

VECINDAD CIVIL DE LA MUJER CASADA
Nuevas reflexiones en torno a la inconstitucionalidad sobrevenida
del artículo 14.4 del Código Civil y la retroactividad de la
Constitución española
en relación a los modos de adquisición de su vecindad civil

ANA-PALOMA ABARCA JUNCO / MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA*

Cuadernos de Derecho Transnacional

www.uc3m.es/cdt

Vol. 3, Nº 2,
Octubre 2011, pp. 194-202

ISSN 1989-4570

[Acceso al documento](#)

*Profesora Titular de Derecho internacional privado

Facultad de Derecho

Universidad Nacional de Educación a Distancia

E- 28040 MADRID

mvgas@der.uned.es

Documento depositado en el repositorio institucional [e-Spacio UNED](#)



VECINDAD CIVIL DE LA MUJER CASADA

Nuevas reflexiones en torno a la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 14.4 del Código Civil y la retroactividad de la Constitución española en relación a los modos de adquisición de su vecindad civil

por ANA-PALOMA ABARCA JUNCO / MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA

Resumen: Las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 3 de marzo de 1994, de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de noviembre de 2003 y del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2009 permiten una nueva reflexión acerca de la determinación de la vecindad civil de la mujer casada - adquirida antes de la Constitución Española- en relación a la ley aplicable a la sucesión. El TSJ de Navarra confirma la vecindad civil navarra del marido - adquirida en 1965- si bien ajustando el resultado material del supuesto mediante la aplicación de otra ley (la catalana) en atención a la especificidad del caso. La AP de Barcelona niega la aplicación del derecho navarro a la sucesión de la esposa e interpreta aplicable el derecho catalán por entender que la vinculación de la mujer casada a la vecindad civil del esposo dejó de tener efectos una vez vigente la Constitución Española, aplicando retroactivamente la misma para negar eficacia al artículo 14.4 del Código civil (en su redacción vigente en ese momento). El Tribunal Supremo confirma esta última sentencia con fundamento en la inconstitucionalidad sobrevenida del mencionado artículo del Código civil, que argumenta en base a la STC de 14 de febrero de 2002. El presente trabajo pretende poner de relieve algunos problemas y elaborar una propuesta de solución no necesariamente acorde con los fundamentos jurídicos de las sentencias comentadas.

Palabras clave: Vecindad civil: adquisición y pérdida. Sucesión: ley aplicable. Fraude de ley: requisitos. Inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 14.4 del Código civil.

Abstract: The rulings of the Supreme Court of Navarra (*Tribunal Superior de Justicia de Navarra*) dated March 3, 1994, the Provincial Court of Barcelona (*Audiencia Provincial de Barcelona*) dated November 4, 2003 and the Supreme Court (*Tribunal Supremo*) dated September 14, 2009 allow for a new analysis on the determination of the civil residence of a married woman, acquired before the Spanish Constitution, in relation to the law applicable to the succession. The

Tribunal Superior de Justicia de Navarra confirms civil residence of the husband -acquired in 1965 - while adjusting the result of the matter through the application of another law (catalana) given the particular circumstances of the case. The *Audiencia Provincial de Barcelona* denies the application of Navarran laws to the wife's inheritance and considers Catalan laws to be applicable on the basis that the relationship of a married woman to her husband's civil residence ceased to have effects upon effectiveness of the current Spanish Constitution, retroactively applying the same to deny the effectiveness of Article 14.4 of the Civil Code (in its version in force at that time) The Supreme Court upholds such a ruling on the grounds of a sudden unconstitutionality of that article of the Civil Code, which it argues based on the ruling dated February 14, 2002. This paper aims to highlight some problems and develop a proposed solution which is not necessarily consistent with the legal grounds of the judgments discussed

Key words: Regional citizenship: acquisition and loss. Succession applicable law. Fraud: requirements. Sudden unconstitutionality of Article 14.4 of the Civil Code.

Sumario: I. Introducción.- II. Posición de la jurisprudencia comentada frente a los problemas derivados de la vecindad civil de la mujer casada.- III. Algunas referencias a la jurisprudencia y doctrina de la DGRN en relación a la retroactividad de la Constitución en materias afines.- 3.1. Los problemas en materia de adquisición y pérdida de la nacionalidad española.- 3.2 Los problemas en el artículo 9.2 del Código civil y su inconstitucionalidad.- IV. La retroactividad de la Constitución en relación a la vecindad civil de la mujer casada. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. Las tres sentencias objeto de este comentario están vinculadas a un mismo asunto: la discusión de la determinación de la vecindad civil de la mujer casada adquirida con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978. Los tres órganos

jurisdiccionales que conocieron de este asunto dieron lugar a sendos pronunciamientos en los que se abordan algunas cuestiones de Derecho internacional privado de interés a los efectos de este trabajo. En concreto, las Sentencias objeto de análisis son las siguientes: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y Penal), de 3 de marzo 1994 (RJ/1994/2115); Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4ª), nº 752/2003 de 4 de noviembre (AC/2003/1818); y, finalmente, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 588/2009 de 14 de septiembre (RJ/2009/4445, comentada por A. FONT I SEGURA, *REDI* 2009, 2 vol. LXI pp.527-531).

2. Los antecedentes de hecho que consideramos relevantes para estas reflexiones traen causa del asunto del que conoció el TSJ de Navarra en la primera de las sentencias citadas. Estos hechos se concretan en los siguientes datos: el causante, casado, con dos hijos y con vecindad civil catalana de origen, había otorgado ante Notario varios testamentos abiertos en diferentes fechas consecutivas, siendo el último de estos de 1947. En dichos testamentos afirmaba tener vecindad civil catalana, instituía herederos por iguales partes a sus dos hijos y legaba el usufructo universal de sus bienes a su esposa. Posteriormente, en 1965 el causante compareció ante el Juzgado de Paz de Betelu y declaró su deseo de adquirir la vecindad civil navarra afirmando que estaba residiendo en la mencionada localidad. Declaración que en 1968 y mediante mandatario reiteró ante el Registro Civil de Pamplona. Dicha declaración causó inscripción marginal en el acta de nacimiento de ambos cónyuges, al ser adquirida (dicha vecindad civil) por la esposa en virtud del principio de unidad familiar sobre el que se asentaba el entonces vigente artículo 15.3 del Código civil.

Debido a desavenencias familiares entre el causante y uno de sus hijos (en lo sucesivo, H1), aquel otorgó nuevo testamento en 1967, también en Barcelona, en el que legaba a su esposa el usufructo universal de sus bienes, instituía heredero a su otro hijo (en lo sucesivo, H2) y legaba a ambos hijos la legítima que en derecho catalán les correspondiera. En este testamento no se hizo expresa mención a que el otorgante tuviera vecindad civil catalana aunque sí que era natural y vecino de Barcelona. Un testamento posterior fue otorgado con parecido contenido en 1970, si bien reducía el importe de la legítima que en los instrumentos anteriores había consignado a favor de su hijo H1. Dos testamentos más fueron otorgados en 1976 y 1981 en los que, sin efectuar mención expresa a la vecindad civil, venía a desheredar a su hijo H1 sustituyéndolo por

sus descendientes (1976) y legando a sus cuatro nietas “y a las que en los sucesivo pudiera tener el hijo desheredado, lo que a este por legítima le hubiere correspondido ocupar pasando a ocupar el lugar del mismo” (1981). Fallecido el causante en 1986, el hijo desheredado (H1) y sus hijas presentaron demanda contra H2 (hermano y tío de los demandantes) y contra la viuda (madre y abuela de los mismos) solicitando, entre otros pedimentos, la nulidad de los testamentos otorgados a partir de 1967 y la declaración del testamento de 1947 como único válido.

En lo que aquí interesa, la disputa recae en la determinación de la vecindad civil del causante (catalana o navarra); para, de este modo, saber cuál de las leyes en presencia habría de regir la sucesión. La determinación de una u otra ley no es cuestión menor ya que las donaciones hechas por el causante a su hijo H2 eran consideradas colacionables en el derecho catalán y no lo eran en el navarro, de tal modo que el caudal relicto -y por tanto la legítima- variaban.

II. Posición de la jurisprudencia comentada frente a los problemas derivados de la vecindad civil de la mujer casada

3. Más allá de este dato nuclear, la sentencia del TSJ de Navarra ofrece otros elementos de reflexión en sede de Derecho internacional privado. Estos elementos pueden ser agrupados en torno a tres cuestiones distintas aunque indudablemente conectadas en el caso en cuestión. Así: en orden a la adquisición/pérdida de la vecindad civil, el efecto de la declaración de voluntad expresa e inscrita versus la residencia continuada (a); la integración (judicial) de dos derechos distintos (navarro y catalán) en pro de un resultado de justicia material ad hoc (b); y, el posible fraude a la ley en la adquisición de la vecindad civil (navarra) (c).

- a. Declaración de voluntad expresa e inscrita versus la residencia continuada en orden a la adquisición/pérdida de la vecindad civil.- En primer lugar interesa destacar como se afirma en la sentencia, el hecho –acreditado- de la adquisición de la vecindad civil navarra por parte del causante en virtud de la Declaración efectuada el Registro Civil de Pamplona, en la que acreditó una residencia de más de dos años en Betelu. El problema remite al valor probatorio de las inscripciones del Registro Civil (art. 327 del Código Civil y 2 y 4 de la Ley de

Registro Civil). Y en esta sede se plantea la cuestión de que no es posible que la vecindad civil ganada en virtud de declaración expresa se pierda (como mantenía la sentencia recurrida) por residencia de diez años en otro territorio sin declaración expresa. Pues, dice esta sentencia que:

“aquella declaración con constancia en el Registro, no necesita ser reiterada para conservarla”. Claro es –continúa- que se está impugnando la correspondiente inscripción, lo que puede hacerse al no ser absoluto el valor de las actas, (...) cuando ante los Tribunales se suscita contienda sobre el estado civil, pero es lo cierto que esa impugnación no se ha formalizado en este caso en la forma en que la ley previene....”

- b. La integración (judicial) de dos derechos distintos (navarro y catalán) en pro de un resultado de justicia material *ad hoc*.- Esta segunda cuestión es a nuestro entender de sumo interés. En concreto se trata de la consideración que hace el Tribunal respecto a la aplicación de las normas. Afirma que si bien es aplicable el derecho navarro, también el derecho catalán, si no de aplicación directa al caso, sí viene a serlo como elemento interpretativo de la voluntad del causante, tal y como determinó la sentencia recurrida (FJ 5º). Interpretación que no fue objeto de recurso “que en consecuencia ha de ser respetada por esta Sala”; cuestión que no carece de lógica dado el grado de integración en la sociedad catalana donde siempre vivió el causante. Por tanto, la aplicación de la ley catalana al asunto de la colación de bienes donados no lo es por ser de aplicación directa al caso sino por una interpretación de los deseos del causante que, obviamente no se opone al derecho navarro que consagra el sistema de libertad de disposición “*mortis causae*”. De este modo, el tribunal parece recurrir a una armonización de dos leyes en presencia, supuesto típico de adaptación, pero con la especialidad de que es solo una cuestión en litigio que se trata de solucionar con la conjunción de dos derechos autonómicos distintos de los que sólo uno es realmente aplicable. Nos encontramos, pues, ante una especie de Derecho internacional privado “en dos escalones” en el que primero se determina la ley aplicable y luego se trata de ajustar los resultados materiales a los que se llega dependiendo de la especificidad de cada caso, doctrina que encontramos en diversos autores (H. LEWALD, « Règles générales des conflits de lois »

(Contribution à la technique du droit international privé), *R. des C.*, T. 69, 1939-III ; E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *R. des C.*, T.251, 1995). Es, en definitiva, la utilización de una norma material especial de fuente judicial que permite utilizar el derecho como un simple dato que contribuye a la integración de ambos derechos buscando una solución ad hoc. En términos similares es lo que H. JESSURUM D'OLIVEIRA aludió en 1986 con el nombre de “Krypto-internationalesprivatrecht” (en *Z.f.R.V*, p. 246). En todo caso, no estamos lejos de una “cierta manipulación” de las normas por parte del Juez para alcanzar un resultado de justicia material.

- c. El fraude a la ley en la adquisición de la vecindad civil.- La tercera cuestión se refiere al fraude de ley, haciendo constar el Tribunal que no puede aceptarse que la adquisición de la vecindad civil Navarra, como alegaba el demandante (H1), por parte del causante se hiciera en fraude de ley, ya que no hay datos en el litigio que así lo indiquen. No entraremos ahora en esta cuestión por ser colateral en el contexto de este comentario, por lo que únicamente haremos una breve reflexión al final de este comentario.

4. Hasta aquí la primera de las sentencias comentadas. La segunda proviene de la Audiencia Provincial de Barcelona y los hechos son los siguientes. Se trata de la sucesión de la esposa, fallecida en 1997, del causante cuya herencia fue objeto de la sentencia del Tribunal Superior de Navarra anteriormente comentada. De nuevo se suscitan conflictos en cuanto a la herencia de la misma. Y, por tanto, de la ley que regirá la sucesión y también del posible fraude en la conservación de la vecindad.

5. Empezando con el tema de la ley aplicable a la sucesión (ley nacional, - vecindad civil en este caso-, del causante en el momento del fallecimiento según reza el artículo 9.8 del Código civil y el artículo 16.1 del mismo cuerpo legal). Como se analizó en la sentencia anterior, el esposo de la causante adquirió la vecindad civil Navarra en virtud de la Declaración que efectuó ante el Registro Civil de Pamplona en el año 1968 en la que acreditó una residencia de mas de dos años en Betelu. Estando entonces vigente el precepto que disponía que la mujer casada siguiera la vecindad civil del marido, la esposa adquirió tal vecindad como así consta en el Registro civil de Pamplona. Cierto es que tal forma de adquisición de la vecindad no exigía la declaración ante el Encargado del Registro civil, por lo que tal declaración formal -en el

caso de la mujer casada- era imposible siendo suficiente la firma, como la causante hizo. De tal modo que, en principio y en el momento del fallecimiento, la causante tenía vecindad civil Navarra según consta en el Registro civil.

6. Frente a esta posición la Audiencia Provincial de Barcelona -en la sentencia que ahora comentamos- mantiene un criterio distinto. Partiendo de los hechos antes relatados sostiene que no habiendo hecho la declaración expresa ante el Encargado del Registro y, por tanto, habiendo adquirido tal vecindad en base al derogado artículo 14.4 del Código civil (que imponía a la mujer casada la adquisición de la vecindad del marido; dando a entender que la declaración realizada por este no presupone la del cónyuge), no son relevantes para este supuesto las numerosas sentencias que señalan que no se pierde la vecindad por residencia de 10 años en otro territorio si la vecindad anterior se adquirió por declaración expresa ante el Encargado del Registro civil y dos años de residencia (art.5.1 C. civil).

7. Por tanto, la postura de la Audiencia significa que es únicamente el hecho de la ausencia de declaración expresa por parte de la mujer (por otra parte imposible en su momento) lo que da lugar a la inconstitucionalidad y lo que permite que se adquiriera la vecindad tras diez años de residencia, aún en el caso de existencia de otra anterior adquirida voluntariamente. De ahí que la aplicación de la Constitución Española en el año 1978, y en concreto de su artículo 14, no encuentra obstáculo ya que al “no haber declaración expresa” la inscripción no tiene el mismo valor. ¿Quiere esto decir que si la mujer hubiera hecho declaración expresa ante el Encargado a pesar de que su adquisición lo fuera por seguir la vecindad del marido no habría cambiado de vecindad por residencia posterior de 10 años en Cataluña?.O en otras palabras ¿Qué el artículo 14 de la CE no sería aplicable? ¿Hasta donde llega pues la aplicación inmediata de la Constitución española? ¿Dónde está la inconstitucionalidad, en la falta de declaración expresa o en artículo 14.4 del Código civil que obligaba de la mujer de seguir la vecindad del marido con o sin declaración expresa?

En opinión de la Audiencia Provincial de Barcelona, la aplicación de la Constitución y de su artículo 14 es inmediata en este supuesto (recordemos, no declaración expresa). De tal modo, que una vez en vigor deja de surtir efecto la vinculación de la mujer a la vecindad civil de su esposo al quedar derogado el artículo 14.4 del Código civil, que así lo imponía, por ser claramente inconstitucional y en virtud

de la Disposición Derogatoria apartado 3 de la CE por el que quedaron derogadas las disposiciones que a ella se opusieran. Entramos pues de lleno en la inconstitucionalidad del artículo 14.4 del Código civil en su redacción anterior y en la retroactividad de la CE, cuestiones que veremos a continuación.

8. Entramos ahora en la tercera de las Sentencias objeto de examen (Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2009). En esta sentencia se confirman las consideraciones de la anterior y además se responden de forma conjunta a varias cuestiones planteadas en distintos motivos del recurso, todas ellas de enorme interés.

En primer lugar, se denuncia el incumplimiento de la disposición transitoria de la Ley 11/1990 que permitía a la mujer casada recuperar la vecindad civil que ostentaba antes de contraer matrimonio siempre y que lo solicitara en forma expresa y en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley. Con toda razón, a nuestro parecer, opina el recurrente que el significado de esta Disposición es clara. En efecto, en primer lugar, su existencia deriva del que el legislador daba por hecho la vigencia del art. 14.4 del Código civil antes de la entrada en vigor de la Ley de 1990. Si no hubiera sido así todas las mujeres casadas habrían recobrado su vecindad haciendo superflua tal Disposición.

En segundo lugar, opina el recurrente, que si no se hace la declaración en el plazo que indica la disposición transitoria citada se supone que se conserva la vecindad civil que se ostenta. Otra interpretación significaría la inoperancia de tal Disposición.

En tercer lugar, la exigencia de que para haber mantenido la vecindad por razón de matrimonio la declaración hubiera tenido que ser expresa supone dar efectos retroactivos al actual artículo 14 del Código civil, que no existía cuando se adquirió tal vecindad, momento en el que no estaba prevista tal declaración expresa. Por tanto, la adquisición de tal vecindad no fue un acto nulo, porque era válido conforme a la legislación vigente en el momento.

En cuarto lugar, el recurrente hace referencia a una serie de cuestiones tales como a la vecindad civil (estado civil), a la necesidad de seguridad jurídica y al valor, por tanto, de las Actas del Registro y, finalmente, denuncia la infracción del artículo 14.5 del Código civil que establece que la vecindad civil adquirida (por declaración expresa) no tiene que ser reiterada.

Todos estos motivos, a nuestro entender perfectamente coherentes, se contestan en la Sentencia del Tribunal Supremo con un único argumento: la inconstitucionalidad sobrevinida del artículo 14.4 del Código civil y para argumentar tal posición se basa

casi exclusivamente en la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2002, de 14 de febrero (RTC 2002\39). Sentencia referida a la inconstitucionalidad del artículo 9.2 del Código civil que utilizaba la conexión ley nacional del marido para designar la ley aplicable a los efectos del matrimonio.

III. Algunas referencias a la jurisprudencia y doctrina en relación a la retroactividad de la Constitución en materias afines

9. En lo que se refiere al Derecho internacional privado, estamos ante uno de los problemas más frecuentemente planteados en la práctica judicial española: el relativo a la determinación en el tiempo de la norma reguladora del foro, bien sea material o de conflicto. Cuestión que plantea problemas de derecho transitorio, agravados cuando éste se ve afectado por un cambio en los principios generales del ordenamiento jurídico producido en este caso por la Constitución española.

Teniendo en cuenta que tanto en esta materia (vecindad civil) —pero también en otros preceptos relativos a la nacionalidad y a los efectos del matrimonio— era preferente la ley del marido sobre la de la esposa, se ha suscitado el problema de la constitucionalidad de estas normas y, consiguientemente, la aplicación retroactiva de la CE.

Según reiterada jurisprudencia, aunque la CE tiene valor normativo inmediato en algunos de sus preceptos, su retroactividad sólo alcanza “a aquellas leyes, disposiciones, resoluciones o actos anteriores a ella” y que “no hubieran agotado sus efectos” con anterioridad a su promulgación (STC 43/1982, de 6 de julio). También es jurisprudencia constante que tal aplicación retroactiva “tan solo podrá tener lugar cuando dichas situaciones no hayan agotado sus efectos con anterioridad a la promulgación de la Constitución” (entre otras, STS de 9.12.1986 RJ 1986\7224, FJ 2).

3.1.- Los problemas en materia de adquisición y pérdida de la nacionalidad española

10. Tomando como ejemplo las soluciones en materia de nacionalidad y comparándolas con la adoptada por el TS en la sentencia citada respecto a la norma del

Código civil que disponía que la mujer casada seguiría la vecindad de su marido, vemos que son muy diferentes.

En efecto, en la disposición transitoria primera de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre de reforma de la nacionalidad se dispone “La adquisición o la pérdida de la nacionalidad española, conforme a la legislación anterior mantienen su efecto, aunque la causa de adquisición o pérdida no esté prevista en la ley actual”.

Las Resoluciones de la DGRN son constantes tanto en la pérdida de la nacionalidad española por matrimonio con extranjero que se mantiene:

(...) “no importa que esta forma de pérdida haya sido derogada por normas posteriores, pues ninguna de ellas tiene la eficacia retroactiva máxima de no dar por producidos efectos jurídicos ya agotados de una relación anterior (...) si no se recupera legalmente como podía haber hecho hasta el año 1997” (Resolución de 7 de octubre de 1996).

como en el caso de la mujer casada con español que la adquirió por matrimonio, que no la pierde por no haber declaración o conducta que implique tal pérdida (Resolución de 10 de mayo de 1996).

Si bien no es comparable la nacionalidad con la vecindad civil (pues si bien ambos son estados civiles de la persona la segunda carece de proyección política y tiene un carácter puramente privado), los criterios de atribución y pérdida (de la vecindad) se han inspirado desde el Código civil de 1889 en los adoptados para la nacionalidad, si bien con especificidades derivadas de su distinto carácter. Además, es de destacar que la el principio de unidad familiar que hacía depender la nacionalidad de la mujer respecto de la del marido desapareció en 1975 mientras que en el supuesto de la vecindad civil se produjo en 1990.

3.2. Los problemas en los efectos patrimoniales del matrimonio: el artículo 9.2 del Código civil y su inconstitucionalidad

11. En relación al régimen económico matrimonial, era y es jurisprudencia constante la consideración de la aplicación de la ley nacional del marido (art. 9.2 C.

civil en su redacción anterior) en los casos en que el matrimonio tuviera lugar antes de la reforma del Código civil de 1990, como sucedió en la sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1986 (RJ 1986\5327) y 9 de diciembre de 1986 (supra cit.) y las sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares de 15 de julio de 2002 (AC 2002\1422) y 10 de septiembre de 2002 (JUR 2002\272157).

El momento de celebración del matrimonio era el que se tomaba en consideración en dicha norma para determinar el régimen matrimonial. Por tanto, la ley aplicable era la vecindad civil del marido considerada como su ley personal en el momento de la celebración del matrimonio. En el caso del artículo 9.2 del Código civil los efectos jurídicos se habían producido en el mismo momento de la celebración ya que de él derivaba el régimen de bienes que era, según la legislación de entonces, inmutable en el tiempo. Es en esta inmutabilidad en el tiempo de los efectos del matrimonio en la que se basa gran parte de la jurisprudencia anterior ya citada para declarar aplicable el artículo 9.2.

La declaración de inconstitucionalidad del artículo 9.2 por parte del Tribunal Constitucional ha cambiado en parte esa jurisprudencia, ya que solo en principio -y como argumenta la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares 10.9.2002 interpretando la sentencia del Tribunal Constitucional,- se refiere a los matrimonios celebrados tras la Constitución -que es la que deroga ese artículo- ya que lo que el TC ha decidido es “declarar inconstitucional y derogado por la Constitución el artículo 9.2 del Código...”. Y por ello, no significa la nulidad del artículo ex nunc sino su derogación por la Constitución española, es decir a partir del año 1978. Los efectos jurídicos ya producidos antes de esa fecha se mantienen. En esta sentencia la Audiencia cita el artículo 9 de la CE (prohibición de la retroactividad) afirmando que la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 9.2 C.c: “no opera con retroactividad de grado máximo (...) ya que la aplicación de la nueva norma alcanzaría a efectos jurídicos ya producidos (...) y que (...) tal conclusión debe entenderse respecto de las situaciones producidas a partir de la promulgación de la Constitución (...)”. Afirmando que lo contrario produciría una tal inseguridad jurídica que habría que replantear innumerables situaciones familiares ya consolidadas atentando al principio de seguridad jurídica artículo 9 de la Constitución.

12. Aun así, en muchos casos esto puede afectar no sólo a la prohibición de la retroactividad y a la seguridad jurídica (artículo 9 CE) sino también dar lugar a

situaciones injustas. En efecto, la declaración de inconstitucionalidad afecta a la norma jurídica “si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada” (art.161 CE). Sentencias que no han sido pocas y que han resuelto a favor del mantenimiento del artículo 9.2. Por tanto, los que no llegaron a juicio obtendrán a partir de ahora una solución distinta.

IV. La retroactividad de la Constitución en relación a la vecindad civil de la mujer casada: Reflexiones finales

13. Como antes hemos destacado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2009 argumenta en base a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 2002, aun cuando esta última se refiere al artículo 9.2 del Código civil en su anterior redacción y no al anterior artículo 14.4 (referido a la vecindad civil). Es decir, en un caso (STC) se refiere a la aplicación de la ley nacional del marido a los efectos del matrimonio y en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo a la vecindad civil de la mujer adquirida por matrimonio.

14. Ahora bien, el problema se centra en saber si la posible retroactividad de la CE (y la doctrina citada anteriormente) alcanza a la vecindad civil adquirida por razón de matrimonio. Hay que resaltar que, hasta la Sentencia del Supremo que comentamos, ni la jurisprudencia ni la doctrina de la DGRN apoyaban esta solución.

En relación a la vecindad civil, las resoluciones de la DGRN consideran por una parte que si la mujer dejó transcurrir el plazo que le otorgaba la Disposición Transitoria de la Ley 11/1990, de 15 de octubre para recobrar su anterior vecindad, se estima que hay un consentimiento tácito para conservar la adquirida por razón de matrimonio, lo que apunta a una acercamiento de soluciones con la nacionalidad, rota como veremos, por las sentencias comentadas. Y por otra parte, es doctrina reiterada de la DGRN que hasta la reforma introducida por la citada Ley 11/1990 que se suprime el principio de unidad familiar en sede de vecindad civil eran aplicables las normas vigentes en el momento de celebración del matrimonio (ex art. 15 C.c en su anterior redacción).

En efecto, en relación a la doctrina de la DGRN, la Resolución de 7 de octubre de 1999 estima que la interesada no puede conservar la vecindad civil Navarra puesto que la perdió por razón de matrimonio celebrado en 1990, meses antes de la

promulgación de la Ley 11/1990, y no se acogió a la disposición transitoria de la misma. En esta Resolución sí se argumenta en torno al efecto retroactivo de la Constitución, que concluye negando ya que “la apuntada discriminación contra la mujer era más formal que real a la vista de que sus derechos fundamentales no sufren variación por estar sujeta a una u otra vecindad”.

En su Resolución de 24 de enero de 2005 expresamente se afirma, sin mencionar en absoluto la posible inconstitucionalidad del anterior artículo 15 del Código civil, que éste se mantiene hasta la reforma introducida en la Ley 11/1990 de 15 de octubre y en este sentido se mantiene también el derecho de la mujer de hacer una declaración de conservación de la vecindad civil catalana (ante el Registro civil en el año 2004) que “el marido adquirió por residencia de diez años en Cataluña, y ella misma por seguir la condición de aquel, en aplicación de la legislación entonces vigente”. La Resolución reafirma en este tema concreto la opinión de la Encargada de que nunca perdió la vecindad adquirida por matrimonio al no haber ejercitado en su día la opción que le dio la transitoria de la Ley de 1990 por lo que “habría que estimar que su actitud envolvió un consentimiento tácito para mantener la adquirida por matrimonio” y por tanto la aplicación al caso del anterior artículo 15 del Código Civil.

15. De la lectura de las tres sentencias objeto de este comentario, nos surgen algunas dudas respecto al acierto de algunas de sus afirmaciones que han venido a cambiar el sentido de las soluciones antes otorgadas a este tema y que han sido expuestas en el anterior párrafo.

La primera se refiere a la postura de la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia de 4 de noviembre de 2003 respecto a la pérdida de la vecindad civil. Para la Audiencia es únicamente el hecho de la ausencia de declaración expresa por parte de la mujer (por otra parte imposible en su momento) lo que permite que la aplicación de la Constitución Española de 1978 -y en concreto de su artículo 14- no encuentre obstáculo ya que al “no haber declaración expresa” la inscripción no tiene el mismo valor.

Pero, parece evidente que la inconstitucionalidad no debe derivar de si hubo o no declaración expresa por parte de la esposa en ese modo de adquisición sino en la inconstitucionalidad del artículo 14.4 del Código civil que imponía a la mujer casada seguir la vecindad civil del marido, luego afectaba a cualquier modo en que se hubiera adquirido la misma.

16. La segunda reflexión se refiere a la retroactividad o no del artículo 14 CE en referencia a las dos maneras de adquisición de la vecindad civil. En efecto, la mujer casada que seguía la vecindad civil de su marido ex artículo 14.4 del Código civil, la adquiriría por cualquiera de las formas existentes en el Código. Bien por residencia de 10 años sin declaración en contra o bien de dos años con declaración dependiendo de cuál hubiera sido el modo en que su cónyuge la adquirió.

A nuestro entender cada una de las formas de adquisición tiene diferentes consecuencias.

La vecindad civil es un estado civil de la persona, y su adquisición es un efecto jurídico que se realiza inmediatamente celebrado el matrimonio, en este caso, conforme al artículo 14.4 vigente en el momento de contraerlo. Si se adquirió por el marido tras dos años de residencia y declaración expresa en esta misma forma la adquirió la mujer. Y el efecto jurídico es inmediato y tal declaración no necesita ser reiterada (art. 15 C. Civil y 65 LRC). Por tanto no sería aplicable el artículo 14 de la CE pues los efectos ya están agotados en el tiempo.

Si el marido adquirió la vecindad civil por residencia de diez años y sin declaración expresa en contra, la mujer la adquirió del mismo modo y al no haberse agotado los efectos corre el peligro de perderla por ejemplo por residencia de diez años en otro territorio sometido a distinta vecindad. Este es el caso concreto de la RDGRN de 24 de enero de 2005 ya citada que afirma el derecho de la mujer de hacer una declaración de conservación de la vecindad civil catalana (ante el Registro civil en el año 2004) que “el marido adquirió por residencia de diez años en Cataluña, y ella misma por seguir la condición de aquel, en aplicación de la legislación entonces vigente”.

No queda claro en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2009 qué habría pasado si la adquisición de la vecindad por matrimonio tras dos años de residencia con una declaración expresa por parte de la mujer hubiera permitido también declarar su pérdida por la inconstitucionalidad sobrevenida de tal artículo. A nuestro entender como hemos tratado de explicar tal distinción (declaración expresa vs ausencia de declaración) no tiene sentido. Ambas serían en principio inconstitucionales, por mor del artículo 15, pero el efecto retroactivo de la CE no existiría pues, en ambos casos, se habrían agotado los efectos de la norma.

17. Finalmente, el fraude de ley que se argumenta es la tercera aunque incidental reflexión. Queda desestimado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en cuanto a la adquisición de la vecindad Navarra del padre. Surge de nuevo y es aceptado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en relación a la declaración de conservación de la vecindad Navarra de la madre, en base a las pruebas practicadas en el procedimiento, tras las que se concluye que tal declaración “no tuvo otra finalidad que la de acogerse a una aparente vecindad foral Navarra...” para eludir la ley catalana y privar a su hijo de su derecho a percibir el importe de la legítima que le corresponde.

Y aquí surge de nuevo el problema base anterior. Si la esposa adquirió la vecindad por matrimonio en virtud de dos años de residencia y por tanto no hacía falta reiterarla, la declaración de conservación no hubiera hecho falta y el fraude no podría haberse determinado en tal declaración como hizo la Audiencia. Si se considera, como así hizo la Audiencia y más tarde el Supremo, que tal vecindad decayó por falta de declaración de la esposa en el momento de la adquisición sí hubiera hecho falta una declaración de conservación (declaración que el Tribunal Supremo considera no es posible pero que si lo es para la DGRN - Res. 2005, cit).

En ese momento sí se podría haber declarado el fraude, como así hizo la Audiencia, pues, a todas luces, del supuesto se sigue que tanto la adquisición como la frustrada conservación de la vecindad Navarra se llevaron a cabo con la finalidad de eludir la ley catalana. Siendo así que la negativa a considerar fraude en la adquisición por parte del Tribunal Superior de Justicia Navarra era cosa juzgada, la Audiencia hubo de recurrir al momento de la conservación. Sin embargo el Tribunal Supremo desestima el fraude de ley en la declaración de conservación.

A nuestro entender, estamos en presencia de un fraude ya que, precisamente el fraude surge cuando el acto realizado es jurídicamente regular. Y es el único modo de sancionar conductas en las que la alteración de situaciones ha creado tal apariencia de legitimidad que es necesario justificar de algún modo la no aplicación de la ley en principio aplicable. Si esta alteración no se produjera estaríamos ante un acto contra la ley no en fraude de ley. La intencionalidad es fundamental en el fraude y es la dificultad de probarla que hace que esta figura no exista en muchos ordenamientos jurídicos. Pero sí en el nuestro (art. 6.4 y 12.4 Código civil). En este caso se utiliza una norma de remisión interna “las sucesiones se regirán por la ley de la vecindad civil del causante” (art. 9.8 en relación con el 16), y mediante un cambio ficticio de residencia se consigue

que el derecho aplicable -al que emite el punto de conexión “vecindad civil”- sea otro derecho “más favorable” a los intereses particulares.