

# Efectos del matrimonio sobre los inmuebles adquiridos en España por norteamericanos

MANUEL SAINZ LOPEZ-NEGRETE

Notario de Vigo

Es perfectamente conocido que en Estados Unidos solamente existe una legislación única en materias determinadas, la mayor parte de Derecho Público, y por el contrario el Derecho privado se halla fragmentado en cincuenta legislaciones diferentes a las que se debe agregar la del Estado asociado de Puerto Rico.

Esta circunstancia hace extraordinariamente complejo el estudio de la legislación aplicable a los inmuebles adquiridos por norteamericanos en España, pues tendremos que averiguar, en primer lugar, su domicilio, para una vez averiguado éste aplicarle la legislación del Estado a que dicho domicilio pertenezca, o la legislación española, si se llega a la conclusión de que por aceptación del reenvío es ésta la legislación aplicable.

Ante todo debemos dividir los Estados americanos en dos grandes grupos que, siguiendo la terminología de los autores norteamericanos, denominaremos Estados de la common-law y Estados de comunidad. Al primer grupo pertenecen todos aquellos Estados que tienen por las circunstancias de su conquista y colonización, un claro origen anglosajón, y además, algunos que habiendo tenido un origen español o francés por diversas razones, entre las cuales suelen ser de paso las fiscales las más importantes, han adoptado, al menos en la materia que nos ocupa, la legislación de los Estados de la common-law. En el segundo grupo se incluirán aquellos que han permanecido fieles a la tradición legislativa de Francia o España.

ESTADOS DE LA COMMON-LAW.—Dichos Estados en materia de relaciones patrimoniales entre los cónyuges les dan un contenido muchísimo más restringido del que suele concederles el sistema que tiene su origen en el Derecho romano y germánico y del que aún perdura en los Estados que hemos denominado de comunidad. Solamente comprenden, en la por ello denominada propiedad marital, los derechos que cada uno de los esposos tiene como consecuencia del matrimonio sobre los bienes del otro, los que pertenecen a los acreedores de cada esposo sobre los bienes del otro cónyuge y muy pocas cuestiones más.

Como ya expuse en mi artículo sobre "Efectos del matrimonio

sobre los inmuebles adquiridos en España por ingleses" (1), el marido tenía derecho exclusivo a la administración y disfrute de los inmuebles —real estate— (2) de su esposa, y podía, incluso, enajenar este derecho vitalicio —similar a nuestro usufructo—, pero sin afectar a los derechos de la esposa sobre el inmueble. Casi todos los tratadistas anglosajones repiten la frase famosa de Blacstone: "Por el matrimonio el marido y la mujer son una sola persona ante la ley. Por eso durante él está suspendida la legal existencia de la esposa, o al menos, incorporada o consolidada dentro de la del marido".

Esta ficción legal de unión de las personalidades de los esposos tenía en la práctica importantísimas consecuencias. La esposa, aunque sin ninguna incapacidad en la common-law, por razón de su sexo no podía contratar y ni tan siquiera disponer de sus bienes inmuebles por testamento. En cuanto a sus muebles, eran adquiridos por el marido por el solo hecho de la formalización del matrimonio.

Para que la esposa pudiera disponer de sus inmuebles durante el matrimonio era preciso, no solamente que se uniera el marido a la transmisión, sino que el Tribunal la autorizara.

Únicamente se exceptuaba de la necesaria autorización o consentimiento del marido, aquellos casos en que éste había sido civilmente fallecido, es decir, cuando había abjurado el realismo, había sido sentenciado a cadena perpétua o de varios años, se tratase de un extranjero no residente en el país o estuviera declarado ausente.

Por el contrario, la esposa, durante la duración del matrimonio, no adquiría ningún derecho actual sobre los inmuebles de su esposo —the free-holds (3)—, pero sí un derecho expectante de viudedad —dower— que se convertía en un "life interest" —derecho vitalicio similar a nuestro usufructo— de una tercera parte de los inmuebles adquiridos por su esposo durante el matrimonio que hubiera podido heredar un hijo de haberlo tenido —con lo cual se excluía no solamente los bienes vinculados, sino cualesquiera otros sujetos a condición o cuyo destino estaba predeterminado al fallecimiento del esposo—. Este derecho expectante afectaba con afección real a todos los

(1) Dicho artículo ha sido publicado en la Revista de Derecho Notarial correspondiente al 1.º trimestre de 1966.

(2) En general, los autores anglosajones raramente emplean la denominación "inmuebles", o emplean la palabra "land", cuya traducción literal es "tierra", pero cuyo concepto jurídico es sinónimo de inmueble, o emplean la expresión "real estate" para significar la relación del propietario con el inmueble, que nunca suele ser propietario al estilo continental, sino que aún conserva el sentido feudal de la propiedad. Es muy interesante en este aspecto del estudio, en español, del libro de PUIG BRUTAU *Estudios de Derecho Comparado*, Barcelona, 1951, y el artículo de MANUEL RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario de 1952 sobre Derecho Inmobiliario inglés.

(3) FREEHOLD. Es la forma de propiedad más libre que cabe imaginar en Derecho anglosajón. Indica que el tenedor no tiene el inmueble pendiente de la voluntad de otra persona, que la tiene durante su vida y que puede disponer de él libremente, con lo que se diferencia del life interest —derecho vitalicio similar a nuestro usufructo— y del "estate tail", que supone una vinculación a favor de otra persona.

inmuebles adquiridos por el marido que se hallaran en la situación indicada, y ello producía la importante consecuencia de que ninguna transmisión que efectuara el marido de sus inmuebles quedaba libre de una reclamación futura de la esposa, a menos que ésta se hubiera unido a la transmisión liberando de su dower al adquirente, o que se dieran alguno de los casos en que la esposa no tenía este derecho. Este derecho de la viuda estaba condicionado a que sobreviviera a su esposo.

El marido mantenía, si sobrevivía a su esposa, los mismos derechos de administración y disfrute sobre los inmuebles de aquella que ya tenía en vida de la misma. Dichos derechos le eran concedidos "by curtesy of England", y se denominaban "curtesy" iniciada, durante el mismo, y "curtesy" consumada, después del fallecimiento de la esposa. Este derecho era más amplio que el concedido a la esposa, puesto que se extendía a la totalidad de los inmuebles de la esposa y durante la vida de ésta no tenía el carácter de derecho expectante, sino que se trataba de un derecho actual de administración y disfrute, enajenable en las condiciones que ya hemos anotado.

Los Tribunales de equidad intervinieron para mitigar la dureza de la common-law en esta materia y formularon la doctrina, según la cual una mujer casada podía mantener y adquirir un "equitable separate estate" (4), incluso sobre todos sus inmuebles, independientemente de su marido y libre del control del mismo. Dicho "equitable separate estate" tenía que ser creado expresamente y era necesario que las palabras empleadas para la concesión mostraran, sin lugar a dudas, que la esposa tendría el control de estos bienes y no su marido. Este patrimonio separado de la esposa podía estar integrado tanto por bienes inmuebles, como por muebles y las rentas de unos y otros. La mujer tenía completo poder de administración y disposición sobre estos bienes, a menos que en el acto de creación se limitara su capacidad dispositiva. Es decir, que con respecto a los indicados bienes los Tribunales de equidad trataban a la mujer casada como si fuera soltera. Incluso, estipulándolo expresamente, podía ser excluido el derecho de "curtesy" del esposo. Sin embargo, según nos advierte MADDEN (5) existía cierta controversia entre las diferentes jurisdicciones sobre los poderes dispositivos de la esposa en su "equitable separate estate". En Inglaterra, y en algunos de los Estados americanos, se mantenía que el poder dispositivo era consecuencia de dicho "estate", pero en otros Estados los Tribunales no reconocían esta doctrina y mantenían que dicho poder de disposición le tenía que haber sido concedido expresamente en el instrumento de creación del "estate" y en éste le podía haber sido negado o limitado dicho poder dispositivo. En un tercer grupo de Estados se consideraba el poder dispositivo de la mujer tan amplio que podía transmitir incluso a su

(4) Estate, en el Derecho anglosajón, designa las diferentes formas de tenencia de la tierra.

(5) *Persons and Domestic Relations*, pág. 104.

esposo, siempre que tal disposición fuera "free-neither the result of flattery, nor o force, nor harss and cruel treatment" (libre, nunca resultado de adulación, fuerza, dureza y cruel tratamiento).

Con el "equitable separate Estate" dieron los Tribunales de equidad el primer paso para la total separación del patrimonio de los dos esposos.

*Comunidades entre esposos en la common-law.*—Como ya expuse en mi citado artículo sobre los inmuebles adquiridos por los ingleses en España, en la common-law existían tres clases de comunidad, una de ellas exclusiva del matrimonio y las otras dos factibles entre personas extrañas al mismo.

Era exclusiva del matrimonio la denominada "tenancy by entirety". Dicho tipo de comunidad era consecuencia lógica de la absorción de la personalidad de la mujer por el marido durante el matrimonio.

Cuando, durante el matrimonio, se transmitía un inmueble a ambos esposos, se presumía que éstos lo adquirirían por entero. Según MADDEN (6) en la "joint tenancy", cada uno de los partícipes adquiere una mitad u otra parte proporcional, indivisa, por supuesto. En lenguaje técnico siguiendo a este autor, ellos adquieren "per my e per tout". Por el contrario, un marido y su mujer, en la common-law adquirirían "the entirety" (por entero), no una indivisa mitad. Adquieren el todo. Ellos no se posesionan, agrega MADDEN, "per my e per tout", sino aislada y simplemente "per tout". Las mismas palabras que a otras personas harían "joint tenant", hacen al marido y la mujer "tenant by entirety".

Al "estado por entero" le es esencial la relación marital. Si no existe matrimonio válido no existe tenencia por entero. Dicha relación marital debe existir ya cuando se adquiere el título. Incluso cuando concurren en la propiedad de un inmueble con otras personas se estimaba que el marido y la mujer, es decir la entidad marital, constituía un solo partícipe. Si adquirirían un inmueble A, B y C y A y B estaban casados, se estimaba que pertenecía la mitad como "joint tenant" o "tenant in common" a C y la otra mitad a A y B.

La característica más esencial de la tenencia por entero era su indestructibilidad. También otra característica muy importante de dicha tenencia era el acrecimiento al sobreviviente, pero esta característica la compartía con la "joint tenancy" que, sin embargo, podía destruirse durante el matrimonio. Ninguno de los esposos tiene, en la tenencia por entero, un derecho independiente que pueda enajenar, gravar, donar o legar, afectando al derecho del sobreviviente. Tampoco respondía la tenencia por entero de las deudas de cualquiera de los esposos, solamente las contraídas por la entidad marital como tal.

El administrador y usufructuario de los bienes poseidos por entero.

(6) Obra citada, pág. 123.

era el marido. Su derecho podía ser embargado por los acreedores propios, pero de ninguna forma podía afectar el embargo o la ejecución forzosa de su derecho a la esposa que adquiriría la totalidad absolutamente libre de toda carga o gravamen si sobrevivía al esposo.

Cualquier adquisición conjunta efectuada por los esposos durante el matrimonio, de bienes inmuebles, eran favorable a la tenencia por entero, a menos que dichos esposos manifestaran expresamente su deseo de adquirir como "joint tenant" o "tenant in common".

Estos dos últimos tipos de comunidad, que convivían en la common-law con la tenencia por entero, no eran exclusivos del matrimonio. En la "joint tenancy", como ya hemos dicho, había acrecimiento a favor del sobreviviente, pero podía ser destruida fácilmente durante el matrimonio por partición o simplemente enajenando uno de los esposos su derecho a un tercero, pues para su existencia era requisito esencial la unidad de título. No obstante, ningún "joint tenant" podía disponer testamentariamente por su sola y exclusiva voluntad y al fallecimiento de uno de los partícipes la porción vacante acrecia a los demás.

En cuanto la "tenancy in common" era una comunidad de cuotas, siempre susceptible de división y destrucción, muy similar a nuestra comunidad de tipo romano.

En la concurrencia de extraños sobre un inmueble la common-law presumía la existencia de una "joint tenancy" por ser este tipo de comunidad más favorable a la unión de los derechos sobre la tierra y con ello existía más facilidad por parte de los señores de exigir el cumplimiento de los vasallos. Como casi todo el Derecho anglosajón, estos tipos de comunidad tienen un claro origen feudal. Pero más tarde el derecho-equidad fue limitando más y más esta presunción y favoreció por todos los medios la existencia de "tenencias en común", en las que no se producía el acrecimiento a favor del sobreviviente.

ESTADOS DE COMUNIDAD.—Aún se conservan en ocho de los Estados de Norteamérica las leyes heredadas de los colonizadores españoles o franceses, aunque con diferencia de detalles en su regulación. Dichos Estados son: Lousiana, Tejas, California, Nuevo Méjico, Arizona, Idaho, Whasington y Nevada.

Según nos dice MADDEN (7) el régimen de comunidad fue desconocido en Roma y pudo tener su origen en Derecho germánico, siendo adoptado posteriormente por Francia y España y transportado a las Colonias de estos países en el Nuevo Mundo. Prevalece en los Estados de la Unión americana que hemos citado. El esquema general de las leyes de estos Estados es el mismo, pero varían bastante los detalles.

En general, y al igual que sucede con nuestro régimen legal suplementario de gananciales, la propiedad adquirida a título oneroso durante

---

(7) Obra citada, pág. 130.

el matrimonio, pertenece a la comunidad, y, también generalmente, la propiedad adquirida por donación, legado o herencia o aportada por cualquiera de los esposos al matrimonio, se considera "separate property", término que podemos considerar sinónimo de nuestros parafernales o bienes propios del marido.

MADDEN (8) expone: "The general rule is that character of the property as community or separate property is determined as of the time of its acquisition" (La regla general es que el carácter de la propiedad como común o separada es determinada por el tiempo de su adquisición). La idea central, agrega este autor, es que el matrimonio crea una sociedad en la propiedad entre el marido y la mujer y toda la propiedad resultante del trabajo de ambos o la adquirida por cualquiera de los dos, salvo en los casos exceptuados, va en beneficio de ambos esposos. La presunción está a favor de que lo adquirido en el matrimonio, sea adquirido a favor de los dos esposos o de uno de ellos solamente, es propiedad común. Vemos que la analogía con la presunción del artículo 1.407 del Código Civil español no puede ser mayor. Esta presunción, al igual que ocurre en la nuestra, puede ser destruida. Cuando la propiedad es adquirida a nombre de la esposa, demostrando que se había invertido en la adquisición dinero procedente de sus parafernales o "separate Property", se supone que por subrogación real se adquiere esta última, pero es a la esposa a la que, normalmente, le incumbe la carga de la prueba. Así lo declararon los Tribunales de California en el caso de Booker versus Castillo y los de Lousiana en el de Stauffer versus Morgan (citados por MADDEN). Igualmente, el marido puede demostrar que adquirió con dinero propio, en cuyo caso la presunción queda destruida. Esta prueba pudo ser aportada por el marido ante los Tribunales de California en el "estate of Higgins", y ante los de Texas en el York contra Hilger (también citados por MADDEN).

Al marido corresponde la administración y el control de la propiedad común y en algunos Estados podía, incluso, transmitir y gravar los inmuebles sin el consentimiento de su esposa. Hoy se conceden por regla general mayores poderes a la esposa y, generalmente, es preciso su consentimiento para los actos de disposición y gravamen de los bienes inmuebles pertenecientes a la comunidad. Únicamente en Louisiana y la provincia canadiense de Quebec —es decir, en los de claro origen francés— puede el marido disponer y gravar los inmuebles pertenecientes a la comunidad sin el consentimiento de la esposa. En cambio, por regla general; puede gravar y enajenar los muebles sin este consentimiento, excepto en California, con respecto a los muebles de la vivienda familiar y en Texas dichos muebles de la vivienda familiar y los bonos y valores (9).

En cuanto a la esposa, en siete, de los ocho Estados, tiene la libre disposición y gravamen de sus bienes parafernales, tanto muebles co-

(8) Obra citada, pág. 132.

(9) *The Lawyer Directory*, 1959.

mo inmuebles, sin consentimiento de su esposo. Solamente en Tejas necesita el consentimiento de su esposo para gravar o enajenar los inmuebles y únicamente cuando el marido esté incapacitado legalmente o la ha abandonado puede suplir este consentimiento por el del Juez competente.

Como ya vimos, la presunción de que lo adquirido en el matrimonio a título oneroso es común la regla general, pero en California se ha invertido la carga de la prueba a favor de la presunción de que lo adquirido pertenece al cónyuge adquirente desde 1927.

Las rentas e ingresos de los esposos, con posterioridad al matrimonio, normalmente pertenecen a la comunidad, pero hay algunos Estados que prevén que sean propiedad separada. Así sucede en Arizona con lo adquirido por la esposa estando separada de su marido y en California en el mismo supuesto. En Idaho lo puede prever la esposa, por acuerdo pre nupcial, y en este caso tendrá su administración y no responderá de las deudas del marido. En el Estado de Whashington son propiedad separada en todo caso.

*Contratos matrimoniales.*—En los Estados de la comunidad, los esposos, al igual que en España, puede concluir un convenio matrimonial, antes del matrimonio, y en el mismo indicar los bienes que les pertenecen y aquellos que deben permanecer siendo propios, pero no pueden modificar los derechos del marido sobre los hijos, el orden público, las buenas costumbres, ni los derechos sucesorios. Generalmente existen ciertas formalidades legales para la validez de estos contratos y en algunos Estados deben ser inscritos obligatoriamente. Suelen ser inmutables durante el matrimonio.

*La propiedad matrimonial en los Estados de la common-law en la actualidad.*—En prácticamente todas las leyes —Statutes— de los Estados que tuvieron su origen en la common-law y aún en aquellos de diferente origen que por unas u otras razones —principalmente fiscales— aceptaron dicho sistema —como Hawai, Oklahoma y Nebraska— se reconoce que la propiedad, tanto mueble como inmueble, adquirida por la esposa durante el matrimonio, y por supuesto con anterioridad al mismo, es “separate property” y está libre del control del marido.

La mayor parte de los Estados —reconociéndolo expresamente en sus Statutes o Codes o por construcción de sus Tribunales— conceden a la mujer casada plenos poderes de administración y disposición sobre sus bienes. Respecto a los muebles esta regla es unánime; en cuanto a los inmuebles, se mantenía por la jurisprudencia de muchos Estados —según MADDEN (10)— que cuando los Statutes de un Estado decían que una mujer casada tenía derecho a disfrutar, poseer y mantener su propiedad separada como si fuera una mujer sola, esta

---

(10) MADDEN, *Persons and Domestic Relations*, pág. 118.

redacción no le confería poder de disposición sobre sus inmuebles, y, por el contrario, le concedían este poder de disposición, incluso sobre los inmuebles, aquellos Statutes que expresaban tenía las mismas facultades sobre su propiedad que hubiera tenido de no estar casada. No obstante, advierte el mismo autor, esta interpretación no era general en los Tribunales de todos los Estados y muchos se han negado a reconocer esta distinción.

La tendencia legislativa actual se dirige cada vez más en el sentido de equiparar los derechos de los esposos y por ello y dado que el libro de MADDEN, aún siendo el más completo de los norteamericanos sobre la materia, fue publicado en 1931, estimo más aconsejable estar a los que nos dicen las compilaciones modernas que he manejado y según estas últimas, en la actualidad, solamente en Alabama, Carolina del Norte, Florida e Indiana es preciso el consentimiento del esposo para la enajenación de la mujer de sus bienes propios (11).

Sin embargo, a pesar de la amplitud con que hoy se concibe la capacidad de la mujer casada, aún se conservan en la mayoría de los Statutes incapacidades para realizar actos concretos, especialmente para afianzar, sobre todo cuando se trata de afianzar deudas del esposo, y para transmitir los inmuebles que éste le ha donado. Precisar en qué Estados se encuentran vigentes estas limitaciones es tarea poco menos que imposible, pues la mayor parte de las Compilaciones de Leyes que he examinado no se refieren a las mismas, o se refiere el recopilador de un Estado y no lo hacen los otros. Y aún en los casos en que se contiene suele extractar un principio general que después es interpretado por la jurisprudencia, y ésta suele llegar a soluciones muy diferentes según el Estado de que se trate y según los términos literales en que la regla general está establecida en el respectivo Statute.

En cuanto a la presunción de propiedad —este instrumento de Derecho, según cierto autor, tosco, pero eficaz— está a favor del adquirente, ya sea el marido o la mujer. La mayor parte de los Statutes prevén que lo que la mujer casada adquiere durante el matrimonio, ya sea por donación, con su propio crédito, con dinero o con ganancias, le pertenece en propiedad plena y no afecta a su derecho el que su marido haya actuado como su apoderado o título el inmueble adquirido a su propio nombre, ni tan siquiera el que pague una parte del precio, si tuvieron la intención de adquirir bienes propios para la esposa.

*Comunidades entre esposos en el Derecho actual de los Estados Unidos.*—Los tres tipos de comunidad existentes en la common-law, continúan vigentes en muchos de los Estados norteamericanos. No obstante, se advierte en ellos una clara tendencia hacia la aboli-

---

(11) El *Juris Classeur de Droit comparé* cita también Kentucky y Pennsylvania, pero según *The Lawyer Directory* de 1959, en el primero de los Estados fue derogado este precepto en 1954, y en el otro, en 1957.

ción de la "tenancy by entirety", o al menos, a su radical transformación.

La tenencia por entero está vigente aún en casi la mitad de los Estados de la Unión. El importante Estado de Nueva York, aún la mantiene, aunque con importantes modificaciones. Los ingleses la derogaron en The Law of Property Act de 1925 que, literalmente traducida dispone lo siguiente: "Un marido y la mujer para todos los propósitos de adquisición de algún derecho sobre la propiedad, bajo una disposición que tenga lugar después de la entrada en vigor de este Act, serán tratados como dos personas." Se terminó con este texto la ficción legal de que el marido y la mujer eran una sola persona ante la Ley. La otra mitad de los Estados de la Unión americana, aproximadamente, han seguido el ejemplo de Inglaterra. Dicha abolición fue consecuencia lógica de la emancipación que los Statutes concedían, gradualmente, a la mujer casada.

Pero incluso en los Estados que mantienen este tipo de comunidad, la misma ha sufrido profundos cambios. Hemos visto anteriormente que una de las características principales de esta comunidad era su indestructibilidad. La tenencia por entero no podía ser afectada por los actos de cualquiera de los esposos ni de sus acreedores. En varios casos mantuvo la jurisprudencia que actuando conjuntamente marido y mujer podían transmitir un inmueble que poseyeran por entero y dar un buen título al adquirente, aunque el marido estuviera en quiebra (MADDEN, *ob. cit.*, pág. 126). A tal punto llegaba esta creencia de que cada esposo tenía un "derecho por entero", que algunos Estados reclamaron la inconstitucionalidad del impuesto sucesorio que el Gobierno Federal había establecido, alegando que en la tenencia por entero nada sucedía al fallecer uno de los esposos, y por consiguiente no había razón para imponer un impuesto por la transmisión efectuada cuando no existía dicha transmisión, pues solamente desaparecía una limitación que anteriormente al fallecimiento del otro esposo tenía el cónyuge superviviente. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró que el impuesto era constitucional, tratando en la sentencia a las tenencias por entero como algo irreal y declarando: "Que el poder de imposición es una fundamental e imperiosa necesidad de todo Gobierno y no está restringido por meras ficciones legales". Aún en el sentido de limitar la indestructibilidad del "estate", el Tribunal de Pennsylvania mantuvo que ni el divorcio podía destruirle. Pero la tendencia contraria, que admite su destrucción por el divorcio, va ganando terreno en la mayor parte de los Estados. El Tribunal de Massachusset mantuvo que el divorcio convertía a la tenencia por entero en una tenencia en común (la que es similar a nuestra comunidad) y esta última orientación ha sido seguida por los Tribunales de otros muchos Estados, incluso el de Nueva York. Como consecuencia es posible la partición, mientras que la common-law no reconocía la posibilidad de la misma. Esta se realiza dividiendo por partes iguales entre los esposos, pues los Jueces se basan en que en el momento de la creación

de la "tenencia en común" —que coincide con la declaración del divorcio— los intereses de ambos esposos eran iguales. No obstante, nos advierte FARRELL en el artículo sobre la materia que publicó en *The Brooklyn Law Review*, Dic, 1963, pág. 79, que la nueva sección de la *Domestic Relations Law* de 1963 del Estado de Nueva York ha permitido una mayor flexibilidad a los Jueces y éstos pueden conceder la posesión a uno o al otro esposo denegando la partición, y ateniéndose al grado de culpabilidad de cada cónyuge en el divorcio o a otro motivo fundamental.

Una separación no tiene efectos sobre la tenencia por entero, porque con ella no se pone fin al matrimonio. Pero si queda destruida en los casos de nulidad o anulabilidad. Incluso la muerte civil de uno de los esposos, que en el Estado de Nueva York produce tan importantes efectos como el de permitir un nuevo matrimonio al otro esposo, no destruye la tenencia por entero.

En la *common-law*, el marido tenía el control y disfrute de los inmuebles "by entirety" con la misma amplitud que la de sus propios inmuebles. Este derecho ha sido muy restringido en los Statutes modernos y en ellos se mantiene que mientras la "tenancy" permanece indivisible las partes son consideradas como "join tenant" del uso y "tenant in common" de las rentas y provechos. Cualquier ingreso de esta tenencia debe ser partido por partes iguales, a menos que, expresamente los titulares de la "tenencia" acuerden otra cosa. Cualquier acreedor que ejecute el derecho de uno de los esposos se convierte en "tenant in common" con el otro, pero siempre condicionado a la exclusiva posesión y título del sobreviviente. Brevemente, afirma FARRELL en el artículo citado, al menos en el Estado de Nueva York, los derechos de la mujer son tan extensos como los del marido.

En cuanto los poderes dispositivos de los inmuebles sujetos a esta tenencia, tanto antes como ahora, pertenecen conjuntamente a los dos esposos.

La presunción a favor de la tenencia por entero en las adquisiciones conjuntas realizadas por los esposos, sigue al igual que en la *common-law* en la mayor parte de los Estados que admiten este tipo de comunidad, pero ello no excluye el que los esposos puedan manifestar expresamente su intención de adquirir como "join tenant" o "tenant in common". Y los Statutes de algunos Estados han establecido una presunción favorable a la "tenancy in common" en todo caso, incluso cuando adquieren esposos. En otros, esta presunción favorable a la tenencia en común se mantiene solamente cuando los adquirentes son extraños, o los esposos lo declaran expresamente.

THE DOWER AND THE COURTESY.—Como ya vimos, en la *common-law* se concedían estos derechos a la viuda y al viudo, respectivamente. Anteriormente estudiamos el contenido de estos derechos en la *common-law*. Aquí solamente estudiaremos los Estados en que aún con-

tinúan vigentes y las características de las transformaciones que han sufrido en los mismos.

Tanto the dower como the curtesy tienen dos fases:

a) *Durante la vida del otro esposo.*—En este período the dower concede a la esposa, y en muchos Estados también al esposo, un derecho expectante de viudedad que protegía plenamente a la esposa de cualquier enajenación que realizara el marido sin su consentimiento.

En general, encontramos gran analogía entre the dower y la viudedad foral aragonesa. A ambas viudas —la aragonesa y la norteamericana de los Estados en que sigue vigente— les corresponde un derecho de viudedad sobre los inmuebles adquiridos por el marido durante el matrimonio —si bien el derecho de la viuda aragonesa es mayor en extensión que el de la viuda norteamericana, al menos, como estaba concebido este derecho en la common-law y como aún hoy lo está en la mayor parte de los Estados que lo mantienen vigente— y ambos derechos están protegidos —durante la vida del otro esposo— con una afección real susceptible de afectar a terceros adquirentes de los inmuebles del otro esposo.

Pelayo Hore, con referencia a la viudedad aragonesa, expone: “La viudedad foral aragonesa ofrece dos momentos en su desarrollo. Uno, el derecho expectante; otro, aquél en que dicho derecho en situación de expectativa se convierte en un derecho actual y perfecto. Pero, en realidad, ambos momentos pueden reducirse a uno solo, porque las expectativas, término medio entre las meras esperanzas y los derechos puros, muy semejantes a las condiciones suspensivas, gozan y participan de la misma naturaleza del derecho en que la expectativa aspira a convertirse” (12). Y continúa el autor exponiendo que se trata de un derecho real, pero de origen y contenido esencialmente familiar, y se extiende sobre los problemas de naturaleza inter-regional que plantea este derecho de viudedad. Como veremos, similares problemas de Derecho internacional privado nos planteará the dower.

Quizá la diferencia más esencial entre ambos derechos consista en que la common-law the dower solamente se concedía a la viuda, mientras que en el Derecho aragonés se concede a ambos esposos, pero esta diferencia ha desaparecido en gran parte de los Estados que aún mantienen esta institución, pues lo conceden tanto a la esposa como al esposo y con el mismo contenido.

El artículo 49 del Apéndice foral aragonés dice: “En cuanto a los raíces o inmuebles en que pueda corresponder viudedad a la mujer, este derecho, si no hubiera dado ella expreso consentimiento, quedará a salvo, no obstante las enajenaciones o gravámenes que impusiera el marido.” El mismo derecho expectante y la misma protección que correspondía a la viuda americana en la common-law y que aún le corresponde en buen número de Estados. Únicamente si ella se une

---

(12) SANTIAGO PELAYO HORE, *Problemas de la viudedad foral* (Anuario de Derecho aragonés, 1943, pág. 176).

a la transmisión o gravámen el adquirente estaba plenamente protegido de cualquier reclamación posterior. Si no lo hacía, siempre podría reclamar la mujer su derecho, a menos que por otra causa, como la posible tenencia en común de inmuebles cuando existía derecho de acrecimiento a favor del sobreviviente, que en muchos Estados excluye a la viudedad, este derecho expectante hubiera desaparecido.

Dice Atkinson (13) que tanto the dower como the curtesy son excelentes formas de protección del esposo sobreviviente frente a las enajenaciones, gravámenes o disposiciones testamentarias del otro esposo. Según el mismo autor se trata de instituciones que efectuaron un trabajo útil en un momento en que la mayor parte de las fortunas familiares eran agrarias, pero no es muy adecuada en las presentes condiciones de vida urbana, en las que no suele haber más dominio que el de los muebles y quizá una residencia familiar. Aun en los casos en que el marido tenga otra clase de bienes, un tercio en los inmuebles, durante su vida, es con frecuencia insuficiente para la viuda. Por otra parte, la existencia del derecho de viudedad con su afección real, agrega, impide la libre transmisión de los inmuebles, cosa que la mujer puede no desear, o la obliga a unirse a la transmisión que haga el marido. Además, después que el derecho ha sido consumado los herederos del inmueble pueden encontrar dificultades para hallar un comprador que pague un precio razonable debido a la incertidumbre de la duración de la vida de la esposa. En adición, la protección concedida frente a las deudas puede ser indeseable para los acreedores del marido.

No nos convencen las dificultades expuestas por Atkinson porque son comunes no solamente a los países en los que rige la viudedad foral, sino en aquellos otros, como el nuestro, en que la esposa suele tener como derecho hereditario la totalidad —por aplicación de la cautela Socini, tan frecuente en nuestros testamentos— o una parte en usufructo de los bienes del marido. Bien es verdad que en nuestro sistema de Derecho común no existen dificultades para las enajenaciones derivadas del derecho expectante de viudedad, pero también es cierto que en la mayoría de los casos de bienes adquiridos durante el matrimonio, éstos tendrán el carácter de gananciales, y desde la última reforma del Código civil es preciso el consentimiento de la esposa para los actos de disposición realizados con los mismos. Quizá la más importante diferencia entre ambos sistemas radica en que en el nuestro el problema se centra como problema de capacidad, mientras que en el derecho expectante de viudedad se protege a la mujer con un derecho real cuya eficacia no suele traspasar, como luego veremos, las fronteras nacionales o regionales. En todo caso se precisa la protección a la viuda de las enajenaciones realizadas por el marido en fraude de sus derechos aun teniendo muy en cuenta la protección que merece el tráfico jurídico, pero entre protegerla con el derecho expectante de viu-

---

(13) ATKINSON ON WILLS, pág. 107. HANDBOOK of the LAW of WILLS. Second edition, 1953. St. Paul. Min.

edad o exigir el consentimiento conjunto para la enajenación o gravamen, creemos preferible este último. No desconozco, sin embargo, que habrá casos, especialmente cuando el marido no posea más que bienes propios que este derecho de disposición conjunta, admitido solamente para los gananciales, la dejará poco menos que indefensa frente a las enajenaciones intervivos realizadas por el marido, pero también es cierto que en estos casos no suelen existir las mismas razones morales, especialmente la del premio al trabajo realizado por la esposa en el hogar y a su colaboración en la realización de economías, que justifican su consentimiento para la enajenación de los gananciales. Por otra parte, en la práctica notarial se observa con más frecuencia el caso del marido que pretende favorecer a la esposa con mayor amplitud de lo que la ley permite que aquel otro que pretenda burlar sus derechos hereditarios. Suele ser muy excepcional el último proceder y casi siempre estar justificado por una conducta inmoral de la esposa.

Es muy posible que las razones expuestas por Atkinson, especialmente los obstáculos que la viudedad suponía para el tráfico jurídico, fue lo que motivó que en Inglaterra, ya en 1883, se redujera la viudedad a aquellos inmuebles que el marido poseyera en el momento de su fallecimiento, y en 1925 se suprimieran totalmente los derechos de dower y curtesy. En compensación se concedió a la viuda mayores derechos hereditarios en los bienes muebles, y la jurisprudencia se encargó de protegerla en cuanto afectase a la vivienda familiar.

Una tendencia similar han seguido muchos Estados norteamericanos, o suprimiendo the dower y curtesy o reduciéndolo a aquellos inmuebles que el marido poseyera en el momento de su fallecimiento, con lo que, en dichos Estados, desapareció el derecho real expectante de viudedad y fue sustituido por una verdadera legítima viudal —aunque los escritores norteamericanos e ingleses se abstienen de darle este nombre u otro similar—. Pero los más numerosos, o bien conservan the dower, extendiéndolo al marido, o conservan también el derecho de curtesy, o han sustituido el uno y el otro por una afección real sobre los inmuebles adquiridos durante el matrimonio, al que no dan denominación especial, pero que en esencia es el mismo derecho un tanto modernizado, ya que, al igual que en el dower, puede ser opuesto a tercero cuando la esposa no se une a la transmisión.

b) *Después del fallecimiento del otro esposo.*—Lo que era un derecho expectante durante la vida del marido se convierte en un “life interest” —derecho vitalicio— sobre una tercera parte, en valor, de los inmuebles adquiridos por el marido durante el matrimonio y que hubiera podido heredar un hijo, de haberlo tenido.

¿Podemos identificar este derecho vitalicio con nuestro usufructo? Esta cuestión ha sido objeto de un estudio especial por KAGAN (14). Llama la atención de este autor, según PUIG BRUTAU (15), que el

(14) KAGAN, *Res corporalis e incorporalis. A comparison of Roman and English law of Interest for life* (Tulane Law Review, vol 20, págs. 107-108).

(15) PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho Comparado*, pág. 78.

derecho del usufructuario fuera calificado en Roma como una *res incorporalis* y el derecho del nudo propietario como una *res corporalis*, mientras que el Derecho anglosajón califica de *res corporalis* el derecho del "life tenant" —usufructuario— y de *res incorporalis* el de quien conserva el residuo de la propiedad, o sea el "reversioner". A pesar de ello, agrega KAGAN, ambas figuras son fundamentalmente iguales, y la diferencia se explica por la siguiente razón: "Según el Derecho romano, al crearse el usufructo, una parte de la propiedad pasa al usufructuario, pero solamente una *parte*, de manera que el nudo propietario conserva todavía el núcleo de la propiedad. Por ello el usufructo es un mero derecho de disfrute que recae sobre cosa ajena. Esta cosa, es decir, el derecho sobre la misma considerado como *res corporalis*, se estima que no abandona al nudo propietario. En cambio, el derecho anglosajón concibe el fenómeno de diferente manera, a saber, se considera que el life tenant adquiere la plena propiedad de la cosa, aunque solamente por tiempo limitado: generalmente mientras viva. En cuanto al titular del derecho equivalente a nuestra nuda propiedad, queda desprovisto de toda propiedad durante el mismo período, y todos sus derechos quedan reducidos a la futura reversión de la plena propiedad a su favor —propriadamente reversión— o a favor de quien designe —remainder—. Después de lo expresado, siguiendo a Puig Brutau, KAGAN llega a la conclusión de que el usufructuario del Derecho romano y el "life estate" del Derecho anglosajón son fundamentalmente la misma institución. PUIG BRUTAU no está conforme con esta conclusión, y cree que el mismo KAGAN ha demostrado lo contrario al configurar al "life tenant" como un propietario pleno mientras dura la tenencia, mientras al usufructuario como titular de *ius in re aliena*. En definitiva, la situación es más similar al propietario bajo término resolutorio similar al heredero fiduciario y al heredero reservista de nuestro Derecho, según opina el citado autor español.

THE CURTESY.—Al marido, durante la vida de la esposa, le correspondía en la *common-law* el usufructo de los inmuebles que la esposa pudiera transmitir libremente por herencia, es decir, aquellos que hubiera podido heredar un hijo de haberlo tenido. Este derecho, que ya le pertenecía durante el matrimonio como derecho actual, podía continuar después del fallecimiento de la esposa. Antes del fallecimiento de la esposa se denominaba *cortesia iniciada*, y *cortesia consumada* después del fallecimiento de la misma.

El derecho del marido era de mayor amplitud que el concedido a la esposa, primero, por ser ya un derecho actual y no un derecho expectante durante el matrimonio, y segundo, porque se extendía a todos los inmuebles adquiridos por la esposa durante el matrimonio no vinculados o sujetos a condición o término, y no a una tercera parte de los mismos como ocurría con the *dower*. El marido, durante el matrimonio, era titular de las rentas, frutos y productos, y a su fallecimiento, las mejoras realizadas en dichos bienes beneficiaban a sus

herederos y no a los de su esposa, si no eran los mismos. Podía enajenar su derecho sobre los inmuebles, pero siempre quedaba condicionada resolutoriaamente la adquisición de dichos inmuebles al derecho absolutamente libre que correspondía a la esposa o sus herederos al fallecer el enajenante.

Después del fallecimiento de la esposa le pertenecía un "life interest" de las mismas características que el que por viudedad correspondía a la mujer.

DOWER AND THE CURTESY, EN LA ACTUALIDAD.—Principalmente por el deseo de proteger el tráfico jurídico y la seguridad de los adquirentes, tanto the dower como the curtesy han sido abolidos en algunos de los Estados norteamericanos y sufrido mayores o menores modificaciones en otros. En general, the curtesy, con el contenido que tenía en la common-law, ha desaparecido en la mayor parte de ellos, y en otros ha sido equiparado a la viudedad, siendo frecuente el que en los Statutes modernos se concedan a ambos esposos los mismos derechos. Así ocurre en Illinois, Kansas, Kentucky, Maryland, Missouri, Ohio y West Virginia.

The dower está vigente en Alabama —excepto cuando la viuda tenga bienes propios que excedan en valor a lo que le pertenezca por dower—, Arkansas —pero solamente con respecto a los bienes que tuviera el marido a su fallecimiento, es decir, sin afección real—, Alaska, las dos Carolinas, Columbia, Delaware, Illinois, Maryland, Massachusetts, Michigan, Montana, New-Hampshire, New Jersey, Ohio, Oregón, Rhode Island, Virginia, West Virginia y Wisconsin (16).

The curtesy, con el contenido de la common-law, más o menos modificado, pero con afección real, sigue vigente en North Carolina —solamente la consumada—, Alabama, Columbia —solamente con respecto a los matrimonios anteriores a 1957—, Delaware, Massachusetts, New-Hampshire, New Jersey, New York —en inmuebles adquiridos antes de 1930—, Oregón, Rhode Island, Virginia y Wisconsin. En Tennessee se discute por los Tribunales si el derecho expectante perteneciente a la viuda o al viudo tiene o no afección real. Es posible que en alguno de los Estados no citados conserven los viudos de matrimonios anteriores a su abolición los derechos adquiridos, pues en los Statutes se suele prever esta posibilidad, especialmente con respecto a inmuebles adquiridos con anterioridad a su abolición.

En otros Estados, aunque tanto the dower como the curtesy han sido abolidos, expresamente se concede al esposo sobreviviente, sin distinción entre la viuda y el viudo, una afección real —erga omnes— sobre los inmuebles adquiridos por el otro esposo durante el matrimonio, al menos que éste lo hubiera renunciado expresamente. Tal

---

(16) Según datos de *The Lawyer Directory* de 1959, cotejados con los de *Juris Classseur de Droit comparé*, en cuya compilación se incluyen algunos Estados más en que ya no está vigente esta institución. Es muy posible que con posterioridad se haya suprimido en algunos más, por ser la tendencia legislativa la de supresión de dichos derechos, al menos tal y como estaban regulados en la common-law.

ocurre en Colorado, Columbia, Indiana, Iowa, Kansas, Minnesota —hasta 1958— y Pennsylvania.

En otro grupo de Estados se ha suprimido el derecho expectante y se concede solamente al viudo o a la viuda una especie de derecho legítimo —aunque sin darle esta denominación— para proteger al esposo sobreviviente de la libertad de testar casi absoluta existente en el Derecho anglosajón. En este sentido están redactados los Statutes o Codes de Connecticut, Florida, Georgia, Mississippi y Vermont, aunque en Florida solamente se concede a la esposa y no al esposo.

En cuanto al contenido del derecho del esposo sobreviviente, si bien en una buena parte de los Estados, como en la common-law, continúa siendo un tercio en usufructo de los inmuebles adquiridos por el otro esposo durante el matrimonio, en Carolina del Sur puede elegir entre un tercio de dichos inmuebles en usufructo o un sexto en pleno dominio, en Florida puede elegir entre sus derechos en la sucesión intestada o una tercera parte en todos los inmuebles pertenecientes al esposo en el momento de su fallecimiento en "fee simple" (pleno dominio), en Missouri —antes de 1956 y aun ahora con respecto a los bienes adquiridos con anterioridad a dicha fecha— se le concedía en pleno dominio, al igual que en Nueva York antes de 1930. En Utah y en Wisconsin tiene derecho el sobreviviente a una tercera parte en fee simple, y en Virginia, a la misma proporción si fallece con hijos, y a la totalidad de los inmuebles en pleno dominio cuando no deja hijos.

En todos los Estados, tanto el marido como la mujer, pueden renunciar a sus respectivos derechos de viudedad y cortesía, uniéndose a la transmisión en el mismo documento en que ésta se efectúa, por convenio prenupcial con el marido y a veces postnupcial y por documento posterior a la transmisión de un inmueble determinado.

Algunos de los Estados que han suprimido the dower y the curtesy, o los han privado de la afección real que anteriormente tenían, contienen en sus Statutes reglas específicas anulando cualquier transmisión o gravamen efectuada por el marido, en perjuicio de la esposa y con intención de desheredarla. Los maridos suelen utilizar, a juzgar por los casos conocidos por los Tribunales, o la transmisión absoluta a un allegado o, con más frecuencia, el "trust" revocable intervivos o la donación mortis causa. Los Tribunales suelen actuar con rigor en esta materia, aunque con gran flexibilidad para no afectar la seguridad del tráfico jurídico y la posibilidad de mejoras en los bienes transmitidos, resultados socialmente indeseables.

En Vermont, que fue uno de los Estados que abolieron the dower y concedieron al viudo —tanto marido como mujer— un derecho en los inmuebles que conservara a su fallecimiento, los Tribunales han actuado varias veces en el sentido indicado. En el caso Thayer contra Thayer, un marido, separado de su esposa, transmitió un "trust", a beneficio de sus hijos, toda su propiedad, reservándose un derecho como arrendatario por una renta nominal, y a consecuencia de este derecho conservaba la posesión, uso y control de su propiedad durante

su vida. El Tribunal anuló la transmisión por fraudulenta. Pudo apoyarse para esta decisión en el título 14 del Statute de 1958, que dice: "toda transmisión en el real estate, efectuada durante el matrimonio, y para no producir efecto hasta después del fallecimiento, con intención de privar a la viuda de sus derechos y acciones sobre dicho "real estate" (inmuebles), será nula e inoperativa para obstaculizar la reclamación de sus derechos en el repetido "real estate".

La mayor dificultad, advierte Ryan en el artículo publicado sobre la materia en *The Boston University Law Review*, pág. 541, está en la prueba de esta intención fraudulenta.

Por último, otro grupo de Estados conceden al viudo derecho de elección entre la viudedad y el legado que el esposo o esposa le deje en su testamento. Tanto la forma como los plazos de elección suelen estar regulados en los Statutes de los Estados que conceden este derecho.

*Homestead.*—Es un derecho a la vez de índole familiar matrimonial y sucesorio. Por una parte, es un patrimonio familiar que no está sujeto —al menos en cuanto no excede de determinado valor— a las reclamaciones de los acreedores. Y por otra parte, protege a la esposa y a los hijos menores de las excesivas liberalidades o derechos del cabeza de familia, en un país en donde, dejando a salvo los derechos de la esposa, la libertad de testar es casi absoluta.

Esta institución, según Atkinson (17), es de origen típicamente americano, y fue Texas el Estado que primero la adoptó. Con posterioridad entró en vigor en la mayor parte de los Estados.

El patrimonio familiar —homestead— suele estar constituido por la residencia familiar, o, si es en el campo, por una granja y un lote de tierra que no suele exceder de ciento sesenta acres de extensión. También suelen limitar las Leyes de los Estados el valor exento de las reclamaciones de los acreedores. No obstante, no suele estar exento del pago de impuestos, ni por las deudas creadas con motivo de la adquisición o edificación de la casa, ni tan siquiera por "mortgages" (negocio fiduciario que cumple los fines de nuestra hipoteca) constituidos por ambos esposos.

En algunos Estados, el esposo sobreviviente hereda en fee simple —pleno dominio— the homestead, pero en la mayor parte de ellos adquiere solamente un derecho temporal durante su vida, la minoría de sus hijos o ambos espacios.

La principal característica de esta institución, durante la vigencia del matrimonio, consiste en que su enajenación y gravamen tiene que ser realizada conjuntamente por ambos esposos.

CONFLICTOS DE LEYES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.—En los Estados Unidos, como en Inglaterra, la *lex rei sitae* en cuanto a los inmuebles tiene un ámbito extensísimo. No solamente regula cuanto afecta a la propiedad, su adquisición, pérdida, derechos

---

(17) ATKINSON, ob. cit., pág. 127.

reales, servidumbres, etc., como en la mayor parte de los países continentales, sino que también se aplica, con muy pocas excepciones que ya examinaremos, a la capacidad para contratar, a las relaciones patrimoniales entre los esposos —limitadísimas en el Derecho anglosajón, como ya hemos examinado— y a las sucesiones en los inmuebles. Incluso en muchos casos se extiende a la forma de las transmisiones.

Entre los sistemas principales existentes en el Derecho comparado, a saber, el de los países que consideran al patrimonio matrimonial como una unidad sujeta a complejas relaciones jurídicas, y aquellos otros en que solamente ven en él bienes aislados, considerados *uti singuli*, a los que, por consiguiente, se les pueden aplicar diferentes leyes, los estados norteamericanos se encuentran decididamente en este último grupo. Aplican una ley a los inmuebles —la *lex rei sitae*— y otra a los muebles —la *lex domicilii*—.

Una vasta Asociación de Abogados, Magistrados y juristas privados inició en el país una codificación del Derecho de los Estados Unidos. Por lo que concierne al Derecho internacional privado, o mejor, siguiendo la terminología norteamericana, a los conflictos de leyes, el Instituto aprobó en 1934 el texto del *Restatement*, y en cuanto al efecto del matrimonio sobre los bienes de cada esposo, se decidió, en cuanto a los inmuebles, por la ley de la situación como principio general. En efecto, la sección 237 del *Restatement* dice literalmente: “the effect of marriage upon interest in land owned by a spouse at the time of marriage is determined by the law of the state where the land is.” (El efecto del matrimonio sobre los derechos de un inmueble adquirido por un esposo durante el matrimonio está determinado por la Ley del Estado donde está dicho inmueble.)

Al igual que en los países continentales, en los efectos del matrimonio quedan comprendidas las facultades de administración y disposición que cada esposo puede poseer y el control que puede corresponder al otro esposo, en qué extensión está limitada la libertad de enajenación de cada esposo, quién puede demandar y ser demandado y cuestiones similares. En los países continentales la ley del régimen matrimonial comprende también los efectos de una separación judicial, acuerdos postnupciales, cuestiones de la quiebra de un esposo, y remedios establecidos contra los abusos del marido en los bienes en que tenga la administración. RABEL (17) nos dice que esto también es verdad en los Estados Unidos, pero con muchas variaciones y excepciones, y agrega que en los Estados de comunidad la ley del régimen matrimonial también determina qué bienes son de la comunidad y cuáles de propiedad separada de los esposos, y, en adición, todo lo relativo a la administración, posesión y control por el marido y la mujer, las acciones permitidas durante la comunidad, la liquidación y la partición. No está integrada en la ley del régimen matrimonial cuestiones tales como la responsabilidad de los bienes comunes por las deudas de la comunidad, como está establecido en el Estado de Washington, o por las

---

(17) RABEL: *The conflict of Laws*. A comparative Study, 2.<sup>a</sup> edición, 1958.

deudas del marido, como prevé el Código de Louisiana (Estado, por otra parte, que mantiene reglas propias de conflicto de leyes absolutamente territorialistas) o por las de la comunidad y las pre-nupciales de la esposa, como ocurre en California (Rabel, ob. citada, vol. L, página 358).

En cuanto a la amplitud que en los Estados Unidos tiene la *lex rei sitae*, RABEL nos dice que en su comparación la ley continental de la propiedad (artículo 10 de nuestro C. c.) tiene muy modestas funciones. La ley europea o, lo que es lo mismo, la aplicación en Europa de la *lex rei sitae*, no determina el régimen bajo el cual los esposos vivirán, con sus innumerables ramificaciones, y tampoco los requisitos de una convención matrimonial. Únicamente decidirá sobre la ejecución técnica de lo que la ley personal le ordena. Bajo la ley americana, por el contrario, agrega RABEL (obra citada, pág. 362 del volumen I), como en los tiempos feudales, la ley del sitio del inmueble determina todas las cuestiones concernientes a la extensión y contenido de los efectos del matrimonio sobre la propiedad de los inmuebles. Normalmente, nunca es aplicada la ley extranjera en el sitio para determinar los derechos que un esposo puede tener en los bienes del otro, ni para determinar las incapacidades que puedan existir para la transmisión de los inmuebles, ni para concretar la responsabilidad de un esposo frente a los acreedores del otro. En contraste con lo que sucede respecto a los muebles, la ley del sitio es considerada competente para cuanto concierne a la administración por el marido, al control por la mujer y a los derechos de los acreedores. Aun con respecto a la capacidad de la mujer casada en las transmisiones de inmuebles está gobernada por la ley donde está el inmueble, y no de conformidad con la ordinaria norma de conflicto en el país, por la ley del sitio del contrato.

No obstante, en cuanto a la determinación de la capacidad de la mujer casada por la *lex situs*, EHRENZWEIG —*Conflict of Laws*, St. Paul, 1962, pág. 477—, nos dice que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha mantenido que el país del foro no tiene “el deber de proteger”, bajo la propia ley, a mujeres casadas que no estuvieran protegidas bajo la ley de su domicilio. En este caso, foro y sitio se pueden identificar, y, agrega Ehrenzweig, que los Tribunales americanos en repetidas decisiones han mantenido la validez de contratos otorgados por mujer casada sola, sin tener en cuenta la invalidez de dichos contratos según las leyes del foro, sitio, contrato o domicilio, basándose en su propia ley, que unas veces era la del foro, otras la del contrato, otras la del sitio, y a veces la del domicilio. Sin embargo, apunta RABEL (ob. cit., pág. 364) que estas decisiones pueden ser debidas, más que a una excepción, a la aplicación de la *lex rei sitae*, a la intervención del *orden público*, por considerarse anticuada la incapacidad de la mujer casada para contratar en unos tiempos en que la regla general es la equiparación de derechos entre los dos sexos.

En general, como EHRENZWEIG reconoce, en Norteamérica, como en Europa, siempre ha jugado un importante papel la distinción entre

*jus in re* y *ad rem* a la hora de elegir entre dos leyes. Y basándose en la distinción entre ambas clases de derechos, los Tribunales norteamericanos distinguieron entre efectos obligacionales y efectos reales en la transmisión de la propiedad. Mientras los efectos reales han estado sujetos a la *lex rei sitae*, la simple promesa de comprar o vender, se rige por el lugar del contrato. Así lo declararon expresamente The Restaters —autores del Restatement— cuando establecieron en éste: “La ley del sitio del contrato determina la validez de una promesa de transmitir o participar en la propiedad”. Con ello consagraban una norma de conflicto establecida por primera vez en 1897 por el Juez Holmes —uno de los jueces de mayor prestigio en Norteamérica, no solamente por la cualidad y contenidos de sus decisiones, sino también por sus escritos a la par jurídicos y filosóficos sobre materias de Derecho— en el caso *Pelson contra Stewart*. En dicho caso mantuvo la validez de un contrato entre esposos celebrados en North Carolina y válido según la ley de este Estado, aunque el inmueble estaba situado en Massachusetts —Estado del foro— cuya ley declaraba inválido dicho contrato. (EHRENZWEIG, ob. cit.; pág. 613).

Pero nos podemos preguntar: ¿siempre es aplicable en cuanto a los inmuebles en Norteamérica?, ¿rige esta ley todas las relaciones patrimoniales entre esposos en cuanto se refiere a los inmuebles?

EHRENZWEIG (ob. cit., pág. 647) nos dice que precisamente en materia de propiedad marital —término preferido por los autores anglosajones siguiendo la terminología establecida por la common-law— la variedad entre las leyes de los diferentes Estados norteamericanos ha dado lugar a una situación al borde “de lo fantástico”. Aunque es frecuente clasificar a estas leyes como sistemas de la common-law y de comunidad, ambas categorías tienen tantas variaciones, que el examen de todas las posibles situaciones de conflicto requerirían un volumen por sí mismas. Y, agrega, si a ello se adiciona las enormes diferencias de la “propiedad matrimonial en el extranjero” y las múltiples migraciones de nuestros tiempos, la tarea se convierte en prohibitiva.

Y con respecto a la pregunta que nos hemos formulado anteriormente, nos dice —pág. 649— que para determinar los efectos del matrimonio sobre los títulos de los inmuebles adquiridos por cualquiera de los esposos durante el matrimonio, no hay razones para aceptar este régimen como axiomático con vistas a la propiedad marital. Y, agrega: “Un esfuerzo por conservar la unidad del “estate” puede inducir a los Tribunales a sujetar a los inmuebles, en todo o en parte, a la ley del domicilio matrimonial”. “No está la *lex situs* establecida con vista a los inmuebles adquiridos por cualquiera de los esposos durante el matrimonio, y como a continuación mostraré la *lex situs* claramente no se aplica a los más frecuentes casos de litigios sobre inmuebles adquiridos con dinero derivado de otro Estado diferente al del sitio”. Con todo ello quiere referirse a la denominada “the source” doctrina.

Esta doctrina, tal como nos la explica EHRENZWEIG —pág. 649— y siguiendo la norma norteamericana establecida para el denominado por nosotros “conflicto móvil” —que es la de parcial inmutabilidad, según la cual aplican la ley del domicilio del primer Estado a los bienes adquiridos en éste, y la del Estado al que los esposos se trasladan en cuanto a los adquiridos con posterioridad al traslado— los fondos adquiridos por un esposo de un Estado del sistema de la common-law, no se convierten en propiedad común cuando traslada su domicilio a un Estado en que rige el sistema de comunidad. Pero el problema, continúa, es mucho más complejo si tales fondos se invierten en inmuebles que, según presunción general, están gobernados por la *lex situs*. Con seguridad, bajo la doctrina llamada “source” (fuente u origen) o “tracing” (calco), la doctrina de parcial inmutabilidad también tiene que ser aplicada en este caso.

Los inmuebles comprados en un Estado que se rige por sistema de comunidad con dinero adquirido en un Estado del sistema de la common-law, ha sido mantenido por los Tribunales que sigue sujeto a la ley que gobernaba este dinero en el momento de su adquisición, no obstante el cambio de domicilio que haya podido efectuar el poseedor del mismo desde un Estado de la common-law a un Estado de la comunidad. Así lo mantuvieron los Tribunales de Arizona en el caso de Stephen contra Stephen (1930) el de Apelación de Tejas en el caso Mc Dowell contra Harris (1937) y en el de Joiner contra Joiner (1938) y el de Whashington “in re Pugh’s estate”. (todos citados por el mencionado autor). Pero, como sigue exponiendo él mismo, si bien esta regla parece estar de acuerdo con las expectativas de los esposos, deja varias preguntas sin contestar. En primer lugar no está claro si “the source rule” también se aplica frente a los acreedores y transmitentes que, justificadamente, han constituido sus derechos y transmitido bajo la ley del sitio, porque no conocían, ni estaban obligados a conocer, el origen del dinero. Además, repetidas migraciones de los esposos pueden crear insuperables dificultades en cuanto a determinar cada ingrediente en el inmueble, en cuanto, a su origen, tanto más, cuanto que el carácter de la propiedad de un inmueble con frecuencia tendrá que ser determinado bajo la básica regla prevaleciente en los Estados de la comunidad, según la cual, la propiedad adquirida después del matrimonio se presume ser propiedad común. Y finalmente ha sido expresado el temor... “que aunque se pudiera separar las contribuciones de los diferentes Estados las características de la propiedad resultante... podría ser bien grotesca”. (ob. cit., pág. 650). “Recíprocamente, sigue exponiendo, bajo “the source rule”, inmuebles comprados por esposos domiciliados en Estados de comunidad y que estén sitos en Estados de la common-law, con dinero adquirido en el Estado de la comunidad, ha sido mantenido por los Tribunales de los Estados de la common-law, que quedaba como si sobre ellos se hubiera constituido un “trust”. Así fue decidido por los Tribunales de Oklahoma en el caso Edwards contra Edwards (1924). Y los Tribunales de al

menos un Estado de la comunidad —California— presumen que los Estados de la common-law así lo harían. Pero ha sido sugerido que todos o algunos de los incidentes de la propiedad pueden variar según la Ley del Estado donde son reclamados. Y the American Law Institute— el redactor del Restatement— no obstante las fundadas críticas, continúa manteniendo la posibilidad de que los derechos de los esposos puedan ser afectados por convenios después del cambio de domicilio. Los derechos de dower de la common-law han sido adicionados a los derechos matrimoniales de unos esposos procedentes de Estados de la comunidad mientras una conmoción no parezca evidente.” (obra citada, página 650).

RABEL (ob. cit., pág. 364 del vol. L, University Michigan Law School, 1958, 2.ª edic.) expone: “Existe, no obstante, una importante excepción sobre la aplicación de la *lex situs*. En casi todas las jurisdicciones americanas, inmuebles adquiridos con dinero perteneciente a la propiedad separada de un esposo, son de su propiedad separada, y cuando adquieren con propiedad común son de la comunidad —ha sido llamada “replacement or source doctrina”— (nosotros probablemente diríamos subrogación real). Como resultado el impacto de la *lex situs* en una considerable extensión es calificado por la aplicación de la *lex domicilii* influenciando la propiedad de los fondos o dinero usados para adquirir inmuebles en otro Estado. Esta puede ser la ley del actual o del primer domicilio de los esposos. La ley del sitio, claro está, retiene su poder sobre adquisiciones de inmuebles a través de ganancias (suponemos que del mismo Estado), donaciones y herencia. Los Tribunales también aplicarán la *lex situs* sin vacilación en cuanto a la determinación y validez de tales contratos por el marido o la mujer en cuanto a la disposición de inmuebles, adjudicación al propietario de los frutos y provechos, y en cuanto a la averiguación de las relaciones internas de los esposos con respecto a sus derechos sobre los inmuebles”, y a continuación pone el siguiente ejemplo: “El marido compró un inmueble en Idaho —Estado de comunidad— con dinero ganado en Michigan —Estado de la common-law— y adquiere propiedad separada sobre el mismo a despecho del sistema de la comunidad del primer Estado. Pero si él titula el inmueble a favor de una hija casada domiciliada en Nueva York hay una presunción bajo la ley de Idaho que la propiedad es mantenida en comunidad por ella y su marido”.

De lo expuesto por estos dos autores —internacionalistas ambos del máximo prestigio en Estados Unidos, ratificado en el caso de RABEL por tratarse de un autor que conoce perfectamente tanto el Derecho continental como el de los Estados Unidos, ya que nacido en Austria trabajó muchos años en las Universidades alemanas, principalmente en Estudios de Derecho Comparado y Derecho Internacional Privado, pasando los últimos años de su vida hasta su fallecimiento (en 1955) en Michigan, donde bajo el patrocinio de la Universidad de aquel Estado escribió su libro sobre Conflicto de Leyes,

que, a mi modesto entender, es uno de los más completos sobre la materia— se deduce la importante excepción establecida a la regla general de aplicación de la *lex rei sitae*, excepción no existente en Inglaterra, y nacida allí, con toda seguridad, de la necesidad de coordinar dos sistemas tan opuestos como el derivado de la common-law y el de los Estados que heredaron nuestras leyes y las francesas.

Si no he interpretado mal lo expuesto por estos autores, la mencionada excepción a la *lex rei sitae* se aplicará solamente en aquellos casos en que el inmueble es adquirido con dinero procedente de otro Estado. Si ambos Estados son de la common-law o de la comunidad nada sucederá porque las consecuencia a que conduzca la aplicación de cualquiera de las dos leyes serán las mismas. Pero no ocurrirá lo mismo si el Estado donde el esposo adquirente del inmueble obtuvo el dinero es de distinto sistema al de situación del inmueble. En este caso se establecerá y perdonen la expresión una especie de guerra entre dos presunciones, la que establece que el inmueble es del esposo adquirente y aquella que por el contrario nos dice que todo lo adquirido durante el matrimonio pertenece a la comunidad. Y en esta guerra vence la establecida en el Estado donde fue adquirido el dinero, que puede ser la ley del actual o del primer domicilio de los esposos, según éstos hayan traslado o no su domicilio después de adquirir el dinero con el que compraron el inmueble. Pero, probablemente esta ley del primer domicilio —o del actual, según los casos— se limite a regular ciertas relaciones entre los esposos, probablemente casi en exclusiva a qué esposo pertenece el inmueble adquirido, dejando las demás relaciones bajo el imperio de la *lex rei sitae* que es la regla general. A pesar de todo, la excepción nos parece que puede presentar muchos más problemas de aplicación que la regla general. En efecto, si comprobamos la numerosa y variada jurisprudencia sobre conflicto de leyes que presenta en Estados Unidos la existencia de Estados en los que rigen sistemas tan opuestos, nos inclinamos a dar la razón a los legisladores europeos cuando admiten una ley única en las relaciones patrimoniales entre esposos.

Y ¿de qué domicilio se trata?. Según RABEL, del domicilio del marido en el momento de adquisición del dinero, siendo indiferente a estos efectos que posteriormente traslade su domicilio, por la regla de parcial inmutabilidad que aplica la jurisprudencia americana.

CONVENCIÓNES MATRIMONIALES CONCERNIENTES A INMUEBLES.—The Restatement declara que los convenios matrimoniales concernientes a inmuebles han de ser redactados de conformidad con la *lex situs*. Dice RABEL (obra citada, pág. 397) que esta disposición ha sido criticada como demasiado amplia, pero puede ser errónea esta creencia, a menos que se reconozca que el Restatement reconoce el reenvío desde la *lex situs*. Esta ley, en el presente caso, agrega, consiste simplemente en una regla común a todas las jurisdicciones del país. En primer lugar, la validez del contrato matrimonial se fije por ley del sitio del contrato. En segundo lugar, bajo otra norma de conflicto, la cual no

es más "situs" que la primera, el convenio se reconoce como teniendo plenos efectos en el Estado del inmueble, a menos que choque con el orden público de éste y de la misma forma es reconocido en un tercer Estado. Un convenio antenupcial concluido entre residentes en Nebraska y aplicable en dicho Estado, también se aplica a los inmuebles situado en Kansas que poseyera el marido en el momento de su fallecimiento, de acuerdo con la regla general de que los acuerdos prenupciales ecuanímes y claros son válidos y ejecutables. Así lo declaró el Tribunal de Kansas en el caso *Sauyer contra Sauyer* (citado por RABEL).

*Derecho español.*—Las normas fundamentales de Derecho Internacional Privado español, en la materia que nos ocupa, son los artículos son incompletos y no muy perfectos, pero la doctrina, la jurisprudencia y alguna disposición legislativa posterior se han encargado de completarlos.

El Tribunal Supremo había concretado el ámbito de la ley personal en esta materia ya con anterioridad a la publicación del Código civil en la sentencia de 27 de noviembre de 1868 y la ha completado en sentencias posteriores. El Dahir jalifiano de primero de junio de 1914, dictado para la que entonces era nuestra Zona del Protectorado en Marruecos, estableció lo siguiente: "Los efectos del matrimonio respecto a los bienes cuando no se haya celebrado contrato, se regirán por la ley nacional del marido en el momento de celebrarse el matrimonio, sin que el cambio de nacionalidad posterior, de cualquiera de los esposos, influya para nada en el régimen de los bienes". Está claro, pues, que el Derecho español, y así lo reconoce también unánimemente la doctrina, aplica el estatuto patrimonial a todo cuanto se relacione con las relaciones patrimoniales entre los esposos que por otra parte, contiene en nuestra legislación un sistema coherente de reglas, similares a las contenidas en el Derecho continental europeo, en las que predomina el criterio de tratamiento unitario al patrimonio matrimonial, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho anglosajón.

En el caso de los inmuebles adquiridos por norteamericanos en España, nuestra legislación puede entrar en conflicto con la de los Estados norteamericanos en un doble aspecto: a) Por admitir nosotros el estatuto personal y ellos el real, pues ya hemos visto que, en principio, y en cuanto a inmuebles se refiere se aplica la *lex rei sitae*; b) por tener la legislación española como elemento de conexión la nacionalidad y ser este elemento de conexión en los Estados norteamericanos el domicilio.

Puede existir en ambos casos un problema de reenvío. La ley española señala la nacional del norteamericano y esta última, salvo en las excepciones que ya hemos examinado y sobre las que insistiremos, reenvía a la de situación del inmueble, es decir, a la española, común o foral. Me ocuparé solamente de la de Derecho común dejando para

los foralistas —entre los que hay juristas muy competentes— las peculiaridades que puede ofrecer el reenvío a la legislación foral. Ahora bien, como en los Estados Unidos de Norteamérica no hay una ley federal para la mayor parte de las cuestiones de Derecho Privado, se plantea, en primer lugar, el problema de si será necesario acudir al reenvío que implícitamente parece existir cuando se señalan las leyes de los diferentes Estados. Batiffol parece opinar en este sentido cuando para justificar el reenvío (*Traite elementaire de Droit International al Privé*, pág. 89) nos dice que si tratamos de aplicar la ley nacional a un norteamericano, pronto nos daremos cuenta de que hay cuarenta y ocho Estados —hoy cincuenta— y por consiguiente el mismo número de leyes nacionales, y por ello, termina afirmando, habría que aplicar el reenvío para saber si es competente la legislación de Florida, California o cualquier otro Estado.

RABEL (18) expone que en aquellos países como Estados Unidos, el Imperio Británico y Méjico, que tienen un sistema de leyes compuesto sobre bases territoriales, hacen de la nacionalidad como elemento de conexión, un criterio incompleto, y es necesaria una secundaria regla de conflictos. Si el país, a cuya ley se refiere la conexión nacional, posee una unificada regulación interna declarando cual entre varias privadas leyes se aplica al individuo de cuestión, esta regulación es universalmente aceptada con el fin de una secundaria referencia. Este método recomendaba también el Instituto de Derecho Internacional. Pero, agrega, esto no puede ser aceptado como un regular reenvío. Porque la regla extranjera inter-regional no está en competencia con la regla de conflictos del foro. Aún los más fuertes adversarios del reenvío están de acuerdo con el uso de las leyes inter-regionales extranjeras. Pero la situación puede ser más complicada donde no existen estas reglas inter-regionales, como sucede en el Imperio Británico o en Estados Unidos. No obstante, afirma RABEL (19), se ha reconocido generalmente que la ley del sitio donde está domiciliado constituye su ley personal.

Aclarando este punto, para tomar la decisión final de si a un norteamericano se le aplicará su ley personal o la española como consecuencia de estar situado el inmueble que le pertenece en España, dependerá de que nuestra nación acepte o rechaze el reenvío.

Estudiamos esta materia por extenso el trabajo sobre los inmuebles adquiridos por los ingleses, ya que, con respecto a éstos, se presenta el mismo problema. En dicho trabajo comprobamos que la jurisprudencia española —como decidió el juez inglés en el caso del sexto Duque de Wellington— es muy controvertida. El referido Juez llegó a la conclusión, después de examinar detenidamente la legislación y la jurisprudencia española, que en España no se aceptaba el reenvío. La conclusión nos parece un tanto aventurada, porque si bien es verdad que la jurisprudencia solamente es de Tribunales inferiores,

---

(18) RABEL, obra citada, volumen I, pág. 136.

(19) Obra citada, vol. I, pág. 140.

y no del Supremo, y que éstos en una sentencia aceptan el reenvío —la del Juzgado de Hospitalet de 1900 basada en un dictamen de TRÍAS y GIRÓ— y en otra la rechazan — la de la Audiencia de Granada de 7 de febrero de 1925 en el caso Larios— la Dirección General de los Registros y del Notariado, parece mantener un criterio favorable al reenvío, pues expresamente lo acepta en la Resolución del 30 de junio de 1956. En el repetido trabajo reseñamos el pro y el contra de la doctrina en relación con el reenvío y para no repetir a él nos remitimos.

¿Se admite el reenvío en ESTADOS UNIDOS?

YANGUAS MESSÍA (20) nos dice que aunque parezca extraño en una legislación tan territorialista como la norteamericana, el artículo 7 del Restatement of Conflicts of Laws, aunque rechaza el reenvío por regla general, sin embargo lo acepta cuando se trata de un derecho real de la propiedad inmobiliaria, en cuyo caso, expresamente dictamina se aplicará la ley de la situación del inmueble, *comprendidas sus reglas de conflicto*. Es decir, que en cuanto al reenvío a la *lex rei sitae* acepta el que ésta hace a la ley personal, en este caso la del domicilio. Como consecuencia de esta aceptación si un matrimonio norteamericano adquiere un inmueble en España y posteriormente se divorcian o fallecen uno de los esposos con su último domicilio en Nueva York o en cualquier otro Estado de la Unión norteamericana, los Tribunales de aquel Estado no le aplicarán la ley española como señala su norma de conflicto de leyes, sino la norteamericana por aceptar el reenvío de la norma española de conflicto de leyes. Existen varios casos de ciudadanos de Estados Unidos fallecidos en países europeos que en su norma de conflicto señalan como elemento de conexión la nacionalidad en que así lo han declarado los Tribunales.

RABEL (21) expone a propósito del reenvío, que si el mundo está dividido en dos sistemas contradictorios, debe haber un *modus vivendi* entre ellos. Y el reenvío, agrega, es uno de los mejores medios para alcanzar este fin.

En cuanto se refiere a los inmuebles adquiridos por norteamericanos en diferentes países europeos, también aquí existen opiniones contradictorias entre las sentencias dictadas por los Tribunales de dichos países. Alemania ha aceptado el reenvío a la *lex rei sitae* y lo ha aplicado con notable amplitud en cuanto a los inmuebles adquiridos por norteamericanos en su territorio. Una norteamericana había adquirido un inmueble en Alemania, sin consentimiento de su marido por no exigir la ley de Nueva York, en donde estaba domiciliada, este consentimiento, pero los Tribunales alemanes mantuvieron que el reenvío americano a la *lex situs* resultaba de la aplicación de todas las reglas de la ley germánica de la propiedad matrimonial, según la cual —cuando la sentencia se dictó— era necesario el citado consenti-

(20) *Derecho Internacional Privado*, 2.<sup>a</sup> edición, 1958, pág. 220.

(21) Obra citada, tomo I, pág. 82.

miento del marido. Asimismo ha sido aceptado el reenvío en Suiza. Por el contrario, en Francia, a pesar de aceptar sus Tribunales el reenvío por regla general, lo han rechazado en su aplicación a la propiedad matrimonial, por mantener, según RABEL, que era más importante conservar la unidad de ley aplicable al matrimonio. Italia rechaza el reenvío en todos los casos por imperativo del libro preliminar del Código civil de 1942 (RABEL, obra citada, tomo I, página 379).

CONCLUSIONES.—En definitiva que llegaremos a la misma conclusión que con respecto a los inmuebles adquiridos por ingleses, es decir, que para saber si a los norteamericanos se les aplicará su propia ley personal o la española, será definitivo llegar a una conclusión preliminar sobre si en España se admite el reenvío o se rechaza. Creo que la admisión del reenvío no admite grandes dudas y, además, sería muy conveniente, en los casos en que dichos norteamericanos tengan su domicilio en España. Para ello tendríamos un buen precedente en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de julio de 1956. Pero, ¿aceptaremos igualmente el reenvío y por consiguiente aplicaremos el Derecho español en todos los casos de inmuebles adquiridos por norteamericanos domiciliados en Estados Unidos?

El imperio de la ley territorial en España, como en el resto de los países continentales, sin ser tan amplio como en Estados Unidos e Inglaterra, es lo suficientemente amplio para que, por simple aplicación del primer párrafo del artículo 10 del Código civil, se sujete a la misma cuando afecte a la propiedad, constitución de derechos reales, publicidad, servidumbres, usucapión, prescripción y cuestiones similares comprendidas en el ámbito de esta ley, unánimemente por la doctrina y legislación de la mayor parte de los países. Pero aquí queremos solamente determinar si también procede aplicar la ley española a aquellas materias del estatuto personal, normalmente excluidas de la aplicación de la ley territorial, excepto en unos pocos países entre los que se encuentran Estados Unidos.

Creo que en el día de hoy no existe en España una orientación clara sobre el particular. La jurisprudencia, ya hemos visto, es escasa y discordante. La doctrina, en general,, contraria a la aplicación del reenvío. Opino que éste, de conformidad con la doctrina extranjera más moderna, ni se debe rechazar categóricamente, ni admitirse sin discriminación. Puede ser un excelente medio de coordinación entre las diferentes legislaciones. Ya expuse que lo aplicaría sin vacilar cuando existe reenvío al domicilio, pero en cuanto al reenvío a la *lex rei sitae*, creo sería preferible conceder al Juez facultades suficientes para admitirlo o rechazarlo según las características del caso planteado. Existirán en la práctica muchos casos en que será un medio excelente para una decisión más justa y otros en que su aplicación daría lugar a indudables injusticias. Pienso especialmente en el caso de que uno de los esposos tenga bienes propios exclusivamente en un Estado de los que se rigen por sistema de la common-law, y posteriormente,

el otro esposo adquiere propiedad en España. Si por aplicación del reenvío, al fallecimiento de uno de los esposos conoce de la sucesión un Tribunal español que aplica la ley española su decisión será muy diferente a la de un Tribunal norteamericano que también acepte el reenvío de la ley española y que por consiguiente aplique la ley norteamericana y los derechos de cada esposo según se considere ganancial o no el inmueble adquirido en España pueden ser muy diferentes. En cambio, la aplicación del reenvío no tendrá gran importancia en los Estados norteamericanos que siguen el sistema de la comunidad de bienes entre los esposos, por ser la regulación que éstos hacen muy similar a la española.

Pero, además, en cuanto se refiere a la actividad notarial, no debemos olvidar que, por aceptar el reenvío, los Tribunales norteamericanos aplicarán la ley del domicilio y, por ello, nuestros documentos deben ser redactados de tal forma que no se perjudique al otorgante extranjero cualquiera que sea la ley aplicable. Esto en unos pocos casos será muy difícil de conseguir, pero en la mayoría será factible si llenamos los requisitos de ambas leyes.

La postura del Juez, ya en una fase contenciosa, será muy diferente. Tendrá que elegir decididamente si acepta el reenvío o lo rechaza, y de aceptarlo tendrá que aplicar el régimen de gananciales que es el supletorio español. Ahora bien, si acepta el reenvío será por suponer que la legislación española manda se aplique no solamente las leyes internas extranjeras que regulan las relaciones entre esposos, sino también las normas de conflicto de leyes que señalan la *lex rei sitae*, y por ello deben aceptar éstas en toda su extensión, es decir, con la excepción de la doctrina de "the source" que ya hemos examinado. Por ello tendrá que averiguar de donde procede el dinero invertido en la adquisición del inmueble español y si, como será frecuente, éste procede de un Estado norteamericano en que el adquirente tenga su domicilio tendrá que aplicar la ley del domicilio. Por ello será importante que en los documentos referentes a inmuebles adquiridos por norteamericanos, procuremos consignar por declaración de los contratantes, la procedencia del dinero invertido en la adquisición. De la importancia de esta declaración para destruir la presunción del Código civil español en el artículo 1.407 se ha ocupado entre nosotros, con su habitual maestría, MANUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ (22) por su trabajo y por las decisiones de la jurisprudencia podemos comprobar que las declaraciones que los esposos hacen en el documento sobre esta materia tienen muy escaso valor. Ahora bien, en el derecho anglosajón, y en general en todos los derechos de separación de bienes, la trascendencia es muchísimo mayor, y por supuesto, será esencial para una buena redacción del documento si ade-

---

(22) MANUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *La confesión extrajudicial y el artículo 1.407 del Código civil* (Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XIII).

más de determinar los derechos de los esposos sobre la adquisición del inmueble, determina la ley aplicable al mismo.

Como consecuencia de cuanto antecede creo que se deben aplicar las siguientes reglas a los inmuebles adquiridos por norteamericanos:

a) *Cuando existen convenciones matrimoniales.*—Se aplicará lo dispuesto en las mismas en cuanto no afecte al orden público español. Estas convenciones son poco frecuentes en los Estados Unidos.

b) *Cuando no existan convenciones matrimoniales.*—Será el supuesto más corriente y en donde mayores dudas se puedan plantear sobre la ley aplicable. Dentro de este supuesto y con referencia principalmente a la contratación notarial debemos distinguir varios casos, o mejor, momentos.

*Adquisición del inmueble.*—Si adquiere uno de los esposos aisladamente la presunción en el derecho anglosajón está a favor del adquirente, a menos que dicha presunción sea destruida por declaraciones de dicho adquirente. Por ello considero muy importante concretar esta materia en términos de gran claridad, consignando la procedencia del dinero invertido y señalando incluso el Estado norteamericano en donde fue adquirido.

Si comparece solamente la esposa, creemos puede hacerlo sin necesidad de licencia marital, puesto que dicha licencia en el momento de la adquisición no la exige ningún Estado norteamericano y, por otra parte, no creemos que afecte al orden público español, máxime cuando el legislador español sigue una tendencia clara hacia la supresión de esta licencia, tendencia manifestada en las recientes Compilaciones de Cataluña y Baleares.

¿Prevalecería en España una acción de anulabilidad instada por el marido o sus herederos cuando faltase esta licencia? Creemos que en este caso los Tribunales no dudarían en aplicar la ley personal sin admitir el reenvío, especialmente en perjuicio de un súbdito español que probablemente suponía se aplicaría en esta materia la legislación extranjera.

*Enajenación del inmueble.*—Tenemos que distinguir dos supuestos:

a) *Propiedad común.*—Este supuesto de propiedad común puede darse no solamente en los países que se rigen por el sistema de la comunidad de bienes con respecto a los bienes comunes que nosotros denominaríamos gananciales, sino también con respecto al patrimonio familiar —homestead— e incluso a los bienes adquiridos conjuntamente por ambos esposos en los Estados en que se rigen por el sistema de la common-law.

La regla general respecto a la enajenación o gravamen de los bienes comunes es que se precisa el consentimiento de los dos esposos. Solamente en el Estado de Louissiana y la provincia canadiense de Quebec puede enajenar el marido los bienes comunes sin el consentimiento de la esposa, y la tendencia legislativa actual en pro de la equiparación de derechos entre los dos sexos va claramente en dirección a

la intervención conjunta de los dos esposos. En cuanto al "homestead", así lo establecen expresamente la mayor parte de los Estados en que se admite este patrimonio familiar. Y la misma intervención conjunta para la enajenación y gravamen es admitida en las diferentes tenencias en común reguladas en el derecho anglosajón.

Por ello estimo que solamente muy excepcionalmente y en cuanto se trate de norteamericanos domiciliados en Louissiana, se debe admitir la enajenación o gravamen realizada por el marido aisladamente, teniendo cuidado de comprobar la vigencia del derecho en el momento de la enajenación.

*Bienes propios.*—El marido, por regla general, podrá enajenar libremente sus bienes propios, pero puede tener una barrera para la plena eficacia de esta enajenación en los Estados en que "the dower" no está abolida o incluso en aquellos otros en que ha sido sustituido este derecho de la esposa por otro similar con afección real sobre los inmuebles adquiridos durante el matrimonio. Estudiaremos este problema más adelante.

En cuanto a la esposa, puede enajenar y gravar libremente sus bienes propios en la mayoría de los Estados norteamericanos. Únicamente está restringida su facultad de disposición en cuanto a los inmuebles en Carolina del Norte, Florida, Louissiana y Alabama. En Michigan, New-Hampshire y Vermont también se la prohíbe gravarlos en garantía de las deudas de su esposo. No obstante la plena eficacia de su enajenación puede estar limitada por los derechos de dower, curtesy u otros similares con afección real, que hemos visto subsisten en muchos de los Estados norteamericanos. Prescindiendo de estos derechos podría la mujer enajenar sus bienes propios sin el consentimiento de su marido en cuanto esté domiciliada en cualquiera de los Estados que no hemos citado, pero considero más prudente, y siempre que sea posible, exigir el consentimiento del marido mientras nuestro legislador o nuestra jurisprudencia no nos aclaren la cuestión del envío.

Y ahora se nos plantea un problema cuya resolución es muy importante: ¿Se aplicará la afección real anexa a la viudedad norteamericana a los inmuebles adquiridos por norteamericanos que tengan su domicilio en Estados donde aquélla está vigente, en España?

Tanto the dower como de curtesy, como aquellos derechos de viudedad modernos con afección real establecidos en muchos de los Estados norteamericanos, son muy similares, como ya espusimos, a la viudedad foral aragonesa, y por ello creemos que la doctrina y la jurisprudencia que aclaren la afección real de la viuda aragonesa puede servirnos para la averiguación de si el derecho similar de una viuda o viudo norteamericano afectaría al adquirente de un inmueble que enajenara o gravara el otro esposo en España.

En el derecho de viudedad norteamericano, al igual que en el aragonés, podemos distinguir dos fases:

*Durante la vigencia del matrimonio.*—El derecho expectante que la celebración del matrimonio atribuye, por ministerio de la ley, a los cónyuges solamente con respecto a los bienes inmuebles que hubieran aportado a aquél —en Aragón— o que con posterioridad adquirieran durante el mismo —en muchos de los Estados norteamericanos— así a título lucrativo como oneroso —en ambos Derechos— es un verdadero *derecho real*, puesto que afecta —erga omnes— a cualquier adquirente de dichos bienes. Ahora bien, ¿se aplicará esta afección real a los inmuebles adquiridos por norteamericanos en cuyos Estados está vigente, a los inmuebles que adquirieran en España?

PELAYO HORE (23), en su artículo sobre la viudedad foral aragonesa, expone: “Hay en España dos sistemas inmobiliarios; el de la propiedad no inscrita y el de la inscrita en el Registro. El primero está regido e inspirado por el principio “*Nemo dat quod non habet*”. Nadie transmite sino aquello que tiene, y si la cosa está gravada, con el gravamen se transmite, y esto aun cuando nada refleje el contrato, aun cuando el gravamen fuese desconocido por el adquirente y hasta para el propio transmitente. En el mundo extrarregistral las cosas son como son, no como parecen ser. En cambio, el sistema de la propiedad registrada viene inspirado en el principio de la apariencia. Las cosas, respecto a tercero, no son como son en la realidad jurídica, sino como según el Registro parecen ser, y frente a terceros la verdad jurídica cede frente a la verdad registral. En este régimen, los bienes se transmiten solamente con aquellas cargas que refleje el Registro de la Propiedad.” Ahora bien, advierte a continuación, aun en el sistema registral hay circunstancias de mero hecho y una serie de problemas, como los de capacidad, que quedan fuera de la protección registral y que, por consiguiente, son susceptibles de controversia aun en perjuicio de tercero. “En segundo lugar, hay veces que una que pudiéramos llamar “publicidad legal” se sobrepone a la publicidad registral, o, mejor dicho, se complementa de tal forma que el principio de que los derechos inscritos son tal como aparecen en el Registro deben rectificarse en el sentido de decir que los derechos son tal como el Registro y la Ley, conjuntamente, nos dicen que son, ... Y por último, no hay que olvidar que la protección a la apariencia exige que quien la invoque la merezca; por ello no puede el tercero parapetarse tras el contenido del Registro cuando le consta por otras fuentes de conocimiento que tal contenido no es íntegro o no es exacto.”

Y Pelayo Hore respecto a las fincas no inscritas llega a la conclusión de que no cabe duda que la viudedad, en su forma expectante, pesa siempre sobre las fincas que enajene el cónyuge aragonés sin consentimiento ni renuncia del otro cónyuge, “lo mismo si están sitas dentro que fuera de Aragón, lo mismo si en el contrato se ha consignado expresamente la posibilidad de que el usufructo nazca como si se ha omitido tal referencia a él. Si el marido cometió fraude fingiéndose andaluz cuando era aragonés, habrá que reclamarle daños y per-

---

(23) Artículo citado, pág. 179.

juicios, pero la esposa no pierde por ello su derecho de usufructo. Nadie da lo que no tiene, y el marido no puede vender libre de un derecho expectante las fincas que al mismo se hallan sujetas.”

Nos parece exagerada la conclusión a que llega Pelayo Hore respecto a las fincas no inscritas. Nada tendría que objetar si se tratase de inmuebles pertenecientes a aragoneses y situados en el mismo Aragón. A ellos les obliga plenamente el Apéndice foral aragonés. Pero no creo que suceda lo mismo con inmuebles sitos en territorio de Derecho común enajenados por aragoneses. No cabe duda que el derecho de viudedad es un derecho matrimonial sujeto al estatuto personal, pero en su fase expectante es un verdadero derecho real, y como tal derecho real está sujeto a la ley territorial y, por consiguiente, al imperio del artículo 10, párrafo 1.º, del Código civil. Es una más, entre las numerosas veces, que el Derecho internacional privado y en el Derecho inter-regional se entrecruzan entre sí la ley personal y la ley territorial. Es preciso distinguir entre el campo de aplicación de la una y de la otra. Que en este caso la equiparación entre las normas de derecho inter-regional e internacional se completa parece demostrarlo el artículo 14 del Código civil cuando dice: “Conforme a lo dispuesto en el artículo 12, lo establecido en los artículos 10, 9 y 11, respecto a las personas, los actos y los bienes de los españoles en el extranjero y de los extranjeros en España, es aplicable a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil.”

Y si hay alguna cuestión completamente clara entre los internacionalistas privados, es la de sujetar a la ley territorial todo lo relativo a la constitución y extinción de los derechos reales. Para solamente citar las opiniones de los más autorizados, veremos que NIBOYET (24) expone: “La ley de la situación interviene cada vez que se plantea una cuestión acerca del régimen de los bienes. Las principales aplicaciones de esta regla son las siguientes: 3.º A los derechos reales, privilegios, prendas... La *lex rei sitae* determina cuáles son estos derechos reales, cómo nacen, se publican y se extinguen, así como los efectos que producen.” BATIFOL (25) nos dice que el usufructo se regirá por la ley de la situación, cualquiera que sea su origen contractual o legal —usufructo del cónyuge—. La ley real define el régimen del derecho creado, la ley contractual, sucesoria o personal, las condiciones de existencia, la duración y extensión del derecho.

Según RABEL, la doctrina de todos los países (26) está de acuerdo en que la *lex situs* determina: “si sólo un número determinado sobre la propiedad son admitidos —*numerus clausus*— o las partes pueden crear nuevas clases de derechos, como se permite en la *common-law* y es discutido en Francia, qué extrínsecos requisitos existen para las

(24) Principios de Derecho Internacional Privado, traducidos por Andrés Rodríguez Ramón, pág. 488.

(25) BATIFOL, *Traite élémentaire de Droit International Privé*, 2.ª edición 1955.

(26) RABEL, obra citada, volumen IV, pág. 49.

transmisiones... Esto incluye también los requisitos del consentimiento, buena fe y otros elementos de adquisición del propietario."

Y el mismo Rabel, en el volumen I de su citada obra, al tratar de la relación entre la propiedad marital y la *lex situs*, se pregunta: ¿qué problemas deben ser gobernados en todos los países por la *lex situs*?, y contesta: "la *lex situs* determina, naturalmente, la clase de derechos de propiedad y su creación, transmisión, modificación y extinción y decide en que extensión hay buena fe por el adquirente y en qué medida se debe extender la protección de los acreedores. En su aplicación a los problemas de la propiedad marital, la ley del sitio puede entrar en conflicto con la ley personal. La ley personal puede conceder a uno de los esposos un derecho de propiedad en los inmuebles del otro, *por ejemplo, un gravamen, el cual es desconocido en el sitio del inmueble*, o la ley personal puede disponer que inmediatamente después del matrimonio y sin ninguna transmisión, ciertos bienes de los esposos son transformados en fondos de la comunidad, mientras dicha transformación por inmediata operación de la ley es desconocida bajo la ley del sitio. En todos estos casos la ley del *sitio prevalece sobre la ley personal* en tanto en cuanto tales inmediatas cuestiones sobre la propiedad son afectadas. De esta forma, el Tratado de Montevideo de 1889 limita la ley del matrimonio del domicilio siempre que su aplicación esté prohibida por la ley del sitio donde la propiedad, con la significativa redacción, en el Tratado de 1940, a materias de *estricto carácter real*, al cual pertenecen los derechos reales." Y a continuación, RABEL ilustra su opinión con un ejemplo: "Antes de la modificación del Derecho civil germánico, una pareja domiciliada en Westfalia, vivía bajo el sistema de comunidad, y de esta forma la tierra adquirida por uno de los esposos después del matrimonio caía en comunidad de ambos esposos. La mujer adquirió tierra en Sajonia, donde la adquisición por ambos esposos no podía tener lugar sin una transmisión del uno al otro. El Tribunal de Apelación de Sajonia mantuvo que solamente la esposa era propietaria, pero que estaba obligada, por razonable aplicación de la ley personal, a ejecutar una transmisión apropiada" (27).

Por último, si algún sentido debe tener el párrafo final del artículo 1.325 del Código civil cuando dice: "todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los inmuebles", es, según interpreta la mayor parte de la doctrina, el deseo del legislador de que prevalezca la ley territorial sobre la personal en aquellas cuestiones que se refieran a los inmuebles y que sean de la tradicional competencia de la primera.

Después de la clarísima exposición de Rabel pocas dudas nos quedan sobre el destino del derecho expectante de viudedad en los territorios de Derecho común. El derecho de viudedad, en su fase expectante, es un derecho *real desconocido en el sitio del inmueble* cuando éste se encuentra dentro del territorio de Derecho común español, y por ello, ya se trate de un aragonés o de un norteamericano, la ley

(27) RABEL, obra citada, volumen I, pág. 360.

personal de ambos cede ante la *lex situs* española. Y como ésta desconoce dicho derecho expectante, no es posible que este tenga ningún efecto sobre un adquirente. Únicamente si la esposa consiguiera asegurar su derecho —por medio de una hipoteca— creemos podría afectar su derecho a un tercer adquirente del inmueble.

Quizá hubiera sido preferible, al menos en cuanto afecta a los aragoneses, que el problema hubiera sido centrado sobre la enajenación conjunta de ambos esposos, como nos dice Pelayo hacia el fuero “*Ne vir sine uxore*”, dado por Don Jaime en las Cortes de Huesca, y prescribía también el Proyecto de Apéndice Aragonés de 1899, según Sancho Rebullida (28), pues si así se hubiera enfocado el problema, ninguna duda quedaría de que, por tratarse de un problema de capacidad, se regiría por la ley personal de los contratantes, o por la ley del régimen matrimonial. Pero puesto que no ha sido así, creemos debe prevalecer el imperio de la *lex rei sitae*.

No obstante lo anteriormente expuesto, en una fase prejudicial del problema, como es la notarial, el Notario, siempre que sea posible, debe procurar la intervención, tanto en el caso de aragoneses como norteamericanos domiciliados en Estados en que aún está vigente the *dower*, the *curtesy* o algún derecho con afección real, del otro esposo y reflejar en el documento la renuncia de éste a su derecho de viudedad. De esta forma, desaparecerían también los posibles efectos obligacionales que tal derecho pudieran entrañar para el otro esposo.

*Una vez disuelto el matrimonio.*—Hemos visto que una vez disuelto el matrimonio el derecho expectante se convierte en un “*life interest*” del cónyuge superviviente. Este derecho tiene tal analogía con nuestro usufructo que no cabe duda que respecto a los inmuebles situados en España, y también por imperio de la ley territorial, aplicaríamos este derecho real en cuanto a su régimen, pero sujeto, como expone Battifol en la opinión que anteriormente hemos transcrito, en cuanto a la existencia, duración y extensión a la Ley del Estado norteamericano de que se trate, siempre que no sea aplicable en cuanto a la totalidad la ley española si admitimos el reenvío.

---

(28) SANCHO REBULLIDA, *La viudedad foral aragonesa en Anuario de Derecho Aragonés*, 1956-57.