

La publicidad de las capitulaciones matrimoniales en Derecho Internacional Privado

SUMARIO: I. *Planteamiento de la cuestión.*—II. *Posibles soluciones:* 1.ª El artículo 9-3.º del Código Civil. 2.ª Actuación negativa del orden público. 3.ª La doctrina del interés nacional. 4.ª La solución jurisprudencial.—III. *Un problema conexo: las sentencias extranjeras de separación y divorcio de extranjeros y las canónicas de nulidad.*—IV. *Los Registros españoles de bienes y los regímenes económico-matrimoniales extranjeros:* 1. Bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios registrados. 2. Bienes muebles y derechos reales sobre los mismos que consten registrados: A) Bienes muebles registrados y derechos reales sobre ellos. B) Bienes muebles no registrados.—V. *La publicidad mercantil de los capítulos extranjeros.*—VI. *Publicidad de las capitulaciones otorgadas por españoles en el extranjero.*—VII. *Criterios de Lege ferenda.*—VIII. *La Convención de La Haya de 1976.*—IX. *Un consejo práctico.*—X. *Conclusiones.*

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El problema con que pretende enfrentarse este estudio es el de los efectos que puede producir un régimen económico-matrimonial pactado en capitulaciones matrimoniales por extranjeros, publicado por un registro extranjero (1), frente a un tercero español que entra en una relación jurídica patrimonial con alguno de los cónyuges extranjeros. Dicho de otra forma: si el matrimonio extranjero con régimen pactado en capítulos podrá ampararse en la publicidad registral de su Ordenamiento nacional frente al tercero español que actúa de buena fe.

La cuestión se plantea únicamente en el ámbito del Derecho internacional privado, ya que en Derecho interregional, al ser el Registro Civil único

(1) Se parte de un supuesto en que el Registro extranjero otorgue a las capitulaciones inscritas una protección y unos efectos publicitarios similares a los que se otorgan en nuestro Derecho.

para todo el territorio del Estado, queda excluida la posibilidad del conflicto que se ha planteado.

Vamos a intentar responder a esta pregunta: ¿El régimen convencional de unos extranjeros, inscrito en el Registro de su país, afecta al tercero español?

II. POSIBLES SOLUCIONES

1.^a *El artículo 9-3.º del Código Civil.*—En principio, sólo en principio, cabría pensar que el tercero español quedaría sujeto a las consecuencias del régimen convencional que publica el Registro extranjero. El artículo 9-3.º del Código Civil reconoce como ley del régimen económico-matrimonial la del estatuto capitular de los cónyuges (incluso cuando éstos son extranjeros) con carácter preferente a los demás puntos de conexión que se enumeran en el mismo artículo (última ley nacional común o ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio). Si se sigue el tenor literal del repetido artículo hay que estar, en cuanto al régimen económico-matrimonial se refiere, al estatuto de autonomía.

Pero la publicidad de los capítulos y los efectos de los mismos exceden del ámbito de libertad de los cónyuges, sin que puedan ser objeto de alteración alguna en el contrato matrimonial.

Para la publicidad de las capitulaciones, el punto de conexión no es la concorde voluntad de los esposos (2), ya que nuestro Derecho (art. 9-3.º del Código Civil), ante la *insuficiencia* de las capitulaciones, se remite a la ley que rige las relaciones personales (3), que es, según el número 2 del citado artículo 9 del Código Civil, la ley nacional común o la del marido al tiempo de la celebración. Decir que las capitulaciones son *insuficientes* por no regular la publicidad de las mismas y sus efectos frente a tercero puede resultar, a primera vista, extraño, pero excluida la autonomía por el interés público y supraindividual de ambos temas (publicidad y efectos), no queda sino acudir a las leyes antes apuntadas: la nacional común de los cónyuges o la del marido al tiempo de la celebración del matrimonio (4).

(2) Sobre la discutida bondad del criterio de autonomía como punto de conexión en los regímenes económico-matrimoniales puede verse AUDINET: «Des conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, tomo 40, págs. 237 ss.

(3) No cabe que el Registro Civil español publique hechos relativos a extranjeros, ya que el artículo 66 del RRC, en su redacción de 1 de diciembre de 1977, dispone que: «En el Registro constarán los hechos que afecten a españoles...».

(4) Hay que señalar, en cuanto al punto de conexión aplicable a la publicidad y efectos de las capitulaciones, las siguientes notas: a) Que los capítulos se hayan otorgado después de celebrarse el matrimonio:

Ante la argumentación expuesta debe concluirse que la publicidad y los efectos frente a terceros españoles de las capitulaciones extranjeras se rigen por la ley nacional de los cónyuges o la del marido al tiempo de contraer el matrimonio. Pero frente a esta afirmación, tan clara a primera

— Si ambos cónyuges tienen la misma nacionalidad, será la ley que corresponda a dicha nacionalidad la aplicable a los capítulos.

Entiendo además que será la ley nacional común de los cónyuges al tiempo de la celebración del matrimonio o la nacional del marido (novio) en ausencia de nacionalidad común, salvo que en el contrato matrimonial opten los cónyuges por acogerse a la legislación que corresponda a su nueva ley nacional.

La razón de aplicar la ley inicial del matrimonio y no la última ley nacional común es el interpretar de una forma congruente los números 2 y 3 del artículo 9.º del Código Civil. Si se admitiese una interpretación literal de los números del precepto citado habría que aplicar al régimen económico del matrimonio (y, por tanto, al régimen de publicidad de las capitulaciones, según se explica en este estudio) «la misma ley que a las relaciones personales», que es, según el número 2 del artículo 9 del Código: *la última ley nacional común durante el matrimonio*. Esta redacción del citado número 2 puede entenderse referida a dos momentos:

1) Un momento fijo: el último del matrimonio, es decir, el momento de su disolución. La tesis es absolutamente incongruente, ya que el régimen matrimonial es algo vivo y continuo, que precisa de regulación *durante* su existencia, no a su muerte.

2) Un momento cambiante: el que corresponda en cada instante a la nacionalidad de los cónyuges. Tampoco éste puede admitirse, ya que es principio sen-
tado por el número 3 del artículo 9 del Código Civil el de la inmutabilidad del régimen matrimonial por el simple cambio de nacionalidad, «salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional».

— Si la nacionalidad de los cónyuges es distinta ha de aplicarse la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio (art. 9, núms. 2 y 3 del Código Civil).

b) Que los capítulos se hayan otorgado antes de celebrarse el matrimonio:

En este caso, como bien apunta AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales dirigidos por Albaladejo*, tomo I, 1978, página 149), el actual artículo 9-3.º del Código Civil, al determinar la ley rectora de las relaciones patrimoniales entre cónyuges, «a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos», viene a condicionar la admisión de los pactos matrimoniales a su aceptación por la ley de uno de los esposos, la del marido o la de la mujer.

Cabría pensar, caso de que las leyes de la nacionalidad de cada uno de los novios fueren distintas, que ambas leyes hubieran de tenerse en cuenta a la hora de determinar la ley que tuviera que regir la publicidad de los capítulos. Así ocurre, en materia de contratos matrimoniales, con la capacidad de los cónyuges (puede verse, a este respecto, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS: «El régimen económico de la sociedad conyugal en el Derecho internacional privado», *R. E. D. I.*, 1955, pág. 611) y, según apunta MARÍN LÓPEZ («Los efectos del matrimonio en la reciente reglamentación española de Derecho internacional privado», en *Anuario de Derecho Internacional*, Pamplona, 1974, pág. 74), con las normas prohibitivas relativas al contenido de los contratos matrimoniales.

Creo que no ha lugar la acumulación de leyes en materia de publicidad de capitulaciones, ya que tanto ésta como los efectos derivados de ellas se refieren siempre al régimen económico-matrimonial, y, aunque los capítulos son perfectos desde su otorgamiento, el régimen no surge hasta la celebración del matrimonio, *condictio iuris* para la eficacia de los contratos nupciales. Existiendo el matrimonio y el régimen económico-matrimonial, la ley aplicable será la que rige las relaciones patrimoniales *inter* cónyuges «a falta o por insuficiencia de capitulaciones».

vista, ha de pensarse que el español, tercero de buena fe, que entra en contacto patrimonial con el matrimonio extranjero regido por capitulaciones inscritas en el Registro correspondiente de su país, no está obligado a conocer el contenido de dicho Registro.

Hay que tener en cuenta que toda publicidad tiende a obtener una seguridad en el tráfico, por lo que admitir la eficacia de Registros no nacionales sería tanto como introducir una inseguridad que haría quebrar los efectos de seguridad pretendidos.

Además, y probablemente, sobre todo, debe recordarse que toda publicidad no es sino una trama de presunciones positivas y negativas con eficacia de legitimación extraordinaria. Dichas presunciones emanan de un acto de poder (*imperium*), del poder legislativo, y como tales actos parece que no deben tener eficacia fuera de las fronteras donde el poder que las dicta se ejerce, máxime en perjuicio de la publicidad negativa (lo no inscrito no existe) del Estado en que pretenden hacerse valer las normas presuntivas extranjeras, el Registro Civil español en nuestro caso (5).

Esta tesis, que nos aparta del artículo 9, número 3.º, del Código Civil, y que llevaría a la aplicación de la *lex fori* (Ley del Registro Civil y Código Civil), es plenamente concordante con las ideas particularistas, tendentes a la protección de los derechos de los nacionales, hoy vigentes en Derecho internacional privado.

2.^a *Actuación negativa del orden público.*—La actuación negativa del orden público, entendiéndolo como freno a la aplicación del Derecho extranjero (*estatutos odiosos*), no creo que pueda traerse a colación, ya que la norma de publicidad del régimen económico-matrimonial dictada por el poder legislativo extranjero será de un contenido similar, si no idéntico, a la de nuestro Ordenamiento. No ha lugar, por tanto, la aplicación del artículo 12 del Código Civil en su número 3.º (6).

con lo que la solución es la misma que se apuntó para los capítulos otorgados constante matrimonio, sólo, repito, en cuanto a las materias apuntadas se refiere: publicidad y efectos.

(5) El legislador hubiera podido dictar en materia de publicidad derivada de Registros nacionales una norma similar a la establecida en el artículo 10 del Código Civil para, únicamente, la publicidad inmobiliaria. Los efectos publicitarios derivados del Registro, cualquiera que sea su clase, sólo producirían efectos dentro del territorio al que afectase la jurisdicción registral.

(6) Para una interpretación actual del concepto de orden público, vid. CORRIENTE CÓRDOBA: «Ordenamientos plurilegislativos, conflictos interpersonales y orden público en una Resolución de la D. G. R. y N.», *R. G. D.*, núms. 361-62, 363, 1974. Separata. Del mismo autor puede verse: «La excepción de orden público en el Derecho Internacional Privado español», *Anuario de Derecho Internacional*, tomo II, 1975, págs. 125 ss. También, FRAGUAS MASSIP: «Las excepciones a la aplicación del Derecho material extranjero normalmente reclamado», en *El Título Preliminar del Código Civil*. Academia Matritense del Notariado. Estudios. Madrid, 1977, tomo I, volumen II, págs. 371 ss.

3.^a *La doctrina del interés nacional.*—Para lograr la protección de los terceros nacionales frente a los capítulos publicados por un Registro extranjero pudiera convencer más que las tesis anteriores, la doctrina del interés nacional (hoy recogida en el art. 10, núm. 8.º, del Código Civil). Pero debe tenerse en cuenta que la publicidad de un régimen económico-matrimonial puede enfrentarse, en relación con terceros, a problemas dispositivos y de legitimación, pero nunca afectaría a la capacidad, ya que ésta es inalterable en capitulaciones, y el artículo 10-8.º del Código Civil sólo tutela al nacional respecto a cuestiones de capacidad. Por otro lado, el carácter excepcional del citado número del artículo 10 presenta el inconveniente de su carácter excepcional a la hora de intentar su aplicación analógica, apoyado en el artículo 4 del Código Civil (7). No obstante, cabría recordar la imprecisión terminológica del legislador en materia de contratos y, sobre todo, en la ineficacia negocial (8).

No sería muy aventurado *interpretar* (conforme al núm. 1 del art. 3 del Código Civil) que el número 8 del artículo 10 citado, *en su contexto*, y conforme a su *espíritu y finalidad*, tiende a proteger al tercero que contrata con extranjeros frente a normas por él ignoradas (siempre con buena fe), ya sean éstas de capacidad o dispositivas y de legitimación.

La redacción del número 8 del artículo 10 del Código Civil ha sido muy criticada: Por su carácter unilateral y por su aplicación automática, abstracción hecha de la buena o mala fe del contratante nacional; argumento este último que puede paliarse con la aplicación del artículo 1.302 del Código Civil (9).

(7) Sobre la no aplicación de la analogía ante las normas de carácter excepcional (art. 4-2.º del Código Civil) ha habido en los últimos años abundante bibliografía; ver, por todos, V. L. MONTES: *Comentarios a las Reformas del Código Civil. El Nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Madrid, 1977, V, 1.º, págs. 207 ss.

(8) Recuérdese el artículo 1.261-3.º del Código Civil en la redacción anterior a 2 de mayo de 1975, que negaba a la mujer la posibilidad de prestar consentimiento. Vid. también nota 9.

(9) Parecen más correctas las dicciones de los códigos italianos de 1942 y portugués de 1966:

— El párrafo 2.º del artículo 17 del primero prevé que si un extranjero realizase en Italia un acto para el que fuere incapaz según su ley nacional, pero para el que sería capaz un italiano, según la ley italiana, el acto se consideraría válido, salvo si se refiriese a relaciones de familia, sucesiones por causa de muerte, donaciones o actos de disposición de inmuebles sitos en el extranjero.

— El artículo 28, párrafo 1.º, del Código Civil portugués establece que «el negocio jurídico celebrado en Portugal por persona que sea incapaz según la persona competente no puede ser anulado, fundándose en esta incapacidad en el caso de que conforme a la ley interna portuguesa, de ser aplicable, esa persona sería considerada capaz».

Para una crítica del precepto puede verse A. REMIRO BROTONS: Artículo 10. Apartado 8, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Madrid, 1978, tomo I, págs. 346 y ss.; J. L. IGLESIAS: «Le nouveau système de règles de conflit du Droit international privé espagnol», *Rev. critique Dr. i. pr.*, 1976, pág. 416, y

4.^a *La solución jurisprudencial.*—Ante la dudosa aplicación del artículo 10-8.º del Código Civil debería acudir a soluciones jurisprudenciales basadas en los criterios de *l'arrêt Lizzardi* (*Cour de Cassation*, 16 de febrero de 1861) (10), que fueron el punto de partida de la atención doctrinal hacia este correctivo de la ley personal en materia de capacidad; éste era el supuesto: un extranjero, menor conforme a su ley nacional, y que no lo era con arreglo a la ley del foro, ¿debía ser considerado capaz para el Ordenamiento del foro? Con buen criterio, el juzgador francés no acudió al orden público (el orden público es algo más que el arbitrio del legislador, y la mayoría de edad—según se ha visto recientemente en nuestro Derecho—está sujeta a criterios de alza o baja extrajurídicos). El Tribunal francés se basó, para declarar la validez del contrato, en la necesidad de protección del tráfico interno, de la buena fe y del interés nacional.

Posteriormente se ocupó también la Corte francesa de otro caso, esta

M. DE ANGULO RODRÍGUEZ: «Las obligaciones contractuales en el vigente Título preliminar del Código Civil español», *Rev. Prof. del I. C. de Abogados de Granada*, 1975, págs. 237 y ss.

(10) En Derecho francés el problema que aquí se estudia es muy distinto, ya que antes de entrar a examinar cuáles sean los efectos del régimen económico-matrimonial pactado es preciso determinar si se trata de una cuestión de forma (*lex loci*), fondo (ley del régimen económico-matrimonial) o de procedimiento (*lex fori*). La razón de esta previa necesidad de calificación estriba en la obligatoriedad para el oficial encargado de la celebración del matrimonio de preguntar a los contrayentes por la existencia de capítulos, y, en caso afirmativo, exigir certificación notarial del otorgamiento, fecha y Notario autorizante de los mismos. El tema en Derecho francés ha sido muy estudiado; entre las obras más recientes pueden verse: G. WIEDERKEHR: *Les conflits de lois en matière matrimoniale*, París, 1967; G. COUCHEZ: *Essai de délimitation du domaine de la loi applicable au régime matrimonial*, París, 1972, y FADLALLAH: *La jamlle légitime en droit international privé. Le domaine de la loi applicable aux effets du mariage*, París, 1977.

En Derecho español no cabe plantear la cuestión en los mismos términos, ya que las capitulaciones son independientes del acto de la celebración del matrimonio (sin olvidar la relación entre las capitulaciones y la celebración del proyectado matrimonio respecto de la eficacia de aquéllas); además, al no ser la inscripción de los capítulos requisito necesario para la existencia de los mismos, no cabe pensar en la aplicación de la regla *locus* aludiendo que se trata de una cuestión de forma. Nuestro problema es, sin duda, de régimen económico-matrimonial.

No debe olvidarse que los asientos del Registro Civil relativos al régimen económico-matrimonial tienen carácter rogado en nuestro Derecho, ya que el artículo 264 RRC dispone que sólo se extenderán a petición del «interesado» (no ha de ser, necesariamente, uno de los cónyuges). Hay excepciones a la rogación: las modificaciones derivadas de la infracción del artículo 45 del Código Civil y la cancelación de las mismas cuando se presente la licencia o autorización, dispensa o aprobación de las cuentas de la tutela, cuya omisión dio lugar a la indicación (artículos 264 y 265 RRC).

Hoy la indicación del régimen económico-matrimonial puede certificarse en el libro de familia, según el artículo 36 del RRC en su redacción de 1 de diciembre de 1977.

Sobre el valor de las indicaciones a que se viene haciendo referencia puede verse J. PERE RALUY: *Derecho del Registro Civil*, Madrid, 1962, tomo II, pág. 765.

vez en materia de régimen matrimonial: la ex reina Narriman Sadek *fue de compras* a París y se surtió de abundantes vestimentas en la Société Jean Dessès. A la hora del pago, la Société pasa la factura al también ex rey, señor Farouk; S. M. contesta que la legislación egipcia, a la que se hallaban sujetos él y su matrimonio, desconocía tanto el mandato tácito como el doméstico, así como la potestad de las llaves, y él no había dado mandato alguno a su esposa. El Tribunal de gran instancia del Sena, en 12 de junio de 1963, condenó al matrimonio a pagar *in solidum*, ya que la sociedad acreedora obró «sin imprudencia ni ligereza y con buena fe, sin que viniera obligada a conocer el Derecho egipcio» (11).

En nuestro Derecho se aproximan a estas soluciones las Sentencias de 13 de enero y 15 de mayo de 1885 y 21 de abril de 1892. Al extranjero, afirmaban las dos primeras, le acompañan su estado y su capacidad y deben aplicársele las leyes personales de su país, cuando esto no se oponga a los principios de orden público y a los intereses de la nación en que formula sus reclamaciones. La tercera sentencia, en un supuesto que afecta al tráfico jurídico interno, dice incidentalmente que «no puede invalidarse el contrato..., alegando que era menor al firmarlo, puesto que no lo manifestó».

III. UN PROBLEMA CONEXO: LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO DE EXTRANJEROS Y LAS CANÓNICAS DE NULIDAD

Las citadas sentencias plantean problemas similares a los que acaban de exponerse para las capitulaciones matrimoniales, ya que tanto unas como otras pueden ser publicadas por el correspondiente Registro extranjero y, en todo caso, alteran, igual que los contratos entre cónyuges, el régimen económico-matrimonial legal. Los problemas específicos derivados del carácter judicial de la alteración del régimen económico-matrimonial van a ser aquí objeto de breve estudio.

Excluimos las sentencias canónicas de separación personal de extranjeros dictadas en el extranjero porque éstas, según el artículo 82 del Código Civil, no precisan de homologación judicial, por lo que al excluirse la intervención jurisdiccional, los efectos que pueden producir frente al

(11) Los autores franceses critican la solución, vía Lizzardi, de este supuesto entendiendo que era un problema de calificación: ver si la ex reina y esposa tenía poder o no para obligar a la sociedad del matrimonio, y, como consecuencia de ello, determinar si dicha facultad debía regirse o no por la ley del régimen económico matrimonial o por la ley de sus efectos. Para un estudio detallado puede verse G. COUCHEZ: *Ob. cit.*, págs. 146 y ss., y WIEDERKEHR: *Ob. cit.*, págs. 263 y siguientes.

tercero fuera del país en que se publica la separación son los mismos que podrían derivarse de unas capitulaciones matrimoniales. Hay que remitirse, por tanto, a lo expuesto en el epígrafe anterior.

La inclusión de las sentencias canónicas de nulidad es algo «futurista», ya que hoy por hoy siguen el régimen del artículo 82 del Código Civil; pero en un futuro breve deberán ser excluidas del citado artículo dados los términos del Acuerdo sobre asuntos jurídicos de España con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, ya que el acuerdo exige la homologación judicial de dichas sentencias. Los problemas de estas sentencias, en un futuro próximo, según lo dicho, serán los mismos que se plantean a continuación para las sentencias civiles extranjeras.

En las sentencias objeto del epígrafe debe distinguirse (12):

a) Cuando la sentencia extranjera se refiere al estado o capacidad civil de las personas, obtenga o no el *exequatur*, es preciso reconocer —como hace VALLET (13)—que constituye un supuesto que ha generado ya sus consecuencias jurídicas respecto de los sujetos fuera de nuestras fronteras, y cuya eficacia y efectos no pueden ignorarse en el territorio de otros Estados (14).

Este es el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, quien ha prescindido en sus últimas resoluciones del obsesionante concepto del orden público en esta materia (Resoluciones de 18 de septiembre de 1971; 23 de marzo, 5 de abril y 24 de agosto de 1976 (11)).

b) En cuanto a la protección de terceros nacionales del Estado en que pretenda hacerse valer la sentencia extranjera («actos de ejecución material sobre bienes o coercitivos sobre personas», según la sentencia

(12) Un estudio detallado sobre este tema en VALLET DE GOYTISOLO, FRAGUAS MASSIP, BLANQUER UBEROS y SIMÓ SANTONJA: «Efectos de la declaración de divorcio en el Derecho Internacional Privado». Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino, Madrid, 1975, tomo III, págs. 785 y ss.

(13) *Ob. cit.*, pág. 831.

(14) Para reafirmar este criterio cita VALLET la Resolución de 3 de marzo de 1930 de la Cour de Cassation francesa, que señala «que las sentencias dictadas por un Tribunal extranjero referentes al estado y capacidad de las personas producen efectos en Francia, independientemente de la obtención del *exequatur*, salvo aquellos supuestos que hayan de dar lugar a actos de ejecución material sobre bienes o coercitivos sobre personas». *Ob. cit.*, pág. 831.

De la afirmación de VALLET y los demás Notarios me parece excesivo el pretender hablar no sólo de ignorar los efectos de la sentencia que no obtuvo el *exequatur*, sino también de la necesidad de no pasar por alto la eficacia de la sentencia extranjera. La eficacia de ésta creo que debe pender del *exequatur*. Una cosa es no ignorar los efectos producidos por una declaración (ya sea legal, judicial o extrajudicial) como realidad que se instala en el mundo jurídico, y otra, muy distinta, hablar de la *eficacia* de una declaración judicial que no está revestida del *imperium* necesario para poder ser hecha efectiva frente a los miembros de una comunidad distinta de aquélla a la que iba dirigida cuando se pronunció.

citada en la nota 10), debe protegerse al nacional, y ello pese al *exequatur*, pues aunque por éste podría decirse que la sentencia extranjera cobra *imperium* y se integra en el Ordenamiento interno, el nacional no puede quedar obligado, salvo que tuviere conocimiento de la sentencia extranjera y entrara en juego la buena fe, ya que la sentencia extranjera, al no acceder al Registro Civil español (art. 66 RRC, antes citado), no es amparada por la fe pública, ni siquiera por la simple publicidad, ya que esta última sólo se produjo en el país extranjero. Ante esto hay que acudir a las soluciones antes apuntadas para las capitulaciones.

IV. LOS REGISTROS ESPAÑOLES DE BIENES Y LOS RÉGIMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES EXTRANJEROS

La publicidad del régimen económico-matrimonial en cuanto a bienes concretos opera en forma distinta a la expuesta con anterioridad como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 10-1.º del Código Civil: «La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, *así como su publicidad*, se registrarán por la ley del lugar donde se hallen.

La misma ley será aplicable a los bienes muebles».

Conforme a este artículo, la titularidad privativa o común de un bien o derecho real, publicada por un Registro, hace fe respecto del tercero, a quien nada debe importarle la situación extrarregistral extranjera *que ignora* (que «no conoció ni tuvo *medios racionales* y motivos suficientes para conocer», usando la terminología del art. 36 de la Ley Hipotecaria).

1. *Bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios registrados.*—Respecto de éstos, la afirmación que acaba de hacerse tiene plena vigencia, ya que la protección que otorga el Registro de la Propiedad en cuanto a la titularidad privativa o común de los bienes de cónyuges extranjeros que consten registrados es plena: el inmueble que consta en el Registro de la Propiedad como común o privativo lo es (arts. 1.º, 38, 20 y, sobre todo, 34 de la Ley Hipotecaria, y 80, 93 y siguientes del Reglamento Hipotecario). Hoy también el artículo 1.322 del Código Civil, que parece dar cierto carácter obligatorio a la inscripción de modificaciones de regímenes matrimoniales.

El carácter común *presuntivo* no puede beneficiar ni perjudicar al tercero (que, frente al Registro de la Propiedad, es indiferente que sea nacional o extranjero), ya que para cumplir el tracto se precisaría, en estos casos, el consentimiento (asentimiento o como quiera llamarse) del cónyuge cotitular presunto.

Cuestión distinta es la relación entre cónyuges y las posibles responsa-

bilidades patrimoniales entre ambos; en este punto cobran plena vigencia las leyes personales del régimen: ley nacional, ley del domicilio, autonomía, centro de intereses del matrimonio, residencia, etc. Téngase en cuenta que la ley nacional (art. 9-3.º del Código Civil) puede remitir a otro Ordenamiento, entrando en juego, en este supuesto, el polémico reenvío.

La afirmación de que el Registro de la Propiedad proteja al tercero frente a circunstancias extrarregistrales de titularidad no implica que deba aplicarse el sistema del Código Civil para la disposición de los bienes registrados, ya que del mismo Registro de la Propiedad puede resultar la existencia de unas capitulaciones otorgadas en el extranjero (arts. 51-9.ª y 80 RH) o, lo que debería constar en todo caso, la nacionalidad extranjera del matrimonio titular de los bienes. Téngase en cuenta que el Registro de la Propiedad puede publicar un régimen capitular extranjero, pues no existe en la Ley Hipotecaria ni en su Reglamento ninguna norma que prohíba dicha publicidad, a diferencia de lo que ocurre con el Registro Civil (art. 66 RRC). Además, la amplitud de los términos de los artículos 1.322 del Código Civil y 51-9.ª y 80 del Reglamento Hipotecario permite incluir sin ningún reparo dicha publicidad.

Ante la constancia de la nacionalidad de los cónyuges titulares o de sus capitulaciones, el Registrador, según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, deberá calificar la capacidad y legitimación del cónyuge disponente con arreglo (salvo alegación por las partes o constancia de capitulaciones en el mismo Registro) al régimen económico-matrimonial legal o supletorio correspondiente a la nacionalidad del matrimonio, ya que dicha nacionalidad resulta «de los asientos del Registro».

Todo depende, como se ve, de la constancia o no de las capitulaciones en el Registro de la Propiedad o, en defecto de éstas, de la nacionalidad de los cónyuges; en otro caso, el Registrador, ausente de datos, aplicará el Derecho español, adquiriendo el tercero en virtud de la fe pública con que el poder legislativo ampara a nuestro Registro. Quedan siempre a salvo, naturalmente, las acciones entre cónyuges derivadas de su verdadero régimen económico.

Como conclusión de lo expuesto, la actuación a seguir por Notarios y Registradores podría ser ésta:

- Si el Registro de la Propiedad advierte de la existencia de capitulaciones, habrá que estar a lo que de ellas resulte, estén o no inscritas en algún Registro nacional o extranjero. El Notario debe reclamar las capitulaciones para examinar la capacidad dispositiva de los comparecientes, y el Registrador debe calificar el contrato matrimonial con la misma finalidad.

- Si el Registro de la Propiedad advierte tan sólo de la condición no nacional del titular registral casado, el Registrador inscribirá, conforme a los artículos 93 y siguientes del Reglamento Hipotecario, según lo que resulte del régimen económico-matrimonial legal supletorio que corresponda a la nacionalidad que conste en el Registro, actuando en la misma forma en caso de disposición de los bienes inscritos. Todo ello queda sujeto al conocimiento por el Registrador o Notario autorizante de la legislación extranjera de que se trate; en caso contrario, debería acreditarse el Derecho extranjero en alguna de las formas previstas por el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, en su redacción de 27 de agosto de 1977.
- Si no consta la nacionalidad extranjera de los cónyuges en la escritura que accede al Registro de la Propiedad, tampoco constará en éste, por lo que deberá aplicarse rectificando el Registro (artículo 40, *d*), de la Ley Hipotecaria), pero el tercero que hubiera podido surgir quedaría siempre a salvo.

En este caso no se hace sino seguir el sistema hipotecario español: el tercero queda protegido, prescindiendo de las circunstancias extrarregistrales, si reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. El hecho de que la nacionalidad o el régimen económico-matrimonial no queden amparados por la fe pública no tiene importancia, ya que la titularidad registral sí queda amparada frente al tercero: el derecho real pertenece al titular registral *en la forma determinada por el asiento respectivo* (arts. 34 y 38 de la Ley Hipotecaria): privativamente, por mitades indivisas, en *gesamte hand*, etc.

Protegiendo al tercero de la forma expuesta no se hace sino cumplir con el artículo 10-1.º del Código Civil: aplicamos el régimen publicitario español en cuanto a inmuebles y derechos reales sobre los mismos.

Algunos problemas podrán plantear los usufructos viduales y dotales de ciertas legislaciones extranjeras, al igual que las hipotecas legales y judiciales por razón de dote. En todos estos supuestos, el efecto frente al tercero de los aludidos derechos reales es inoperante si no consta del Registro su existencia. El hecho de que en nuestro Derecho no sea precisa la inscripción con carácter constitutivo de estos derechos nada tiene que ver; la oponibilidad *erga omnes* de un gravamen o derecho real concurrente con otro queda en el aire si consta el bien gravado como libre en el Registro. En cuanto a la hipoteca legal (aunque el supuesto extranjero coincida con alguno de los supuestos del art. 168 de la Ley Hipotecaria) será siempre precisa la inscripción en el Registro español del título constitutivo, siempre, por supuesto, cuando el bien gravado radique en territorio nacional. Tampoco cabe hacer efectiva sobre bienes sitos en España una

hipoteca judicial (de imposible conversión en anotación preventiva), ya que el Juez extranjero carece de autoridad para dirigir mandamientos a Jueces españoles y, por otro lado, tampoco es posible hacer efectiva la hipoteca en vía de ejecución de sentencia, pues la ejecutoriedad de las extranjeras está circunscrita a las que se dictan en el ejercicio de acciones personales (art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Sí, cabe, sin embargo, la inscripción de títulos otorgados en el extranjero, siempre que reúnan los requisitos necesarios de forma y legalización para su acceso al Registro de la Propiedad (15).

2. *Bienes muebles y derechos reales sobre los mismos que consten registrados.*—Las tesis sostenidas en el número anterior respecto de los inmuebles y derechos reales sobre ellos que figuren inscritos son aplicables, en la misma medida, a los demás bienes y derechos registrables.

Cabría hacer matizaciones, pero éstas afectan más al Derecho interno que al internacional privado.

Así, a título de ejemplo, debe tenerse en cuenta:

- Respecto de los *buques*, que rigen los mismos principios que vienen sosteniéndose en cuanto al dominio, pero que hay problemas en cuanto al derecho de hipoteca, ya que la híbrida naturaleza del buque hace dudar respecto de la necesidad del consentimiento uxorio del artículo 1.413 del Código Civil (16).
- Los Registros de hipoteca mobiliaria, prenda sin desplazamiento y venta a plazos de muebles plantean pocos problemas, pudiendo apuntarse las siguientes notas que afectan al régimen matrimonial:
- *Hipoteca mobiliaria de establecimiento mercantil*: los problemas registrales en relación con la sociedad conyugal son los mismos que se expusieron respecto de los inmuebles, dado que el artículo 1.413 del Código Civil da el mismo tratamiento al establecimiento mercantil que a los inmuebles.
- *La hipoteca de maquinaria industrial* dependerá de sus distintas formas de gravamen a la hora de determinar si habrá de tenerse

(15) Para DE LA CÁMARA el marido por sí solo puede hipotecar; DE CASTRO, considerando el buque como establecimiento mercantil, exige el asentimiento de la esposa, y la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 9 de abril de 1965, sigue la tesis de DE CASTRO. Un resumen de estas distintas posturas puede verse en CHICO ORTIZ-BONILLA SAN MARTÍN: *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1968, tomo II, págs. 425 a 427.

La aplicación del artículo 1.413 es sólo posible en el caso de no constar ningún dato revelador del régimen económico de los cónyuges titulares extranjeros en el Registro. En otro caso, deberá aplicarse lo antes señalado para los inmuebles.

(16) Sobre estas últimas cuestiones, vid. SIMÓ SANTONJA: «Normas sobre bienes», en *El Título Preliminar del Código Civil*, Estudios, Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1977, tomo I, vol. II, págs. 149 y 150.

en cuenta o no el régimen económico-matrimonial de los cónyuges extranjeros; configurado el gravamen como prenda sin desplazamiento (art. 53 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento) o como objeto autónomo de hipoteca mobiliaria (arts. 42 a 44 de la ley últimamente citada), será de aplicación lo que se sostuvo con anterioridad respecto de los inmuebles registrados, teniendo en cuenta que en el caso de no existir constancia de la nacionalidad extranjera del matrimonio titular o de las capitulaciones, el marido podrá disponer del derecho por sí solo, así como constituirlo sobre el bien perteneciente a ambos cónyuges. Lo mismo hay que decir si se da en prenda la maquinaria considerándola como mercancía (art. 22 de la misma Ley de Hipoteca Mobiliaria).

Sin embargo, regirán las normas que se sostenían para el establecimiento mercantil y la hipoteca de inmuebles cuando la maquinaria quede hipotecada juntamente con el establecimiento mercantil (como elemento de éste, según el art. 21 de la ley últimamente citada) o como elemento de la hipoteca inmobiliaria (artículo 111 de la Ley Hipotecaria), respectivamente.

- *Los restantes derechos de hipoteca mobiliaria* (los constituidos sobre automóviles, vehículos de motor, aeronaves, propiedad intelectual e industrial) siguen el régimen general de los bienes muebles, que se expondrá después.
- *Los bienes afectos a prenda sin desplazamiento, prohibiciones de disponer inscritas en el Registro de venta a plazos y el dominio de las aeronaves* (que tienen la consideración de muebles) se hallan sujetos a las reglas generales sobre los muebles y derechos reales impuestos sobre los mismos.

La protección más o menos eficaz de un Registro u otro (plena protección de terceros o acreedores, reipersecutoriedad plena o simple crédito preferente) dependen, en todo caso, de la legislación española.

Resumiendo lo expuesto hasta aquí (con las excepciones apuntadas relativas a establecimientos mercantiles, buques e hipoteca mobiliaria), debemos distinguir:

A) *Bienes muebles registrados y derechos reales sobre ellos:*

- Si consta del asiento registral la condición de extranjero del o de los titulares, habrá que estar al régimen legal del país de que se trate (pudiendo exigir el Registrador que se acredite dicho régimen: art. 36 del Reglamento Hipotecario, al que se remiten como supletorio los demás preceptos sobre

registros de bienes). Si consta el régimen capitular del mismo Registro habrá que atenerse a éste.

- Si no consta la condición extranjera del matrimonio titular (a no ser que la titularidad sea indivisa entre los cónyuges), el marido es capaz para actos de disposición o gravamen, aunque no lo sea por ley nacional, según los argumentos que se han venido exponiendo: el Registro publica la titularidad sin referencia alguna al Registro extranjero, por lo que el nacional, tercer adquirente del derecho, puede confiar en la inoponibilidad frente a él de lo que no consta en dicho Registro (las circunstancias del régimen económico-matrimonial en este caso).

B) *Bienes muebles no registrados*.—Se plantea en este punto el problema de determinar si la simple posesión, con los requisitos exigidos por las leyes españolas, es o no un régimen de publicidad, a los efectos del artículo 10-1.º del Código Civil. Si se admite que la posesión es a los muebles lo que el Registro de la Propiedad para los inmuebles, no habría más remedio que excluir las circunstancias derivadas del régimen económico-matrimonial frente a terceros españoles que actúen de buena fe (basta con la ignorancia de las circunstancias del régimen de los extranjeros, ya sean pactadas o impuestas por su ley nacional).

Del artículo 10-1.º del Código Civil parece desprenderse que son de aplicación a los muebles situados en territorio nacional las normas del Código Civil sobre posesión. Si aplicamos el título V del Código Civil, no queda otro remedio que derivar de su aplicación los efectos publicitarios y legitimadores de los artículos 438, 448, 460-4.º y, sobre todo, 464. Si a ello se añaden las teorías y preceptos de la prescripción instantánea de mercaderías (arts. 85 y 86 del Código de Comercio), debería concluirse que, en cuanto a los muebles no registrados, rige el Código Civil (salvo mala fe) respecto de los muebles adquiridos de extranjero casado, abstracción hecha de su régimen económico-matrimonial y de la publicidad de éste por Registro no nacional. La protección de la apariencia prima en este punto sobre la tutela de la verdadera titularidad; el legislador se inclina por la seguridad del tráfico.

V. LA PUBLICIDAD MERCANTIL DE LOS CAPÍTULOOS EXTRANJEROS

La actividad comercial del extranjero casado tiene clara solución en nuestro Derecho positivo: si el Registro Mercantil no publica las capitulaciones (o, en su caso, las escrituras dotales o los títulos de los parafernales adquiridos por subrogación), éstas no pueden afectar a la contratación

mercantil. Hay que tener en cuenta que en el Registro Mercantil sí cabe la inscripción de comerciantes extranjeros (art. 70-6.º del Reglamento del Registro Mercantil) y, como consecuencia, los actos y contratos a ellos relativos (17).

VI. PUBLICIDAD DE LAS CAPITULACIONES OTORGADAS POR ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO

Problema distinto al tratado hasta ahora es el de la publicidad de los capítulos otorgados por español en el extranjero y los requisitos para la eficacia de éstos en España. El problema fue objeto de consulta a la Dirección General de los Registros y del Notariado, que resolvió en Resolución de 10 de enero de 1973 (18). En ella se establecían las siguientes proposiciones:

«2.º Que si la escritura de capitulaciones afecta a bienes inmuebles situados en España, puede aquélla inscribirse voluntariamente en el Registro de la Propiedad correspondiente al lugar de la situación (art. 1.322 del Código Civil).

3.º Que también, con arreglo al artículo 77 de la Ley del Registro Civil y a los artículos 264 y 265 del Reglamento del Registro Civil (hoy habría que añadir también que con arreglo al art. 1.322 del Código Civil en su redacción de 2 de mayo de 1975), pueden hacerse constar en el Registro Civil español, al margen de la inscripción de matrimonio y a petición del interesado, los actos que se refieran al régimen económico de la sociedad conyugal (19).

4.º Que también debe advertirse que para la plena eficacia del matrimonio en cuestión (se celebró en el extranjero dicho matrimonio) es preciso que el mismo se inscriba en el Registro Civil español (art. 2 de la Ley del Registro Civil)...»

(17) El artículo 2 del Reglamento del Registro Mercantil dispone que «... los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efectos respecto de terceros. No podrá invocarse la falta de inscripción por quien incurrió en su omisión». Completan la afirmación del texto los artículos 21, números 9 y 12 (en su redacción de 2 de mayo de 1975), del Código de Comercio y el número 7 del artículo 76, y los 78 y 79 del Reglamento de Registro Mercantil.

Los problemas que plantean los distintos regímenes económicos y los créditos dotales en cuanto a su preferencia y prelación en los supuestos de quiebra de uno de los cónyuges pueden verse en DE LA CÁMARA: *Estudios de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., 1977, vol. I, págs. 60 y ss.

(18) Ver el comentario de E. PECOURT GARCÍA en *Anuario de Derecho Internacional*, Pamplona, 1975, vol. II, págs. 547 y ss.

(19) Mientras el artículo 77 de la Ley del Registro Civil dice que «... podrá hacerse indicación de la existencia de los pactos... que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal», el artículo 1.322 del Código Civil establece: «En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales...».

En Derecho interregional, como al principio apuntamos, se halla resuelto el problema por la unicidad de los Registros de la Propiedad y Civiles, y por los artículos 1.322 del Código Civil, 77 de la Ley del Registro Civil y 264 y 265 del Reglamento de esta última. Con objeto de lograr una mayor seguridad en el ámbito interregional, la reforma del Reglamento del Registro Civil de 1 de diciembre de 1977 establece, en la nueva redacción del artículo 253, la necesaria constancia de la vecindad civil —común o foral del marido—, y en el artículo 36 del mismo Reglamento se prevén «sucesivas hojas destinadas a certificar las indicaciones registrales sobre régimen económico de la sociedad conyugal...» en los libros de familia.

No obstante, quedan problemas por resolver, pero son todos ellos de Derecho material interno. Entre ellos se encuentra el de la posible colisión de publicidades registrales (20).

VII. CRITERIOS DE «LEGE FERENDA»

De *lege ferenda* no sería excesiva una norma de Derecho internacional privado similar a la del artículo 16 de la Ley Introductoria del derogado BGB: el régimen legal extranjero se asimila a un régimen convencional o pactado. De este modo sólo cabría oponer a terceros el régimen previamente inscrito en el Registro especial de regímenes económico-matrimoniales (*Güterrechtregister*). Para mayor claridad podría completarse el precepto incluyendo en él los capítulos celebrados o inscritos en el extranjero; supuesto éste que incluye el citado precepto alemán. Claro que para ello haría falta crear en nuestro Derecho el Registro especial de regímenes económico-matrimoniales (21).

VIII. LA CONVENCIÓN DE LA HAYA DE 1976

Respecto a una posible ratificación por el Estado español de la Convención de La Haya de 1976 (bastante probable dada la fiebre de tratados de nuestros legisladores de un tiempo a esta parte), en cuanto al

(20) Piénsese en un casado sometido al régimen de gananciales y con matrimonio no inscrito en el Registro Civil que tenga registrados bienes a nombre de la sociedad de gananciales (art. 95-1.º del Reglamento Hipotecario). ¿Qué publicidad prevalece: la inmobiliaria o la negativa del Registro Civil?

(21) Dicha creación fue propuesta en una de las conclusiones de las I Jornadas del Instituto Español de Derecho Foral celebradas en Pamplona en 1975.

artículo 9 de la misma (22), deberían hacerse, para mayor seguridad y justicia, las siguientes especificaciones (posibilidad de especificar prevista en el mismo texto):

1. Al número 2 del párrafo tercero debería añadirse una referencia a la buena fe.

2. Respecto al párrafo tercero, exigir constancia en el Registro de la Propiedad del régimen económico-matrimonial, en virtud de documento auténtico, para la oponibilidad del mismo a terceros.

IX. UN CONSEJO PRÁCTICO

Para terminar, a efectos notariales, un consejo práctico: Ante la comparecencia de un extranjero casado, preguntar si otorgó o no capítulos; si los otorgó, decir su contenido, y si no, afianzar su responsabilidad haciéndole que manifieste la inexistencia en el instrumento (incurriría en delito de falsedad en documento público). Si hay capítulos y se inserta en la escritura su contenido, éste será avalado bien por la responsabilidad del o de los manifestantes (ambos cónyuges), o mejor, que se presente documento auténtico legalizado y legitimado en debida forma (la escritura o certificación del Registro Civil o del especial de regímenes económico-matrimoniales).

X. CONCLUSIONES

1.^a La publicidad de las capitulaciones y los efectos de ella derivados no son oponibles frente a terceros españoles cuando aquélla deriva de un Registro extranjero.

(22) Article 9. Les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers sont soumis à la loi applicable au régime matrimonial en vertu de la Convention.

Toutefois, le droit d'un Etat contractant peut prévoir que la loi applicable au régime matrimonial ne peut être opposé par un époux à un tiers lorsque l'un ou l'autre a sa résidence habituelle sur son territoire, à moins:

1. que des conditions de publicité ou d'enregistrement prévues par ce droit aient été remplies, ou

2. que le rapport juridique entre cet époux et le tiers ait pris naissance alors que le tiers connaissait ou devait connaître la loi applicable au régime matrimonial.

Le droit de l'Etat contractant où un immeuble est situé peut prévoir une règle analogue pour les rapports juridiques entre un époux et un tiers concernant cet immeuble.

Tout Etat contractant a la possibilité de spécifier au moyen d'une déclaration la portée des alinéas 2 et 3 du présent article.

2.^a Si la publicidad deriva de un Registro español, aunque lo que publique sea un régimen económico-matrimonial de extranjeros, los efectos publicitarios se producen con plena eficacia dentro de las fronteras del Estado español.

3.^a En cuanto a bienes muebles y derechos reales sobre ellos, la posesión es una forma de publicidad y produce todos sus efectos.

4.^a Queda siempre a salvo la buena fe, consistente en la ignorancia del contenido de las capitulaciones de los extranjeros.

5.^a Nuestro sistema de publicidad de capitulaciones es endeble, máxime teniendo en cuenta nuestra peculiaridad interregional, y debe ser reformado.

JUAN-LUIS GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE

Notario
Registrador de la Propiedad