

RÉGIMEN ECONÓMICO Y PACTOS MATRIMONIALES EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO

LUCÍA ROZALÉN CREUS
Abogada del ICAV. Doctora en Derecho
luciarozalen@icav.es

RESUMEN: El presente artículo analiza el régimen económico matrimonial en Derecho europeo.

PALABRAS CLAVE: matrimonio; régimen económico matrimonial; Derecho europeo.

ABSTRACT: This paper analyses the matrimonial property regime in European Law

KEY WORDS: marriage; matrimonial property regime; European Law.

SUMARIO: I. REGULACIÓN EN EL DERECHO INGLÉS.- II. RESEÑA DE LA LEGISLACIÓN ALEMANA.- III. APUNTES DEL DERECHO FRANCÉS.- IV. REGULACIÓN EN ITALIA.- V. RASGOS DEL DERECHO DE PORTUGAL.- VI. SOMERA REFERENCIA A LA REGULACIÓN DE RUMANÍA.

I. REGULACIÓN EN EL DERECHO INGLÉS.

En el Derecho matrimonial de Inglaterra y Gales no existe un régimen económico matrimonial como tal, no se forma una comunidad de bienes, ni por consiguiente el matrimonio tiene efectos patrimoniales, es decir, que, si los cónyuges adquieren cualquier bien constante matrimonio de forma conjunta, entre ellos se creará un proindiviso ordinario, al igual que si lo compraran con otra cualquiera persona que no fuera su cónyuge.

Pese a lo dicho, en caso de divorcio los Tribunales tiene una amplia y discrecional facultad para realizar la liquidación de los efectos económicos.

Dicho esto tenemos que poner de manifiesto que los cónyuges pueden otorgan los pactos que tengan a bien en orden a la distribución de su patrimonio en caso de divorcio, ahora bien, como acabamos de manifestar el Tribunal dispone de discrecionalidad a la hora de proceder a la liquidación de los efectos

económicos del matrimonio por lo que, pese a haber llegado a un acuerdo los cónyuges sobre la distribución de su patrimonio, puede darse el caso que el Juez haga caso omiso de tal acuerdo y no lo aplique en su resolución.

No siempre han sido vistos con buenos ojos los pactos en este sentido. En el año 1929 llega el primer caso de disputa sobre la validez de un pacto matrimonial en el caso *Hyman v. Hyman*. Sin entrar en el fondo del asunto tenemos que decir que de la Sentencia dictada en este procedimiento se puede extraer que en ese momento los acuerdos matrimoniales establecidos por los esposos no son obligatorios. Si bien es cierto que con el tiempo esta tendencia ha ido matizándose no es hasta 2006 con ocasión del caso *Millers v. Millers & McFarlane & McFarlane*, donde se deja la puerta entreabierta a la admisión de estos pactos, aunque todavía de forma algo tímida.

En caso de que los cónyuges se decidan por realizar tales pactos los mismos pueden otorgarse tanto antes como después de la celebración del matrimonio y no están sujetos a forma alguna y pueden ser modificados en cualquier momento. Respecto de su validez decir que solamente tienen virtualidad para el supuesto en que llegue a producirse el divorcio, puesto que en vigor el matrimonio, ya hemos puesto de manifiesto que no existe régimen económico.

Llegado el punto en que surgida la crisis matrimonial los cónyuges deciden divorciarse, el Tribunal procederá a llevar a cabo la liquidación de los efectos patrimoniales dictando una serie de órdenes, de conformidad con lo establecido en la Ley de Causas Matrimoniales de 1973 (*Matrimonial Causes Act 1973*), siendo precisamente los artículos 23 – 24 B los que confieren las merítadas facultades discrecionales para llevar a cabo el reparto de los bienes.

El art. 25 lista los asuntos que el tribunal ha de tener en cuenta al decidir cómo ejercitar sus poderes, destacando entre éstos el bienestar de los hijos, siendo otros las necesidades, la distribución o la compensación.

Algunas de las medidas que se pueden adoptar son:

- Ordenar a una de las partes efectuar un pago a tanto alzado en favor de la otra (*orders for lump sum payments*).
- Ordenar a una de las partes efectuar pagos periódicos en favor de la otra (*orders for periodical payments*).
- Ordenar medidas que garanticen los pagos anteriores.

- Ordenar la transmisión o liquidación de los bienes mediante la venta de los mismos (transfer or settlement of property with consequential orders for sale).
- Ordenar la distribución de los planes de pensiones (pension-sharing).
- Ordenar la modificación de los acuerdos prenupciales o post-nupciales suscritos por los cónyuges (orders for variation of ante-nuptial or post-nuptial settlements).

Información recogida en el blog: <http://traduccionjuridica.es/la-division-de-la-propiedad-y-el-derecho-de-alimentos-en-el-derecho-ingles/>, última fecha de consulta 6/05/2016.

No podemos decir que exista una norma que recoja la legalidad de los pactos matrimoniales en el derecho inglés, tampoco una jurisprudencia unitaria respecto al respecto. Sí que es cierto que cada vez son más proclives a la admisión de estos pactos. Como resume ANTÓN JUÁREZ, I: *Acuerdos Prematrimoniales: Ley Aplicable y Derecho Comparado*, CDT, Vol. 8, Nº 2, 2016, pp. 29, “un acuerdo será considerado justo si las partes han tenido la información necesaria como para conocer los efectos del acuerdo, si no han existido vicios del consentimiento, si no hay disposiciones que perjudiquen a los hijos, si el acuerdo tiene como fin regular los bienes privativos de los cónyuges y si las circunstancias no han cambiado de tal forma que hagan el acuerdo resulte injusto”. Concluyendo que existen más limitaciones en cuanto a contenido, y una mayor intervención de los tribunales respecto del derecho norteamericano.

II. RESEÑA DE LA LEGISLACIÓN ALEMANA

El régimen económico matrimonial en Alemania es el de comunidad de ganancias acumuladas, así el artículo 1363 del Código Civil Alemán dispone: “(1) Los cónyuges viven con el régimen económico matrimonial de participación en las ganancias, si no acuerdan otra cosa en capitulaciones matrimoniales. (2) El patrimonio del marido y el patrimonio de la mujer no se convierten en patrimonio común de los cónyuges; lo mismo ocurre para el patrimonio que un cónyuge adquiere después de la celebración del matrimonio. Sin embargo, las ganancias que obtienen durante el matrimonio se compensan cuando se extingue el régimen de participación en las ganancias”, que podríamos explicar cómo una separación de bienes con participación en las ganancias, de modo constante matrimonio cada uno de los cónyuges mantiene su patrimonio individual acrecentándolo con todas las adquisiciones que realice durante la vigencia del mismo, ahora bien una vez

finalice el régimen económico matrimonial bien por la muerte de uno de ellos, bien porque los cónyuges otorgan capitulaciones matrimoniales, o bien por divorcio, la ganancia patrimonial obtenida por cada uno de ellos, calculada como la diferencia entre lo existente en el comienzo de la sociedad y lo habido en el momento de su disolución, será dividida entre ellos.

Los cónyuges pueden otorgar capitulaciones matrimoniales, teniendo la libertad de elegir el régimen económico que deseen dentro de los previstos en la legislación alemana, quedando vetado cualquier régimen que no esté legalmente establecido ni siendo tampoco posible la elección de un derecho extranjero, a no ser que el matrimonio en el momento de otorgación de las capitulaciones residan en el extranjero, pues en este caso sí podrán optar por el régimen económico matrimonial vigente en ese país.

En este sentido el Código Civil de Alemania dispone en el art. 1408: “(1) Los cónyuges pueden regular sus relaciones patrimoniales mediante contrato (capitulaciones patrimoniales), en especial extinguiendo o modificando el régimen económico tras la celebración del matrimonio.

(2) En capitulaciones matrimoniales, los cónyuges pueden excluir también mediante pacto expreso la compensación de pensiones. La exclusión es ineficaz si durante el año siguiente al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales se presentare demanda de divorcio”.

Los regímenes previstos en el derecho alemán son, además del de comunidad de ganancias acumuladas, el de separación de bienes previsto en el artículo 1414 del BGB, el de plena comunidad de bienes (arts. 1415 y ss. BGB), la comunidad de bienes continuada, y el régimen económico matrimonial franco-germano de una comunidad de ganancias acumuladas opcional.

El citado régimen de separación de bienes es el establecido como régimen legal supletorio, puesto que en caso que los cónyuges otorguen capitulaciones en el único sentido de excluir el régimen legal de comunidad de ganancias acumuladas sin establecer otro que lo sustituya, será éste el que regirá.

Las capitulaciones tienen que estar presididas por el principio de la buena fe, lo que supone quedar vetada cualquier discriminación que se produzca por uno de los cónyuges respecto del otro otorgada de forma unilateral.

Estas pueden otorgarse antes o durante la vigencia del matrimonio y debe hacerse ante Notario de conformidad con lo prescrito en el art. 1410 BGB, y puede modificarse siempre que se sigan los requisitos formales, siendo posible en cualquier momento.

En Alemania existe un Registro de regímenes económicos matrimoniales, en el cual se pueden inscribir las capitulaciones, de forma potestativa y a los únicos efectos de poderlas hacer valer frente a un tercero, no siendo necesario para su validez entre las partes.

En cuanto a la disolución del matrimonio hay que decir que se obtiene por el divorcio, que se adquiere mediante sentencia tras procedimiento instado por uno o ambos cónyuges por causa de “fracaso matrimonial”.

Para la legislación alemana existe causa de divorcio cuando no prosigue la vida en común de los cónyuges y no se puede esperar que se rehaga.

Se presume que el matrimonio ha fracasado en los siguientes supuestos:

- Si los cónyuges llevan viviendo separados al menos un año solicitan ambos el divorcio o uno con el consentimiento del otro.
- Si los cónyuges llevan viviendo separados al menos tres años.

Se entiende que viven separados y no ha convivencia familiar y uno de ellos no quiere continuar porque rechaza la vida matrimonial, o si aun viviendo bajo el mismo techo los cónyuges hacen vidas separadas.

Como vemos se trata de un divorcio causalista, con una única causa, el fracaso matrimonial, que se da cuando no existe vida en común entre los esposos y no se espera que la haya. Por tanto, es necesaria una previa separación de hecho para poder optar al divorcio.

Sin embargo, existe la posibilidad de divorcio sin que haya transcurrido el plazo de separación legalmente establecido, cuando se trata de un caso de fuerza mayor, según lo establecido en el art. 1565.2 BGB. Algunas de estas causas establecidas son: maltrato por parte uno de los cónyuges al otro; maltrato sexual; cuando uno de ellos espera un hijo con otra persona distinta al cónyuge; adicciones de uno de ellos.

Quitando de este caso excepcional de fuerza mayor, no se puede obtener el divorcio, aunque exista acuerdo entre los cónyuges si no ha transcurrido un año de estar separados.

Pero aun concurriendo la causa exigida para poder instar el divorcio puede no concederse el mismo excepcionalmente, si el mantenimiento del matrimonio fuera necesario para los intereses de los hijos o si el divorcio supusiera ese daño para el cónyuge que lo rechaza, según se dispone en el artículo 1568 del BGB.

Si se trata de un divorcio de mutuo acuerdo, no es necesario invocar otra causa, solo la separación mencionada de un año, pero debe existir acuerdo acerca de: la obligación de alimentos entre cónyuges, el uso y atribución de la vivienda y ajuar familiar, y si hay hijos sobre su custodia, régimen de visitas y alimentos.

En caso de no existir mutuo acuerdo, existen dos supuestos de divorcio contencioso, según haya transcurrido al menos un año de separación o si se han cumplido los tres.

En el primero de los supuestos, se entenderá que el matrimonio ha fracasado por causa de quien lo solicita. Aquí se requiere expresamente mencionar los motivos que justifiquen la petición de divorcio. La petición puede provenir del cónyuge “causante”.

En el otro caso, en que el cónyuge solicitante pueda demostrar que han vivido separados durante más de tres años, se entiende automáticamente que el matrimonio ha fracasado y se decretará el divorcio, aunque el otro cónyuge no esté de acuerdo.

III. APUNTES DEL DERECHO FRANCÉS.

En Francia, la ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges difiere según la fecha de celebración del matrimonio.

Los que lo hicieron con anterioridad al 1 de septiembre de 1992 están sujetos al derecho común, mientras que los que contrajeron después de tal fecha se rigen por el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 en materia de legislación aplicable a los regímenes económicos-matrimoniales, con excepción del régimen primario que sigue estando regulado por las disposiciones francesas con carácter imperativo.

La legislación francesa atribuye a los cónyuges libertad a la hora de elegir su régimen económico matrimonial, pero con ciertas restricciones, como veremos, en virtud de lo establecido en el artículo 1387 CC “La Ley sólo impone el régimen económico matrimonial en defecto de capitulaciones especiales, que los cónyuges pueden realizar como juzguen oportuno, siempre que no sean contrarias a las buenas costumbres ni a las disposiciones citadas a continuación”.

Por tanto, si bien establece en principio que los esposos podrán elegir su régimen económico y que sólo a falta de capitulaciones especiales entrará a

regir el régimen impuesto por el propio Código Civil, igual de cierto es que esta libertad cuenta con bastantes límites al deber de respetar los cónyuges, además de las buenas costumbres, las disposiciones que a continuación se recogen en el propio Capítulo I del Título V del CC.

Así de este modo el siguiente artículo el 1388 dicta “Los cónyuges no pueden dejar sin efecto los deberes ni los derechos que para ellos produce el matrimonio, ni las reglas de la patria potestad, ni las de la administración legal y tutela”.

De esta manera ya existe un veto a la autonomía de la voluntad de los contrayentes en ésta materia de forma que sus capitulaciones no podrán contener cláusula alguna que deje sin efecto los deberes ni derechos que produce el matrimonio. Tampoco podrán albergar ningún pacto en contra de las reglas legalmente establecidas en materia de patria potestad, administración legal ni tutela.

Otra de las materias trabadas por las disposiciones del Código es el orden sucesorio, el cual no podrá ser cambiado en virtud de las disposiciones que los cónyuges establezcan en su documento.

En este sentido se pronuncia el art. 1389 “Sin perjuicio de las liberalidades que puedan tener lugar según las formas y en los casos determinados por el presente Código, los cónyuges no pueden materializar ningún convenio o renuncia cuyo objeto sea cambiar el orden legal de las sucesiones”.

De este modo entiendo que sería nula la renuncia de uno de los cónyuges a los derechos hereditarios del otro puesto que supondría un cambio en el orden sucesorio del fallecido, por tanto, vulneraría lo dispuesto anteriormente.

El Código sigue con las limitaciones en materia sucesoria en los dos siguientes artículos. Así el art. 1390 dispone “Pueden, no obstante, pactar que, a la disolución del matrimonio por muerte de uno de ellos, el superviviente tendrá la facultad de adquirir o, en su caso, de hacerse atribuir en la partición ciertos bienes personales del premoriente, que será computados en la sucesión, según el valor que tuvieran en el momento en que esa facultad fue ejercitada”.

Por su parte el art. 1391 dice “Las capitulaciones matrimoniales deberán determinar los bienes sobre los cuales se ejercerá esta facultad pactada en beneficio del superviviente. Podrán fijar los criterios de valoración y las modalidades de pago, salvo, si existe una mejora indirecta, la reducción en beneficio de los herederos legitimarios.

Teniendo en cuenta estas cláusulas y a falta de acuerdo entre las partes, el valor de los bienes será fijado por el Tribunal de primera instancia”.

Y el artículo 1392 por su parte otorga al cónyuge superviviente un plazo para otorgar esa facultad frente a los herederos.

La forma de otorgar las citadas capitulaciones viene descrita en el art. 1394 CC, ordenando “Todas las capitulaciones matrimoniales se otorgarán en documento público notarial, en presencia y con el consentimiento simultáneo de todas las personas que sean parte en ellas o sus representantes.

En el momento de la firma del contrato, el notario entregará a las partes un certificado extendido en papel no timbrado y sin gastos, en el que hará constar sus apellidos y lugar de residencia, los nombres, apellidos, capacidad y residencia de los futuros esposos, así como la fecha del contrato. En el certificado se indicará la obligación de entregarlo al encargado del registro civil antes de la celebración del matrimonio.

Si el acta de celebración del matrimonio expresase que no se otorgaron capitulaciones matrimoniales, los cónyuges serán considerados, frente a terceros, casados bajo el régimen de derecho común, a no ser que, en los contratos celebrados con estos terceros, hubieran declarado haber otorgado capitulaciones matrimoniales”.

Varias peculiaridades llaman la atención del transcrito artículo. En primer lugar, que el Notario entregue a los otorgantes un certificado en papel no timbrado y sin gastos, a diferencia de lo que ocurre aquí en España donde el Notario autorizante de las capitulaciones matrimoniales nos dará una primera copia de la escritura en el correspondiente papel timbrado y con el coste de los derechos y aranceles a que está sujeta.

Otra de las diferencias con nuestro país es el tener la obligación de entregar dicho certificado en el registro civil antes de contraer matrimonio. Y por último que el acta de matrimonio debe constar que se han otorgado capitulaciones de lo contrario no tendrán validez frente a terceros, a diferencia de aquí que en el acta matrimonial no se hace referencia a ellas y que la eficacia de las capitulaciones frente a terceros viene dada por su inscripción en el Registro Civil en cualquier momento, desde el cual tendrán tal eficacia respecto de los terceros. Luego la salvedad que hace que los cónyuges pueden indicar en los contratos celebrados con los terceros que han otorgado las capitulaciones para así salvar su eficacia, tampoco es una práctica que se dé en España.

En cuanto al momento de otorgarlas también difiere bastante de lo preceptuado en nuestro ordenamiento. En virtud de lo establecido en el art. 1395 del CC deben otorgarse antes de la celebración, surtiendo sus efectos el día que éste se celebre. Además, en principio, solamente se pueden modificar antes de la celebración del matrimonio.

Así el art. 1396 “Las modificaciones realizadas en las capitulaciones matrimonial antes de la celebración del matrimonio, deberán constar en documento extendido con las mismas formalidades.

Ninguna modificación o pacto privado tendrá validez sin la presencia y el consentimiento simultáneos de todas las personas que hayan sido parte en las capitulaciones matrimoniales, o de sus representantes.

Todas la modificaciones o pactos privados, incluso revestidos de las formas preceptuadas en el artículo precedente, serán ineficaces frente a terceros, si no aparecen redactados en el documento a continuación de las capitulaciones matrimoniales; el notario no podrá expedir primera copias o testimonios de las capitulaciones matrimoniales sin transcribir a continuación la modificación o el pacto secreto.

Una vez celebrado el matrimonio, sólo podrá modificarse el régimen económico matrimonial por sentencia dictada a instancia de uno de los cónyuges, en el caso de la separación de bienes o de otras medidas judiciales de protección, o bien por petición conjunta de los cónyuges, en el caso del artículo siguiente”.

Como vemos, únicamente se pueden otorgar y modificar las capitulaciones antes de celebrarse el matrimonio, y deberá constar tal modificación en el documento a continuación de capitulaciones.

Constante matrimonio solamente será posible su modificación por sentencia en caso de separación de bienes u otras medidas para proteger a uno de los cónyuges, o de forma conjunta por ambos cónyuges en el único caso que se admite con las condiciones que se indican en el art. 1397 CC, que establece “Después de dos años de aplicación del régimen económico matrimonial, capitular o legal, los cónyuges podrán acordar modificarlo en interés de la familia, o, incluso, cambiarlo totalmente, mediante documento público notarial que será sometido a homologación por el tribunal de su domicilio.

Todas las personas que hubieran sido parte en el contrato modificado, habrán de ser llamadas al trámite de homologación; pero no sus herederos, si aquellas hubieran fallecido.

Una vez homologada, la modificación será eficaz, entre las partes, desde la sentencia y, frente a terceros, tres meses después de que ella se haya anotado al margen de cada uno de los dos ejemplares del acta de celebración del matrimonio. Sin embargo, aun cuando falte esta anotación, la modificación será eficaz frente a terceros si, en los contratos celebrados con ellos, los cónyuges hubieran declarado haber rectificado su régimen matrimonial.

Se tomará razón de la sentencia de homologación en el documento de las capitulaciones modificadas.

La solicitud y la decisión de homologación deberán ser publicadas de acuerdo con las condiciones y so pena de las sanciones previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los acreedores, si hubiera existido fraude en perjuicio de sus derechos, podrán interponer demanda de tercería contra la sentencia de homologación en las condiciones previstas en la ley de Enjuiciamiento Civil”.

Observamos que varios son los requisitos necesarios para que ambos cónyuges de mutuo acuerdo puedan modificar o cambiar su régimen, en primer lugar es el trascurso del tiempo, que debe de ser de al menos de dos años; luego en la forma de realizarlo que debe de ser en documento público notarial que deberá ser homologado por el Juez, que entiendo deberá verificar si concurre además de los requisitos formales el interés de la familia que justifique tal cambio, y con la concurrencia de todos los intervinientes que hubieran sido parte en el contrato, siempre que estén vivas; por último la peculiar forma de afectar a los acreedores que no será sino hasta tres meses después de la anotación de la modificación al margen del acta del matrimonio, a no ser que lo hagan constar en los contratos que celebren con estos.

Este procedimiento no es válido para la liquidación del régimen matrimonial que pretendan los cónyuges tras su divorcio, que deberá estar a lo dispuesto en los artículos 265-2 y 1451.

Acto seguido se prevé que para el caso en que los cónyuges no establezcan un régimen mediante las correspondientes capitulaciones, que deberá de ser uno de los previstos en el Código, o que no excluyan el régimen legal previsto que es el de comunidad o lo modifiquen mediante pactos, entrarán en juego las reglas establecidas en la primera parte del capítulo II que formarán el derecho común de Francia, según lo prescrito en el art. 1393.

En virtud del régimen legal supletorio devienen comunes las ganancias obtenidas por los cónyuges conjunta o separadamente durante el matrimonio,

que provengan tanto de su trabajo personal como de los ahorros de los frutos y rentas de sus bienes propios, reputándose ganancial todo bien salvo prueba en contrario de su carácter privativo. Sin embargo, se entienden privativos por su naturaleza los vestidos y ropas de cada uno de ellos, las acciones, créditos y pensiones personales o no transmisibles, y los instrumentos de trabajo necesarios para el desarrollo de su profesión. También serán privativos los bienes que tengan en propiedad o en posesión antes de contraer matrimonio, y los adquiridos durante el mismo por sucesión donación o legado, y los accesorios de éstos que se adquieran durante el matrimonio, o los permutados.

Este régimen de comunidad legal se podrá modificar mediante pacto en virtud de lo establecido en el art. 1497, con ciertas limitaciones.

El citado artículo establece “Los cónyuges pueden, en sus capitulaciones matrimoniales, modificar la comunidad legal con toda clase de pactos siempre que no sean contrarios a los artículos 1387, 1388 y 1389.

Podrán especialmente pactar:

- 1º Que la comunidad comprenderá los bienes muebles y las adquisiciones;
- 2º Que no será de aplicación las reglas relativas a la administración;
- 3º Que uno de los esposos tendrá la facultad de detraer ciertos bienes a cambio de una indemnización:
- 4º Que uno de los cónyuges tendrá una mejora;
- 5º Que los cónyuges tendrán partes desiguales;
- 6º Que habrá entre ellos una comunidad universal.

Las reglas de comunidad legal seguirán siendo aplicables en todo cuanto no haya sido objeto de pacto entre las partes”.

Podrá pactarse una mejora que solamente regirá en caso de fallecimiento a favor del superviviente. También podrá establecerse el reparto desigual entre las partes.

La legislación también prevé el régimen de separación de bienes y el de partición sobre los bienes adquiridos, muy similar a nuestro régimen de participación.

En cuanto a los pactos que los cónyuges pueden otorgar una vez devenida la crisis matrimonial, e inmersos en un procedimiento de divorcio, como ya apuntábamos, se rigen por lo dispuesto en el art. 265-2 “Los cónyuges podrán, durante el procedimiento de divorcio, suscribir cualquier convenio para la liquidación y el reparto de su régimen matrimonial.

Cuando la liquidación se refiera a bienes sometidos a publicidad registral, el convenio deberá suscribirse a través de un acta notarial”.

Durante el proceso de divorcio los cónyuges pueden someter a la homologación del juez los convenios que regulen todas o parte de las consecuencias del divorcio, que el juez aprobará tras verificar que preservan los intereses de cada uno de los cónyuges y de los hijos.

Existe una regla sobre la entrada en vigor de éstos convenios suscritos de mutuo acuerdo entre los cónyuges en el procedimiento de divorcio, y también acerca de su posible modificación, contenida en el art. 1451 CC “Los convenios suscritos por aplicación del artículo 265-2 quedarán en suspenso hasta la decisión sobre el divorcio; sólo podrán ejecutarse, incluso entre los cónyuges, cuando la sentencia hubiera adquirido fuerza de cosa juzgada.

Uno de los cónyuges podrá solicitar que la sentencia de divorcio modifique el convenio si las consecuencias del divorcio determinadas en la sentencia cuestionan las bases de la liquidación y reparto”.

Como hemos podido comprobar la libertad de pactos que existe en Francia es mucho más restringida de lo que existe en otros países, como por ejemplo el nuestro, en el existen menos limitaciones a la hora de que los cónyuges hagan uso de la autonomía de su voluntad a través de los pactos matrimoniales.

IV. REGULACIÓN EN ITALIA.

El régimen económico matrimonial en Italia (Régimen patrimoniale coniugale), se rige por lo dispuesto en el Código Civil Italiano.

El régimen económico legal establecido a falta de pacto es el de comunidad de bienes, según lo dispuesto en el art. 159 del CC.

La comunidad de bienes legal prevé la existencia de los bienes comunitarios, los bienes personales y la comunidad universal de bienes diferida.

Los que los cónyuges adquieran después de su matrimonio de forma individual o conjuntamente formarán parte de los bienes comunitarios, con excepción de aquellos que queden comprendidos en la comunidad universal de bienes diferida, art. 177 CC.

Se entenderá que son bienes personales:

- a. Bienes adquiridos antes del matrimonio o la adopción del régimen de comunidad de bienes.
- b. Bienes adquiridos después del matrimonio, ya sea como donación ya sea como herencia, a menos que se especificara en el documento de donación o testamento que dichos bienes tengan carácter de bienes comunes.
- c. Bienes destinados al uso estrictamente personal de un cónyuge y sus accesorios.
- d. Bienes necesarios para el desempeño de la profesión de un cónyuge.
- e. Bienes recibidos en concepto de indemnización por daños y perjuicios, así como una pensión relacionada con una pérdida parcial o total de la capacidad de trabajo.
- f. Bienes adquiridos con el precio de la transferencia o del intercambio de los bienes antes mencionados, siempre que ello se establezca expresamente en el momento de la adquisición.

La comunidad diferida solo se aplica en el momento en que la comunidad se disuelva, y no indica la copropiedad real de los bienes o de los derechos, sino únicamente un derecho de crédito de uno de los cónyuges a cargo del otro (el propietario), que será la mitad del valor de los bienes. Será el juez el que fijará tal valor a falta de acuerdo entre los cónyuges.

Respecto de la herencia supone una deuda del cónyuge fallecido que ha de pagarse al cónyuge supérstite.

Los siguientes se considerarán comunidad de bienes diferida:

- a. Los frutos de los bienes personales del cónyuge y los ingresos de sus actividades individuales, siempre que se mantengan vigentes en el momento de la disolución de la comunidad (art. 177 b) y c)).

b. Bienes destinados al funcionamiento de una empresa de uno de los cónyuges, si la empresa se creó después del matrimonio, así como los incrementos de una empresa constituida antes del matrimonio, siempre que todavía estén en vigor en el momento de la disolución de la comunidad (art. 178 CC).

Pero los cónyuges pueden modificar el régimen referido mediante pacto de conformidad con lo establecido en el art. 210 del CC. La elección del régimen de separación de bienes también podrá declararse en el acta de celebración del matrimonio, art. 162 CC.

Para que los pactos sean válidos deben ser firmados en documento público y en presencia de dos testigos.

El acuerdo se puede otorgar antes o después de la celebración del matrimonio, en cualquier momento, y solo podrá hacerse valer frente a terceros, si consta su anotación en el margen del acta de celebración del matrimonio, que se conservará en los archivos de la oficina del registro civil.

En cuanto a la modificación de un contrato ya existente es posible a día de hoy realizarlo mediante pacto que constará en documento público y se podrá otorgar en cualquier momento.

Antiguamente se necesitaba la aprobación del tribunal para modificar un acuerdo, lo que se eliminó en virtud de la Ley N° 142, de 10 de mayo de 1981, pero sigue siendo necesario para la modificación de los acuerdos celebrados con anterioridad al 7 de mayo de 1981.

Los regímenes que se hayan convenido deberán hacerse públicos a través de la pertinente anotación al margen del acta de celebración del matrimonio, sin embargo, cuando rige el régimen legal se hace público de manera “negativa”, en el sentido que se supone por el hecho de no existir anotación en contra.

La legislación también prevé otro régimen económico matrimonial, la comunidad de bienes convencional.

Este régimen, que no es demasiado común en la práctica, se trata de un régimen de comunidad universal de bienes legal modificado. Su contenido se pactará libremente por los cónyuges, pero no pueden: hacer una referencia genérica a las leyes o costumbres a los que no estén sujetos, sino que deben manifestar expresamente el contenido del acuerdo que regulará su relación; tampoco pueden incluir en el régimen de comunidad universal de bienes convencional los bienes personales indicados en las letras c), d) y e) del

apartado 2.1; ni apartarse de las normas de administración de los bienes comunes y la igualdad de las participaciones con respecto a los bienes que estarían sujetos a la comunidad universal de bienes legal, art. 210 CC.

Además de estos regímenes previstos en la legislación italiana, existe la figura del Fondo Patrimonial, el cual no constituye un régimen en sí pudiendo coexistir con alguno de los legales, el que refiriéndose únicamente a ciertos bienes, uno de los cónyuges, ambos o incluso un tercero por testamento o mediante un acto inter vivos, reservan determinados bienes muebles o inmuebles inscritos en registros públicos, o efectos de comercio con el fin de satisfacer las necesidades de la familia, estando regulado en los artículos 167 y siguientes del Código Civil.

La propiedad de estos bienes en principio corresponde a ambos cónyuges, salvo que se haya dispuesto lo contrario.

Los bienes que constituyen el Fondo Patrimonial no se pueden enajenar ni gravar sino con el consentimiento de ambos cónyuges, pero si existen hijos menores se necesitará autorización judicial, con intervención del Ministerio Fiscal, y solo para casos de necesidad o utilidad evidente.

En caso de divorcio se produce la disolución del régimen económico matrimonial, según lo dispuesto en el art. 191 CC.

Si los esposos no llegan a un acuerdo sobre el reparto de los bienes comunes será el juez quien lo determine.

No existe en Italia un divorcio consensual como tal, sino el denominado divorcio conjunto, que solicitan ambas partes. Siendo necesaria una comparecencia de los cónyuges para efectuar un intento de reconciliación.

Si el divorcio es judicial se vuelve más complejo. Sin embargo, es posible solicitar una sentencia parcial que decrete la disolución del matrimonio, y que siga el procedimiento judicial para la resolución de las controversias patrimoniales.

Si hay hijos menores de edad y existe un Fondo Patrimonial, éste continuará hasta que el último hijo alcance la mayoría de edad, y el juez les puede conceder una parte bien en propiedad bien en usufructo.

Existe también la figura de la separación judicial.

V. RASGOS DEL DERECHO DE PORTUGAL.

El régimen económico matrimonial que regirá entre los cónyuges en Portugal, será el que los mismos pacten en contrato matrimonial que deberá ser notarial o en documento redactado en cualquier oficina del Registro Civil. Éste deberá de ser otorgado antes de contraer matrimonio y entrará en vigor tras su celebración, no siendo posible modificarlo tras contraer el matrimonio.

En cuanto al contenido del mismo pueden elegir por estipular un régimen de los previstos legalmente o un régimen atípico, pero con ciertas restricciones. A saber:

En primer lugar, pueden elegir una comunidad universal de bienes, por la que todos los bienes presentes y futuros forman parte de los gananciales, excepto los que excluye la ley. Éste régimen no se podrá pactar si uno o ambos de los cónyuges ya tienen hijos que no sean comunes.

También pueden establecer el régimen de separación de bienes, conservando la propiedad y disposición cada cónyuge de sus bienes tanto presente como futuros. Este régimen es obligatorio cuando se ha contraído sin haberse llevado a cabo los procedimientos matrimoniales preliminares o cuando cualquiera de los cónyuges o ambos tiene 60 años o más.

O como hemos apuntado se puede confeccionar un régimen atípico con las características de varios de ellos.

Solo será oponible a terceros el contrato matrimonial si ha sido registrado, conservando las oficinas del Registro Civil un registro del régimen económico matrimonial aplicable. Además, el certificado matrimonial debe incluir una nota que indicará si existe documento a tal efecto.

A falta de contrato matrimonial que disponga otra cosa, se aplicará el régimen de comunidad de bienes, art. 1717 CC.

Según este régimen devendrán gananciales los ingresos percibidos por el trabajo de los cónyuges y cualquier bien adquirido por los cónyuges durante su matrimonio que no esté excluido por la ley; siendo bienes separados los que ya se tenían con anterioridad al matrimonio, los que se adquieran durante el mismo por herencia o regalo, y los adquiridos constante matrimonio de acuerdo con un derecho anterior.

En caso de divorcio los cónyuges podrán pactar la disolución de su patrimonio, pero es obligatoria la regla de partes iguales, lo que cualquier convenio que

disponga pacto en contrario será anulado, según lo dispuesto en el art. 1730 CC. En este caso la división se hará en presencia de notario autorizado o en el Registro Civil.

A falta de acuerdo será el juez el que determine la partición.

VI. SOMERA REFERENCIA A LA REGULACIÓN DE RUMANÍA.

Uno de los países en que podemos encontrar más cambio respecto a la admisibilidad de las capitulaciones matrimoniales y de la posibilidad de que los cónyuges puedan convenir acerca de su régimen económico matrimonial, operado recientemente, es en Rumanía, aunque por supuesto que todavía queda mucho camino por recorrer para poder hablar de una verdadera autonomía de la voluntad expresada libremente.

El régimen único régimen económico matrimonial que existía en Rumanía hasta hace pocos años era el legal obligatorio de comunidad de bienes, sin que pudiera pactarse otro distinto ni modificarse.

Hoy en día sigue siendo el régimen legal previsto a falta de pacto, pero se admite su modificación siempre que concurren los requisitos legalmente establecidos, según el apartado 2 del art. 319. Además, se permite a los cónyuges celebrar contratos entre sí.

De esta forma el art. 329 del NCC establece “La elección de un régimen matrimonial distinto al de la comunidad legal se hará mediante la suscripción de un convenio matrimonial”. Siendo el siguiente artículo el que establece la forma “1. Bajo la pena de nulidad absoluta, el convenio matrimonial se suscribirá en escritura pública, con el consentimiento de todas las partes, expresado personalmente o por mandato con poder notarial, especial y con contenido determinado. 2. El convenio matrimonial suscrito antes de contraer matrimonio surtirá efectos solamente desde la fecha de la celebración del matrimonio. 3. El convenio suscrito durante el matrimonio surtirá efectos desde la fecha prevista por las partes o, en ausencia de la misma, o en ausencia de la misma, desde la fecha de su suscripción”.

De lo transcrito se desprende que es posible otorgar convenio para elegir el régimen económico matrimonial tanto antes como después de la celebración del matrimonio.

Además existe la posibilidad de que los cónyuges lleven a cabo un convenio privado que solamente tendrá efectos entre ellos, como se desprende a sensu contrario de lo dispuesto en el art. 331 NCC que manifiesta “El documento secreto por el cual se eligiere otro régimen matrimonial o se modificara el régimen matrimonial respecto del cual se cumplieron las formalidades de publicidad legalmente previstas, surtirá efectos solamente entre los cónyuges y no podrá ser opuesto a los terceros de buena fe”.

Para que sea oponible a terceros el convenio suscrito por los cónyuges en escritura pública deberá ser inscrito en el Registro nacional de regímenes matrimoniales; además el Notario de oficio remitirá un ejemplar de dicho convenio al Registro Civil de donde se hubiera celebrado el matrimonio a los efectos de anotarlo en el acta de matrimonio, y a los demás registros de publicidad pertinentes, como el civil o el mercantil, en su caso.

El convenio matrimonial podrá ser modificado antes de la celebración del matrimonio con los requisitos requeridos en el art. 336 del NCC.

En cuanto al objeto o contenido del convenio se restringe por lo establecido en el art. 332 NCC “1. El convenio matrimonial no podrá apartarse, bajo pena de nulidad absoluta, de las disposiciones legales relativas al régimen matrimonial elegido salvo en los casos expresamente previstos en la ley. 2. Asimismo, el convenio matrimonial no podrá ir en contra de la igualdad de los cónyuges, la patria potestad o la devolución de la sucesión legal”.

Por lo tanto, no se podrán derogar las normas imperativas del régimen matrimonial elegido convencionalmente por los cónyuges, ni tampoco se puede pactar una proporción patrimonial diferenciada entre ellos, ni respecto de la patria potestad ni de los derechos sucesorios.

Sin embargo, cabe la excepción de la cláusula “preciput” por la que se faculta al cónyuge superviviente se adjudique antes de la partición de la herencia uno o varios bienes comunes, pudiendo ser pactada para uno o para ambos cónyuges.

Los diferentes regímenes por los que pueden optar los cónyuges a la hora de establecer convenio al respecto son: el régimen legal de bienes; el de separación de bienes; y el de comunidad convencional.

Por el primero, que es el régimen legal establecido a falta de pacto, “Los bienes adquiridos durante el régimen de comunidad legal por cualesquiera de los cónyuges serán, desde la fecha de su adquisición, bienes comunes solidariamente de ambos”, art. 339 NCC, a excepción de los bienes relacionados en el artículo 340 que no serán comunes sino privativos de cada cónyuge.

Se trata de un régimen muy normado ya que como decimos es el legal supletorio a falta de convenio, y por tanto el Código Civil se encarga de pormenorizar sus reglas.

Esto hace que los cónyuges que decidan por pacto elegir este régimen poco pueden aportar o cambiar respecto de las reglas fijadas, y así lo disponen tanto el ya citado art. 332 como específicamente para éste el art. 359 que dice “Cualquier convenio contrario a las disposiciones de la presente sección estará viciado de nulidad absoluta, en la medida en que no fuera compatible con el régimen de la comunidad convencional”.

El régimen de separación de bienes está previsto y regulado en los arts. 360 y ss. del NCC. El primero se ocupa de delimitarlo al expresar “1. Cada uno de los cónyuges será titular exclusivo de los bienes adquiridos con anterioridad a la celebración del matrimonio, así como de los que adquiriera en nombre propio a partir de dicha fecha”.

En el momento de establecerse este régimen los cónyuges están obligados a fijar cuáles son sus bienes muebles privativos, a través de un inventario que redactará el notario junto con el convenio. También se prevé la redacción de inventario durante el matrimonio, pero éste de forma potestativa, y faltando y salvo prueba en contrario se presumirá que es propiedad exclusiva del cónyuge que esté en su posesión.

En este régimen se permite pactar las reglas para la liquidación del mismo, estableciendo el crédito que cada una de las partes puede tener por el exceso de adquisición en el patrimonio del otro cónyuge.

Así se establece en la continuación del artículo transcrito “2. Por convenio matrimonial, las partes podrán estipular las cláusulas relativas a la liquidación de éste régimen en función de la masa de bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges durante el matrimonio, en base a la cual se calculará el crédito de partición. Si las partes no hubieren convenido lo contrario, el crédito de participación será equivalente a la mitad de la diferencia entre el valor entre las dos masas de adquisiciones netas y será adeudado por el cónyuge cuya masa de adquisiciones netas sea mayor, pudiendo ser pagado en dinero o en especie”.

Por último, del régimen de comunidad convencional se ocupa la Sección 4^a, definiéndolo el art. 366 “El régimen de comunidad convencional se aplicará cuando, con las condiciones y los límites previstos en la presente sección, se apartara, por convenio matrimonial, de las disposiciones relativas al régimen de la comunidad legal”.

En principio nos hace pensar el citado artículo que éste régimen es el resultado del régimen de comunidad legal con las modificaciones introducidas por la autonomía de la voluntad, pero respetando los límites y condiciones que el propio texto legal impone, veamos si estamos en lo cierto.

El art. 367 que se ocupa del objeto del convenio matrimonial en este aspecto, dispone “En caso de adoptar la comunidad convencional, el convenio matrimonial podrá referirse a uno o varios de los siguientes extremos:

a) La inclusión en la comunidad, en todo o en parte, de los bienes adquiridos o de las deudas privativas nacidas antes o después de la celebración del matrimonio, salvo los bienes previstos en el art. 340 letras b) y c);

b) La limitación de la comunidad a los bienes o deudas expresamente determinadas en el convenio matrimonial, independientemente de si hubieren sido adquiridas o en su caso nacidas antes o durante el matrimonio, salvo las obligaciones previstas en el art. 351 c);

c) La obligatoriedad del consentimiento de ambos cónyuges para la celebración de determinados actos de administración; si en este caso, si uno de los cónyuges se hallare en la imposibilidad de expresar su voluntad o se opusiera abusivamente, el otro cónyuge podrá celebrar por sí solo dicho acto, pero solamente con el consentimiento previo del órgano judicial de tutela;

d) La inclusión de la cláusula de “preciput”; la ejecución de la cláusula de “preciput” se realizará en especie o, si ello no fuere posible, por equivalente, de valor del activo neto de la comunidad;

e) Las modalidades relativas a la liquidación de la comunidad convencional”.

Como vemos, aunque nuestro pensar no iba desencaminado, tal vez nos hemos excedido en cuanto a la amplitud del calibre de la autonomía permitida a los cónyuges a la hora de pactar; no siendo tanto que los mismos gocen de libertad para apartarse del régimen legal respetando unos límites o condiciones, sino que en *numerus clausus* se les acota unas materias sobre las que pueden, respetando las reglas, convenir determinados extremos, quedando vetada la intrusión sobre cualquier elemento no previsto en el artículo.

Hemos de apuntar que es posible la sustitución o modificación del régimen económico matrimonio, respetando las condiciones legalmente establecidas, siempre que haya transcurrido al menos un año desde la celebración del matrimonio.

Por último tenemos que decir que se establece el divorcio como causa de disolución del matrimonio, que se puede obtener por las siguientes causas: por mutuo acuerdo de los cónyuges, o a petición de uno con el consentimiento del otro; cuando por razones fundadas la relación entre los cónyuges se ha deteriorado gravemente y no es posible continuar con el matrimonio; a instancia de uno de los cónyuges tras una separación de facto de al menos de dos años; a instancia del cónyuge cuyo estado de salud no permita la continuación del matrimonio.

Si ambos cónyuges consintieran el divorcio y no existieran hijos menores de edad, el oficial del registro civil o el notario público del lugar de la celebración del matrimonio o del último domicilio común podrá constatar la disolución del matrimonio por mutuo acuerdo, expidiéndoles un certificado de divorcio.

También será posible esta modalidad cuando existiendo hijos mayores de edad los cónyuges pacten sobre todos los extremos derivados de la disolución del matrimonio, como el apellido, ejercicio de patria potestad, fijación del domicilio de los hijos, relaciones con los padres y contribución a los gastos de los hijos, pudiendo ser desestimado el acuerdo si no fuera en beneficio de los hijos.

En el caso que no sea posible el divorcio de mutuo acuerdo el Código Civil relata toda una serie de normas en relación a los efectos personales y patrimoniales que se producen por la ruptura del vínculo matrimonial.

Los efectos del divorcio están recogidos en los artículos 382 a 404, contemplando la fecha de disolución, art. 382; efectos de las relaciones no patrimoniales, art. 383 – 384; efectos relativos al cese del régimen matrimonial, arts. 385 – 387; el derecho a indemnizaciones, art. 388; la obligación de manutención entre cónyuges, art. 389; la prestación compensatoria, arts. 390 – 395; efectos en las relaciones entre padres e hijos menores de edad, arts. 396 – 404.