasa sus límites territoriales. Más ajustada a la letra de la ley resulta la interpretación de Palacios Rubios, al mantener que si los cónyuges habían contraído matrimonio en un lugar donde rigiese la 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 variasen el domicilio; y viceversa, de haberlo contraído con igual intención de permanencia en lugar donde la mujer tuviera participación en las ganancias, verbigracia, Salamanca o Granada, las conservaría pese a haber mudado luego su domicilio a Córdoba.

CONFLICTOS DE LEYES Y RÉGIMENES MATRIMONIALES

11

El criterio de inmutabilidad de régimen, que acabamos de ver defendido por Palacios Rubios, fue el que se impuso en el Derecho interlocal de Castilla con la atenuación de que el régimen del lugar de celebración del matrimonio sólo debía estimarse determinante cuando coincidiese con el fijado como domicilio conyugal estable, inclinándose en caso contrario por la aplicación de la ley del domicilio del marido, conforme defendió Rodrigo Suárez.

El criterio de inmutabilidad de régimen por cambio de domicilio mantenido en la transcrita ley de Partidas, parece vigente en el artículo 1.325 del Código Civil español, si se entiende, como es entendido, que la nacionalidad o regionalidad del marido al tiempo de la celebración del matrimonio fija su régimen legal. Criterio que explícitamente consagró el Dahir de 1º de Junio de 1914 para la que fue Zona del Protectorado Español en Marruecos, en su artículo 13; y que actualmente vemos recogido 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, que dice:

“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”.

a) Respecto a la posibilidad de cambio voluntario, Henri Batiffol nos dice que, en Francia, la **Cour de Cassation** se había inclinado, en el siglo XIX, a considerar que la inmutabilidad del régimen matrimonial dependía de la ley del lugar de celebración del contrato de matrimonio, estimándola como regla de forma. Punto de vista que este autor califica de insuficiente por entender que la cuestión afecta a los caracteres de fondo más importantes del régimen matrimonial. A partir de 1935 —continúa— la **Cour de Cassation** se ha pronunciado, finalmente, por

la competencia de la ley del régimen matrimonial. Solución que estima preferible, porque la inmutabilidad es un rasgo esencial del régimen, por lo que racionalmente debe situarse en el ámbito de la ley que lo regula; rechazando la objeción de que una regla imperativa no debería depender de la autonomía de la voluntad, puesto que si la protección de los esposos no es una razón suficiente para aplicar la ley personal, tampoco debe serlo para fundamentar por sí sola la inmutabilidad. No obstante, reconoce que la protección de los terceros, en un país que consagra el principio de inmutabilidad, frente a los cambios de régimen autorizados por una ley extranjera, puede limitar las consecuencias de la solución.

El profesor Rigaux, en su ilustración del Cuestionario Preparatorio para los Trabajos del Congreso de Bruselas, observó que si el principio de la inmutabilidad puede defenderse dentro de un medio nacional homogéneo, en el cual la evolución no parezca justificar la modificación del régimen matrimonial inicial, pierde en cambio toda razón de ser en las relaciones internacionales, caracterizadas por la movilidad de situaciones, y, **a fortiori**, cuando el conflicto de leyes en el espacio se complique con un conflicto transitorio.

“¿Hace falta llegar —pregunta— hasta admitir de oficio el cambio del régimen legal en caso de modificarse el elemento de conexión (nacionalidad o domicilio)?”

“¿No es preferible considerar la conveniencia de autorizar a los esposos a que ejerciten una opción en el momento del cambio de nacionalidad (o de domicilio)?”, pregunta a continuación.

Por lo cual proponía que a la declaración de cambio de nacionalidad se conectara, si el peticionario estuviese casado, “una declaración de los esposos efectuada ante Notario, y eventualmente la copia de un verdadero contrato de matrimonio en la forma usual, conteniendo la opción de los esposos, sea por la conservación del régimen anterior, sea por su adhesión a uno de los regímenes regulados en la ley nueva”.

“Bien entendido que estas declaraciones y opciones deberían publicarse en el acta del matrimonio del Registro del Es-

tado Civil correspondiente, o con ocasión de la transcripción del acta de naturalización o del ejercicio de la opción de nacionalidad, etc.”

“En fin, en los países en los que rige la ley del domicilio, nada se opone a que el cambio de domicilio vaya acompañado de una declaración u opción similares”.

“Las ventajas del **sistema de opción** son múltiples, concluye. Además de los efectos saludables frente a los irritantes conflictos móviles y transitorios, ofrece una salida elegante a los conflictos de leyes personales de los cónyuges”.

En resumen: apoyándonos en los criterios expuestos, podemos concluir que, de las tres posibles soluciones para los casos de conflicto transitorio o móvil, **inmutabilidad absoluta, mutación automática y opción**, nos inclinamos decididamente por el sistema de opción, ya admitido por Gregorio López en su citada glosa a la ley 34 del título 11 de la cuarta Partida. Y nos inclinamos por esa solución, no solamente por imponerlo el principio de autonomía de la voluntad, sino porque esta posibilidad de opción puede constituir un medio flexible y eficiente para acomodar el régimen del matrimonio a las nuevas circunstancias de hecho producidas por la mutación; e incluso para lograr la confluencia, en forma no imperativa, con las normas jurídicas del nuevo medio en el que se desarrollarán en lo sucesivo las relaciones jurídicas de los cónyuges, en cuanto a sus bienes propios y comunes, con los restantes miembros de la comunidad nacional en la que de un modo u otro se insertan. Solución dúctil, por quedar el ejercicio de la opción a discreción de los consortes, únicos que pueden valorar y, en cierto modo, prever el carácter definitivo o puramente transitorio de la mutación producida.

PRIMERA PARTE

CONFLICTOS MOVILES

CONSIDERACIONES PREVIAS

Es necesario señalar, como precisión previa, que el conflicto móvil en materia de regímenes económico-matrimoniales

puede presentarse después de la celebración del matrimonio, tanto si al tiempo de contraerlo existió conflicto de Derecho Internacional, como si no lo hubo por depender en aquel momento todos los elementos posibles de conexión, personales, reales y formales, de una misma ley. Así, en un matrimonio de españoles domiciliados en España, contraído en este país, en el que fijan su residencia, no existe inicialmente ningún problema de Derecho Internacional, pero si con posterioridad uno o ambos consortes cambian de nacionalidad, o si trasladan el domicilio conyugal a otro país, el conflicto surgirá en ese momento.

Destaquemos también que el conflicto móvil se produce normalmente por cambio de aquel elemento de conexión considerado como determinante de la ley del matrimonio. Pero que, en cuanto admitimos el principio de autonomía de la voluntad para elegir entre las leyes en posible conflicto la que regirá el matrimonio, podemos observar que el elemento de conexión elegido en el primer momento como determinante, puede ulteriormente aparecer con menor relieve que otro elemento alterado con posterioridad. Así, el matrimonio entre español e inglesa residentes en España en el momento de su celebración, presenta un elemento de conexión, la nacionalidad del marido, que pudo ser valorado por los contrayentes como decisivo, sin considerar el relieve del domicilio en cuanto su ley era coincidente con la ley de la nacionalidad; o pudo dar lugar a que los cónyuges dejaran actuar automáticamente las normas españolas de conflicto, por coincidir su valoración, basada en la nacionalidad del esposo, con la solución intuitivamente querida por los consortes, determinada por el domicilio conyugal, coincidencia que hizo ociosa toda opción al celebrar el matrimonio.

Pero, posteriormente, puede ocurrir que el matrimonio fije su domicilio y cree sus principales intereses en otro país, y entonces esa opción, al principio no ejercitada, presenta un interés nuevo, precisamente en función del cambio de un elemento de conexión, el domicilio, que no fue el determinante normativamente del régimen en el momento de contraer matrimonio.

Esto nos obliga a valorar el conflicto móvil tanto si a la celebración del matrimonio se ejercitó la opción o se otorgó contrato matrimonial, como si no hubo tal ejercicio u otorgamiento, y el régimen fue fijado en forma automática por la ley común, o, caso de conflicto, por la ley prevalente. Y tanto si el cambio se produce respecto a un elemento de conexión que fue determinante, como en cuanto a otro que no fue tenido positivamente en cuenta para decidir el régimen, ni por la ley determinante, ni por la voluntad de los cónyuges.

Sentadas estas afirmaciones, conviene precisar cuáles son los posibles cambios que durante el matrimonio pueden producirse en los diversos elementos de conexión, entre éste y una determinada ley. A este fin, hemos de partir de la consideración estática estructurada en diversos planos del conflicto inicial en cuanto a la determinación de la ley del matrimonio y, subsiguientemente, de la ley de su régimen económico.

A este respecto, observamos:

I. Que la ley del matrimonio pudo ser inicialmente determinada:

— Por la ley personal correspondiente a la nacionalidad común o de uno de los cónyuges: en cuyo supuesto puede producir posteriormente un cambio de nacionalidad modificativo de la ley personal, cambio que puede ser **aproximativo** —adquiriendo un cónyuge la nacionalidad que ya tenía el otro—, **dispersivo** —cambiando la nacionalidad uno solo de los cónyuges, si antes la tenían común—, o **traslativo** —cambiando de nacionalidad ambos consortes, y si ya la tenían distinta, adquiriendo uno solo de ellos una tercera nacionalidad—.

— Por la ley personal correspondiente al domicilio común o de uno de los cónyuges: en este caso, puede producirse un cambio posterior de domicilio modificativo de la ley personal, pudiendo diversificar la nueva ley personal de la nacional del cónyuge que en su momento se valoró como elemento de conexión, o identificarlas, e incluso actuar o no separativa o unitivamente, respecto de la del otro cónyuge.

— Por la ley del domicilio de uno o de ambos consortes, o por la ley del lugar de residencia al tiempo de la celebración del matrimonio, diversas ambas de la ley personal de uno o ambos cónyuges en aquel momento: hipótesis en las cuales puede presentarse un cambio ulterior de domicilio o residencia, en virtud del cual se produzca aproximación o separación de la ley del matrimonio y de la ley personal de uno o ambos esposos, o incluso un puro efecto traslativo si el cambio de domicilio o residencia se efectúa a un nuevo territorio, con propia y distinta legislación.

Pero, además, como antes hemos advertido, la modificación puede afectar a otros elementos o factores de conexión que no fueron determinantes de la ley del matrimonio al tiempo de su celebración, pero que pueden ser positivamente valorados como decisivos en el momento de producirse el cambio: alteración de la nacionalidad, domicilio o residencia de uno o ambos consortes, cuando tales factores no fueron tenidos en cuenta para determinar la ley del matrimonio, modificaciones que pueden producir aproximación o separación de ese elemento a la ley personal de uno o ambos cónyuges diversa de la ley del matrimonio; o bien provocar una nueva dispersión.

II. Que puede suscitarse la cuestión de la modificación del **contrato de bienes por razón del matrimonio**, coincidiendo con la alteración de alguno de aquellos elementos de conexión, y la dependencia de esta posibilidad:

a) En el supuesto de que tal alteración de elementos de conexión no determine cambio de la ley del matrimonio, aunque sí de la ley personal

— de que permita modificar el contrato matrimonial de bienes la ley del matrimonio, o la nueva ley personal, o cualquiera de ellas.

b) En el supuesto de que tal alteración de elementos de conexión determine el cambio de la ley del matrimonio

— de que permitan modificar el contrato matrimonial de bienes la antigua ley y la nueva, o cualquiera de ellas.

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES

17

CAPITULO I

MATRIMONIO CELEBRADO SIN CONTRATO

SECCION 1ª

Cuestión de principio

Es preciso:

— **¿Mantener imperativamente la competencia de la ley determinada en función de los elementos de conexión existentes al tiempo de la celebración del matrimonio, a pesar de las modificaciones sufridas por tales elementos?**

— **¿Atribuir de pleno derecho competencia a la nueva ley determinada por los factores de conexión una vez modificados?**

— **¿No sería más conveniente permitir a los esposos ejercitar voluntariamente una opción?**

Nos parece absolutamente inaceptable cualquier solución fundamentada en el cambio automático de la ley del matrimonio, impuesto a los cónyuges como consecuencia de la modificación de un elemento de conexión, por estar en patente contradicción tal automatismo con el principio básico de autonomía de la voluntad. A mayor abundamiento, si consideramos que la permanencia o transitoriedad de la mutación sufrida por el elemento de conexión sólo puede ser prevista en muchos casos por los propios cónyuges, resultará que la aceptación del sistema del cambio automático nos llevaría a situaciones de notoria inseguridad y continuo cambio.

Tampoco consideramos deseable el mantenimiento imperativo del régimen anterior, ya que al variar las circunstancias que lo determinaron, podría producirse una desarmonía entre dicho régimen y las condiciones de vida del matrimonio en su nuevo medio; y la voluntad de los cónyuges que no se expresó al contraer su enlace en cuanto al régimen de sus bienes por aceptar como conveniente a sus circunstancias de entonces la solución normativa del conflicto interespacial, se encuentra ante

una alteración que, de haber sido prevista, hubiera determinado "rebus sic stantibus" la elección de una ley diversa.

Por estas razones, nos inclinamos por la solución de conceder a los cónyuges una opción entre continuar bajo el régimen de la anterior ley de su matrimonio, o modificarla; sólo en el supuesto de no ejercitarse tal opción, creemos más conveniente mantener en su integridad el régimen anterior.

SECCION 2ª

Cuestiones referentes a la hipótesis de que se conceda a los cónyuges una opción voluntaria

I. FORMA DE LA OPCION.

Si se concede la opción a los esposos:

— ¿Debe subordinarse a que la opción adopte la forma de contrato de matrimonio?

— ¿No sería preferible que la opción, al arbitrio de las legislaciones interesadas, fuera ejercida, bien en forma de contrato de matrimonio, bien mediante declaración ante el encargado del Registro Civil u otra autoridad administrativa?

No vemos inconveniente en aceptar la segunda solución, de contenido más amplio, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Que los esposos al ejercitar la opción se limiten a elegir una ley remitiéndose a su contenido en bloque.

b) Que la forma adoptada suponga, en el país de que se trate, una publicidad adecuada y suficiente.

En cualquier otro supuesto, la opción deberá ejercitarse en forma notarial, mediante el otorgamiento del correspondiente contrato de matrimonio.

II. OPCION EN FORMA DISTINTA DEL CONTRATO DE MATRIMONIO.

A) Su naturaleza y alcance.

¿Debe concebirse la opción como una elección entre dos regímenes matrimoniales?

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES

19

¿O es preferible entenderla como una elección entre dos ordenamientos jurídicos?

¿Si los cónyuges optan por una nueva legislación, es admisible, cuando la opción se ejercita fuera del contrato matrimonial, que se remitan a uno de los regímenes convencionales previstos por la nueva ley?

¿O es preferible establecer que la opción sólo pueda dirigirse a la sumisión al régimen legal configurado por la legislación escogida?

Nuestra postura al respecto viene determinada por los principios aceptados con anterioridad, es decir: toda opción que se ejercite fuera del cauce formal del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, debe quedar circunscrita a la sumisión en bloque a un régimen legal, de entre los varios elegibles, con todo su contenido típico. Ahora bien, cuando el ordenamiento jurídico escogido a través de la opción configure expresa y normativamente, además del régimen legal ordinario o principal, otros regímenes de carácter facultativo, estimamos que la opción puede referirse libremente a cualquiera de ellos, con tal de que el ordenamiento los estructure expresamente.

B) Supuestos de ejercicio.

1) ¿Debe admitirse la opción en los supuestos de modificación del elemento de conexión inicialmente considerado para determinar la legislación aplicable al régimen matrimonial?

En tal supuesto, ¿procederá la opción como consecuencia de cualquier modificación que afecte al elemento de conexión considerado?, o ¿será preferible reservarla para los casos en los que resulte evidente que los cónyuges tendrán interés en someterse a una nueva legislación?

2) Por otra parte, ¿será preciso admitir la opción cuando la situación de los cónyuges durante el matrimonio implique la aparición de un elemento de conexión que si hubiese existido al

tiempo de su celebración habría sido preferido al entonces considerado como determinante?

3) ¿Es preciso llegar a autorizar el ejercicio de la opción, fuera del cauce formal del contrato de matrimonio, siempre que se produzca una modificación de cualquiera de los elementos de conexión, incluso si el factor modificado no es el inicialmente determinante de la legislación aplicable?

En el examen general de la problemática de los conflictos móviles, expusimos las razones que fundamentan nuestro criterio favorable a que la opción pueda ejercitarse tanto si el elemento de conexión modificado fue el determinante del régimen inicial, como si no lo fue; bien se trate de un elemento nuevo en orden al conflicto de leyes, bien consista en la modificación de un elemento no valorado como decisivo en el momento inicial; ya que, admitida la autonomía de la voluntad común de los esposos, normalmente no existe medio hábil para conocer los datos y razones que, según las circunstancias, puedan dar lugar a que valoren como determinante un elemento de conexión en un cierto momento, y otro distinto en un momento posterior, bien sea éste un elemento nuevo o preexistente, pero que aparece ahora con una perspectiva diversa en el conjunto en virtud de la modificación de un tercer elemento.

Únicamente debemos excluir de esta solución aquellos supuestos en los cuales la modificación del elemento o elementos de conexión implica una **mutación aproximativa a la ley inicial del matrimonio**, porque entonces nada justifica una alteración del régimen, ya que en realidad se ha producido objetivamente un reforzamiento de la solución inicial del conflicto o incluso la desaparición del conflicto mismo (verbigracia, los esposos inicialmente tienen diversa nacionalidad, y con posterioridad uno adquiere la nacionalidad del otro, que constituyó elemento de conexión determinante en el conflicto; o el régimen matrimonial está determinado por la ley del domicilio o de la residencia y con posterioridad uno o ambos cónyuges adquieren la nacionalidad correspondiente a tal domicilio o residencia).

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES

21

III. OPCION EJERCIDA EN CONTRATO DE MATRIMONIO.

A) Su naturaleza y alcance.

¿Debe entenderse referida simplemente a la adopción de un régimen matrimonial?, o ¿es preferible distinguir dos convenciones: a) Elección entre dos legislaciones; b) Adopción de uno de los regímenes previstos por la legislación escogida?

Vimos con anterioridad los diversos planos en que pueden moverse la **ley del matrimonio** y el **régimen de bienes paccionado**. La diferencia existirá, por lo menos, allí donde la ley del matrimonio admita más de un régimen de bienes típico o permita su configuración contractual atípica. Pero, además, hay otro plano de perspectiva, el de la **ley personal**, que puede no coincidir con la **ley del matrimonio**.

De la respuesta anteriormente formulada resulta que en todo supuesto de alteración de la **ley personal** de uno o ambos consortes, que no produzca convergencia con la **ley del matrimonio** diversa, o que se separe de ella si antes coincidían, nosotros admitimos el ejercicio de la opción por ambos consortes **de una nueva ley del matrimonio**, cualquiera que sea el criterio interno de las leyes personales en juego sobre mutabilidad o inmutabilidad del régimen matrimonial. En estos supuestos, parece correcto, si se ejercita la acción en contrato matrimonial, que pueda elegirse o pactarse un nuevo **régimen de bienes**, siempre que éste sea concorde o admisible conforme a la nueva **ley del matrimonio**, y con tal de que: a) la antigua o la nueva **ley del matrimonio**, autoricen el cambio del **contrato matrimonial**, o b) que aun no admitiéndolo ninguna, sólo sea posible adecuar el **régimen de bienes** a la nueva **ley del matrimonio** modificando aquél debidamente.

B) Supuestos de ejercicio.

1) En atención a las garantías que presenta esta forma de opción, ¿es preciso admitirla muy ampliamente?

¿Es preciso autorizar a los esposos a celebrar el contrato de matrimonio en todos los casos en que la modificación sobre-

venida en su situación internacional incida sobre el elemento de conexión originariamente determinante, o incluso en los supuestos en que tal situación internacional implique un elemento de conexión que si hubiera existido al tiempo de la celebración del matrimonio hubiese prevalecido sobre el efectivamente determinante?

2) ¿Es conveniente facultar a los cónyuges para celebrar un contrato de matrimonio incluso en supuestos de modificación de un elemento de conexión que inicialmente no fue valorado como determinante?

Si en los supuestos de ejercicio de opción fuera del cauce formal del contrato de bienes con ocasión del matrimonio hemos concedido un notable margen de amplitud, no creemos posible dársele menor cuanto tal opción es ejercitada a través del contrato, lo que en definitiva supone una mayor garantía, tanto en cuanto a la información y asesoramiento de los cónyuges, como en cuanto a la publicidad y protección de terceros.

CAPITULO II

MATRIMONIO CELEBRADO CON CONTRATO

SECCION 1ª

Esposos cuya situación inicial presenta un elemento de extranjería y que tuvieron la facultad de colocar su régimen bajo la ley de su elección

1) ¿Será inmutable tal elección, cualesquiera sean las modificaciones ulteriores de su situación internacional?

La línea argumental sostenida a lo largo de esta ponencia, nos inclina a admitir también en este supuesto la posibilidad de opción, en atención a la modificación sufrida por un elemento de conexión después de la celebración del matrimonio.

2) Admitida la opción, ¿será suficiente para ejercitarla cualquier modificación sobrevenida?, o ¿será necesario que la modificación recaiga sobre el elemento de conexión determinante del régimen establecido?

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES 23

De acuerdo con los criterios propuestos en las consideraciones previas sobre conflictos móviles, entendemos que la opción podrá ejercitarse en los mismos términos y con idénticas limitaciones que quedaron reflejadas en el capítulo I, sección 2ª, apartados II B) y III B).

3) ¿Podrán los cónyuges ejercitar la opción exclusivamente por medio de un contrato de matrimonio, o con libertad de forma?

Cuando los cónyuges, al contraer matrimonio, hubieren regulado su régimen de bienes utilizando el cauce formal del contrato, la opción deberá ejercitarse con idénticos requisitos formales, es decir, mediante el otorgamiento de un nuevo contrato de matrimonio.

SECCION 2ª

Esposos cuya situación inicial no presenta un elemento de extranjería o, presentándolo, carecieron de la facultad de colocar su régimen bajo una ley de su elección

1) ¿Procede facultarles para ejercer la opción, cuando su situación internacional se modifica, en los mismos supuestos que los cónyuges casados sin contrato?

2) ¿Puede ejercitarse la opción en forma distinta del contrato de matrimonio?

Fieles a los principios que venimos sustentando, consideramos que en los supuestos ahora planteados los cónyuges deben gozar de una facultad de opción, ejercitable en contrato de matrimonio autorizado por Notario, con los mismos requisitos que el inicialmente otorgado.

CAPITULO III

CUESTIONES COMUNES AL CAMBIO DE LEGISLACION POR VIA DE OPCION VOLUNTARIA, CUALQUIERA QUE SEA SU FORMA

Si se ofrece a los esposos la facultad de cambiar la legislación aplicable a su régimen matrimonial (bien sea por contrato de matrimonio o en cualquier otra forma):

¿No convendría obligar a los esposos a ejercitar en un plazo determinado y relativamente corto la opción que les es concedida?

En el caso de que los esposos no se pronuncien expresamente a pesar de la obligación que les ha sido impuesta, ¿habrá que entender que han optado por la antigua o por la nueva legislación?

En caso de desacuerdo entre los esposos, ¿deberá entenderse que han optado por la antigua o por la nueva legislación?

A) Para resolver la primera de las cuestiones planteadas en este capítulo, creemos necesario establecer una distinción entre dos planos diversos:

1º En cuanto a la **ley del matrimonio** debe admitirse la facultad de ejercitar la opción en cualquier momento, por lo menos cuando se ejercita a favor del ordenamiento correspondiente a la nueva nacionalidad común de los cónyuges o de aquel de ellos que actúe como factor determinante, o del nuevo domicilio conyugal.

2º En cuanto al **régimen de bienes**, si la primitiva o la nueva ley del matrimonio autorizan el cambio, debe también admitirse que la opción se ejercite en cualquier momento. Si ninguna de aquellas legislaciones permite la modificación y, no obstante, ésta debe realizarse para adaptar el régimen de bienes a normas imperativas de la nueva ley del matrimonio, la opción debe ejercitarse simultáneamente con la dirigida a determinar la nueva ley del matrimonio.

B) Caso de que los cónyuges no se pronuncien de mutuo acuerdo por el cambio de ley del matrimonio o del régimen, creemos que debe mantenerse el "statu quo" anterior, por las razones antes alegadas contra el sistema de cambio automático o imperativo.

C) Lo mismo opinamos para caso de desacuerdo, pues, además, resulta inadmisibles la modificación unilateral de un régimen que afecta a dos personas y que fue establecido por las

mismas de común acuerdo, o por lo menos que aceptaron tácitamente que fuera señalado por la ley determinante.

CAPITULO IV

CUESTIONES COMUNES A TODAS LAS HIPOTESIS

Si se admite el cambio de legislación aplicable al régimen matrimonial (bien sea de pleno derecho o bien en virtud de opción voluntaria y cualquiera que sea la forma de esta opción):

1. ¿No convendría organizar una publicidad dirigida a la protección de los terceros?

¿Cómo concebir esta publicidad? ¿No convendría que debiera verificarse obligatoriamente en cada país en un lugar determinado del territorio (por ejemplo, en la capital e incluso en un lugar determinado de la capital), cualquiera que sea el domicilio de los interesados?

2. ¿No sería conveniente, con el fin de asegurar tanto la seguridad de los terceros como para salvaguardar los derechos respectivos de los esposos, que se impusiera la obligación a los interesados de liquidar inmediatamente su antiguo régimen (de conformidad a la antigua legislación que hubiera regido sus relaciones patrimoniales)?

¿No sería conveniente, por ejemplo, prescribir a los esposos que pidieran esta liquidación en un plazo determinado y la continuaran inmediatamente sin demorar su conclusión definitiva?

El problema gira ahora en torno a dos principios, orientados ambos a un mismo fin, la seguridad de terceros y la protección de los derechos de los cónyuges.

1.º Evidentemente, es preciso organizar un sistema de publicidad adecuado y suficiente en los diversos países, a través del cual los terceros logren un exacto conocimiento del régimen del matrimonio vigente en cada momento, eliminando así todo posible perjuicio por desconocimiento del estatuto jurídico personal y real de los cónyuges, inicial o sobrevenido.

La organización de este sistema debería dejarse al criterio de los respectivos legisladores, pero siempre exigiendo que reuniera los requisitos mínimos en cuanto a los aspectos material y formal de la publicidad, y facilidad de acceso a su contenido, que determinen su efectiva adecuación a la función que se le encomienda.

2º En cuanto a la conveniencia de efectuar la liquidación del régimen matrimonial precedente, consideramos que en los supuestos de cambio de régimen de bienes, debe imponerse como requisito esencial, a cumplir en un breve plazo, la liquidación del régimen anterior, en cuanto éste sea divergente del nuevo. Así lo impone la certidumbre de las relaciones jurídicas preexistentes y futuras tanto en beneficio de los propios cónyuges como para garantizar los derechos de terceros.

SEGUNDA PARTE

CONFLICTOS TRANSITORIOS

Consideraciones previas

El cambio de contenido de la norma da lugar al conflicto transitorio, que puede originarse por modificación legislativa, o por modificación de costumbre, impuesta por la ley, siempre que se estime que la nueva regulación debe hacerse extensiva a las situaciones jurídicas ya constituidas, en nuestro caso a los matrimonios contraídos antes de la modificación.

Pero, además, el conflicto puede surgir como consecuencia de una alteración del ámbito espacial de aplicación de la ley, que determine la vigencia en aquel territorio de un nuevo ordenamiento jurídico al que queden sometidos todos los sujetos adscritos personal o territorialmente a aquella zona que cambia de soberanía.

En el primer supuesto, de más frecuente actuación, el cambio puede afectar al régimen matrimonial en su conjunto, o solamente a algunas de sus reglas, imperativamente variadas.

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES

27

CAPITULO I

CONFLICTOS TRANSITORIOS PUROS

Los conflictos transitorios se presentan en el Estado al cual los vínculos de conexión han atribuido la competencia de la ley, si estos mismos vínculos de conexión subsisten después de la modificación de esta ley por dicho Estado.

¿Conviene admitir, en el campo internacional, los efectos retroactivos de los cambios dispuestos en el Derecho interno por el legislador correspondiente por razón de que la legislación competente para regular el régimen constituye un todo indivisible y debe ser seguida en todas sus disposiciones mientras su competencia subsista? ¿Es conveniente, por el contrario, rechazar la aplicación en el plano internacional de las modificaciones retroactivas introducidas en la legislación interna (adoptar esta segunda solución equivale a decir que la regla de conflicto ha atribuido competencia no a una legislación, considerada en general y tomada como un todo indivisible, sino especial y exclusivamente a aquellas de sus disposiciones de Derecho interno que estaban en vigor en el momento de la celebración del matrimonio)?

Los supuestos puros de conflictos transitorios en materia de derecho patrimonial conyugal, con repercusiones en el Derecho Internacional, se originan cuando, contraído el matrimonio con dispersión inicial de los posibles elementos de conexión, se produce un cambio legislativo en el ordenamiento aplicable.

La dispersión inicial pudo producirse, como ya señalábamos:

a) Por la diversa nacionalidad de los esposos, surgiendo el conflicto transitorio al producirse una modificación en el régimen personal determinante, residan los cónyuges en ese mismo país o en otro diverso.

b) Por la residencia en país extranjero de un matrimonio de nacionalidad común regido por su ley personal única, dándose lugar al conflicto si esta ley altera alguna de sus normas.

c) Por el domicilio conyugal diverso de la nacionalidad de uno o ambos consortes regidos por la ley del primer domicilio, surgiendo el conflicto si la regulación de ésta sufre alteración.

En Derecho interno, es muy discutible si la alteración del régimen legal debe o no aplicarse a los matrimonios contraídos con anterioridad: problema de la **retroactividad**. La doctrina distingue tres tipos de retroactividad:

1. **Retroactividad de grado fuerte**, por virtud de la cual el nuevo ordenamiento se aplicaría a todas las relaciones jurídicas, incluso consumadas, de los matrimonios existentes con anterioridad a la mutación legislativa; posición totalmente rechazable por la inseguridad jurídica que comporta.

2. **Retroactividad de grado medio**, que determinaría la aplicación del nuevo ordenamiento a las relaciones jurídicas constituidas con posterioridad y a las relaciones pendientes de consumación derivadas de situaciones nacidas al amparo de la legislación anterior.

3. **Retroactividad de grado mínimo**, determinante de la aplicación del nuevo ordenamiento únicamente a las relaciones nacidas con posterioridad a su entrada en vigor aunque derivadas de hechos o situaciones anteriores o subsiguientes.

Esta última forma atenuada de retroactividad es la que en la práctica se ha aplicado a la reforma del artículo 1.413 del Código Civil Español por Ley de 24 de Abril de 1958. Así, el Tribunal Supremo ha rechazado su aplicación en cuanto a la consumación de una compraventa otorgada exclusivamente por el marido antes de la reforma (Sentencia de 7 de Febrero de 1964); y la Dirección General de los Registros, en su Resolución de 12 de Noviembre de 1959, estimó aplicable el régimen anterior a la reforma en cuanto a la cancelación de una hipoteca constituida con anterioridad y otorgada después de la modificación del artículo. En cambio, el precepto modificado se aplica a todas las relaciones surgidas con posterioridad, aunque el matrimonio a cuya sociedad conyugal afecte se contrajese antes de la reforma.

Pero cuando el régimen se aplique como consecuencia de la solución de un conflicto de Derecho Internacional, resuelto

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES

29

por los cónyuges mediante el ejercicio de una opción, o subsidiariamente y a falta de tal ejercicio por aplicación de una norma de conflicto —lo que supone sumisión a la ley que resulta aplicable—, creemos que, **de iure condendo**, sería recomendable que la modificación normativa **no altere por sí sola** el régimen económico de los matrimonios preexistentes, siempre que en ellos exista un elemento de extraneidad, sin perjuicio de que se confiera a los cónyuges una **opción para aceptarla voluntariamente**.

Es más, creemos que en aquellos casos en que la ley interna aplicable no admita la inalterabilidad del viejo régimen, ante la reforma operada —que escindiría el nuevo régimen prototípico en normas nuevas no aplicables y normas viejas aplicables— habría que conceder a los cónyuges una opción para sustituir la alterada ley de su matrimonio por una ley nueva correspondiente a otro de los elementos de conexión (así, verbigracia, si el matrimonio se regía por la ley del marido y ésta cambia retroactiva e imperativamente, incluso en el supuesto de haberse aplicado para resolver el conflicto de normas, debe concederse a los cónyuges la posibilidad de optar por la ley nacional de la mujer o por la del domicilio conyugal, si las estiman preferibles, dado el cambio de la ley del marido). Y en el caso de falta de acuerdo entre los cónyuges en la opción, y por lo menos cuando la ley personal de uno de ellos no corresponda a la ley del matrimonio, creemos que la modificación de ésta, según la legislación interna, no debe afectarles.

CAPITULO II

SUPERPOSICION DE CONFLICTOS TRANSITORIO Y MOVIL

Los conflictos transitorios se combinan con los conflictos móviles cuando los vínculos de conexión, que han decidido la atribución de la competencia a la ley modificada, no subsisten en el momento de la modificación de esta ley.

¿Las soluciones dadas a los conflictos móviles son susceptibles de influir sobre el modo como debieran ser resueltos los conflictos transitorios posteriores a la modificación de la situación internacional de los esposos?

En la explicación del Cuestionario preparatorio para la Primera Ponencia del VII Congreso Internacional del Notariado Latino, el profesor Rigaux planteó el siguiente ejemplo de combinación de conflictos transitorio y móvil:

“... los esposos de nacionalidad A, adquieren la nacionalidad B. Posteriormente, el régimen legal vigente en el Estado A, es modificado, disponiéndose que el nuevo régimen se aplique a los matrimonios contraídos antes de la entrada en vigor de la nueva ley. ¿Cuál será el régimen matrimonial de estos esposos? ¿El régimen que regulaba la ley A, en el momento del matrimonio? ¿El nuevo régimen de la ley A, que ha ocupado el lugar del precedente, en un momento en que los esposos en cuestión tenían ya la nacionalidad B? ¿El régimen legal del país B?”

A juicio del profesor Rigaux: “Las dos últimas soluciones implican un cambio de régimen legal en el curso del matrimonio: una por aplicación del derecho transitorio de la ley A, ley del régimen; y la otra, por aplicación de aquellas reglas de Derecho Internacional Privado que resuelven el conflicto móvil a favor de la ley actual de los esposos, prefiriéndola a la ley que era la suya en el momento de contraer el matrimonio. El problema se plantea en iguales términos, cualquiera que sea la ley del régimen (...), ley nacional o ley del domicilio conyugal”.

El dogma de la inmutabilidad del régimen matrimonial, cae por su base en ambos supuestos. Por eso el profesor Rigaux proponía conceder a los esposos el ejercicio de una opción. Solución que si nosotros ya hemos aceptado para los conflictos transitorios puros, deberemos *a fortiori* mantener en estos supuestos en los que al conflicto transitorio se acumula un conflicto móvil.

SECCION 1ª

COMPETENCIA IMPERATIVA DEL ORDENAMIENTO INICIALMENTE APLICABLE

Supongamos ante todo que, a pesar de la modificación sobrevinida en los factores de conexión, se haya mantenido imperativamente el régimen matrimonial bajo el imperio de la ley inicialmente competente.

En esta hipótesis la situación es muy próxima a la que presentan los conflictos transitorios puros. Sin embargo, una importante diferencia separa los dos casos. En el primero, los dos esposos continúan vinculados al país cuya legislación ha sido modificada y con igual vinculación que en el momento de su matrimonio. En el que ahora examinamos, por el contrario, los esposos han dejado de estar vinculados a este país, o bien no lo están con la misma intensidad.

1. Si en caso de conflicto transitorio puro se decide aplicar en el ámbito internacional la retroactividad dispuesta por el Derecho interno, la cuestión en nuestra hipótesis se centra en saber:

— Si hace falta mantener esta solución;

— O si conviene, por el contrario, abandonar y rechazar la aplicación de las nuevas reglas para los esposos que no están suficientemente vinculados al país que ha modificado su legislación.

2. Bien entendido, que si se ha rechazado en caso de conflicto transitorio puro la aplicación, en el plano internacional, de la retroactividad dispuesta por el Derecho interno, esta solución se impone "a fortiori" cuando el conflicto transitorio se combina con el conflicto móvil.

Repetimos que la solución en estos supuestos no puede ser diversa de la aceptada para los casos de conflicto transitorio puro, examinado en el capítulo I, con la particularidad de que aquí tal solución se impone a fortiori. Es decir, que no debería aplicarse automáticamente el efecto retroactivo, ni siquiera en su grado mínimo.

SECCION 2ª

REGIMEN SOMETIDO DE PLENO DERECHO A UNA NUEVA LEGISLACION

Supongamos que se haya decidido colocar de pleno derecho el régimen matrimonial bajo el imperio de la nueva ley, por razón de las modificaciones sobrevenidas en la situación internacional de los esposos.

¿No convendría decir, en este caso, que el régimen de los esposos ha escapado definitivamente de la legislación que les regía inicialmente y que las modificaciones introducidas en esta ley son ineficaces respecto a ellos?

Entendemos que esta hipótesis no puede producirse si aceptamos las soluciones anteriormente propuestas en materia de conflictos transitorios y móviles, puesto que, para unos y otros, hemos rechazado que de pleno derecho y automáticamente pueda cambiarse la legislación aplicable al matrimonio.

SECCION 3ª

CONCESION A LOS CONYUGES DE UNA OPCION

Dos hipótesis deben ser consideradas:

I. Los esposos han mantenido su régimen bajo el imperio de la legislación inicialmente competente.—¿Habrá que entender que el régimen de los esposos se ha transformado en convencional (expresa o tácitamente) a consecuencia de la opción ejercitada por los esposos, de modo que las modificaciones introducidas en el Derecho interno se aplicarían solamente si ellas se refieren a los regímenes convencionales (y permanecería sin efecto si se limita al régimen legal)?

Así claramente la sustitución por un nuevo régimen legal del que regulaba la legislación modificada, en el momento de la celebración del matrimonio, permanecería sin efecto con respecto a los esposos que hubieran ejercitado la opción aquí contemplada.

¿No sería mejor entender que los esposos, por la elección que han hecho de la ley que regía su régimen desde el origen, han vinculado definitivamente su suerte a esta legislación, de modo que les es aplicable toda modificación, cualquiera en general, introducida a este Derecho interno?

Si los esposos han optado por mantener su régimen bajo el imperio de la legislación que regía su matrimonio desde la fecha de su celebración, al producirse su modificación de forma re-

CONFLICTOS DE LEYES Y REGIMENES MATRIMONIALES

33

troactiva e imperativa, habrá que entender que se someten a ésta con todos los cambios que le sean inherentes e internamente le apliquen, incluso si esa modificación interna se aplica también, extensivamente, a los regímenes pactados.

Si la nueva ley no tuviera un sentido absolutamente imperativo, habría que admitir que la opción se pueda referir también sólo a la ley inicial de su matrimonio, prescindiendo de las modificaciones sufridas posteriormente.

Sería conveniente recomendar a los Estados que no diesen nunca carácter imperativamente retroactivo a una reforma de ley o régimen matrimonial, por lo menos con respecto a los matrimonios en los que concurra algún elemento de extraneidad, respetando siempre la inmutabilidad del régimen inicial, salvo opción concorde de ambos cónyuges a favor del cambio.

II. Los esposos han optado a favor de una nueva legislación.— No hay ni que decir que el régimen de los esposos ha escapado definitivamente a la ley que lo regía inicialmente, de modo que las modificaciones introducidas a esta legislación quedan a su respecto sin efecto.

Si los cónyuges optan en favor de una nueva legislación, consideramos que la respuesta es clara: Evidentemente, las modificaciones sufridas por la ley inicial no deben afectarles.

Es más, con este cambio de ley del matrimonio, si la nueva ley permite el otorgamiento de contrato matrimonial de bienes después de celebrado el matrimonio, los cónyuges podrían pactar convencionalmente un régimen totalmente idéntico al inicial de la antigua ley que fue modificado en ésta, con tal de que resulte admisible para la nueva ley escogida mediante el ejercicio de la opción.