



Roj: **STS 8587/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:8587**

Id Cendoj: **28079110012011100831**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/11/2011**

Nº de Recurso: **783/2009**

Nº de Resolución: **799/2011**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ENCARNACION ROCA TRIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Noviembre de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11ª, por **D. Bernabe y Dª Loreto**, representados por el Procurador de los Tribunales D. Angel Montero Brusell contra la Sentencia dictada por la referida Audiencia y Sección, el día 17 de octubre de 2008, en el rollo de apelación nº 247/2008, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 25 de Barcelona en los autos de juicio ordinario nº 1007/2006. Ante esta Sala comparece el Procurador D. Juan Luis Cárdenas Porras, en nombre y representación de D. Bernabe y Dª Loreto, personándose en calidad de parte recurrente. El Procurador D. Pablo Sorribes Calle, en nombre y representación de D. Humberto y Mariano, se personó en calidad de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 25 de Barcelona, interpusieron demanda de juicio ordinario Dª Loreto y D. Bernabe, contra D. Humberto y D. Mariano, D. Carlos Francisco y Dª Celia, D. Alfonso Y D. Cirilo. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "...es dicti SENTÈNCIA per la que, estimant aquesta demanda, es

DECLARI

PRIMER. Que el matrimoni dels Srs Miriam i Jesús es va celebrar a Mèxic sota el règim econòmic de societat conjugal, sense haver estat modificat ulteriorment, regint fins a la mort de la primera.

SEGON. Que tots els béns adquirits constant el matrimoni dels Doña. Miriam i Jesús, pares dels demandants i demandats, tenen el caràcter de ganancials i els pertanyen per meitat, al haver-se celebrat el matrimoni sota l' esmentat sistema del règim econòmic de societat conjugal.

TERCER Que, prèvia declaració judicial d' extinció del règim de societat conjugal al temps de la mort de Doña. Miriam, tots els béns adquirits durant el seu matrimoni els hi siguin adjudicats en la ulterior liquidació del règim econòmic-matrimonial, per meitats i en la forma legalment prevista, per després passar a formar part del seus respectius cabdals hereditaris.

QUART En particular, interessa al Dret d' aquesta part demandant que la Sentència que, al seu dia es dicti, declari expressament que la vivenda sita a Barcelona, al carrer DIRECCION000, núm. NUM000, pis NUM001 2ª - finca registral NUM002 del Registre de la Propietat nº 3 de Barcelona-, pertanyia, al temps de la mort de Doña. Miriam, per meitats indivises a la pròpia Sra. Miriam i al seu espòs, el Sr. Jesús.

Que l' esmentada declaració i adjudicació es faci constar, en execució de Sentència, al Registre de la Propietat nº 3 de Barcelona pertinent, declarant nul qualsevol altre(s) assentament(s) registral(s) contradictori(s), i en concret, la inscripció nº 2 i totes les demès que portin causa d'aquella, com la nº 3, practicada a favor del demandat Humberto.



CINQUÉ Tantmateix, també interessa que es declari que qualsevol altre actiu bancari adquirit constant matrimoni i a nom dels Doña. Miriam i Jesús , especialment els de caràcter dinerari dipositats en entitats financeres en data 5-9-2004, els corresponen per meitat, i en aquesta proporció, formen part del seu cabdal hereditari respectiu.

ES CONDEMNI:

SISÉ.- Als demandats Srs. Humberto i Mariano a fer i a que permetin realitzar tot el que sigui necessari per a possibilitar l' efectivitat de les darreres voluntats tant del seu pare, Don. Jesús , com de la seva mare, Doña. Miriam .

Concretament, a facilitar l' acompliment de les obligacions legals i voluntàries imposades pel seu pare testador als marmessors universals, els Don. Alfonso i Cirilo , i en particular, permetre i/o completar la formació de l' inventari de tots els béns integrants del cabdal relict i de totes les demés actuacions pròpies de la realització de l'herència de Jesús , especialment l' atribució i imputació i el pagament de la l'legítima a tots els legitimaris.

SETÉ. Es condemni a Humberto i Mariano a estar i passar per tots els pronunciaments judicials anteriors, i a què, en execució de Sentència, atorguin tots els documents públics que siguin necessaris per al seu compliment, tant en allò que respecta a l'herència de la seva mare Miriam com a la del seu pare Sr. Mariano , fent-se d' ofici pel Jutjat, en el seu cas.

VUITÉ. Es condemni a Humberto i Mariano al pagament de les costes d' aquest procés en cas d' expressa oposició a les pretensions exercitades amb la present demanda."

La representación de D. Bernabe y Loreto , presentó escrito solicitando ampliación de la demanda contra los Sres. Celia y Carlos Francisco , Padre Cirilo y Padre Alfonso , dictándose con fecha 20 de diciembre de 2006, auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "1.- SE ACUERDA AMPLIAR LA DEMANDA DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO solicitada por el Procurador de los Tribunales D. ANGEL MONTERO BRUSELL, entendiéndose la misma contra Humberto y Mariano y, en reclamación de la suma de 151.000 euros, sustanciándose el proceso por las reglas del juicio ordinario..."

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D. Humberto , los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "... se sirva dictar Sentencia por la que se declare:

1º.- Se desestime íntegramente la demanda formulada de contrario en cuanto a su parte controvertida, por estimación íntegra de la fundamentación fáctica, jurídica y documental aportada por esta representación.

2º.- Aceptándose el allanamiento limitado al pago de legítima, se declare satisfecha con la suma que será depositada en la cuenta de este Juzgado para su entrega a los actores en el presente pleito, en el momento que se juzgue adecuado u oportuno.

3º.- Se condene a los actores a las costas del presente pleito, por su temeridad, por cuanto han omitido importante documentación, que desvirtúa sus peticiones, adjuntado a la litis sólo los documentos que hipotéticamente pudieran servir en apoyo de las mismas a sabiendas que no se ajustan a la realidad de los hechos y por evidente mala fe toda vez que han incorporado un expediente judicial sin valor de cosa juzgada, que se instó dando por ciertos hechos controvertidos y falsos".

La representación de D. Mariano presentó escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "...dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con absolución para mi mandante en todos los pedimentos de la misma, y con expresa imposición de costas a la actora".

La representación de D. Carlos Francisco , presentó escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "...per presentat aquest escrit d'aplanament, per fetes, les manifestacions que consten en el mateix, i acordi de conformitat amb allò demanat, sobre l'aplanament sense imposició de costes".

La representación de Celia , presentó escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando "per presentat aquest escrit d'aplanament i per fetes les procedents manifestacions, als efectes legals oportuns, acordant de conformitat, segons el demanat".

Con fecha 11 de mayo de 2007, se dictó auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "PRIMERO.- SE SOBREESE el presente proceso instado por D. Bernabe y Loreto , respecto a los demandados Dª Celia , D. Carlos Francisco , D. Cirilo y D. Alfonso , sin imposición de costas, pudiendo la parte actora promover nuevo juicio sobre el mismo objeto. SEGUNDO.- Continúese el procedimiento respecto al resto de los demandados D. Humberto y D. Mariano ".



Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se convocó a las partes a una audiencia previa, compareciendo todas las partes subsistiendo entre ellas la controversia y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 25 de Barcelona, dictó Sentencia, con fecha 26 de septiembre de 2007 , y con la siguiente parte dispositiva: *"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda promovida por el Procurador de los Tribunales D. Ángel Montero Brusell, en nombre y representación de D^a Loreto y D. Bernabe , debo CONDENAR Y CONDENO:*

1. a D. Humberto a realizar y permitir la realización de cuanto sea necesario a fin de posibilitar la eficacia del testamento de D. Jesús y, en concreto, a facilitar el cumplimiento de las obligaciones legales y voluntarias impuestas en el testamento a los albaceas universales D. Alfonso y D. Cirilo , permitiendo o completando la formación del inventario de los bienes relictos y todas las operaciones propias de la realización de la herencia, especialmente la atribución y el pago de las legítimas a los legitimarios;

2. a D. Humberto y D. Mariano a realizar y permitir la realización de cuanto sea necesario para la partición de la herencia de D^a Miriam .

3. a ambos demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, otorgando en ejecución de sentencia todos los documentos públicos necesarios para la realización de las herencias de D. Jesús y D^a Miriam , otorgándose de oficio por este Juzgado en caso contrario.

Se absuelve a los demandados de las demás pretensiones interpuestas en su contra.

Cada parte abonará las costas causadas en esta instancia y las comunes por mitad".

La representación de D. Humberto , presentó escrito de aclaración, dictándose auto con fecha 5 de octubre de 2007, que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: *"Aclarar el punto primero de la parte dispositiva de la sentencia de veintiséis de Septiembre de dos mil siete en los términos expresados en el párrafo último del razonamiento jurídico único de este auto. RAZONAMIENTO JURÍDICO.- ÚNICO. ...Visto el devenir del proceso, no cabe la rectificación en los términos que se solicita, aclarando únicamente el punto primero del fallo de la sentencia en el extremo de añadir que los albaceas cumplirán sus funciones propias en el caso de ostentar tal condición, quedando tal extremos de la parte dispositiva redactada de la siguiente manera: "a D. Humberto a realizar y permitir la realización de cuanto sea necesario a fin de posibilitar la eficacia del testamento D. Jesús y, en concreto, a facilitar el cumplimiento de las obligaciones legales y voluntarias impuestas en el testamento a los albaceas universales D. Alfonso y D. Cirilo , en el caso de que aún ostenten tal condición, permitiendo o complementado la formación del inventario de los bienes relictos y todas las operaciones propias de la realización de la herencia, especialmente la atribución y el pago de las legítimas a los legitimarios".*

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación D. Bernabe y D^a Loreto . Sustanciada la apelación, la Sección 11^a de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia, con fecha 17 de octubre de 2008 , con el siguiente fallo: *" DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DON Bernabe y DOÑA Loreto , contra la Sentencia dictada en fecha día 26 de septiembre de 2007 y auto aclaratorio de 5 de octubre del mismo año por el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Barcelona, en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS íntegramente la misma, con expresa imposición a la parte apelante de las costas del presente recurso de apelación".*

TERCERO. Anunciado recurso de casación por D. Bernabe y D^a Loreto , contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por el procurador D. Angel Montero Brusell, lo interpuso ante dicha Sala, articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción del art. 11.1 del Código Civil vigente en 1949 , en relación con el art. 3.1 del Código Civil .

Segundo: Infracción del art. 1255 del Código Civil .

Tercero.- Vulneración del art. 1282 del Código Civil .

Cuarto.- Infracción del art. 2.3 del Código Civil , en relación al art. 7 de la Compilación de Derecho Especial de Cataluña de 1960 .

Quinto.- Vulneración del art. 69.1 del Código Civil vigente en 1940 , en relación al art. 42 .

Por Diligencia de Ordenación de fecha 15 de abril de 2009, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó el Procurador D. Juan Luis Cárdenas Porras, en nombre y representación de D. Bernabe y D^a Loreto , personándose en calidad de parte recurrente.



El Procurador D. Pablo Sorribes Calle, en nombre y representación de D. Humberto y D. Mariano , se personó en calidad de parte recurrida.

Admitido el recurso por auto de fecha 23 de febrero de 2010 , y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Pablo Sorribes Calle, en nombre y representación de D. Humberto y D. Mariano , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el veinte de octubre de dos mil once, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excm. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º Los padres de los litigantes, D. Jesús y D^a Miriam contrajeron matrimonio en Méjico el 20 de julio de 1940. En el acta de matrimonio extendida por el Juzgado 4, libro NUM003 , foja NUM004 , año 1940, se lee lo que se reproduce: *"En Méjico, Distrito Federal, a las nueve treinta horas del día 20 de julio de mil novecientos cuarenta, comparecen ante mi Próspero Olivares Sosa, Oficial del Registro civil, para contraer matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal los señores Jesús y Miriam , de acuerdo con la solicitud y documentos que presentaron con fecha dieciocho del actual"*.

El 25 octubre 2006 la Secretaría de relaciones exteriores del Consulado general de México en Barcelona expidió el siguiente documento: *"Constancia. Por la presente y a los efectos que a que haya lugar, se comunica que los señores Jesús Y Miriam , ambos de nacionalidad española, contrajeron matrimonio bajo el régimen de SOCIEDAD CONYUGAL, tal como aparece en su Acta de Matrimonio número NUM004 , (del juzgado 4, libro NUM003 , foja NUM004 con año de registro 1946), emitida en el Registro civil del Distrito Federal, México, el día 20 de julio de 1940"*.

2º Asimismo figura un acta de fecha 18 julio 1940 otorgada por los futuros cónyuges en el expediente matrimonial, certificada por el oficial del Registro civil y debidamente apostillada, con el siguiente texto: *"de conformidad con lo prevenido por la fracción V del Art. 98 del Código civil vigente, venimos a presentar el presente convenio, que atañe a los bienes futuros al no tenerlos presentes, bajo las siguientes bases: I.- El matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal. II.- La sociedad conyugal comprenderá todos los bienes muebles e inmuebles y sus productos que los consortes adquieran durante su vida matrimonial, incluyendo el producto del trabajo. III.- En los bienes y productos de la cláusula anterior, cada consorte tendrá la participación del cincuenta por ciento [...]"*.

3º El día 21 de julio de 1940, D. Jesús y D^a Miriam contrajeron matrimonio canónico en la propia ciudad de Méjico. En la Certificación literal del acta de matrimonio para la Dirección general de los Registros y del Notariado, del registro civil del Registro consular de España, se lee que se practica la inscripción *"en virtud de partida de matrimonio expedida por el Registro Civil de Méjico, D.F. el 8 marzo 1948; registrada con el número NUM004 , libro NUM005 , folio NUM006 el 20 de julio de 1940; completándose los datos del acto con los contenidos en la hoja declaratoria suscrita por D. Jesús en su calidad de contrayente"*.

4º Los cónyuges tuvieron cuatro hijos. Al cabo de un tiempo, pasaron a vivir en Barcelona, donde D. Jesús adquirió un piso. D^a Miriam falleció en septiembre de 2004, sin haber otorgado testamento. D. Jesús falleció en abril de 2005, con testamento en el que dejaba la legítima a sus hijos y nombraba heredero a su hijo D. Humberto .

5º Iniciadas las operaciones de liquidación de ambas herencias, sin que los herederos llegaran a un acuerdo sobre el régimen de bienes que rigió el matrimonio de sus padres, D^a Loreto y D. Bernabe demandaron a D. Humberto y D. Mariano . Pidieron que se declarara que el matrimonio de los padres de los litigantes se contrajo en México bajo el régimen de la sociedad conyugal; que no fue modificado a lo largo del matrimonio, y que los bienes de los padres de los demandados tenían la naturaleza de bienes gananciales y les pertenecieron por mitad. Las otras partes de la demanda no se reproducen por no formar parte del recurso de casación. En la contestación a la demanda, D. Humberto dijo que el matrimonio civil de sus padres en México era nulo por no haber intervenido ninguna autoridad consular española y lo mismo alegó en su contestación el otro demandado. Ambos alegaron que al ser el matrimonio civil nulo, ser ambos contrayentes españoles y de vecindad civil catalana, su régimen de bienes era el de separación.

6º La sentencia del Juzgado nº 25 de Barcelona, de 22 septiembre 2007 , llegó a las siguientes conclusiones: **a)** la celebración de un matrimonio civil por católicos ante la autoridad competente extranjera, *"no arrastra de por sí la invalidez del matrimonio y la absoluta privación de su eficacia civil [...]"* ; **b)** ello no comporta que



sin más deba aceptarse la aplicación del Código civil mejicano, porque de acuerdo con el Art. 9 CC , vigente en el momento del matrimonio, las leyes relativas a los derechos de familia, "obligan a los españoles, aunque residan en el extranjero", y **c)** siendo catalanes los cónyuges, "y a falta de capitulaciones matrimoniales, un matrimonio celebrado en el año 1940 entre españoles sometidos ambos al Derecho civil de Cataluña quedaba regulado por un régimen de absoluta separación de patrimonios".

7º Apelaron los demandantes. La SAP de Barcelona, sección 11, de 17 octubre 2008 , desestimó la apelación.

a) Mantiene que el matrimonio fue nulo, por prevalencia de la ley personal que se considera materia de orden público, porque de acuerdo con el antiguo Art. 42 CC , se requería la declaración terminante de la aconfesionalidad de los contrayentes; **b)** al haber celebrado un matrimonio civil ante las autoridades mejicanas y posteriormente, uno canónico, la sentencia recurrida dice que "Es de constatar, que siendo ambos españoles y católicos, de conformidad a los preceptos y jurisprudencia relacionada en la presente, solo podemos dar validez al matrimonio canónico, sin que dicha acta matrimonial mejicana produzca efecto alguno, al quedar sin efecto por dicho matrimonio posterior contraído de conformidad a la ley española, lo que supone la falta de eficacia de todo su contenido y declaraciones vertidas en el mismo"; **c)** el acta mejicana ningún efecto produce ni las declaraciones que contiene en referencia al régimen matrimonial, porque el Código civil mejicano no podía aplicarse a los cónyuges que eran de nacionalidad española y "En definitiva, dicha sociedad conyugal nunca rigió ente los consortes dada la ineficacia del acta matrimonial que lo contiene, lo que a mayor abundamiento conlleva la confirmación de la sentencia recurrida en cuanto que el régimen de separación de bienes era el legalmente aplicable a los cónyuges al tiempo del matrimonio canónico, que es el inscrito en el Registro Civil español, y, siendo ambos catalanes de conformidad al artículo 12 del CC les era aplicable su derecho foral".

8º Dª Loreto y D. Bernabe presentan recurso de casación, al amparo del Art. 477.2, 2 LEC , que fue admitido por auto de esta Sala de 23 febrero 2010 .

SEGUNDO. El recurso de casación.

El recurso de casación presentado por Dª Loreto y D. Bernabe , contra la SAP de Barcelona, sección 11, de 17 octubre 2008 , contiene varias líneas de defensa de la posición de los recurrentes/demandantes. Se pretende básicamente, demostrar que sus padres rigieron su matrimonio por el régimen de comunidad de bienes, por haberlo pactado en el convenio matrimonial previo a su matrimonio civil celebrado en Méjico en 1940.

Los argumentos de los motivos de su recurso se centran en la aplicación de la regla *lex locus regit actum* y la libertad de los cónyuges relativa al pacto sobre el régimen matrimonial. Estos argumentos se encuentran en los dos primeros motivos del recurso, que se convierten en los esenciales.

En relación, por tanto, a estos dos elementos básicos, se va a proceder a efectuar un resumen de los motivos del recurso y a argumentar conjuntamente en torno a ellos.

TERCERO. Resumen del contenido de los motivos del recurso de casación.

Motivo primero. Infracción del Art. 11.1 CC, vigente en 1940 , en relación con el Art. 3.1 CC . El objeto de la apelación y el de la casación es la valoración de la forma del convenio de 18 julio 1940, en el que al parecer de los recurrentes, se pactó el régimen de comunidad. Se dice en el recurso que en el momento del matrimonio de D. Jesús y Dª Miriam , razones de fuerza mayor impedían el otorgamiento de los actos referentes a su matrimonio ante las autoridades españolas, por lo que intervenían circunstancias excepcionales. Se ha infringido el Art. 11.1 CC , entonces vigente, porque la forma del convenio sobre el régimen no era una cuestión de orden público, debiendo haberse aplicado la regla *locus regit actum*, contenida en esta disposición. Se añade que en Méjico el matrimonio válido era el civil por lo que no se ofreció opción a los Sres Loreto - Miriam . La posterior celebración de un matrimonio canónico no puede comportar la falta de eficacia del matrimonio civil.

Motivo segundo. Infracción del Art. 1255 CC . El régimen económico matrimonial del matrimonio Loreto - Miriam forma parte del sistema contractual, porque deja en libertad a los cónyuges para estipular lo que tengan por conveniente en relación a sus relaciones económicas. El convenio era válido y no contravenía ningún aspecto legal.

Motivo tercero . Infracción del Art. 1282 CC al no haberse tenido en cuenta los actos coetáneos y posteriores de los cónyuges al formalizar el convenio de 18 julio 1940.

Motivo cuarto . Infracción del Art. 2.3 CC , en relación con el Art. 7 CDCC, de 1960 . Infringe la sentencia el principio de retroactividad de las leyes en cuanto impone la obligación de otorgar los capítulos en escritura pública, cuando en 1940 ninguna norma exigía en Cataluña la escritura pública.

Motivo quinto. Vulneración del Art. 69.1 CC vigente en 1940 , en relación con el Art. 42 CC . Los futuros contrayentes actuaron de buena fe y conforme a las circunstancias excepcionales en que se encontraban.

CUARTO. *La validez del matrimonio civil.*

La sentencia recurrida argumenta que siendo obligatoria para los españoles católicos la celebración del matrimonio en la forma religiosa, según se establecía en el art. 42 CC, en su versión originaria, resulta nulo el celebrado ante el funcionario del Registro civil mejicano. Sin embargo, este argumento no puede sostenerse a partir del momento de la entrada en vigor de la Constitución.

El razonamiento de la sentencia recurrida, que coincide con el de la doctrina de la época en que se contrajo el matrimonio de los padres de los recurrentes, lleva al desconocimiento de la neutralidad de las normas de conflicto, cuya falta de aplicación produce una lesión de los derechos fundamentales de los cónyuges implicados. Efectivamente, el art. 100.3 CC, en su versión original, así como el art. 73 LRC, admitían la posibilidad de que dos españoles contrajeran matrimonio en el extranjero. Además, el art. 101 CC no incluía como causa de nulidad del matrimonio, el celebrado por católicos en el extranjero de acuerdo con la ley del lugar de celebración. La doctrina de la Dirección general de los Registros y los autores de la época se encargaron de matizar estas normas, pero hay que recordar también que la necesidad de aportación de la prueba de no profesar la religión católica, exigida en el art. 86.4 CC, se incluyó en la reforma de 24 abril 1958 y no estaba vigente en 1940.

El matrimonio civil celebrado por españoles en el extranjero de acuerdo con la forma establecida en el lugar de celebración, no era nulo en España, sino que era ineficaz (STC 146/1987, de 24 septiembre) y en el presente litigio no se discutió nunca si el matrimonio produjo o no efectos en España.

Pero, además, el art. 5.1 LOPJ obliga a los jueces y tribunales a interpretar y aplicar las leyes según los preceptos y principios constitucionales, y el art. 16 CE reconoce y garantiza la libertad religiosa de los españoles, por lo que en la actualidad no puede declararse nulo por motivos religiosos, un matrimonio contraído de forma válida de acuerdo con la ley del lugar de su celebración en 1940.

En consecuencia, la cuestión previa a la determinación del régimen de bienes que rigió el matrimonio Jesús - Miriam, y que se plantea de forma indirecta en el primer motivo de este recurso, debe resolverse en el sentido de declarar válido el matrimonio, independientemente de que hubiera o no producido sus efectos en España, cosa que no se cuestiona en el litigio.

QUINTO. *La validez del convenio.*

El anterior pronunciamiento lleva al examen de la validez del pacto sobre régimen de bienes del matrimonio, conforme con el acta contenida en el expediente matrimonial, otorgada el 18 julio 1940 y reseñada en el FJ 1 de esta sentencia.

Hay que partir del hecho de que no se ha probado la existencia ni, consecuentemente, el contenido de una hipotética norma de conflicto mejicana relativa a la determinación de un punto de conexión para la fijación del régimen económico de dos extranjeros que contraían matrimonio en Méjico. De acuerdo con ello, el juez español debe aplicar la regla *lex locus regit actum*, para determinar si el pacto sobre régimen resultaba o no válido.

En el procedimiento se ha probado la norma mejicana, contenida en el art. 98 de su código civil vigente en el momento del matrimonio, de acuerdo con la cual los cónyuges podían optar entre el régimen de sociedad conyugal, es decir, comunidad de bienes, o el régimen de separación. En virtud de su autonomía, los cónyuges Jesús - Miriam optaron por el régimen de comunidad. Se presenta una objeción a esta libertad de pacto, y es la referida a la necesidad de que consten o no en capítulos matrimoniales los pactos relativos al régimen matrimonial. Es cierto que el art. 7 de la anterior Compilación del Derecho civil de Catalunya exigía que dicho pacto constase en capitulaciones matrimoniales, pero ello no resultaba tan claro en el anterior régimen en el que se exigió que constaran en tal tipo de documento el pacto sobre la dote de la mujer y los heredamientos. El pacto sobre régimen de separación no era necesario porque los cónyuges se regían por este régimen en defecto de acuerdo. Debía, por tanto, aplicarse lo dispuesto en el art. 11.1 CC, que establecía que "las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes del país en que se otorgan" y, como consecuencia de lo que se ha argumentado, no se produce una cuestión de orden público.

Por tanto, el art. 11.1 CC en su versión original, rigió como punto de conexión para el pacto del régimen matrimonial: se decidió en un documento público anterior a la celebración del matrimonio, el expediente matrimonial, que quedó incorporado al acta del matrimonio. De modo que hay una voluntad expresa manifestada por dos veces por los cónyuges Jesús - Celia.

Finalmente, debe partirse de la presunción de validez de las actas y documentos públicos, cuando, además, no se han impugnado en ningún momento por los litigantes.

**SEXTO.** *Estimación de los motivos.*

Se estiman los motivos primero y segundo del recurso de casación.

La estimación de estos dos motivos exime a esta Sala de entrar a examinar los cuatro restantes.

SÉPTIMO. *Estimación del recurso. Costas.*

La estimación de los motivos primero y segundo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D^a Loreto y D. Bernabe contra la sentencia de la sección 11 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 17 octubre 2008 , determina la de su recurso de casación.

Esta Sala debe asumir la instancia y dictar sentencia, de acuerdo con el contenido del suplico del recurso. En consecuencia se declara la plena validez del convenio otorgado por D. Jesús y D^a Miriam ante la autoridad del Registro civil de México, con fecha 18 julio 1940, de acuerdo con el cual acordaron como régimen económico de su matrimonio la sociedad conyugal, debiendo aplicarse los pactos contenidos en el mismo, por lo que pertenecieron a ambos por mitad los bienes existentes hasta el momento de la disolución de la sociedad conyugal.

Al presentar el asunto complejidades de orden legal, debido a la concurrencia de normas de derecho español ya derogadas, así como normas de derecho extranjero, cuya prueba no resulta fácil al estar vigentes en 1940, y que produce serias dudas de derecho, no procede imponer las costas de este recurso a ninguna de las partes litigantes. Debe aplicarse la misma regla a las costas devengadas en primera y segunda instancia, todo ello de acuerdo con el 394.1 LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º. Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de D^a Loreto y D. Bernabe contra la sentencia de la sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 17 octubre 2008, en el rollo de apelación nº 247/2008 .

2º . Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º. En su lugar se dicta sentencia con el siguiente contenido: Se declara la plena validez del convenio otorgado por D. Jesús y D^a Miriam ante la autoridad del Registro Civil de México, con fecha 18 julio 1940, de acuerdo con el cual acordaron como régimen económico de su matrimonio la sociedad conyugal, debiendo aplicarse los pactos contenidos en el mismo, por lo que pertenecen a ambos por mitad los bienes existentes hasta el momento de la disolución de la sociedad conyugal.

4º. No se imponen las costas de la 1ª instancia.

5º. No se imponen las costas de la apelación.

6º. No se imponen las costas de la casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jesus Corbal Fernandez.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel .-Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.