

Derecho Civil de Navarra: capacidad de los cónyuges, sociedad conyugal de conquistas y derechos de los hijos de anteriores nupcias

SUMARIO: I. DE LA CAPACIDAD DE LOS CÓNYUGES: I.1. UNA BREVE REFERENCIA HISTÓRICA. I.2. CARACTERES ESENCIALES DE LA CAPACIDAD DE LOS CÓNYUGES EN EL DERECHO NAVARRO: A) *La plena capacidad individual de los cónyuges*. B) *Aplicaciones concretas de la norma general sobre plena capacidad individual de los cónyuges*: 1. Capacidad para obligarse y para contratar. 2. La evolución de la llamada «potestad doméstica». 3. La libertad de contratación entre cónyuges. 4. La constitución de garantías. 5. La facultad de disposición *mortis causa*. 6. El otorgamiento de poderes y consentimientos entre marido y mujer. C) *Excepciones a la plena capacidad individual de los cónyuges*: 1. Limitaciones legales: «lo especialmente dispuesto» en el Fuero Nuevo. 2. Especial referencia a la Ley 55 del Fuero Nuevo. 3. Limitaciones voluntarias: los pactos en capitulaciones matrimoniales. 4. El consentimiento dual y la habilitación judicial supletoria. 5. La impugnación y la confirmación de los actos realizados por un cónyuge sin el necesario consentimiento del otro. D) *Responsabilidad de los bienes por las deudas de los cónyuges*: 1. Normas de Derecho sustantivo. 2. Normas procesales y registrales: las tercerías de dominio.—II. DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DE CONQUISTAS: II.1. RESEÑA HISTÓRICA. II.2 NATURALEZA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DE CONQUISTAS. II.3. LA SOCIEDAD CONYUGAL DE CONQUISTAS Y LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. II.4. LOS BIENES DE LOS CÓNYUGES EN LA SOCIEDAD CONYUGAL DE CONQUISTAS: BIENES DE CONQUISTA Y BIENES PRIVATIVOS. II.5. LAS DEUDAS DE LOS CÓNYUGES: DEUDAS DE CARGO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DE CONQUISTAS Y DEUDAS DE CARGO DE CADA CÓNYUGE. II.6. LA ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE LOS BIENES DE CONQUISTA: ESPECIAL REFERENCIA A LA DISPOSICIÓN *MORTIS CAUSA* DE BIENES DE CONQUISTA. II.7. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DE CONQUISTAS. II.8. REEMBOLSOS ENTRE LOS CÓNYUGES DURANTE LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.—III. DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS HIJOS DE ANTERIOR MATRIMONIO EN LA SOCIEDAD CONYUGAL DE CONQUISTAS DE LAS NUEVAS NUPCIAS: III.1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA. III.2. PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LAS LEYES 106 Y SIGUIENTES DEL FUERO NUEVO. III.3. CUESTIONES DE DERECHO INTERREGIONAL. III.4. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE LIQUI-

DAR EL PATRIMONIO CONSORCIAL ANTES DE CONTRAER NUEVAS NUPCIAS. III.5. LA ACCIÓN PARA RECLAMAR LA PARTICIPACIÓN EN LAS CONQUISTAS DEL NUEVO MATRIMONIO. III.6. EXCEPCIONES AL RÉGIMEN GENERAL. III.7. ALGUNOS SUPUESTOS PARTICULARES.

I. DE LA CAPACIDAD DE LOS CÓNYUGES

I.1. UNA BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

A la regulación de la capacidad de los cónyuges dedica el Fuero Nuevo sus leyes 53 a 62 (1), ambas inclusive, que integran el Título IV de su Libro I.

En su redacción originaria, el Fuero Nuevo —sin perjuicio de la remisión hecha al Código Civil para su aplicación supletoria en materia de emancipación, ausencia, incapacidad, prodigalidad o separación legal (ley 62)— recogió en esencia un Derecho histórico caracterizado por los trazos que expone GARCÍA GRANERO (2):

(1) La ley 62 del Fuero Nuevo se remite también hoy a las disposiciones del Código Civil en cuanto al régimen de la ausencia, incapacidad, prodigalidad o separación legal de los cónyuges, precisando no obstante —en su párrafo segundo, introducido por la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio— que los miembros de una pareja estable se consideran equiparados a la situación de los cónyuges unidos por matrimonio en cuanto al ejercicio de las acciones relacionadas con la incapacitación, la declaración de ausencia y la declaración de prodigalidad (vid. también art. 9.1 de la Ley Foral 6/2000).

Comparto la tesis de FERNÁNDEZ URZAINQUI, quien estima que la Disposición Adicional única del Fuero Nuevo, añadida por la Ley Foral 5/1987 —«*Las remisiones que esta Compilación hace al articulado del Código Civil se entenderán efectuadas a la redacción que el mismo tiene en el momento de entrada en vigor de esta Ley Foral*»— no debe aplicarse a la remisión ordenada por la ley 62 del Fuero Nuevo, ya que esta última no es estática (no hay en ella concreción de artículos ni grupos especificados de preceptos) sino que estamos ante una remisión dinámica, que debe entenderse realizada a la redacción que en cada momento tengan las disposiciones del Código Civil en materia de ausencia, incapacidad, prodigalidad y separación legal de los cónyuges.

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra colectiva dirigida por Enrique Rubio Torrano, pág. 134, Aranzadi, Pamplona, 2002.

(2) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra colectiva dirigida por Manuel Albaladejo, Edersa, Madrid, 1990, tomo XXXVI, vol. 1.º, pág. 137.

Recuerda GARCÍA GRANERO que los diversos proyectos de Apéndice de Navarra al Código Civil contenían normas escasas y a todas luces insuficientes sobre la capacidad de los cónyuges: «*Algunos se preocuparon de recoger los preceptos forales sobre actos que la mujer podía realizar sin licencia marital, señaladamente la aceptación de herencias y donaciones —Proyecto de la Comisión, art. 61, Proyecto del Colegio Notarial, art. 9, y Proyecto de la Diputación, art. 8—, o bien los textos relativos a lo necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para disponer de bienes de conquista —Proyecto de la Diputación, art. 135—. Todos esos proyectos guardaron silencio acerca del afianzamiento prestado por mujer casada, lo que parece significar un tácito rechazo de la*

- a) La mujer soltera o viuda no tenía limitación alguna en cuanto a su capacidad jurídica.
- b) La mujer casada necesitaba el consentimiento marital, o en su defecto autorización judicial, para determinados actos jurídicos como, por ejemplo, según el Derecho histórico, para vender, empeñar o enajenar heredades suyas (3). El Fuero Nuevo suprimió la licencia marital, entre otros casos, para el supuesto de que el régimen económico del matrimonio fuera el convencional de separación de bienes (leyes 53, 57, 59, 60 y 103).
- c) El marido no podía disponer de las arras ni de otros bienes propios de su esposa, bienes que no respondían por deudas u obligaciones que el marido hubiere contraído por sí solo, sin consentimiento de

doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Senadoconsulto Velleianum y la Auténtica Si qua mulier. El Proyecto de Fuero Recopilado (año 1959) representa, frente a los proyectos anteriores, un más ambicioso intento de formular la doctrina foral sobre esta materia, a la que dedica las leyes 29-32, que componen el Título II (De la capacidad de los cónyuges), Libro II (De las personas); y a esas leyes hay que añadir la 158 (Intercesión de la mujer casada), comprendida en el Título XIX (De los contratos de garantía), Libro IV (De las obligaciones). La regulación que ofrece el Fuero Recopilado es incompleta, pero tiene normas acertadas que proceden del Derecho histórico navarro: así, la determinación del ámbito de la licencia marital, al excluir de ésta los actos que la mujer puede realizar por sí sola —ley 31—; o la exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para enajenar o gravar determinados bienes de conquista —ley 32—, o, finalmente, el expícito reconocimiento de la capacidad de la mujer para interceder por deudas de otro, incluso su marido, mediante prestación de fianza o garantía real —ley 158—.

Una ordenación completa se contiene ya en la Recopilación Privada de 1971, en sus leyes 53-62 —que componen el Título IV (De la capacidad de los cónyuges), Libro I (De las personas y de la familia)—, además de otras leyes, a las que aquéllas hacen remisiones concretas, y que vienen a integrar la regulación... En este tema de la capacidad jurídica de los cónyuges, la regulación de las leyes 53-62 de la Recopilación Privada pasó, prácticamente inalterada, a las leyes de igual numeración del Fuero Nuevo, cuyo texto definitivo no presenta más variaciones que pequeñas correcciones de detalle, más bien de estilo o simple redacción».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 152 a 154.

(3) «La autorización del Juez, como supletoria de la licencia o consentimiento marital, viene ya establecida en el Fuero Reducido (2,1,47): *...Como la muger si el marido requerido no le da liçençia para pedir su drecho ella puede pedir y defender. Ordenamos y mandamos que la muger sin liçençia de su marido pueda defender sus bienes y demandar su drecho si consta que ella demando liçençia a su marido y el no le quiso dar la dicha liçençia deue ser ella por Juez autorizada*».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, pág. 141.

La STS de 10 de octubre de 1861 aplicó en Navarra la Ley 55 de Toro —sobre necesidad de licencia marital para que la mujer casada pudiera celebrar contratos.

La Resolución de 24 de mayo de 1905 declaró la vigencia en Navarra del artículo 61 del Código Civil sobre licencia marital.

su mujer. Esta última podía aceptar por sí sola herencias y donaciones (4).

- d) Respecto de los bienes de conquista, correspondía al marido su administración y disposición, reservándose a la mujer un ámbito de libertad patrimonial para el ejercicio de la denominada «potestad doméstica» (leyes 53 y 54) (5). No obstante lo anterior, para la enajenación o gravamen de bienes inmuebles de conquista se exigía desde antiguo el consentimiento conjunto de ambos cónyuges (6), tradición que recogió el Fuero Nuevo en su ley 86. Aun cuando lo veremos más detenidamente, hay que citar aquí el criterio de la Dirección General

(4) Por Auto de 2 de marzo de 1973, dictado por el Presidente de la Audiencia Territorial de Navarra, se resolvió el recurso gubernativo interpuesto contra una nota de calificación del Registrador de la Propiedad de Pamplona que denegó la inscripción de una escritura pública de aceptación de herencia otorgada el 19 de abril de 1972 por mujer casada, sin licencia marital. El Auto declara aplicable al supuesto el Fuero General de Navarra (4,1,6) y, como fuente indirecta, la ley 57.1 de la Recopilación Privada, revocando la nota del Registrador, declarando la innecesariedad de licencia marital para la aceptación de herencia hecha por mujer casada.

(5) «En el supuesto normal u ordinario de mujer casada que no ejerce como mercadería, corresponde la administración y representación de la sociedad conyugal al marido, quien no queda obligado por los actos que la mujer realice sin consentimiento de aquél. Sin embargo, la esposa sí obliga al marido cuando actúa dentro del ámbito de su potestad doméstica hasta la cuantía que los fueros fijan como límite para atender a los gastos ordinarios de la casa; pues en lo que excediere de esa cuantía responderá sólo la mujer. El Fuero de Tíldela establece que el marido queda a salvo de las deudas contraídas por la mujer "...teniendo sus claves en la cinta". Esta expresión del texto tudelano evoca el llamado derecho o potestad de llaves, tan significativo en las fuentes del *Droit coutumier de Francia*... El llamado derecho de llaves consistía en la facultad de la viuda para liberarse de responsabilidad por las deudas que el marido dejase al fallecimiento, para lo cual aquélla renunciaba a su cuota en la comunidad mediante una ceremonia simbólica consistente en poner las llaves, o el ceñidor de que pendieran, sobre el cadáver o sobre el lecho mortuario, o en el ataúd o sobre la tumba del marido».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, págs. 139 a 141.

(6) «Tanto las fuentes locales como las del Derecho territorial son unánimes en exigir el consentimiento conjunto de ambos cónyuges para la enajenación o gravamen de bienes inmuebles de conquista. Responde ello al concepto que los fueros navarros tienen de las conquistas no como un simple derecho a participar por mitad en el resultado de la liquidación cuando el matrimonio se disuelva, sino como copropiedad existente entre marido y mujer en vida de ambos; y esta misma concepción se refleja en los documentos de aplicación del Derecho. Aun cuando los fueros locales navarros establecen como régimen de bienes en el matrimonio el de comunidad de bienes y conquistas, es decir, el mismo que el *Droit coutumier français* de la época, éste ofrece una concepción jurídica bien distinta, por cuanto considera al marido como dueño y señor de la comunidad durante la existencia del matrimonio, y reduce la posición de la mujer a simple titular de un derecho a participar en la mitad de las ganancias resultantes a la disolución de la sociedad conyugal».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, págs. 142 y 143.

de los Registros y del Notariado, contrario al Derecho histórico, expresado en su Resolución de 19 de enero de 1893, que consideró aplicable en Navarra el régimen del Código Civil —art. 1.413 del Código Civil, que hasta la reforma de 24 de abril de 1958 autorizaba la enajenación a título oneroso por el marido de bienes comunes sin consentimiento de la mujer ni autorización judicial—, fundamentando su decisión en las discrepancias doctrinales sobre la interpretación que debía hacerse en esta materia del Fuero General de Navarra (3,12,14).

- e) Por actos *monis causa*, cada cónyuge podía disponer por sí solo de su parte en los bienes comunes o de conquista, aun cuando lo más frecuente fuera la disposición conjunta de dichos bienes en testamento de hermandad.
- f) Cuando la mujer casada ejercía el comercio lo hacía con total autonomía, con plena capacidad jurídica y sin supeditación alguna a su marido (7).
- g) Por lo que se refiere a la capacidad de la mujer casada para prestar fianza en garantía de obligaciones del marido o de terceros, los textos forales no contienen una precisa y definida regulación sobre esta cuestión (8); no obstante, puede afirmarse —escribe GARCÍA GRANE-

(7) «El Fuero de Tíldela se ocupa, en varios pasajes, de la mujer casada que sea ostalera o mercadera, a quien reconoce una condición jurídica totalmente distinta de la que corresponde a la duenna o franca que non uaya a mercado ni a forno ni a molino. Las consecuencias de tal ejercicio del comercio son las siguientes: plena capacidad de la mujer para contraer deudas y celebrar toda clase de contratos, así como para comparecer en juicio y, por último, designación de distinto lugar (la iglesia y no la casa) donde debe prestar el juramento. Esta normativa singular para la mujer ostalera o mercadera es poco frecuente en los textos medievales españoles, aunque sí se registra abundantemente en las fuentes jurídicas de la misma época en otros países europeos. Opino, por ello, que el Fuero de Tudela acusa aquí la influencia de corrientes jurídica ultrapirenaicas, concretamente francesas. Del Fuero de Tudela fue recogida tal doctrina por el Fuero Reducido, quien la convirtió así en Derecho general del Reino».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, págs. 137 a 139.

(8) «Los Fueros de la Novenera se limitan a afirmar que la mujer viuda, mientras no contraiga nuevo matrimonio, tiene la misma aptitud que el hombre para prestar fianza y para ser testigo. Únicamente el Fuero de Viguera y Val de Funes se hace eco de la doctrina romana acerca de las restricciones para que la mujer pueda ser fiadora, pero lo hace de un modo bastante singular. El párrafo 229 de dicho Fuero supone un terminante rechazo del *Senadoconsulto Velleianum*, puesto que reconoce la validez de la fianza que la mujer prestare a favor de un tercero. Y el párrafo 235, que prohíbe al marido dar fianza a su mujer o ésta a aquél, más que dar carácter recíproco a la prohibición de la *Si qua mulier*, lo que en realidad hace es imponer una limitación a la capacidad de los cónyuges para contratar».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, pág. 144.

RO—que desde el siglo XII no tuvieron aplicación práctica en Navarra ni el Senadoconsulto *Velleianum* ni la Auténtica *Si qua mulier* (9), debido a su exclusión mediante cláusulas instrumentales de renuncia (10), razón por la cual el Fuero Nuevo suprime expresamente cualquier limitación o prohibición para que la mujer pueda prestar fianza o garantía real (ley 61). Recordemos aquí que la Dirección General de los Registros y del Notariado, en resoluciones que van desde la de 20 de noviembre de 1888 hasta la de 7 de noviembre de 1944, mantuvo la vigencia en Navarra del régimen derivado de tales textos romanos, como tendremos ocasión de ver más detenidamente (11).

(9) «Estas distintas formas de garantía personal, así como las de garantía real cuando eran hechas por la deuda de otra persona, como cualquier modalidad de sustitución de un deudor por otro, constituyen un acto de intercessio. La intercesión es un acto que se considera propiamente viril, como toda la actividad de los banqueros que suelen hacerla. Augusto y luego Claudio prohibieron que las mujeres intercedieran por sus maridos; el Senadoconsulto *Veleyano* (del siglo I d.C.) prohibió expresamente que las mujeres efectuaran cualquier tipo de intercessio... El nombre correcto debiera ser *Vellae-anum* (del cónsul sufecto *Vellaeus Tutor*), pero se corrompió en *Velleianum* ya en época clásica. La fecha (siendo cónsules M. Silano y *Veleo Tutor*) es insegura; probablemente debe excluirse el año 46 d.C., en el que Silano tuvo cinco colegas sucesivos conocidos, pero ninguno de ellos era *Veleo*. Un C. *Vellaeus Tutor* fue cónsul sufecto el año 28 d.C. (con *Lucius Iunius Silanus*), pero el sc. no puede ser anterior a Claudio, ni posterior al 64 d.C., pues lo tiene en cuenta Casio Longino (D. 16, 1, 16,1), que fue desterrado el 65 d.C... Como causa de la prohibición se alega la razón de proteger a las mujeres contra su imprudencia de contraer obligaciones menos aparentes por no suponer una inmediata merma patrimonial... Justiniano estableció la ineficacia ipso iure de todo acto de intercesión de la mujer por su marido (Nov. 134, 8, del 556) y exceptuable en otro caso mediante la prueba de i) haberse hecho el acto por documento público suscrito por tres testigos (CJ. 4, 29, 23, del 530), o ii) de una declaración de propio interés, iii) renuncia a la excepción o iv) si se confirmaba el acto antes de transcurrir dos años (CJ. 4, 29, 22, del 530); también v) si la intercesión era a favor de una manumisión (CJ. H. T. 24, del 530), o vi) de una dote (D.h.t.25, del 531)»...

ALVARO D'ORS, *Derecho Privado romano*, págs. 495 a 497, 3.ª ed. revisada, Euns, Pamplona, 1977.

(10) Las SSTs de 10 de octubre de 1861, 3 de febrero de 1865, 19 de abril de 1873 y de 9 de abril de 1884 aplicaron en Navarra la Ley 61 de Toro, que prohibía a la mujer ser fiadora de su marido.

La STS de 3 de febrero de 1865 afirma la nulidad de la renuncia a la Ley 61 de Toro: «Considerando que si bien la demandada, al formalizar la referida obligación, renunció los privilegios que la ley concede a las mujeres casadas, esta renuncia no puede perjudicarla, puesto que siendo la ley prohibitiva, y teniendo por objeto evitar los actos de violencia o de captación, no es renunciable sin dejar ilusorio su precepto».

Las SSTs de 19 de abril de 1873 y de 9 de abril de 1884 justifican la aplicación de la Ley 61 de Toro en Navarra como norma concordante con las leyes romanas vigentes, en concepto de Derecho supletorio.

(11) «La doctrina que, durante esos años, ha sido sostenida por la Dirección General puede ser expuesta en estos términos:

- h) En cuanto a la representación procesal, el Fuero de Tudela atribuyó al marido la de su mujer —excepción hecha del juramento que, como acto personalísimo, debía prestar ella por sí misma—; por el contrario, ya desde el Fuero Reducido el marido que actuaba en juicio en nombre de su esposa debía proveerse del correspondiente poder otorgado por aquélla.

1.º En razón del Derecho romano —vigente en Navarra como supletorio de primer grado con preferencia al Código Civil—, regían en tal provincia, en lo que atañe a la fianza prestada por mujer casada, el Senadoconsulto *Velleianum* y la Auténtica 134 de Justiniano (*Si qua mulier*). Es decir, el Centro Directivo tuvo que abandonar la aplicación arbitraria de la ley 61 de las *de Toro*, derogadas por el Código Civil, y como éste no establecía limitación alguna respecto a la fianza por mujer casada, trajo entonces a trasnochada colación unas leyes romanas que jamás habían tenido efectiva vigencia en Navarra.

2.º Conforme al tenor de dichas fuentes romanas, se declara susceptible de renuncia por la mujer el beneficio que otorga el Senadoconsulto y, por el contrario, irrenunciable el que establece la Auténtica. Lo cual respondía, evidentemente, al sentido de tales textos y a su interpretación más comúnmente aceptada.

3.º A la fianza prestada por la mujer se equipara el supuesto de deuda contraída solidariamente por los dos cónyuges.

4.º Tales limitaciones a la intercesión de la mujer por el marido cesan sólo en el caso de que se pruebe debidamente que el dinero ha sido invertido en provecho de la esposa.

Frente a tal doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado no se hizo esperar un firme rechazo, siquiera fuese manifestado mediante utilización de vías jurídicas indirectas. Desconfiando de la inseguridad que ofrecía la fórmula de préstamo en beneficio de la mujer, la praxis jurídica navarra se orientó hacia la venta con pacto de retro que, en el fondo, no era sino una verdadera hipoteca. Claro es que esta forma de soslayar la equivocada tesis del Centro Directivo no dejaba de ofrecer inconvenientes, no sólo civiles o sustantivos —especialmente, los riesgos que podrían representar la consumación de la compraventa por extinción del derecho a retraer o recuperar, caso de vencimiento del plazo—, sino, también, de orden fiscal o tributario, ya que el tipo del entonces impuesto de derechos reales (hoy transmisiones patrimoniales) era mucho más elevado para la compraventa con pacto de retro —4 por 100— y, en fase ulterior, para la retroventa —2 por 100—, que en la constitución y luego cancelación de la hipoteca —0,60 por 100—. Pero este problema de orden fiscal fue obviado por la Diputación Foral de Navarra, la cual, haciendo gala del gran sentido común y de justicia que en aquel tiempo solía presidir sus actuaciones, se atuvo al hecho cierto de que, casi en el cien por ciento de los casos, las ventas con pacto de retro otorgadas por mujer casada no eran, en verdad, sino auténticas hipotecas y, consecuentemente, aplicó a tales ventas y retroventas el tipo impositivo, más benigno, establecido para la hipoteca —art. 3 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales y del Timbre aprobado por la Diputación Foral el 77 de febrero de 1949—. Esta situación se mantuvo en Navarra hasta la sanción del Fuero Nuevo en 1 de marzo de 1973. A partir de esa fecha han desaparecido totalmente las ventas de inmuebles privativos de la mujer otorgadas con pacto de retro, las cuales han sido sustituidas por hipotecas sobre tales bienes».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, págs. 149 a 152.

La STS de 13 de junio de 1972 afirmó expresamente: «Que si bien es cierto que el Derecho romano sigue vigente en Navarra, no lo es menos que uno de los primeros

Observa FERNÁNDEZ URZAINQUI que el desarrollo legal del principio constitucional de igualdad de los cónyuges —consagrado en los arts. 14 y 32.1 de la Constitución de 1978— (25) no es del todo ocioso:

- Porque la igualdad jurídica de los esposos no sería incompatible con una limitación legal de su capacidad o autonomía personal recíproca o común, que el texto de la ley 53 excluye de forma clara y terminante.
- Porque la formulación de la plena capacidad individual de los cónyuges como principio o regla general impone una interpretación restrictiva de cualquier limitación legal o voluntaria.
- Y porque el expreso reconocimiento de posibles salvedades convencionales y excepciones legales a dicha regla anuncia de manera bien explícita su carácter meramente dispositivo y relativo (26).

Opina GARCÍA GRANERO que son notas esenciales que pueden resultar útiles en orden a una adecuada interpretación de la ley 53 del Fuero Nuevo las siguientes:

- Dicha ley no contiene una declaración teórica o programática sobre la igualdad de sexos sino una norma práctica que establece unos determinados efectos jurídicos: la capacidad de los cónyuges para actuar independientemente, cada uno en su propia esfera jurídica.
- Formula un criterio general, que deja a salvo otras situaciones o supuestos diferentes, bien en razón de disposiciones singulares o concretas de la misma Compilación bien a causa de pactos o convenios privados contenidos en capitulaciones.

verse a formular un principio general de incondicionada aplicación en todo el ordenamiento privado».

GABRIEL GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra colectiva dirigida por MANUEL ALBALADEJO ya citada, tomo II, págs. 172, 182 y 183.

(25) Constitución de 1978:

- Artículo 14: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».
- Artículo 32: «1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».

(26) «El reconocimiento por el *Amejoramiento* de 1975 de la plena capacidad individual de ambos cónyuges tradujo en sentido positivo la declaración de signo negativo contenida en el artículo 62.1 del Código Civil en la redacción de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, según la cual el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 134 y 135.

- Tal ley no establece una norma imperativa, sino de carácter voluntario o supletorio, pues puede ser excluida o modificada por pactos o disposiciones (27).

Examinaré el carácter dispositivo de la ley 53 cuando haga referencia a las excepciones de origen voluntario a la regla general sobre la plena capacidad individual de los cónyuges.

B) *Aplicaciones concretas de la norma general sobre plena capacidad individual de los cónyuges*

Lógicas aplicaciones del reconocimiento general de la plena capacidad individual de los cónyuges son las siguientes:

1. Capacidad para obligarse y para contratar

Cada uno de ellos puede preparar, concluir, modificar y extinguir cualesquiera actos y negocios jurídicos de administración o disposición, *inter vivos* o *monis causa*, a título lucrativo u oneroso, en cuanto a relaciones familiares, sucesorias, reales u obligacionales, principales o de garantía. Como afirma la STSJ de Navarra, de 30 de junio de 1994, ambos cónyuges «...*pueden obligarse y contratar individualmente*».

2. La evolución de la llamada «potestad doméstica»

Reconocida la plena capacidad e igualdad jurídica de los cónyuges, la llamada «potestad doméstica» o «poder de las llaves» (28) ha dejado de ser

(27) «Por ejemplo, en capítulos matrimoniales podrá pactarse que —sean cual fuere el régimen de bienes o la naturaleza común o privativa de éstos—, para la enajenación o gravamen de todos o sólo de determinados bienes de los cónyuges, sea siempre necesario el consentimiento de ambos esposos. Cabe, incluso, que tal exigencia venga establecida no por pactos capitulares entre los cónyuges, sino impuesta a éstos en una liberalidad (por testamento, donación u otro acto), ordenada a favor de ambos, por cuotas indivisas de su respectiva pertenencia privativa con exigencia de codisposición... Con la ley 53 guarda congruencia la ley 80 del FN, que determina el posible contenido de las capitulaciones, y cuyo número 7 dice: Cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio. Los límites a esta libertad de pacto no serán otros que los fijados en la ley 7 del FN».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, págs. 166 y 167.

(28) «El término potestad doméstica ... fue acuñado por la doctrina —traduciendo el denominado potestad de la llave del Derecho alemán— para delimitar la esfera de

dela (81 y 127) (36), en el Fuero General de Navarra (3,12,14; 4,1,5) (37) y en el Fuero Reducido (4,9,12) (38).

Señala FERNÁNDEZ URZAINQUI que no obstante la ubicación de esta norma en el Título IV del Libro Primero, bajo la rúbrica general «De la capacidad de los cónyuges» y no en la regulación propia de la sociedad conyugal de conquistas, su contenido revela la preordenación de tales disposiciones a este último régimen matrimonial (39).

En efecto, el primer párrafo de la ley 54 del Fuero Nuevo alude a la legitimación de cualquiera de los cónyuges para disponer de los bienes comunes y para obligar a la sociedad conyugal por los gastos urgentes y las necesidades ordinarias de la familia.

No obstante, creo que debe defenderse la aplicación general de la llamada «potestad doméstica» a todo matrimonio, cualquiera que sea su régimen económico, por las siguientes razones:

- a) La ubicación sistemática de la ley 54 es un sólido argumento para interpretar esta norma como de aplicación general a todo vínculo matrimonial, cualquiera que sea el régimen económico, legal o convencional, a que el mismo se halle sujeto.
- b) En el régimen de separación de bienes, la ley 103 reconoce a cada cónyuge, salvo pacto en contrario, la propiedad de los bienes que

(36) Fuero de Tudela, 81: «*Marido por muller. ... Si muller cristiana face deuda con carta auiendo marido non uale ren, si no fuese biuda o la deuda non fuere sobre pennos muertos*».

Fuero de Tudela, 127: «*De traer uestires en partion. ... por que fuero es que en deuda que fagan marido o muller el vno sines lotro non sian a partir los fulos ni los erederos pues aquel muere*».

(37) Fuero General de Navarra, 3,12,14: «*En coal manera debe pregonar fidalgo que quiere vender su heredit, et quoades heredades non pueden vender sen voluntat de su muyller. ... Empero si fuere casado, non puede vender las arras de su muyller, á menos de otorgamiento, nin la que comprare o ganare con eylla, nin la que viene de parte deylla. Et la muyller que ha marido non puede vender heredit suya, ni ayllenar, ni fer maliuta, ni fianzeria, si non ququanto valia de un rovo de salvado*».

Fuero General de Navarra, 4,1,5: «*Quanto puede mayllevar muger casada. Nuilla muyller casada non puede mayllevar sines sabiduria ó aytorgamiento de su marido, empero bien puede mayllevar dos rovos de fariña ó dos robos de trigo ó la valía pora comer en casa. Et si por aventura mas mayllevasse la muger non sopiendo el marido, non sea tenido de pagar otra deuda ninguna, sacando un rovo de salvado el marido*».

(38) Fuero Reducido, 4,9,12: «*En que manera el ydalgo que quiere vender su heredit deue pregonarla. ... Otrosí si fueren casados marido y muger, el marido no puede vender las arras de su muger sin consentimiento de su muger ni puede vender cossa que con ella ha comprado y ganado, ni otra cossa ninguna que venga de parte della, y la muger casada no puede vender ni agenaar heredit suya ni entrar en fiança ni tomar prestada cossa que passen cantidad, o balia del preçio de un rouo de trigo*».

(39) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 137.

tuviese en el momento inicial y los que por cualquier título adquirieran posteriormente, así como el disfrute, administración y disposición por sí solo de sus bienes propios, al mismo tiempo que atribuye, como regla general, a cada uno de ellos la responsabilidad exclusiva de las obligaciones por él contraídas. «*Sin embargo —continúa la citada ley 103, en su apartado letra a)—de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges para atender a las necesidades ordinarias de la familia conforme a las circunstancias de ésta y al uso del lugar, si fuere insuficiente el patrimonio del cónyuge deudor, responderán subsidiariamente los bienes del otro, sin perjuicio del reembolso que procediere*». DÍAZ BRITO ha puesto de manifiesto que la más destacada de las excepciones al principio de separación de responsabilidades en este régimen matrimonial la constituye la disciplina de las cargas familiares, abordada desde una doble perspectiva: por un lado, delimitando el régimen de responsabilidad externa o frente a terceros —la llamada «potestad doméstica a que se refiere el apartado letra a) de la ley 103— y, por otro, esclareciendo la responsabilidad interna, es decir, el modo en que deben distribuirse las deudas entre los cónyuges —lo que hace la ley 103 del Fuero Nuevo en su apartado letra b)—(40). Siendo cierto lo anterior, a mi juicio, de lo dispuesto en el apartado letra a) de la ley 103 no puede deducirse que el primer párrafo de la ley 54 no sea aplicable en absoluto al régimen económico-matrimonial de separación de bienes. Creo más bien que la

(40) «Desde un punto de vista estrictamente económico, la proyección de los mencionados principios matrimoniales se tiene que traducir en que cada cónyuge aporte o contribuya a la vida en común. Y el modo de hacerlo, en sentido cuantitativo y cualitativo, reclama una ordenación convencional o legal. En los regímenes de sociedad conyugal de conquistas o de comunidad universal de bienes existe un patrimonio común al que se imputará como regla general el sostenimiento de la vida en pareja. En la separación de bienes, en cambio, será necesario arbitrar reglas que concreten sobre los patrimonios privativos la contribución debida. A ello atiende la regulación en el aspecto interno de las cargas familiares. Desde el punto de vista externo, la comunidad conyugal se presenta como una realidad homogénea en orden a la atención a sus necesidades esenciales. Los terceros que se relacionan económicamente con el matrimonio no suelen hacer cabalas acerca de qué patrimonio es el que soporta en último término los costes derivados de sus relaciones. Si tuvieran que hacerlo, singularmente siendo la separación de bienes el régimen económico vigente, se entorpecería notablemente el funcionamiento de la economía matrimonial, pues podrían acabar rehusando contratar con uno de los cónyuges a causa de las dudas acerca de su solvencia patrimonial. De ahí, que se establezca un especial régimen de responsabilidad externa respecto a las deudas que derivan del sostenimiento de las cargas familiares. Se trata de propiciar que, en términos de responsabilidad patrimonial frente a tales obligaciones, los terceros perciban al matrimonio como un conjunto».

FRANCISCO JAVIER DÍAZ BRITO, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil de Navarra*, obra colectiva dirigida por ENRIQUE RUBIO TORRANO ya citada, págs. 312 a 314.

ley 103 constituye una especificación del régimen general de la responsabilidad por las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges en ejercicio de la potestad doméstica, particularismo justificado por la inexistencia de un patrimonio consorcial común a marido y mujer en tal sistema, circunstancia que —de no existir el pronunciamiento del apartado letra *a*) de la ley 103— dejaría vacío de contenido, para tales matrimonios, lo dispuesto en el primer párrafo de la ley 54 (41). Pero, dejando aparte dicha regla particular sobre responsabilidad subsidiaria del patrimonio privativo del cónyuge no deudor —responsabilidad subsidiaria que, por cierto, no ha querido extender el legislador a los gastos extraordinarios de la familia, ni tan siquiera a los urgentes—, cuando menos el otro aspecto de la potestad doméstica, es decir, la legitimación indistinta o solidaria de ambos cónyuges para disponer de los bienes comunes en los casos a los que alude el primer párrafo de la ley 54, debe ser también predicada respecto de los bienes que pertenezcan en condominio ordinario a marido y mujer casados bajo el régimen de separación, i) porque la ley 54 habla de bienes comunes a marido y mujer —y no de patrimonio consorcial o sociedad conyugal, término que por el contrario utiliza a continuación y a propósito de la responsabilidad de las deudas contraídas en ejercicio de la potestad doméstica—; ii) porque el silencio de la ley 103 (en sede de administración y disposición de los bienes) no parece argumento suficiente que impida la aplicación de la ley 54, de la misma manera que tampoco el silencio de la ley 86 (sobre administración y disposición de los bienes de conquista) prevalece sobre la clara determinación del primer párrafo de la ley 54, y iii) porque dicha interpretación resulta la más favorable a los intereses de los terceros de buena fe, ya que con ella se elimina la posibilidad de una eventual impugnación del acto o negocio falto de consentimiento dual de marido y mujer. La legitimación indistinta de cada cónyuge para disponer de los bienes comunes en ejercicio de la potestad doméstica en el régimen de separación de bienes, atendidas las circunstancias de la familia y el uso del lugar, debe reconocerse incluso con la finalidad de atender a los gastos extraordinarios y urgentes de la familia, por aplicación general —repito una vez más— del primer párrafo de la ley 54 del Fuero Nuevo (42).

(41) Recordemos que la ley 54, párrafo primero, del Fuero Nuevo no ordena expresamente la responsabilidad subsidiaria del patrimonio privativo del cónyuge no deudor, a diferencia de lo que sucede en el Código Civil (vid. art. 1.319 del Código Civil).

(42) No parece un error inadvertido la omisión de la referencia a los gastos urgentes de la familia, aun extraordinarios, en el apartado *a*) de una ley del Fuero Nuevo, la 103,

- c) Por lo que se refiere al régimen de comunidad universal de bienes, en defecto de pactos capitulares, serán de cuenta de la comunidad todas las cargas y obligaciones de ambos cónyuges o de cualquiera de ellos, así anteriores como posteriores al matrimonio (ley 101.2). No obstante, la aplicación del primer párrafo de la ley 54 a este régimen matrimonial, a pesar de su aparente innecesariedad, permite defender la legitimación de cualquiera de los cónyuges para disponer de los bienes comunes en ejercicio de la potestad doméstica, legitimación cuyo reconocimiento expreso está ausente en la ley 101, que remite sin más —en defecto de aquellos acuerdos entre los cónyuges— al sistema de administración y disposición de los bienes de conquista previsto en la ley 86 (43).
- d) A la vista de las carencias que, en materia de potestad doméstica, padece la regulación propia y específica de los regímenes de separación y de comunidad universal, entender que el primer párrafo de la ley 54 del Fuero Nuevo es tan sólo aplicable a la sociedad conyugal de conquistas, supondría dejar huérfana de regulación legal esta institución en los demás regímenes matrimoniales convencionales.
- e) Estimo, finalmente, que la libertad de pacto de los cónyuges —cualquiera que sea el régimen económico de su matrimonio— debe hallar en el primer párrafo de la ley 54 un límite infranqueable; creo que estamos en presencia de una ley de *ius cogens*, como excepción a los principios de «paramiento fuero vienze» y de «libertad civil» proclamados, respectivamente, por las leyes 7 y 8 del Fuero Nuevo, por tratarse de una norma de protección a los terceros que contratan con cualquiera de los cónyuges la prestación de bienes o servicios para la satisfacción de las necesidades económicas urgentes y ordinarias de la familia, conforme a las circunstancias de ésta y al uso del lugar. La imperatividad del párrafo primero de la ley 54 se explica,

redactada en la misma reforma —la de 1987— que incluyó tales gastos en el ámbito de la potestad doméstica del primer párrafo de la ley 54 del mismo texto legal. Recordemos que ni en su redacción originaria ni en el Amejoramiento de 1975, ninguna alusión se hacía a la potestad doméstica, como manifestación externa de la disciplina de las cargas familiares, en el apartado a) de la ley 103.

(43) Así lo reconoce FERNÁNDEZ URZAINQUI: «...No siendo por lo demás en absoluto incompatible o contradictoria con sus disposiciones (ley 101.5), la legitimación individual del cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica reconocida en la ley 54, párrafo primero, para el régimen de conquistas, ninguna duda puede ofrecer su reconocimiento a los casados bajo el régimen de comunidad universal».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 148.

en suma, por su función protectora del principio de seguridad del tráfico (44).

Precisa FERNÁNDEZ URZAINQUI que el concepto de familia, a efectos de la potestad doméstica, no se limita a los esposos y a los hijos comunes del matrimonio; comprende también en las sociedades familiares a donantes o instituyentes y donatarios o instituidos con pacto de convivencia (leyes 92 y siguientes) e igualmente, existiendo acogimientos a la Casa, a los acogidos a ella (ley 131) (45).

Critica GARCÍA GRANERO la inclusión —llevada a cabo por la reforma de 1987— de los gastos urgentes, aun extraordinarios, en el ámbito de la potestad doméstica, por introducir, a su juicio, cierta indeterminación e inseguridad (46). En realidad, como observa PRETEL SERRANO, no parece que sea posible dar formulaciones muy generales sobre los conceptos de urgencia ni de necesidad: la necesidad ha de ser referida a aquellas atenciones y obligaciones que pesan sobre los cónyuges, entendidas en el más amplio sentido de la palabra, ya se trate de necesidades patrimoniales, ya personales, ya respecto de un consorte, ya respecto de los hijos. La idea de urgencia no puede establecerse, por su propia naturaleza, sin tener en cuenta las circunstancias

(44) La misma imperatividad, y por idénticas razones de protección de los terceros, se afirma unánimemente respecto del artículo 1.319 del Código Civil. Por ejemplo, ÁLVAREZ-SALA WALTER, «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes de la libertad capitular», en *RDN*, 1981, pág. 38; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, Barcelona, 1984, pág. 312; GORDILLO CAÑAS, «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia», en *ADC*, 1984, pág. 1151, y HERRERO GARCÍA, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo II, pág. 584.

(45) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 138.

(46) «Pero la reforma de 1987—copiando, una vez más, al Código Civil—ha hecho extensiva la competencia a los gastos urgentes aun extraordinarios. Con ello se introduce un concepto —gastos urgentes— que no deja de ofrecer indeterminación e inseguridad. Además, desde un punto de vista técnico, se ha desnaturalizado el concepto clásico de la potestad doméstica que, tradicionalmente, venía referida siempre a las atenciones ordinarias de la familia. De otro lado, cabe preguntar si estos gastos urgentes aun extraordinarios deben ser de interés común para la familia o si, por el contrario, también podrán tener por objeto la atención de bienes o intereses privativos de un cónyuge: por ejemplo, reparaciones importantes e inmediatas en un inmueble urbano o pago de una hipoteca o de una deuda propia vencida y exigible. La reforma de 1987 no ha precisado este punto y, con ello, da lugar a cierta ambigüedad... El Código Civil, cuando menos, no ha desnaturalizado el concepto clásico de la potestad doméstica, pues trata separadamente ésta (art. 1.319) y la facultad de realizar gastos urgentes de carácter extraordinario (art. 1.386). La reforma del Fuero Nuevo, según la Ley Foral de 1987, ha confundido ambas cuestiones en un mismo precepto (ley 54, apartado primero)».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, pág. 175.

de cada caso. La distinción entre gastos ordinarios y extraordinarios, en definitiva, será siempre relativa, pues lo que para una familia puede ser ordinario para otra es extraordinario (y viceversa). El carácter extraordinario de la actuación puede referirse tanto a un acto de administración como a uno de disposición; lo importante es que, mediante la actuación, se atiendan obligaciones que constituyen el denominado deber específico de ayuda y socorro (STS de 19 de mayo de 1934) (47).

3. La libertad de contratación entre cónyuges

Otra consecuencia del principio general de plena capacidad de ambos cónyuges es que los mismos pueden celebrar entre sí toda clase de estipulaciones, contratos y donaciones (apartado primero de la ley 76 del Fuero Nuevo) (48). Recordemos que fue el Amejoramiento de 1975 el que, manteniendo el principio de la validez de los actos, contratos y donaciones entre

(47) «Cuando se trate de actos realizados sobre bienes inmuebles... los artículos 93 y 94 RH no han recogido la posibilidad de actuación individual. A pesar de ello, ¿será posible que acceda al Registro de la Propiedad lo así actuado, dado el superior rango de la norma sustantiva del Código Civil? En teoría, así habría de admitirlo; ahora bien, para ello, habría que justificar las circunstancias urgentes que rodean la actuación individual del cónyuge y en forma tal que pudiera ello ser apreciado por el Registrador, lo que no parece posible, ya que no bastaría un acta de referencia (art. 208 RN) ni de notoriedad (art. 209 RN), puesto que si puede ser notoria la urgencia del gasto, no tiene por qué serlo el medio utilizado para atenderlo —un acto sobre los inmuebles, en vez de disponer previamente de metálico, por ejemplo— pues aunque el artículo 1.386 no ha de interpretarse restrictivamente (por la razón expuesta de que se cumple un deber familiar de amparo), no obstante en cuanto excepción al principio general de actuación conjunta, parece que sólo habrá de acudir a él cuando con los mecanismos normales no sea posible atender a la necesidad planteada».

JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, tomo II, págs. 744 a 746.

(48) Recuerda GARCÍA GRANERO que el Derecho navarro alto-medieval siguió un sistema bastante estricto de sucesión forzosa, en especial respecto de los bienes familiares (patrimoniales y de abolorio); de ahí que las donaciones entre cónyuges estuvieran autorizadas sólo respecto a los inmuebles adquiridos (conquistados) y en cuanto a los muebles. Además, las donaciones que la mujer hiciese en favor del marido exigían la aprobación de los dos más próximos parientes de aquélla. La relajación —escribe— del principio de sucesión forzosa y la correlativa afirmación de la libertad dispositiva *monis causa* abrieron un cauce más amplio a las donaciones y contratos entre cónyuges: «...Esta corriente favorable no se vio desvirtuada por la recepción del Derecho romano justiniano. Los documentos del siglo XVI muestran una gran libertad en la práctica de las donaciones entre cónyuges, y en el mismo sentido se expresa el Fuero Reducido. Por su parte, la ley 48 de Cortes de Pamplona, 1765-1766, da por supuesta la validez de tales donaciones, que restringe tan sólo en el supuesto de segundas nupcias, cuando existen hijos de anterior matrimonio».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, págs. 410 y 411.

cónyuges, suprimió la limitación que resultaba de la redacción originaria del Fuero Nuevo, que exigía aprobación de los Parientes Mayores de la mujer para las donaciones que ésta hiciera en favor del marido y que excediesen de los regalos módicos según costumbre. Como ha señalado PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, el principio de libre contratación entre esposos no ha sido ajeno a la tradición jurídica navarra, a diferencia de la regla contraria, de tradición romanista, imperante en Derecho común (el art. 1.323 del Código Civil, que contiene la misma regla, fue introducido tardíamente en la reforma llevada a cabo por la Ley de 13 de mayo de 1981 y para subrayar que el matrimonio no restringe la capacidad de los cónyuges) (49).

4. La constitución de garantías

Cualquiera de los cónyuges, se lee en el apartado primero de la ley 61 del Fuero Nuevo, puede afianzar, obligarse de otro modo o dar garantía real, tanto a favor del otro como de terceras personas. La redacción actual de este apartado procede del Amejoramiento de 1975, que suprimió la licencia marital para las garantías prestadas por la mujer (50). Recordemos que el propósito que guió a los compiladores de 1973 al incluir esta disposición fue «poner de manifiesto» la derogación, a pesar de la aplicación supletoria del Derecho romano en Navarra y en virtud de una práctica constante e inveterada desde tiempo inmemorial (como reconoció la STS de 13 de junio de 1972, en contra del criterio expresado por las Resoluciones de la DGRN de 18 de marzo de 1897, 8 de junio de 1926 y 7 de noviembre de 1944, y por las SAT de Pamplona de 21 de diciembre de 1898 y de 5 de enero de 1935), de la prohibición contenida en la Auténtica *Si qua mulier* y en el Senadoconsulto *Veleyano* que impedía a la mujer salir garante de su marido o de terceros. Me referiré más adelante a la responsabilidad de los bienes comunes por afianzamientos y garantías prestadas por los cónyuges.

5. La facultad de disposición *monis causa*

Otra manifestación del principio general de plena capacidad individual de ambos consortes resulta de la ley 57 del Fuero Nuevo —cuya redacción actual procede también de la reforma de 1975—:

(49) CARMEN PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 223.

(50) Redacción originaria (1973) del apartado primero de la ley 61 del Fuero Nuevo: «La mujer, con licencia del marido, puede afianzar, obligarse de cualquier modo o dar garantía real, tanto a favor del mismo marido como de otra persona».

«Disposición *mortis-causa*. Por actos *mortis causa* cada uno de los cónyuges puede disponer de sus respectivos bienes privativos y de la parte que a la disolución de la sociedad conyugal le corresponda en los bienes de conquista. Cuando se disponga de bienes determinados que sean de conquista se observará lo que para el legado se establece en la ley 251».

Volveremos sobre el contenido de esta ley al hablar sobre los actos de disposición de los bienes que integran la sociedad de conquistas, pero quiero subrayar ahora —además de la confirmación del hecho de que el matrimonio no limita la capacidad ni la legitimación para que una persona disponga *mortis-causa* de sus propios bienes con arreglo al régimen general de las sucesiones— que, en virtud de su ubicación sistemática y de la remisión ordenada por la ley 101.5, esta ley 57 será también de aplicación al régimen económico-matrimonial de comunidad universal de bienes.

6. El otorgamiento de poderes y consentimientos entre marido y mujer

Para concluir con esta enumeración de aplicaciones concretas del pleno reconocimiento de la capacidad individual de los cónyuges, diremos que tanto el marido como la mujer pueden comparecer en juicio individualmente en reclamación o defensa de sus intereses y derechos, sin que ninguno de los cónyuges puede arrogarse la representación judicial o extrajudicial, legal o voluntaria del otro, por el mero hecho del matrimonio (cfr. arts. 71, 234.1 y 267 del Código Civil y ley 62 FN). Los consentimientos (51) y poderes prestados por uno de los cónyuges a favor del otro o por ambos recíprocamente, para uno o varios actos (de contenido patrimonial o de carácter meramente personal) o en términos generales, serán revocables, excepción hecha de los consentimientos prestados en capitulaciones matrimoniales —para cuya modificación habrá de respetarse lo dispuesto en la ley 81 del Fuero Nuevo— (52) y de los consentimientos confirmatorios o que ratifican actos

(51) Como afirma GARCÍA GRANERO, la formulación genérica contenida en la ley 60 del Fuero Nuevo: «*El marido y la mujer pueden prestarse el consentimiento...*» comprende cualesquiera consentimientos, tanto si fuesen exigidos por ley como si su necesidad procediere de pacto contenido en capitulaciones matrimoniales, y lo mismo si son susceptibles de sustitución judicial como si no pudieren ser suplidos por el juez.

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, pág. 234.

(52) Ley 81 del Fuero Nuevo: «Modificación. *Las capitulaciones matrimoniales podrán ser modificadas en cualquier tiempo, siempre que se observe la forma establecida en la ley 79 —escritura pública— y presten su consentimiento los cónyuges o prometidos y los demás otorgantes que vivan al tiempo de la modificación, en cuanto afecte a los bienes y derechos concedidos por estos últimos o recibidos por ellos. Fallecido o incapacitado uno de los cónyuges, las capitulaciones no podrán ser modificadas. Incapacitado alguno*

irregularmente concluidos (ley 60 FN) (53). La jurisprudencia ha admitido la validez y eficacia del consentimiento conyugal prestado en cualquier forma, incluso de los consentimientos tácitos o presuntos (vid. STS de 2 de julio de 1985 y 31 de diciembre de 1987 y STSJ de Navarra de 26 de enero y de 29 de octubre de 1991), sin perjuicio de las reglas generales sobre eficacia respecto de terceros de los documentos públicos y privados y de las inscripciones en registros públicos (cfr. arts. 1.218, 1.225 y 1.227 del Código Civil y 11 y 22.1 del Código de Comercio y 87.6.º RRM).

Observa GARCÍA GRANERO que, dada la amplitud con que el Derecho navarro reconoce la fiducia sucesoria (vid. leyes 151 y 281 a 285 FN), la delegación entre cónyuges puede tener por objeto la potestad de ordenar la sucesión *monis causa*, de modo que no queda limitada o circunscrita al ámbito de los actos *intervivos* (54). Por último, recordemos que en Derecho navarro la revocabilidad de los poderes es un elemento natural, no esencial, de modo que el poder de representación —incluso el concedido por uno de los cónyuges en favor del otro o por ambos recíprocamente— podrá revocarse libremente por el poderdante, salvo que se hubiere concedido con carácter irrevocable en razón de un interés legítimo del apoderado o de que entre éste y el poderdante exista una relación contractual que justifique la irrevocabilidad (ley 52 del Fuero Nuevo) (55).

de los que ordenaron la institución, donación, dote o dotaciones, se suplirá o complementará su consentimiento con arreglo al ordenamiento jurídico. Se exceptúa de lo prevenido en esta ley las estipulaciones que por pacto expreso o por su naturaleza sean revocables. Los pactos sucesorios recíprocos entre cónyuges podrán ser modificados o revocados por éstos sin necesidad del acuerdo de los demás otorgantes de los capítulos».

(53) La redacción actual de la ley 60, que procede del Amejoramiento de 1975, es la siguiente:

«Consentimiento. El marido y la mujer pueden prestarse el consentimiento para uno o varios actos o en términos generales. El acto por el que se concedan anticipadamente el consentimiento será revocable, a no ser que se haya otorgado en capitulaciones matrimoniales.

Los cónyuges pueden otorgar, uno en favor del otro o ambos recíprocamente, poderes con las facultades que tengan por conveniente, para uno o varios actos, o en términos generales. Estos poderes serán siempre revocables».

En su versión originaria, la ley 60 del Fuero Nuevo decía así:

«Licencia. Consentimiento. El marido puede prestar a su mujer licencia, y ésta a aquél el consentimiento que exige la ley 86, referidos a uno o varios actos o en términos generales. El acto por el que se concede anticipadamente la licencia o el consentimiento será revocable, a no ser que se haya otorgado en capitulaciones matrimoniales.

Poder. Los cónyuges pueden otorgar, uno a favor del otro o ambos recíprocamente, poderes con las facultades que tengan por conveniente, para uno o varios actos, o en términos generales. Estos poderes son siempre revocables».

(54) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, pág. 235.

(55) La expresión contenida en el inciso final de la ley 60 —«*Estos poderes serán siempre revocables*»— no parece constituir una excepción a la posibilidad de que los

C) *Excepciones a la plena capacidad individual de los cónyuges*

En materia de excepciones a la regla general antes enunciada, establece FERNÁNDEZ URZAINQUI (56) la siguiente clasificación: excepciones legales y excepciones de origen voluntario.

1. Limitaciones legales: «lo especialmente dispuesto» en el Fuero Nuevo

De entre ellas, la mayor parte de las excepciones —observa— se fundan en características propias de un sistema económico-matrimonial supletorio de comunidad parcial de bienes entre marido y mujer (así, por ejemplo, la gestión compartida de la sociedad conyugal de conquistas —ley 86— o la responsabilidad de bienes comunes por deudas privativas —leyes 54.2, 61.2 y 85.3—), en la pervivencia del régimen dotal y de las arras (leyes 120 y 126) y en exigencias derivadas de la trascendencia familiar de ciertos actos y negocios (por ejemplo, la disposición de la vivienda familiar habitual y del mobiliario ordinario de la misma —ley 55— o el asentimiento en la adopción por el cónyuge del adoptante —art. 177.2.1.º del Código Civil y ley 74 FN—).

Afirma GARCÍA GRANERO, con relación a las excepciones legales que examinamos, que la expresión contenida en la ley 53 «...lo especialmente dispuesto en esta *Compilación*» alude no sólo a leyes concretas del Fuero Nuevo sino también a disposiciones legales aplicables en concepto de Derecho supletorio (57).

Enumera GARCÍA GRANERO algunos ejemplos de excepciones al criterio general de reconocimiento de la plena capacidad de los cónyuges, excepciones que pueden venir determinadas —a su juicio—: i) por la misma naturaleza de los actos jurídicos de que se trate (bien sean actos de carácter personal, bien de naturaleza patrimonial); ii) por la preexistencia de contratos sucesorios o testamento de hermandad o, finalmente, iii) por razones de eficacia y seguridad jurídica respecto de terceros (58):

cónyuges otorguen uno a favor del otro o ambos recíprocamente un poder irrevocable; la ley 60 sólo pretende aclarar, con esta rotunda frase, que los poderes entre cónyuges contenidos en capitulaciones matrimoniales serán revocables sin observar las reglas de la ley 81 del Fuero Nuevo.

(56) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 136.

(57) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, pág. 167.

(58) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, págs. 167 a 169.

i) *Actos personales o de contenido patrimonial*

La actuación conjunta de ambos cónyuges viene exigida por el Fuero Nuevo para ciertos actos de carácter familiar o patrimonial. Recordemos, por ejemplo:

- La patria potestad sobre los hijos menores no emancipados y sobre los incapacitados, que corresponde conjuntamente al padre y a la madre —salvo ciertos supuestos de ejercicio solidario o indistinto—. En consecuencia, también la concesión de la emancipación deberá hacerse conjuntamente por ambos progenitores (arts. 314.3.º y 317 del Código Civil, que rigen en Navarra como Derecho supletorio).
- La adopción realizada por uno solo de los cónyuges, que requiere el consentimiento del otro salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente (art. 177.1.º del Código Civil, también aplicable en Navarra como Derecho supletorio).
- Los actos de disposición de bienes de conquista que no consistan en dinero o títulos valores de los que figure como único titular el cónyuge disponente (ley 86).
- Los actos de disposición de los bienes cuando el matrimonio estuviera sometido al régimen de comunidad universal de bienes (ley 101).
- Los actos de disposición *inter vivos* de los bienes dótales cuya propiedad haya adquirido el marido (ley 120.3 y 4) o de las arras (ley 126).
- Y la disposición *inter vivos* de la vivienda habitual del matrimonio o del mobiliario ordinario de la misma (ley 55).

ii) *La preexistencia de contrato sucesorio o de testamento de hermandad*

- Cuando en un contrato sucesorio se pacta que uno de los hijos ha de ser nombrado heredero de la Casa, tal institución imperativa de heredero, con donación actual de bienes o sin ella, ha de ser hecha por ambos cónyuges de común acuerdo (ley 75).
- Si marido y mujer hubieren otorgado testamento de hermandad instituyéndose mutua y recíprocamente herederos, mientras tal testamento no hubiese sido válidamente revocado existe una restricción de la capacidad de cada cónyuge para disponer por sí solo, por actos *inter vivos* y a título lucrativo, de sus propios bienes (ley 204).

- iii) *Las limitaciones derivadas de ciertas exigencias de seguridad jurídica respecto de los terceros se manifiestan, concluye GARCÍA GRANERO, en sede de responsabilidad de los bienes comunes por actos de los cónyuges y en materia de fianza prestada por los cónyuges —leyes 54 y 61 que examinaré posteriormente*

A mi juicio, la mayoría de las limitaciones enunciadas no constituyen, en sentido propio, restricciones a la capacidad de los cónyuges sino que pueden definirse bien como una lógica consecuencia de la titularidad conjunta que ambos tienen en ciertos bienes, derechos o funciones (por ejemplo, en cuanto a los bienes en comunidad —total o parcial— de marido y mujer o respecto de la patria potestad compartida por el padre y la madre —no necesariamente por el marido y la mujer—), bien como limitaciones impuestas (ya sea por la ley ya sea por el testador, el donante o los instituyentes) a los favorecidos por un acto o contrato de disposición *inter-vivos* o *monis causa*, de modo que la pretendida «incapacidad» de los cónyuges en dichos supuestos no sería sustancialmente diferente de la que podría predicarse, con análogos laxos criterios, respecto de los comuneros o de los donatarios, herederos o legatarios a quienes el donante, testador o instituyente hubiera señalado ciertas limitaciones de disposición.

En cuanto a las restricciones que sufren la capacidad del marido y de la mujer, especialmente la de esta última, respecto de la administración y disposición de los bienes que integran los patrimonios separados de la dote y las arras —administración por el marido de ambos patrimonios, disposición por el marido de los bienes dótales que consistan en dinero o en bienes consumibles cuya restitución hubiere asegurado o respecto de los cuales hubiese sido relevado de la obligación de asegurar, disposición conjunta por marido y mujer de los restantes bienes dótales y disposición *inter vivos* conjunta de los bienes que integran las arras— a pesar de tratarse de patrimonios cuya titularidad pertenece a uno u otro cónyuge en exclusiva, creo que el régimen del Fuero Nuevo tiene hoy únicamente un valor de Derecho transitorio, pues tales instituciones han caído en un incuestionable desuso, todo ello con independencia del juicio que merezca la constitucionalidad de tales normas —por vulneración, clara a mi juicio, del principio de igualdad de los cónyuges.

2. Especial referencia a la ley 55 del Fuero Nuevo

De acuerdo con lo dispuesto en la ley 55 del Fuero Nuevo:

«Vivienda y ajuar. *Se necesitará el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial para disponer Ínter vivos o sustraer al uso común los derechos sobre la vivienda habitual del matrimonio o sobre el*

mobiliario ordinario de la misma, aunque pertenezcan a uno solo con carácter privativo. La manifestación errónea o falsa del cónyuge titular, respecto a no ser vivienda habitual no perjudicará a terceros de buena fe».

La redacción actual de esta ley procede de la Ley Foral de 1 de abril de 1987, que incorporó al Derecho navarro el contenido que la Ley de 13 de mayo de 1981 había dado al artículo 1.320 del Código Civil (59), haciéndose eco de una tendencia —manifestada en el Derecho comparado en el último cuarto del siglo xx— favorable a una mejor protección del uso de la vivienda y ajuar familiares (60).

No obstante, nuestro Tribunal Constitucional —en Auto de 22 de marzo de 1999, de inadmisión del recurso de amparo interpuesto contra la STSJ de Baleares, de 3 de septiembre de 1998, que había entendido no aplicable en dichas islas el artículo 1.320 del Código Civil— ha recordado que la protección constitucional de la familia «...es perfectamente compatible con la opción legislativa elegida por el legislador autonómico que, con fundamento en el régimen económico-matrimonial de separación de bienes, que históricamente rige en las Islas Baleares, conscientemente no consideró oportuno la vigencia que establece el artículo 1.320 del Código Civil» (61).

(59) Artículo 1.320 del Código Civil: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

(60) «...La conveniencia de extender esta protección legal y de armonizar o aproximar las medidas dispuestas al efecto por los distintos ordenamientos jurídicos han estado presentes en distintos trabajos del Consejo de Europa, de entre los que destacan la Conferencia Europea sobre Derecho de Familia celebrada en Viena del 19 al 22 de septiembre de 1977, la Resolución (78)37 del Comité de Ministros sobre Igualdad de los Esposos en Derecho Civil de 27 de septiembre de 1978 y la Recomendación núm. R (81) 15 del Comité de Ministros sobre los derechos de los cónyuges relativos a la ocupación de la vivienda familiar y a la utilización de su ajuar. Del conjunto de estos textos básicos se desprende la exigencia del consentimiento de ambos cónyuges o de la autorización judicial subsidiaria para disponer de estos bienes, la consiguiente sanción de los actos irregularmente celebrados con la nulidad u otras medidas y la necesidad de amparar los derechos de los terceros adquirentes de buena fe según los principios en vigor en las distintas legislaciones nacionales».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI. *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Foral de Navarra*, obra citada, págs. 142 y 143.

Análoga protección a la vivienda habitual de la familia y a su mobiliario se dispensa también en otros Derechos forales (vid. art. 8 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Régimen Económico-Matrimonial y Viudedad, art. 9 del Código de Familia de Cataluña, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio, y arts. 11 y 28 de la Ley de Cataluña 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja).

(61) Sobre la no aplicación del artículo 1.320 del Código Civil en Baleares puede consultarse el artículo de MARÍA PILAR FERRER VANRELL, «La problemática de la aplicabi-

Como recuerda FERNÁNDEZ URZAINQUI, no es ésta la única disposición que otorga a la vivienda y el ajuar familiares en el Fuero Nuevo un tratamiento singular: la ley 83.2 establece una excepción al carácter privativo de dichos bienes, si fueren pagados constante matrimonio, por título anterior a él, y las leyes 90, 91.2 y 91.5 declaran la pertenencia por derecho de aventajas de determinados objetos del ajuar de casa y el derecho de adjudicación preferente de los restantes y de la vivienda habitual del matrimonio al cónyuge sobreviviente (62).

El Reglamento Hipotecario, en su artículo 91.1 —redactado por Real Decreto de 10 de octubre de 1984—, establece lo siguiente: «*Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter*».

a) *Supuestos de aplicación de la ley 55 del Fuero Nuevo*

La ley 55 será de aplicación a cualquier acto de disposición *inter vivos* —por tanto, a los actos de enajenación, gravamen o renuncia— de derechos (reales o personales) sobre la vivienda habitual o sobre el mobiliario ordinario de la misma, a título oneroso o lucrativo, cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio. Matiza GARCÍA GRANERO que la norma es aplicable sea cual fuere el régimen matrimonial, pero no a todos los bienes, sino sólo y exclusivamente a los que tengan la condición de privativos (63). Se necesitará también el consentimiento de ambos cónyuges o la autorización judicial supletoria para sustraer del uso común tales derechos.

Define FERNÁNDEZ URZAINQUI la vivienda habitual del matrimonio como «...*el lugar o espacio cerrado que de manera principal, normal, continuada*

lidad del artículo 1.320 del Código Civil a los ordenamientos civiles territoriales (a la luz de la sentencia de 3 de septiembre de 1998 del TSJB)», publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 665, mayo-junio, 2001, págs. 1079 a 1135.

(62) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Foral de Navarra*, obra citada, pág. 143.

(63) «...Admitir la tesis contraria —o sea, la mayoritaria antes indicada— supondría, como consecuencia insoslayable, que el cónyuge que prestase el consentimiento respecto a la disposición de la vivienda ganancial (o de conquista) debería declarar explícitamente que otorgaba los consentimientos exigidos por los artículos 1.320 y 1.377 del Código Civil (o los de las leyes 55 y 86 del Fuero Nuevo); y lo propio habría que expresar cuando se otorgase poder al efecto, y la autorización judicial supletoria del consentimiento habría de indicar también que sustituía a ambos consentimientos...»

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, pág. 190 a 192.

y estable constituye el hogar o la morada de los cónyuges, en cuanto representa la sede material de su convivencia, aunque paralelamente pueda ejercerse en él una profesión o pequeña industria doméstica» (64); y señala que constituye el denominado ajuar «...el conjunto de bienes u objetos de uso común destinados en general a amueblar, guarnecer o adornar la vivienda, al servicio conjunto e indistinto de todos sus moradores» (65).

La limitación al *ius disponendi* del cónyuge titular sólo tendrá vigencia mientras la vivienda o el mobiliario ordinario de la misma se hallen afectos al destino de constituir la vivienda y ajuar familiares (vid. Proyecto de 1983 de la Comisión Oficial Compiladora de Navarra).

No será de aplicación la ley 55 del Fuero Nuevo a las parejas estables reguladas por la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, ya que dicha ley no establece la equiparación, en este particular extremo, de dichas uniones con el matrimonio —asimilación que tampoco se produce, a excepción de lo que sucede en Cataluña (cfr. arts. 11 y 28 de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja), en ninguna de las leyes autonómicas promulgadas hasta el momento en nuestro país para la protección de dichas situaciones de convivencia (66).

(64) «...No alcanza tal consideración al solar o terrenos en que los cónyuges se propongan edificar la vivienda familiar; ni a los recintos inhabitables o insusceptibles de proporcionar un alojamiento estable y adecuado; tampoco a los locales y establecimientos dedicados de modo principal a actividades profesionales, comerciales o industriales, ni a las viviendas de temporada y fincas de recreo».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Foral de Navarra*, obra citada, pág. 145.

(65) «...No incluye los efectos destinados al uso exclusivamente personal de alguno de los cónyuges o al ejercicio de su actividad profesional. Tampoco los objetos de valor extraordinario en relación al que correspondería a su sola función doméstica».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Foral de Navarra*, obra citada, pág. 145.

«...Cuando se trate de una finca rústica en la que se halla enclavada una casa que constituya vivienda habitual de la familia, siempre que lo rústico (explotación agrícola) predomine sobre lo urbano (casa-vivienda), el supuesto no podrá estimarse incluido dentro de la norma de la ley 55, a condición, naturalmente, de que se trate de enajenar el conjunto de la explotación agraria, pues el criterio contrario habría de prevalecer si se tratare de disponer sólo de la casa-habitación».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, pág. 195.

(66) CANTERO NÚÑEZ estima que el contenido del artículo 1.320 del Código Civil ofrece dificultades para hallarse incluido entre las normas de un régimen económico-matrimonial susceptibles de ser incorporadas, por remisión pactada entre los convivientes, a la regulación patrimonial de una pareja estable: y ello «...no tanto por su carácter estatutario como porque, dotado de carácter contractual, su aseguramiento frente a terceros se torna problemático, a menos que se constituya una garantía real que lo asegure».

FEDERICO J. CANTERO NÚÑEZ, *Instituciones de Derecho Privado*, obra colectiva coordinada por Juan Francisco Delgado de Miguel, Editorial Civitas, 2001, tomo IV, vol. 1.º, pág. 413.

De acuerdo con la doctrina de las Resoluciones de la DGRN de 10 de noviembre de 1987 y de 27 de junio de 1994, no será preciso el consentimiento del cónyuge no propietario a que aluden los artículos 1.320 del Código Civil y 91.1 del RH en aquellos supuestos en que, siendo varias las personas titulares en régimen de proindivisión, la transmisión del inmueble se efectúe de modo conjunto por aquéllas.

En los casos de separación judicial, nulidad y divorcio del matrimonio, la aplicación del artículo 91.1 RH queda supeditada a la previa constancia registral de la atribución del derecho de uso a que se refiere el artículo 96.4 del Código Civil. Recordemos que según Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 2000, no es necesario el consentimiento del cónyuge ni la autorización judicial supletoria en la constitución de una hipoteca por el cónyuge separado judicialmente respecto a una finca inscrita como privativa, pues el artículo 96.4 del Código Civil sólo se aplica cuando se haya constituido a favor del consorte un derecho de uso inscrito en el Registro (67).

Por lo que se refiere a los supuestos de división de los bienes comunes, la STS de 16 de febrero de 1998 ha interpretado que no será aplicable el artículo 91.1 RH a la liquidación de una sociedad de gananciales practicada por contador-dirimente, en la que se adjudica la vivienda unifamiliar a uno de los cónyuges, por solicitud expresa del otro. Las STS de 22 de diciembre de 1992, 15 de julio de 1994, 16 de diciembre de 1995 y 27 de diciembre de 1999 han precisado que, aun constando atribuido el uso de la vivienda familiar a la mujer, por divorcio, y siendo copropiedad de ambos cónyuges la vivienda, cabe el ejercicio de la acción de división y la venta en pública subasta sin observar los requisitos exigidos por el artículo 96.4, por prevalencia del artículo 400 del Código Civil, siempre y cuando se garantice el mantenimiento del citado derecho de uso.

De acuerdo con la Resolución de la DGRN de 26 de octubre de 1987, el artículo 91.1 RH no es de aplicación en el supuesto de que un cónyuge nudo-propietario disponga de su derecho. A juicio de GARCÍA GRANERO, en la hipótesis de enajenación de la vivienda con reserva de usufructo no existirá infracción de la ley 55 siempre que tal reserva de usufructo —y lo mismo si la reserva es del derecho de habitación o, incluso, del arrendamiento— se hiciera con carácter vitalicio no sólo para el cónyuge titular sino, caso de premorir éste, a favor del otro (68).

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha recordado el carácter adjetivo del artículo 91.1 RH respecto de la legislación civil, común o

(67) Artículo 96.4 del Código Civil: «Para disponer de la vivienda y bienes indicados, cuyo uso corresponda al cónyuge no titular, se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

(68) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, pág. 199.

foral, aplicable. En su Resolución de 17 de febrero de 2003 se afirma que la manifestación de la parte deudora e hipotecante de que la vivienda objeto de la hipoteca no tiene carácter de «vivienda conyugal», debe interpretarse conforme a las previsiones legales del Derecho Civil especial de Cataluña (art. 9 del Código de Familia de Cataluña): el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña había resuelto que dicha manifestación era suficiente para entender cumplido el mandato contenido en el artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario, frente al criterio del Registrador que estimó que debiera haberse utilizado la expresión «vivienda familiar» y no la de «vivienda conyugal».

A la anotación de embargo sobre la vivienda habitual de la familia —STS de 18 de febrero de 1995 y art. 144.5 RH— me referiré a propósito del análisis posterior acerca de la responsabilidad de los bienes por deudas de los cónyuges.

b) *La exclusión de la ley 55*

ELORRIAGA DE BONIS cree que la aplicación de la ley 55 del Fuero Nuevo no puede ser excluida mediante pacto entre los cónyuges, por cuanto dicha exclusión puede suponer un perjuicio a los hijos, que deben ser considerados como terceros ajenos al pacto (69).

FERNÁNDEZ URZAINQUI cree por el contrario —siguiendo en este punto la interpretación de GARCÍA GRANERO— (70), que aunque la función de la norma

(69) ELORRIAGA DE BONIS, «La protección de la vivienda del matrimonio», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 14, 1992, págs. 186 a 188.

(70) Aparte otras consideraciones —el principio *paramiento fuero o ley vienze* (ley 7 FN), el principio de libertad civil (ley 8 FN), el hecho de que la ley 55 FN no sea de orden público ni haya sido calificada de imperativa por el Fuero Nuevo, la libertad de pacto entre marido y mujer sobre el régimen de bienes de su matrimonio o la observación de que la exclusión anticipada de la ley 55 FN en nada afecta a la igualdad de los cónyuges—, GARCÍA GRANERO recuerda la existencia de situaciones en las cuales la justicia y la seguridad jurídica aconsejan y, a veces, imponen la eliminación de la perturbadora exigencia de la ley 55 FN: «...Así sucederá en las separaciones de hecho convenidas por los esposos, quienes, sin necesidad de acudir a los Tribunales —con el consiguiente ahorro de tiempo y dinero y la evitación de innecesaria y perjudicial publicidad—, rápida, sencilla y pacíficamente establecen acuerdos de separación que formalizan en capítulos, con liquidación de la sociedad conyugal, sometimiento al régimen de absoluta separación de bienes y fijación de una plena independencia patrimonial. La seguridad y estabilidad de tales convenios y, sobre todo, la paz de esos cónyuges separados, exigen la efectividad de tal autonomía, para lo cual hay que eliminar por completo todo consentimiento del uno respecto a los actos que el otro pueda llevar a cabo. En Navarra, respecto a los capítulos otorgados con esos fines, se impone la renuncia mutua del usufructo legal de fidelidad (FN, ley 253) y, naturalmente, la eliminación de cualquier consentimiento que uno de los cónyuges deba prestar al otro, concretamente el exigido en la ley 55 del Fuero Nuevo».

es la conservación de la sede familiar bajo el control de ambos cónyuges, no cabe desconocer que, en razón del principio de libertad civil (ley 8 FN) y del silencio que guarda la ley 55 FN respecto de su imperatividad, y teniendo en cuenta que la convivencia de hijos u otros familiares no obsta a la disposición de la vivienda con el consentimiento del cónyuge no titular, no hay razones para oponerse a la validez del acuerdo entre los consortes relevando al titular de la necesidad de contar con el asentimiento a que se refiere la ley 55 FN (71).

c) *Cuestiones de Derecho interregional*

Afirma GARCÍA GRANERO no es la *lex rei sitae* (lugar de situación de la vivienda) sino la *lex personae* (la de los cónyuges) la que determina si es o no necesario el consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda habitual del matrimonio; en particular, cuando la *lex matrimonii* y la *lex personae* sean distintas y entre ellas haya discrepancia en cuanto a la exigencia o no del consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda, debe primar —opina GARCÍA GRANERO— la ley de la vecindad civil de los cónyuges (72).

A mi juicio, por el contrario, las normas que limitan el poder de disposición del cónyuge titular de la vivienda familiar habitual y su mobiliario ordinario son normas que forman parte del régimen económico del matrimonio (cfr. Auto del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1999, que no admite el recurso de amparo interpuesto contra la STSJ de Baleares, de 3 de septiembre de 1998, resolución esta última que había entendido no aplicable en dichas islas el artículo 1.320 del Código Civil), por lo que las cuestiones de derecho internacional privado y de derecho interregional deben someterse

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, págs. 189 y 190.

(71) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Foral de Navarra*, obra citada, págs. 143 y 144.

(72) «...a) Aun cuando un concepto muy amplio del régimen matrimonial permitiría incluir en él las normas conocidas como régimen primario, no parece muy seguro que la inmutabilidad de tal régimen —no obstante el cambio de vecindad civil— deba ser referido a todas las normas que definen las relaciones jurídicas entre cónyuges.

b) No cabe extremar la vinculación entre la ley personal de los cónyuges al contraer matrimonio y el sistema económico o de bienes, pues los esposos pudieron perfectamente pactar desde un principio un régimen distinto del legal supletorio e, incluso, diferente de los previstos en la misma ley que entonces les era aplicable.

c) El cambio de vecindad civil supone que, en principio y de modo general, la nueva ley es la que debe regular todas las relaciones personales y sucesorias, sin más salvedad —por vía de excepción— que la de persistir inalterado el régimen de bienes bajo el cual fue contraído el matrimonio».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, págs. 187 y 188.

a lo dispuesto en los artículos 9.2, 9.3 y 16.3 del Código Civil. En consecuencia, la ley 55 del Fuero Nuevo será aplicable a aquellos matrimonios cuyo régimen económico, cualquiera que éste sea, se halle sujeto al Derecho navarro, con independencia de cuál sea la vecindad de los cónyuges y el lugar de situación de la vivienda (73).

d) *El consentimiento de ambos cónyuges y la autorización judicial supletoria*

Me remito a cuanto será expuesto posteriormente sobre la actuación conjunta de los cónyuges (leyes 58 y 60 del Fuero Nuevo). No obstante, me parece interesante subrayar ahora que:

- La STS de 8 de junio de 1993 ha interpretado que el poder conferido al cónyuge para la venta de la vivienda familiar habitual es suficiente para hipotecarla.
- Y que según la Resolución de la DGRN de 17 de diciembre de 1987, el apoderado que tiene facultades para vender tiene también atribuciones suficientes para hacer la declaración prevista en el artículo 91.1 RH.

e) *Los efectos del incumplimiento de la ley 55 del Fuero Nuevo*

El acto o contrato contrario a la ley 55 del Fuero Nuevo será anulable a instancia del cónyuge que no consintió o de sus herederos, según el régimen general de ineficacia de los actos realizados por un consorte sin la necesaria conformidad del otro (ley 59 FN).

Quedarán a salvo de la impugnación del acto o contrato ineficaz los derechos de tercero de buena fe, buena fe que se predicará —como señala FERNÁNDEZ URZAINQUI— del adquirente o subadquirente que no hubiera conocido ni hubiera podido conocer, con elemental diligencia, el destino familiar de la vivienda adquirida (74).

(73) No creo que sea aplicable el artículo 10.8 del Código Civil —en virtud de la remisión hecha por el art. 16.1 del Código Civil— a las disposiciones *inter vivos* a título oneroso sobre la vivienda familiar habitual situada fuera de Navarra o su mobiliario ordinario —aplicación que podría implicar la validez de tales disposiciones según el territorio de situación del inmueble (por ejemplo, Islas Baleares), a pesar de la actuación individual del cónyuge titular de la vivienda o su mobiliario—, ya que la ley 55 FN, al igual que el artículo 1.320 del Código Civil, no recogen en su contenido una causa de incapacidad sino una limitación a la facultad de libre disposición del propietario. Creo que el adquirente de buena fe encuentra una mejor protección en la aplicación directa de la ley 55 del Fuero Nuevo.

(74) «...Tratándose de una circunstancia fáctica, el simple silencio del Registro de la Propiedad sobre el particular no es bastante para fundar un estado de buena fe,

En relación con el mobiliario ordinario de la vivienda familiar habitual, recuerda GARCÍA GRANERO que el hecho de que el adquirente sea mantenido o no en su adquisición dependerá del valor e interpretación que se atribuyan al siempre discutido artículo 464 del Código Civil (75).

3. Limitaciones voluntarias: los pactos en capitulaciones matrimoniales

Las limitaciones voluntarias a la libre capacidad individual de los cónyuges pueden venir impuestas, escribe FERNÁNDEZ URZAINQUI: i) por la propia voluntad de los cónyuges manifestada en capitulaciones —singularmente, si acuerdan el régimen económico-matrimonial de comunidad universal de bienes (ley 101.3 FN)—, o ii) por la de terceros que disponen de ciertos bienes a favor de aquéllos (leyes 80 y 149) (76).

Los pactos contenidos en capitulaciones matrimoniales afectan de ordinario al régimen de comunidad de los bienes de marido y mujer, a los bienes donados por razón de matrimonio, al régimen sucesorio y al régimen de convivencia de instituyentes o donantes y beneficiarios, pero no al estricto concepto de capacidad jurídica de los cónyuges. La referencia que en la ley 53 del Fuero Nuevo se hace a las capitulaciones matrimoniales debe interpretarse, en cualquier caso, de acuerdo con las ideas rectoras que propiciaron las modificaciones del Fuero Nuevo en 1975 y 1987, antes expuestas.

4. El consentimiento dual y la habilitación judicial supletoria

Respecto de los actos para los que cualquiera de los cónyuges precisare, por pacto o por ley, el consentimiento del otro, dispone la ley 58 del Fuero Nuevo (77) que podrá éste ser suplido por el juez, quien resolverá sobre su

cuando otras directa y fácilmente observables por un diligente contratante son reveladoras de aquella función o destino familiar».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Foral de Navarra*, obra citada, pág. 146.

(75) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, pág. 208.

(76) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Foral de Navarra*, obra citada, pág. 136.

(77) La redacción actual de la ley 58 procede de la reforma de 1975. En el Fuero Nuevo de 1973, la ley 58 decía lo siguiente: «*Habilitación judicial. En todos los actos para los cuales la mujer necesite licencia, si no la diere el marido, podrá ser suplida por el Juez, que resolverá sobre su procedencia, previa información sumaria con citación de ambos cónyuges*».

Recordemos lo que disponía el Fuero Reducido (2,1,47): «*(Como la muger si el marido requerido no le dar licencia para pedir so derecho ella puede pedir y defender):*

procedencia, a solicitud fundada y previa información sumaria, con citación de ambos cónyuges. Ante la negativa de uno de los cónyuges a prestarlo o cuando dicho consentimiento sea imposible de obtener, el otro consorte podrá recabar la correspondiente habilitación judicial, con carácter previo a la realización del acto o actos. El procedimiento se tramitará de acuerdo con las reglas previstas en los artículos 1.811 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 —declarados vigentes, en tanto se promulgue la anunciada Ley sobre la Jurisdicción Voluntaria, por la Disposición Derogatoria única, apartado primero, regla primera, de la Ley 1/2000, de 7 de enero— y concluirá con un auto que puede ser recurrido en apelación (cfr. arts. 1.819 y 1.820 de la LEC de 1881).

Matiza FERNÁNDEZ URZAINQUI que la ley 58 del Fuero Nuevo —así como también lo dispuesto en la ley 59— no es sólo de aplicación a los actos de un cónyuge necesitados del asentimiento del otro, sino también a los supuestos de colegitimación sujetos al consentimiento dual (cfr. ley 86.1 FN) (78).

Ordenamos y mandamos que la muger sin licencia de su marido pueda defender sus bienes y demandar su derecho y herencia si consta que ella a demandado liçençia a su marido y el no quiso dar la dicha liçençia, en este caso debe ser ella por el juez autorizada».

(78) «...La norma únicamente es de aplicación al consentimiento o asentimiento exigible de ambos cónyuges en su condición de tales, esto es, en cuanto cónyuges; pero no del que recíprocamente hubieran de otorgarse éstos por razón distinta al vínculo matrimonial que les liga. Podrá así suplirse mediante la habilitación judicial el consentimiento o, en su caso, el asentimiento legalmente requerido: para los actos de administración y disposición de bienes de conquista atribuidos a ambos cónyuges conjuntamente, salvo los de enajenación o gravamen a título lucrativo, en el que el consentimiento de ambos es insustituible (ley 86); para los de administración y disposición sobre bienes comunes en el régimen de comunidad universal (ley 101.3); para los de disposición ínter vivos o sustracción al uso común de los derechos privativos sobre la vivienda habitual o su ajuar (ley 55); para los de disposición de los bienes dótales cuya propiedad conserve la mujer (ley 120.4), y para los de disposición ínter vivos por la mujer de las arras recibidas (ley 126). No podrá acudirse en cambio a la suplencia judicial del consentimiento, del acuerdo de voluntades o de la conformidad legalmente requeridos: para disponer de los bienes y derechos que pudieran pertenecer a los cónyuges en régimen de comunidad ordinaria (leyes 372 y 375); para disponer por título lucrativo de los bienes propios el cónyuge vinculado por testamento de hermandad (ley 204), o para tomar decisiones, realizar actos o resolver cuestiones inherentes al ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los hijos comunes del matrimonio mediando criterios divergentes entre los progenitores (ley 63, último párrafo)».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 151 a 153.

A juicio de GARCÍA GRANERO, tampoco pueden ser suplidos por la habilitación judicial a que se refiere la ley 58 del Fuero Nuevo ni el necesario consentimiento de un cónyuge a la adopción llevada a cabo por el otro —salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente— (cfr. art. 177.1 del Código Civil y STS de 19 de febrero de 1988) ni la designación conjunta por marido y mujer, en virtud de un pacto sucesorio de carácter imperativo, de un heredero entre los descendientes del matrimonio (en este último caso, escribe GARCÍA

Propone GARCÍA GRANERO, como ejemplos de pactos contenidos en capitulaciones matrimoniales que imponen el necesario consentimiento de ambos cónyuges —consentimiento que puede ser también suplido por una habilitación judicial— el convenio sobre la codisposición de bienes de conquista de los que, conforme a la ley 86.2 del Fuero Nuevo, uno solo de los cónyuges podría disponer, o el pacto según el cual para disponer de ciertos bienes privativos (ya en régimen de conquistas, ya en el de separación), se requiera que el cónyuge titular obtenga el asentimiento del otro (79).

5. La impugnación y la confirmación de los actos realizados por un cónyuge sin el necesario consentimiento del otro

Los actos realizados por uno de los cónyuges sin el necesario consentimiento del otro podrán ser ratificados —mejor, confirmados—, expresa o tácitamente (cfr. SAT de Pamplona de 30 de enero de 1980), por éste o sus herederos, y serán válidos si aquél o éstos no los impugnaren dentro del plazo de cuatro años (80), a contar del día de la disolución del matrimonio (no del régimen económico-matrimonial) o de la separación legal (ley 59 del Fuero Nuevo) (81). Notemos que no existe plazo alguno para la confirmación; sí que lo hay, por el contrario, para la impugnación del acto. Observa FERNÁNDEZ URZAINQUI que el acto anulable puede ser impugnado

GRANERO, «...no cabrá que la discrepancia entre ellos sea sometida a la decisión del Juez, ni que éste pueda suplir la falta de conformidad del cónyuge no titular (el de fuera de la Casa, según la expresión popular y consuetudinaria). En estos supuestos —y según el pacto capitular de fiducia sucesoria mutua—, en su día será el cónyuge viudo quien —por sí v como fiduciario-comisario del premuerto— podrá llevar a efecto el nombramiento de heredero respecto a todos los bienes de la Casa».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, págs. 225 y 226.

(79) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, págs. 224 y 225.

(80) «...Como en cualquier otra acción de impugnación de actos anulables, concebida para la protección de los derechos e intereses de determinados sujetos, la legitimación activa queda limitada en exclusiva a estos sujetos; en el caso que nos ocupa, el cónyuge cuyo consentimiento se omitió o sus herederos. Quienes en ningún caso podrán impugnar el acto por tal motivo serán el cónyuge que realizó el acto sin el necesario consentimiento de su consorte o la supletoria habilitación judicial y las personas que contrataron o fueron parte en el acto con él».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 155.

(81) La actual redacción de la ley 59 del Fuero Nuevo fue dada a la misma por el Amejoramiento de 1975, sustituyendo a la de 1973: «Ratificación. Los actos realizados por la mujer sin la necesaria licencia podrán ser ratificados posteriormente por el marido o sus herederos; y serán válidos si aquél o éstos no lo impugnaren dentro del plazo de cuatro años a contar del día de la disolución del matrimonio, o de la separación legal».

desde que el cónyuge cuyo consentimiento ha sido eludido tiene conocimiento de él —la disolución o la separación legal del matrimonio marcan el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción, no de caducidad (cfr. ley 34 FN) (82), de la acción— y recuerda que la anulabilidad del acto ha de hacerse valer mediante el ejercicio de la correspondiente acción de impugnación, en demanda principal o reconvencional, para que dicha ineficacia pueda ser apreciada y declarada (STS de 22 de diciembre de 1992), a diferencia de la nulidad absoluta, oponible por simple excepción, para la que la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil habilita un trámite de contestación (art. 408.2) (83).

DELGADO ECHEVERRÍA —con cita de la ley 34 del Fuero Nuevo de Navarra, del art. 1.442 del Código Civil italiano, de la doctrina francesa y de abundante jurisprudencia que sirve de apoyo a su tesis (STS de 25 de abril de 1960, 28 de mayo de 1965, 28 de octubre de 1974, 27 de marzo de 1987, 27 de marzo de 1989, 23 de octubre de 1989, entre otras)— considera, en general, que el plazo de la acción de impugnación de los actos y contratos anulables es un plazo de prescripción y, en consecuencia, que es susceptible de interrupción por declaración extrajudicial o reconocimiento de la otra parte, que no puede apreciarse de oficio y que cabe su renuncia (84). También la jurisprudencia más reciente confirma este criterio. La STS de 27 de febrero de

(82) Ley 34 del Fuero Nuevo: «g) Rescisión e impugnación. Las acciones de rescisión no previstas en la ley anterior y las de impugnación de actos anulables prescriben a los cuatro años».

(83) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 155.

(84) «No conozco ninguna sentencia en que el Tribunal Supremo haya tratado este plazo de cuatro años como de caducidad (aunque en algunas lo haya calificado obiter de esta manera). Ciertamente, el mismo Tribunal Supremo se ha pronunciado por la caducidad en casos de rescisión (sentencias de 4 de julio de 1957, 26 de junio de 1967 y 6 de junio de 1990 —sobre el art. 1.076— y 11 de mayo de 1966), pero la analogía no procede, ya que en la rescisión sí que se parte de un contrato válido (vid. art. 1.290) contra el que se hace valer un derecho potestativo. El propio Tribunal Supremo ha contrapuesto rescisión y anulabilidad (al menos desde la sentencia de 17 de abril de 1943) y precisamente por lo que se refiere al juego de la prescripción o caducidad en sentencia de 6 de junio de 1990.

En consecuencia, la opinión que considera el plazo como de caducidad carece de apoyo en la jurisprudencia y no creo que tenga a su favor otro argumento que el puramente conceptual sobre la naturaleza atribuida a la anulabilidad por esta doctrina.

Otra cosa es que en leyes extracodiciales puedan encontrarse casos de anulabilidad sujetos a breves plazos de caducidad (arts. 115-122 de la LSA; art. 16 de la LPH; arts. 52,4 y 66,4 de la LGC), y así lo ha declarado repetidas veces el Tribunal Supremo. No hay ninguna razón, dadas las diferencias de dicción legal, de finalidad de las normas, y hasta de duración del plazo para trasladar esta calificación a los casos clásicos de anulabilidad en el Código Civil».

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XVII, vol. 2.º, págs. 337 a 339.

1997, con cita de las anteriores sentencias, afirma que el plazo de cuatro años que se establece en el artículo 1301.1 del Código Civil es un plazo de prescripción y no de caducidad. En sentencias de 23 de octubre de 1908, 28 de abril de 1931, 14 de mayo de 1955 y 8 de abril de 1995, el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de interrupción del plazo señalado en el artículo 1.301 del Código Civil.

A juicio de GARCÍA GRANERO, transcurrido el plazo de cuatro años desde la disolución del matrimonio o desde la separación legal de los cónyuges, quedará convalidado el acto anulable, por lo que no se requerirá declaración judicial alguna, salvo que existiere una situación litigiosa (85).

La STSJ de Navarra, de 30 de junio de 1994, se refiere a los efectos de la falta de ratificación por la mujer de una escritura pública de cesión de bienes y derechos a cambio de renta vitalicia, otorgada únicamente por el marido, en nombre propio y manifestando también actuar en nombre de su mujer —como mandatario verbal— sobre bienes en parte privativos y en parte conquistas de los cónyuges. El TSJ de Navarra interpreta que la cesión de los bienes no quedó condicionada a la ratificación del contrato por la mujer —ratificación de cuya necesidad advirtió expresamente el notario autorizante— y estima la validez parcial del negocio, en cuanto a los bienes privativos del marido cedente (recurriendo a la aplicación del principio de protección de los terceros, a la perfecta divisibilidad del objeto y la doctrina sobre conservación del contrato) (86).

(85) «...A los efectos de inscribir en el Registro de la Propiedad —por ejemplo, una venta de inmueble de conquistas otorgada por uno solo de los cónyuges— opino que bastará acreditar el transcurso del plazo de cuatro años a contar del momento en que se produjo el hecho (fallecimiento, sentencia de divorcio o de separación) que actúa como dies a quo para el cómputo de la prescripción extintiva. En cuanto a los hechos de no haber habido impugnación ni hallarse interpuesta la acción, en razón de ser circunstancias negativas, parece será prueba suficiente que del Registro nada resulte en contrario (anotación preventiva de demanda o simple asiento de presentación del mandamiento que la ordene) y, además, la pertinente aseveración del solicitante, en el escrito dirigido al registrador (ratificado ante éste o con firma legitimada notarialmente). A la solicitud será preciso acompañar los documentos justificativos del hecho que da lugar al inicio del plazo de prescripción (certificado de defunción del cónyuge o testimonio de la sentencia firme de divorcio o de separación)».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, pág. 229.

(86) El magistrado FERNÁNDEZ URZAINQUI formula un voto particular a esta sentencia, por entender que la ausencia de ratificación del otorgamiento hacía ineficaz —en tanto no se produjera dicha «conditio iuris»- todo el negocio, no por aplicación de la ley 59 del Fuero Nuevo sino por exigencias del artículo 1.259 del Código Civil o de la ley 557 del Fuero Nuevo.

En cuanto a las consecuencias de la acción de impugnación, bastará con recordar que DE CASTRO (87) distinguió ya con nitidez entre un efecto declarativo y los efectos restitutorios de la acción de anulación:

- a) Declarada la nulidad del contrato por sentencia judicial, se destruye la posibilidad de su confirmación y aparece la originaria invalidez del negocio. La anulación tiene eficacia retroactiva (*ex tunc*) y, además, desplegará sus naturales efectos destructivos sobre los títulos y derechos fundados en el negocio que se anula (*resoluto iure dantis, resolvitur est ius accipientis*)—sin otras limitaciones que las resultantes de la protección especial debida a los terceros amparados en la publicidad y en la buena fe (arts. 464 y 1.473 del Código Civil, 34 LH...)—. A juicio de Díez-PICAZO la eficacia retroactiva de la anulación debe ser mantenida aunque se reconozca, como él hace, el carácter constitutivo de la acción: si la sentencia sólo tuviera efectos *ex nunc* y para en adelante —escribe—, ello significaría, en puridad, no anular, sino extinguir la relación contractual previamente creada, que no es, indudablemente, lo que la ley ha querido. La anulación tiene que suponer, dentro de lo posible, un retorno de las cosas al ser y al estado que tenían antes de la celebración del negocio. Por eso —concluye— toda anulación, cualquiera que sea su mecanismo o su forma de articulación, debe entenderse que tiene efectos retroactivos, a menos que la ley disponga otra cosa (88).
- b) Declarada la nulidad cuando el negocio haya sido cumplido, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (art. 1.303 del Código Civil y siguientes).

D) La responsabilidad de los bienes por las deudas de los cónyuges

1. Normas materiales

Dice así el apartado segundo de la ley 54 del Fuero Nuevo:

«Afección de bienes. *La responsabilidad por los actos que realice uno solo de los cónyuges, en cumplimiento de las obligaciones voluntariamente aceptadas, afectará exclusivamente a los bienes privativos del obligado, sal-*

(87) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971 (reimpresión de 1991), págs. 508 y 509.

(88) LUIS Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1993, tomo I, pág. 469.

vo que hayan sido asumidas con el consentimiento del otro cónyuge, en cuyo caso la responsabilidad afectará también a los bienes de la sociedad conyugal sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 85.

De las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en el cumplimiento de obligaciones legales de inexcusable ejercicio, comunes a ambos, responderán solidariamente los bienes del cónyuge que contrajo la deuda y los de la sociedad conyugal, y subsidiariamente los del otro cónyuge, sin perjuicio de los reembolsos que procedan» (89).

El régimen de la responsabilidad por las deudas de los cónyuges en el Fuero Nuevo desborda sin embargo las limitadas previsiones de esta norma, que por razón de su ubicación sistemática —al igual que sucede respecto de la ley 61 sobre fianzas prestadas por los cónyuges— es de aplicación a cualquier régimen matrimonial; junto con ellas, y además de cuanto hemos visto ya respecto de la institución de la «potestad doméstica», el régimen de responsabilidad por las deudas de los cónyuges resulta también de lo establecido en las siguientes leyes incluidas en la regulación de los diferentes sistemas económico-matrimoniales:

— *Sociedad conyugal de conquistas:*

- Ley 84: «Cargas y responsabilidad. /. Son de cargo y responsabilidad de la sociedad de conquistas los gastos y obligaciones siguientes: 1) El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes, así como de los hijos de anterior matrimonio de uno de los cónyuges si éste no hubiere hecho la partición y entrega de bienes a que se refiere la ley 105. 2) Los gastos ordinarios y extraordinarios de la administración de los bienes comunes. 3) Los gastos ordinarios de la administración de los bienes privativos de los cónyuges. 4) Los gastos de la explotación regular de los negocios o los ocasionados por el

(89) Recordemos, una vez más, que en el Derecho histórico navarro la mujer sólo podía obligar los bienes comunes para atender las necesidades ordinarias de la familia encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y las circunstancias y posición de la familia, criterio recogido en la redacción originaria del Fuero Nuevo (vid. leyes 53, 54 y 86).

En el Amejoramiento de 1975 se añadió un segundo apartado a la ley 53 del Fuero Nuevo: «La responsabilidad por los actos que realice uno solo de los cónyuges en el cumplimiento de las obligaciones voluntariamente aceptadas afectará exclusivamente a los bienes privativos del obligado, salvo que hayan sido asumidas con el consentimiento del otro cónyuge, en cuyo caso la responsabilidad afectará también a los bienes de la sociedad conyugal. La responsabilidad contraída por uno de los cónyuges en el cumplimiento de obligaciones legales de inexcusable ejercicio afectará también a los bienes de la sociedad conyugal».

ejercicio de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge. 5) Los gastos necesarios causados en litigios que ambos cónyuges sostengan contra tercero, o por uno solo si redundan en provecho de la familia. 6) Las obligaciones contraídas por uno cualquiera de los cónyuges conforme a la ley 54. 7) Las obligaciones extracontractuales de los cónyuges derivadas de actuaciones realizadas en interés de la sociedad de conquistas o con beneficio para ella, en el ámbito de la administración de los bienes comunes. 2. Las obligaciones extracontractuales que se contraigan en relación con la administración de los bienes privativos o sean debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor serán de responsabilidad pero no de cargo de la sociedad. De las obligaciones que contraigan ambos cónyuges o uno de ellos con el consentimiento del otro responderá la sociedad de conquistas sin perjuicio de los reembolsos que, en su caso, procedan».

- Ley 85: «Cargas privativas. Son de cargo de cada cónyuge los gastos y obligaciones siguientes: 1) El sostenimiento, alimentación y educación de los hijos de anterior matrimonio de uno de los cónyuges, cuando se hubiere hecho la partición y entrega de bienes, si procediere, conforme a la ley 105. 2) La alimentación y educación de los hijos no matrimoniales de uno cualquiera de los cónyuges. 3) Las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges sin el consentimiento del otro cuando no sean de cargo de la sociedad de conquistas conforme a las leyes 54 y 84. 4) Lo perdido y pagado en juego por cualquiera de los cónyuges, o lo perdido y no pagado en los juegos en que la ley concede acción para reclamar lo que se gane. Cada cónyuge responderá de sus deudas propias con su patrimonio privativo, y si éste no fuere suficiente el acreedor podrá pedir el embargo de bienes de conquista, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge. Si la ejecución se realizare sobre bienes comunes, se considerará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo que los abone con caudal propio o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal. No obstante, el cónyuge no deudor podrá exigir, dentro de los nueve días siguientes a la notificación, que en el embargo los bienes comunes sean sustituidos por la parte que al cónyuge deudor corresponda en la sociedad de conquistas, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución y liquidación de ésta, y se aplicará el régimen de separación de bienes en los términos previstos en la ley 103».

— Comunidad universal de bienes

- Ley 101: «Efectos. Los cónyuges pueden pactar el régimen de comunidad universal de bienes en capitulaciones otorgadas antes o después

del matrimonio. En defecto de los pactos establecidos, se aplicarán las reglas siguientes: 1) Por este régimen se hacen comunes a los cónyuges todos sus bienes presentes y futuros, sea cual fuere el título de adquisición, oneroso o lucrativo, *inter vivos* o *monis causa*. 2) Serán de cuenta de la comunidad todas las cargas y obligaciones de ambos cónyuges o de cualquiera de ellos, así anteriores como posteriores al matrimonio... 5) En lo que no hubiese sido pactado o no se halle previsto en esta Ley, se aplicarán analógicamente las disposiciones establecidas en esta Compilación para el régimen de conquistas, en cuanto no fuere contradictorio o incompatible con el de comunidad universal de bienes».

— Separación de bienes

- Ley 103: «Separación convencional. Los cónyuges pueden pactar el régimen de separación de bienes en capitulaciones matrimoniales otorgadas antes o después del matrimonio. a) Concepto. Salvo pacto en contrario, este régimen reconoce a cada cónyuge la propiedad de los bienes que tuviese en el momento inicial y los que por cualquier título adquiriera posteriormente, así como el disfrute, administración y disposición por sí solo de sus bienes propios, y le atribuye la responsabilidad exclusiva de las obligaciones por él contraídas; sin perjuicio, en caso de concurso o quiebra del cónyuge deudor, de las acciones por fraude de acreedores. Sin embargo, de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges para atender a las necesidades ordinarias de la familia conforme a las circunstancias de ésta y al uso del lugar, si fuere insuficiente el patrimonio del cónyuge deudor, responderán subsidiariamente los bienes del otro, sin perjuicio del reembolso que procediere. b) Sostenimiento de cargas familiares. Respecto al sostenimiento y atenciones a la familia, se estará a lo pactado en las capitulaciones; en su defecto, cada cónyuge puede exigir del otro que contribuya en proporción a sus ingresos y, si no los tuviere o fueran insuficientes, a sus bienes. Este derecho es personalismo e intransmisibile, pero los herederos podrán continuar el ejercicio de la acción si el causante hubiere interpuesto la demanda. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, deberá computarse el trabajo en el hogar familiar de cualquiera de los cónyuges...»

Llevando a cabo una interpretación conjunta de todas las leyes anteriores para determinar los rasgos esenciales del régimen de la responsabilidad de los bienes por razón de las deudas de los cónyuges en el Derecho Civil navarro,

pueden sentarse las conclusiones siguientes (todo ello sin perjuicio del análisis que haré, al tratar de la sociedad conyugal de conquistas, de la naturaleza privativa o común de las distintas obligaciones de los cónyuges y de los derechos de reembolso entre ellos):

1. El régimen de responsabilidad de los bienes de marido y mujer que a continuación expongo, por constituir un conjunto de normas de protección de los terceros, se halla en general excluido del ámbito de la autonomía de la voluntad —salvo remisión expresa de la ley al pacto en contrario— y, en consecuencia, supone una excepción a los principios de libertad civil y «paramiento fuero vienze», al menos en lo que se refiere a los derechos y expectativas de los acreedores que resultan del Fuero Nuevo, que no pueden ser lesionados (90). Recordemos que, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 7, la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que vaya en perjuicio de tercero —además de otras excepciones recogidas en la misma ley.

2. En el régimen matrimonial de separación de bienes, salvo pacto en contrario, cada cónyuge es el único responsable de las obligaciones por él contraídas [ley 103.a)]. Sin embargo, de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges para atender a las necesidades ordinarias de la familia conforme a las circunstancias de ésta y al uso del lugar, si fuere insuficiente el patrimonio del cónyuge deudor, responderán subsidiariamente los bienes del otro, sin perjuicio del reembolso que procediere [ley 103.a) *in fine*]. De las deudas contraídas por ambos cónyuges, responderán conjuntamente los patrimonios de uno y otro consorte [arg. ley 103.a) del Fuero Nuevo y art. 1.911 del Código Civil]. De las deudas contraídas por un cónyuge con el consentimiento del otro responderán los bienes del obligado pero no los del cónyuge que presta su consentimiento, en tanto éste no asuma la deuda (arg. ley 512 del Fuero Nuevo). Finalmente, de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en cumplimiento de deberes legales de inexcusable ejercicio, comunes a ambos consortes —a los cuales me referiré más

(90) «Otro de los límites a la aplicación del paramiento es el perjuicio de tercero. Por medio del paramiento se constituyen relaciones jurídicas entre particulares, de ahí que sea preciso concretar cómo pueden verse afectados terceros como consecuencia de una declaración unilateral o contractual. Es sabido que si bien el negocio jurídico constituye *res inter alios acta*, aquél puede afectar, aunque sea indirectamente, a terceros ajenos al negocio. Para que sea relevante el límite recogido por esta Ley, es necesario que el tercero se vea lesionado en un derecho o expectativa jurídica, dignos de protección. Sólo así podrá considerarse el perjuicio de tercero verdadero límite a la declaración unilateral o contractual... En mi opinión, la ineficacia no comporta la anulación del acto jurídico llevado a cabo; la ineficacia sólo es relativa, y alcanza al tercero perjudicado que tendrá derecho al correspondiente resarcimiento del perjuicio económico sufrido».

ENRIQUE RUBIO TORRANO, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil de Navarra*, obra citada, página 41.

adelante— responderán los bienes del cónyuge que contrajo la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge, sin perjuicio de los reembolsos que procedan (ley 54 *in fine*).

3. En el sistema de comunidad universal de bienes, salvo pacto en contrario, serán de cuenta de la comunidad todas las cargas y obligaciones de ambos cónyuges o de cualquiera de ellos, así anteriores como posteriores al matrimonio (ley 101.2). Como señala DÍAZ BRITO, se trata de una regla fundamental de la comunidad universal de bienes, inherente a su propia naturaleza (comunidad de bienes de tipo germánico), por lo que la libertad de pactos de los cónyuges no puede desplazar completamente su aplicación sin salirse de los márgenes de este régimen económico-matrimonial: los pactos capitulares podrán excluir la responsabilidad del patrimonio común respecto a cierto tipo de deudas (las anteriores al matrimonio, por ejemplo), o vincular determinados bienes a su satisfacción, pero difícilmente podrá alterarse en lo esencial la responsabilidad del patrimonio común, sin que ello implique un tránsito hacia un régimen económico-matrimonial distinto (91). En contra, GARCÍA GRANERO opina que en todos aquellos supuestos de responsabilidad de los bienes comunes por deudas que sean de cargo de uno solo de los cónyuges —por ejemplo, por pacto entre los consortes o por tratarse de ciertas obligaciones que él considera privativas (deudas anteriores al matrimonio o no declaradas en capitulaciones, obligaciones extracontractuales que sean debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor, lo perdido y pagado en juego por cualquiera de los cónyuges, lo perdido y no pagado en los juegos en que la ley concede acción para reclamar lo que se gana o los afianzamientos que uno solo de los cónyuges hubiere prestado, sin consentimiento del otro, a favor de tercero para garantía de obligaciones que no redundan en beneficio o interés de la familia), tendrá perfecta aplicación a la comunidad universal

(91) «Los términos en que se expresa la ley 101 (serán de cuenta de la comunidad todas las cargas y obligaciones de ambos cónyuges...) impiden disociar una responsabilidad externa y otra interna, tal y como suele ocurrir en los regímenes de separación de bienes o en el de sociedad conyugal de conquistas... Quiere ello decir que, salvo atemperaciones introducidas por pacto capitular, el patrimonio común no sólo responde frente a terceros de todas las deudas de los cónyuges, sino que tales deudas son verdaderamente comunes y deben imputarse a la comunidad universal y nunca al haber de uno de los cónyuges. Cuestión distinta es que la conducta dolosa o negligente de uno de los esposos le reporte un enriquecimiento injustificado o irroque al otro daños que no tiene obligación de soportar. Piénsese, por ejemplo, en las deudas derivadas de la responsabilidad civil extracontractual por dolo o culpa grave de uno de los cónyuges. En estos casos, el cónyuge perjudicado podrá pedir la disolución de la comunidad universal, por aplicación analógica de lo dispuesto en el apartado quinto de la ley 87. Igualmente tendrá la posibilidad de reclamar a la disolución de la comunidad por el enriquecimiento injustificado que hubiere experimentado el cónyuge negligente».

FRANCISCO JAVIER DÍAZ BRITO, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 305.

lo que, respecto a las conquistas, se ordena en el apartado último de la ley 85 del Fuero Nuevo (92).

4. En cuanto a la sociedad conyugal de conquistas:

a) *Durante su vigencia*

- De las obligaciones contraídas por ambos cónyuges responderán los bienes comunes y también los bienes privativos de marido y mujer —si los hubiera—. Así resulta de la interpretación conjunta de las leyes 54 *in fine*, 61 y 84 *in fine* del Fuero Nuevo y del artículo 1.911 del Código Civil —aplicable como derecho supletorio de acuerdo con las leyes 2.4, 5 y 6 de aquél— (93). Queda sin determinar, como acertadamente observa GARCÍA GRANERO, el modo en que tales bienes responden. A su juicio, opinión que comparto plenamente, dados los términos del último apartado de la ley 54 parece que los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges y el patrimonio común a ambos responderán solidariamente, sin orden de prelación entre ellos, a salvo siempre los reembolsos que procedieren, en el supuesto de que tales responsabilidades hubiesen sido hechas efectivas sobre el patrimonio propio de alguno o ambos consortes (94). Recuerda FERNÁNDEZ URZAINQUI que lo mismo ha de decirse respecto de las obligaciones contraídas por un cónyuge, actuando en nombre propio y en nombre y representación de su consorte, cuando se halle debidamente facultado para ello (ley 60.2), o tras la ratificación de aquél (95).
- Respecto de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges, la regla general es la afirmada por el primer inciso del apartado segundo de la ley 54: «*La responsabilidad por los actos que realice uno solo de los cónyuges en cumplimiento de las obligaciones voluntariamente aceptadas, afectará exclusivamente a los bienes privativos del obligado*» (96). Existen, no obstante, numerosas excepciones a este

(92) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil v Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 295 a 297.

(93) Declara la STSJ de Navarra, de 26 de noviembre de 2002, que la posición de cada uno de los arrendatarios en el contrato de arrendamiento, concurriendo las circunstancias de utilización indistinta, unidad de contrato y objeto y renta única —reveladoras de una comunidad de objetivos e interna conexión entre los locatarios— es de solidaridad frente al arrendador, tanto en sus derechos como singularmente en su deber de pagar la renta pactada, con independencia de la relación de afectividad que vincule a aquéllos.

(94) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, pág. 176.

(95) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil de Navarra*, obra citada, pág. 140.

(96) Fuero de Tudela, 254 (manuscrito de Copenhague): «*De heredades propias. Si alguna muller ouiere algunas heredades ante que case con su marido, damos por juycio*

criterio general (97) —incumbiendo a quien sostenga la consorcialidad de la responsabilidad la prueba de tal carácter (vid. STSJ de Navarra de 26 de enero de 1991 y art. 543.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil)— que pueden ordenarse estableciendo las siguien-

que por nulla deuda nin malleuta que su marido faga ni aya feyta, si ella no es en la deuda, que non puedan ser destreytas aquellas sus propias heredades; otro tal es del marido».

Fuero de Tudela, 127 (manuscrito de la Academia de la Historia): «...por que fuero es que en deuda que fagan marido o muller el uno sin es l'otro non sian a partir los fulos ni los erederos pues aquel muere».

Fuero Reducido, 3,2,11: «*Heredad de la muger casada que tenía antes que fue casada, no es obligada a deuda que su marido haga, si ella no es compresa en la carta*. Si alguna muger oviere alguna heredad ante que ella casare con su marido, segunt fuero, por ninguna deuda que el marido haga, si la muger no esta en la carta nombrada, no pueden ser aquellas heredades que son propias della executadas ni vendidas por deuda quel marido deba, pero pague el marido sus deudas de lo propio suyo».

Fuero de Viguera y Val de Funes, 94: «...Et su muger non deue perder por su marido sus arras si algún mal fiziere nj es tenuta a sus fiadores nj a sus deudores que hyzo sin eylla si no fuere por su cueyta o por provecho d'ambos».

Fuero de Viguera y Val de Funes, 230: «*Muger non fer maylleuta*. Otrosí, ninguna muger non puede por si fazer malleuta en vida de su marido nj fiaduría si no fuere de VII arouos, nj el marido sin la muger si non fuere por cueyta o por provecho d'ambos e baldrá tal fiadurja, e en otra manera el vno non pagará por el otro, mas pagará cada uno de su part e non de la ajena».

Tras el Amejoramiento de 1975 —escribe FERNÁNDEZ URZAINQUI—, dejó de ser afirmable en Derecho Civil navarro la consorcialidad de la responsabilidad derivada de obligaciones voluntariamente aceptadas, aun a título oneroso, por el marido sin el concurso ni el consentimiento de la mujer; y, más en particular, la de la responsabilidad generada por las fianzas y demás garantías prestadas sólo por él a favor de terceros, abstracción hecha de su naturaleza civil o mercantil y del interés que le hubiera impulsado a otorgarlas: «...Así lo entendieron la extinta Audiencia Territorial de Pamplona en sentencias de 15 de abril de 1983, 22 de septiembre de 1983, 25 de febrero de 1984 y 23 de septiembre de 1988 y la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2.ª) en la suya de 7 de junio de 1990. En síntesis, se mantenía en ellas que la clara literalidad de las leyes 53 y 61 y la especialidad de su contenido sobre el general de las leyes 85 y 86, no dejaban resquicio a la duda de que eran intransmisibles al patrimonio de conquistas las responsabilidades derivadas de actos aisladamente realizados por el marido —o uno cualquiera de los cónyuges— en cumplimiento de obligaciones voluntariamente aceptadas».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, «Responsabilidad directa y subsidiaria de la sociedad de conquistas por deudas de los cónyuges», Ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Civil Foral de Navarra, celebradas en Pamplona los días 15 y 16 de noviembre de 2001, publicada en la *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio, 2002, núm. 33, vol. II, pág. 55.

(97) Señala con acierto FERNÁNDEZ URZAINQUI que, en virtud de la garantía legal universal (art. 1.911 del Código Civil), la responsabilidad patrimonial derivada de las deudas de un cónyuge no se detiene pues nunca en sus bienes privativos: la afectación o afección en ningún momento puede entenderse ceñida exclusivamente a éstos, sino que alcanza también, con carácter diferente y en distinta medida, según los casos, a la masa patrimonial común.

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 142.

tes subclasificaciones no excluyentes entre sí, de modo que una determinada obligación puede encuadrarse en uno o más de los apartados siguientes:

- *Obligaciones contraídas por uno de los cónyuges en ejercicio de la potestad doméstica*

Además de los bienes propios del cónyuge que contraiga la obligación, responderán también los bienes de la sociedad conyugal por las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges para atender a los gastos urgentes, aun extraordinarios, y a las necesidades ordinarias de la familia conforme a las circunstancias de ésta y al uso del lugar. Se trata de una responsabilidad directa, conjunta o principal; subsidiariamente responderán también los bienes propios del otro consorte. Todo ello, sin perjuicio de los reembolsos que procedan (ley 54 FN, párrafos primero y último).

- *Obligaciones contraídas por uno de los cónyuges en cumplimiento de obligaciones legales de inexcusable ejercicio, comunes a ambos consortes*

A ellas se refiere el último párrafo del apartado segundo de la ley 54, redactado por la reforma de 1987 (98). De dichas obligaciones responderán solidariamente los bienes del cónyuge que contrajo la deuda y los de la sociedad conyugal y, subsidiariamente, los del otro cónyuge, sin perjuicio de los reembolsos que procedan. Observa FERNÁNDEZ URZAINQUI que ha de tratarse de deudas originadas por el cumplimiento de obligaciones legales, como la de mutuo socorro entre los cónyuges (arts. 67 y 68 del Código Civil), la de cuidado, alimentación y educación de los hijos (ley 63.1.1 del Fuero Nuevo), las derivadas del ejercicio de la potestad doméstica (ley 54 FN), la de alimentación de los amos convivientes en la Casa y demás acogidos a ella (leyes 115.12 y 131 FN) (99). No comparto la interpretación de GARCÍA GRANERO, según la cual la expresión de la ley 54 «*cumplimiento de obligaciones legales de inexcusable ejercicio, comunes a ambos*» debe ser entendida como comprensiva de todas las obligaciones que, según detalla la ley 84,

(98) La ley 53, en su apartado segundo, inciso final, según la redacción del Amejoramiento de 1975 decía lo siguiente: «*La responsabilidad contraída por uno de los cónyuges en el cumplimiento de obligaciones legales de inexcusable ejercicio afectará también a los bienes de la sociedad conyugal*».

(99) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil de Navarra*, obra citada, pág. 140.

son de cargo y responsabilidad de la sociedad de conquistas (100), porque dicha ley no se encarga de imponer a marido y mujer determinadas obligaciones de inexcusable ejercicio —mejor, de inexcusable cumplimiento— sino de determinar el carácter común (y el régimen de responsabilidad por razón de las mismas) de determinadas obligaciones contraídas por los cónyuges, la mayoría de ellas, por cierto, libre y voluntariamente —como, por ejemplo, en la administración de los bienes privativos o comunes, en la explotación de los negocios o el ejercicio de profesiones, artes u oficios, los gastos de litigios o las obligaciones extracontractuales—. Por lo que se refiere a las obligaciones derivadas de la denominada «potestad doméstica», esta última se configura como una institución protectora del tráfico jurídico, que versa sobre cuestiones de legitimación de los cónyuges y de responsabilidad de los bienes, para atención de los gastos —legales o usuales— no de los cónyuges sino de la familia, palabra que —como escribe HERRERO GARCÍA— (101) evoca la idea de un hogar común, de una comunidad de convivencia, cuyas necesidades ordinarias o urgentes, son cubiertas por esta actuación indistinta de los cónyuges que no será de aplicación cuando desaparezca esta comunidad de vida —a pesar de la subsistencia de las obligaciones legales de los cónyuges.

- *Obligaciones contraídas por uno de los cónyuges que sean deudas de cargo de la sociedad conyugal*

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 de la ley 84 del Fuero Nuevo, las deudas que sean de cargo de la sociedad de conquistas conforme a la citada ley serán también responsabilidad de la sociedad de conquistas, incluso aun cuando dichas deudas hayan sido contraídas por uno de los cónyuges. En consecuencia, de dichas deudas responderán los bienes privativos del cónyuge que contraiga la obligación y conjuntamente, no subsidiariamente, todos los bienes de la sociedad conyugal (102).

(100) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, pág. 177.

(101) MARÍA JOSÉ HERRERO GARCÍA, *Comentario del Código Civil* obra citada, tomo II, pág. 583.

(102) En el Proyecto de la Comisión Compiladora del año 1983, el último apartado de la ley 84 establecía lo siguiente: «De las cargas y obligaciones comprendidas en todos los casos anteriormente indicados responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge. Todo ello sin perjuicio de los reembolsos que procedieren».

- *Obligaciones contraídas por uno de los cónyuges que sean deudas propias de dicho consorte*

Cada cónyuge responderá de sus deudas propias con su patrimonio privativo; no obstante lo cual, si éste no fuere suficiente, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes de conquista, embargo que —sometido a un régimen especial que veremos— puede dar lugar a la ejecución de dichos bienes por razón de deudas privativas contraídas por uno sólo de los cónyuges (ley 85).

- *Las obligaciones extracontractuales* (103)

Las derivadas de actuaciones realizadas en interés de la sociedad de conquistas o con beneficio para ella, en el ámbito de la administración de los bienes comunes, son consideradas como de cargo y responsabilidad de los bienes comunes, por lo que de dichas deudas responderán los bienes privativos del cónyuge que contraiga la obligación y conjuntamente, no subsidiariamente, todos los bienes de la sociedad conyugal (ley 84.1.7).

Las obligaciones extracontractuales que se contraigan en relación con la administración de los bienes privativos o sean debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor serán de responsabilidad pero no de cargo de la sociedad;

(103) Fuero General de Navarra, 4,3,9: «*Qué pena ha ombre casado que forza á muyller casada, et quanto de sus bienes pueden defender la muger ó las creaturas. Nuill ombre casado si forzare muyller casada ó la levare por fuerza, ó por grado, develo ytar el Rey de tierra, et deve perder quanto oviere. Empero las arras que dio con fermes á su muger en casamiento non deven ser emperadas á la muyller, ni á creaturas que fagan ensemble; et si arras no oviere la muyller, sus creaturas prengan la meatat de todas las heredades del marido et de la muyller et compras; las otras meyas de las heredades deve emparar el Rey...*»

Fuero de Tudela, 298 (manuscrito Copenhague): «Fuero es que ninguna muller no sea ni debda ser justiciada en su persona por mal que el marido aya feyto ni en deue perder sus bienes nin sus dreytos, antes lo deuen seer saluos especialment sus arras assignadas. Et si assignadas non le son, que se las y assignen segunt fuero et que'l sian saluas; otrosí las heredades que uienen de part d'ella et la meytat de las conquistas et en los muebles comunales de ambos que sean fechos dos partes por medio et reciba la muller la una part por dreyto de su meytad».

Fuero de Viguera y Val de Funes, 94: «...Et su muger non deue perder por su marido sus arras si algún mal fiziere nj es tenuta a sus fiadores nj a sus deudores que hyzo sin eylla si no fuere por su cueyta o por provecho d'ambos».

Fuero Reducido, 3,4,2: «*Como la muger por el delito de su marido, no debe ser justiciada, ni tampoco perder sus bienes. Ninguna muger debe ser justiciada en su persona por el delito o mal que su marido aya hecho. Y por maleficio o qualquiere delito que el marido hiciere, la muger no debe perder sus bienes ni su derecho, antes le deben ser saluos sus bienes y aun sus arras. Y si hubiere heredades conquistas o muebles que fueren de los dos, deben ser partidas en dos partes ansi las heredades como el mueble, y hecha partición, la muger debe llebar por su drecho la mitad dellos*».

en consecuencia, de dichas deudas responderán los bienes privativos del cónyuge que contraiga la obligación y conjuntamente, no subsidiariamente, todos los bienes de la sociedad conyugal, sin perjuicio de los reembolsos que procedan (leyes 84.2, 88 y 89 del Fuero Nuevo).

- *Obligaciones contraídas por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro*

Dichas obligaciones podrán hacerse efectivas dirigiéndose contra los bienes propios del cónyuge deudor y también sobre los bienes comunes, sin perjuicio de los reembolsos que procedan (leyes 54, apartado segundo, 84.2 *in fine* y 101.5 del Fuero Nuevo). El consentimiento del cónyuge no obligado no convierte al mismo en codeudor —no estamos en presencia de una asunción de la deuda (vid. ley 512)—, razón por la cual no podrá el acreedor afectar el patrimonio privativo del cónyuge que presta su consentimiento; pero dicho consentimiento refuerza las garantías del acreedor, quien podrá también embargar los bienes comunes. Como ha señalado BERNALDO DE QUIRÓS —con relación al consentimiento al que se refiere el art. 1.367 del Código Civil (104), observaciones que valen también para el Derecho Civil de Navarra—, este consentimiento puede ser previo, simultáneo o posterior, pero ha de ser expreso, sin que se requiera forma especial (105). No es pacífica la cuestión sobre el orden de prioridad en la afección de los bienes. FERNÁNDEZ URZAINQUI (106) cree que la responsabilidad de los bienes comunes es una responsabilidad directa, mientras que GARCÍA GRANERO (107) estima que la remisión hecha por la ley 54 a la ley 85 implica una prelación en el orden de proceder contra los bienes: primero los privativos del cónyuge obligado y, sólo si éstos fueren insuficientes, los bienes de conquista. A mi juicio, la ley establece por sí misma la responsabilidad de los bienes de la sociedad conyugal por obligaciones voluntariamente asumidas por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro —no por remisión a la ley 85—. Y esta responsabilidad debe ser directa, principal o conjunta, ya que la subsidiaria

(104) Artículo 1.367 del Código Civil: «Los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro».

(105) «No bastaría el consentimiento para que el cónyuge venda el piso privativo en el que la familia tiene su vivienda (cfr. art. 1.320); o la prestación de fianza personal ordinaria respecto de la obligación del otro cónyuge...»

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil*, obra citada, tomo II, pág. 700.

(106) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil de Navarra*, obra citada, pág. 140.

(107) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones F orales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. I.º, pág. 177.

resulta con carácter general de lo dispuesto en el artículo 1.911 del Código Civil (recordemos que la ley 85 alude a deudas contraídas por uno de los cónyuges que sean además propias de dicho consorte). Esta es la interpretación que mejor se adecúa a la equiparación que la ley 84.2 *in fine* establece —en cuanto al régimen de responsabilidad de los bienes comunes— entre obligaciones contraídas por ambos cónyuges y las contraídas por uno de ellos con el consentimiento del otro.

- *Obligaciones contraídas por el cónyuge empresario, comerciante o profesional*

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 6 y siguientes del Código de Comercio, los bienes consorciales, adquiridos o no de resultados del comercio, responderán directamente de las obligaciones contraídas por el cónyuge comerciante, empresario o profesional siempre y cuando dicha actividad se lleve a cabo con el consentimiento o, cuando menos, el conocimiento de su consorte (108). No es clara la vigencia actual de dichas normas tras la reforma en 1981 del Código Civil (cfr. art. 1.365 del Código Civil) ni, menos aún, su aplicación en Navarra —cuestiones ambas a las que parece responder afirmativamente la STSJ de Navarra, de 26 de enero de 1991— (109). Ciertamente

(108) Afirma YÁÑEZ VIVERO, refiriéndose a las deudas derivadas de relaciones comerciales o profesionales de un cónyuge casado en régimen de gananciales y con apoyo en las SSTs de 5 de junio y 22 de octubre de 1990, 25 de noviembre de 1991, 22 de junio de 1993, 6 de junio de 1994, 10 de noviembre y 22 de diciembre de 1995, 18 de abril y 26 de junio de 1997, 10 de marzo y 29 de abril de 1998, 30 de diciembre de 1999 y 7 de marzo y 23 de octubre de 2001, que «...el acreedor del cónyuge comerciante o del cónyuge que realiza un acto de comercio goza de una posición más favorable que otros acreedores. Esto es así porque a dicho acreedor le basta con probar que el cónyuge con el que contrató tiene la cualidad de comerciante o que actuó en el ámbito mercantil, para que de sus obligaciones respondan ipso iure los bienes gananciales, de acuerdo con los artículos 6-12 del Código de Comercio... Si se presume que las obligaciones que contrae el comerciante las contrae en el ejercicio del comercio, estamos ante el supuesto del número 4 del artículo 1.362 o del número 2 del artículo 1.365, ambos del Código Civil. En estos casos, la deuda se presume ganancial, y para desvirtuar tal presunción será necesario acreditar que la deuda se ha contraído en provecho exclusivo del deudor y no en el desarrollo de su actividad económica».

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales*, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid, 2003, págs. 38 a 40.

(109) Sobre la discutida modificación de los artículos 6 a 12 del Código de Comercio por lo dispuesto en el artículo 1.365 del Código Civil —que impone la responsabilidad directa frente al acreedor de los bienes gananciales por las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio—, vid. GÓMEZ FERRER-SAPIÑA, RAFAEL, «Comentario a la sentencia de 10 de noviembre de 1995», en *Revista General de Derecho*, mayo, 1996.

es, sin duda alguna, que conforme a lo establecido por el número 4 del apartado 1 de la ley 84 del Fuero Nuevo, serán de cargo y responsabilidad de la sociedad de conquistas los gastos y obligaciones derivados de la explotación regular de los negocios y los ocasionados por el ejercicio de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge. La STSJ de Navarra, de 26 de enero de 1991, ha precisado que para afirmar la consorcialidad de las deudas contraídas por el cónyuge empresario o profesional es necesario que el acto o contrato que genere la obligación pertenezca al giro o tráfico de la empresa o que haya sido celebrado en contemplación a la actividad que constituya su objeto o en función de su desarrollo no concurriendo ninguno de tales presupuestos, el patrimonio común tan sólo puede quedar afectado por las obligaciones asumidas con el consentimiento de los dos cónyuges, ya que la sola condición de comerciante o empresario no confiere un estatuto personal que sitúe la responsabilidad patrimonial derivada de sus actos, cualesquiera que éstos sean, al margen de las normas sobre régimen económico-matrimonial (110). Como señala YÁÑEZ VIVERO (111), en relación con las deudas laborales y fiscales del cónyuge empresario o profesional casado en régimen de gananciales, el problema que en la práctica plantean tales deudas radica en que su ejecución se lleva a cabo a través del correspondiente procedimiento de apremio administrativo en el que no es posible demandar al cónyuge no deudor ni obtener

(110) Como resulta del Fundamento de Derecho Cuarto, apartado letra b) de la STSJ de Navarra, de 26 de enero de 1991, el litigio giraba en torno al afianzamiento prestado por los maridos respecto de una cuenta de crédito del cuñado de las terceristas que ninguna relación guardaba con los negocios familiares en que éstas y sus sociedades de conquistas se hallaban interesadas.

El magistrado ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ formuló un voto particular a esta sentencia por entender: i) que el titular de la cuenta de crédito origen de la deuda embargada actuaba habitualmente como factor de hecho de la sociedad familiar, lo que debía determinar —a su juicio— la responsabilidad directa de la sociedad de conquistas por el afianzamiento prestado en la explotación regular de los negocios (por aplicación de lo dispuesto en la ley 84.1.4 FN y en los arts. 6 y 7 del Código de Comercio), y ii) porque aun cuando la deuda se considerase contraída en nombre propio y que sólo obligaba a los bienes privativos del marido, no cabe levantar el embargo por cuanto el cónyuge no deudor debió exigir dentro de los nueve días siguientes a la notificación del embargo que los bienes comunes fueran sustituidos por la parte que al cónyuge deudor correspondiere en la sociedad de conquistas.

La STS de 16 de febrero de 1987 confirmó que a los bienes conquistados cuyo origen no se hallaba en la actividad profesional del marido también les alcanzaba la responsabilidad por deudas del citado cónyuge derivadas del ejercicio de su profesión, siempre y cuando la mujer hubiere consentido expresa o tácitamente dicha actividad: el contenido de la voluntad presunta del cónyuge a que se refiere el artículo 6 del Código de Comercio (también de aplicación en Navarra) es la actividad que luego atraerá la responsabilidad de los bienes comunes, no siendo necesario el adicional consentimiento conjunto a la concreta obligación contraída.

(111) FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales*, obra citada, págs. 40 a 47.

frente a él una declaración de consorcialidad de tales deudas, por lo que podríamos preguntarnos acerca de una posible aplicación analógica del incidente de oposición contemplado en el nuevo artículo 541 LEC, cuestión ésta sobre la que volveremos más adelante.

• *Garantías personales prestadas por los cónyuges*

De acuerdo con lo dispuesto en la ley 61 del Fuero Nuevo, cualquiera de los cónyuges puede afianzar, obligarse de otro modo o dar garantía real, tanto a favor del otro como de terceras personas. Establece su párrafo segundo —introducido por la reforma de 1975— (112) que estas garantías, si son

(112) La ley 61 del Fuero Nuevo, en su redacción originaria de 1973, decía lo siguiente: «*Afianzamiento por la mujer.* La mujer, con licencia del marido, puede afianzar, obligarse de cualquier modo o dar garantía real, tanto a favor del mismo marido como de otra persona».

Bajo la redacción originaria del Fuero Nuevo, una de las cuestiones que con más frecuencia se sometió al conocimiento de los tribunales —recuerda FERNÁNDEZ URZAINQUI— fue el alcance responsabilizador de los avales o fianzas prestados por el marido: «...Partiendo de la legitimación de éste para comprometer los gananciales por obligaciones contraídas a título oneroso, se recurría con frecuencia a la gratuidad de la fianza constituida para sustraer los bienes comunes a la responsabilidad contraída por su otorgante. Aunque esta repetida alegación prosperó en algunas sentencias (cfr. sentencia de 13 de mayo de 1971), la jurisprudencia se mostró en general reacia a su admisión, apelando, unas veces, a la onerosidad de las fianzas otorgadas para facilitar el desenvolvimiento de sociedades en que el cónyuge fiador era partícipe y obtenía un lucro para la familia (sentencia de 11 de abril de 1972) y, otras, a la irrelevancia de la naturaleza jurídica del acto realizado cuando era emprendido en interés de la familia (sentencias de 28 de junio de 1963 y 4 de mayo de 1968), al considerar inmersa la regla particular de la irresponsabilidad del patrimonio común por las obligaciones contraídas a título gratuito en la más general de la extensión a él de las asumidas en defensa, interés o beneficio de la familia (sentencia de 6 de octubre de 1980)».

El párrafo segundo de la ley 61, introducido en el Amejoramiento de 1975 —continúa FERNÁNDEZ URZAINQUI— carecía de precedentes en la tradición jurídica navarra: «...El recelo frente a las fianzas unilateralmente otorgadas por los cónyuges a terceros y la limitación de su alcance responsabilizador no se hallaban desprovistas de razón. La facilidad con que se accede a su otorgamiento, en la seguridad de que no entraña una enajenación inmediata de bienes y en la confianza de que ésta no llegará a producirse, determinaba que con alguna frecuencia se viera comprometido el patrimonio consorcial por garantías prestadas individualmente sin la debida meditación y ponderación de los riesgos que entrañaban. Así lo puso de manifiesto diez años más tarde la Ley francesa 85-1372, de 23 de diciembre de 1985 que, reformando el artículo 1415 del Code Civil, dispuso que ninguno de los cónyuges puede comprometer más que sus bienes propios y sus rendimientos por una garantía o un préstamo a menos que hubiere sido contratado con el consentimiento del otro cónyuge».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Responsabilidad directa y subsidiaria de la sociedad de conquistas por deudas de los cónyuges*, págs. 51, 52 y 58.

Afirma, además, FERNÁNDEZ URZAINQUI que siendo, en la redacción originaria del Fuero Nuevo, «...la sujeción de la esposa a la licencia marital la única limitación de la capa-

prestadas por uno solo de los cónyuges en favor de terceros afectarán exclusivamente a los bienes privativos de éste y que, si se otorgan por ambos, «...afectarán tanto a los bienes privativos como a los bienes comunes». Analicemos ahora esta norma no ya por lo que supone de consagración del principio de plena capacidad patrimonial de cada uno de los cónyuges sino en cuanto a la responsabilidad de la masa consorcial derivada de dichas garantías —sin perjuicio de la reipersecutoriedad propia de las garantías reales (113):

ciudad que, en lo concerniente a la constitución de garantías personales o reales, pesaba sobre los cónyuges por razón del matrimonio, la supresión de aquella licencia podía haberse traducido en la eliminación de la disposición que dio lugar a la ley 61, por haber desaparecido la única diferencia subsistente entre los cónyuges, o en el reconocimiento explícito a ambos de la capacidad de intercesión que el Derecho histórico romano negó a la mujer casada y la Compilación de 1973 sujetó para la misma a aquella preceptiva autorización... El Amejoramiento de 1975 fue sin embargo más allá, al introducir en la ley 61 un segundo párrafo determinando el alcance de la responsabilidad patrimonial derivada de las garantías constituidas por uno o por ambos cónyuges. Con ello vino a agregar a la regla de capacidad una norma de responsabilidad de las masas patrimoniales que, por razón de su contenido, bien pudo —y acaso debió— haberse incardinado, como la norma general de afectación de bienes añadida a la ley 53, en sede del régimen de bienes en el matrimonio».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 159.

(113) En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre avales o fianzas prestados por un cónyuge casado en régimen de gananciales, YÁÑEZ VIVERO subraya que, en líneas generales, domina el criterio (cfr. STS de 19 de febrero, 30 de abril, 6 de junio, 2 de julio, 17 de octubre y 16 de noviembre de 1990, 5 de febrero y 15 de marzo de 1991, 15 y 26 de junio de 1992, 17 de julio 1997 y 27 de marzo de 1999, entre otras) de considerar gananciales los avales prestados por un solo cónyuge a una sociedad de la que él es consejero o socio, o en la que la sociedad conyugal tiene una participación importante: en general, para el Supremo, escribe, «...el carácter oneroso o gratuito del aval depende del interés o beneficio que el negocio jurídico de afianzamiento proporcione a la sociedad conyugal; de forma tal que será oneroso el aval que un cónyuge presta a favor de un préstamo concedido a una sociedad, si dicho préstamo, presumiblemente, está incrementando el patrimonio ganancial... Personalmente, creo que no es necesario buscar un precepto legal —que realmente no existe— y forzar su aplicación a este supuesto (no parece que el aval encaje en la explotación regular de los negocios). Con ello tampoco se pretende insinuar que sea necesario acudir al genérico principio de interés familiar para presumir una ganancialidad que la propia ley no permite presumir. Ahora bien, no encuentro obstáculos a que en determinadas situaciones pueda acreditarse la relación directa (enlace) entre el hecho base o probado (afianzamiento) y el hecho presunto (beneficio que redunda en el patrimonio ganancial) y que, de esta forma, el aval pueda reputarse ganancial. Ello exige, de un lado, traer al proceso al cónyuge del avalista para que pueda defenderse frente a la calificación de ganancialidad realizada por el acreedor, y, de otro, que no existan dudas razonables sobre la relación causa-efecto entre el hecho base y el presunto. Parece claro que no puede recibir el mismo tratamiento un aval a favor de un préstamo concedido a un organismo o sociedad que invierte el importe del mismo en mejorar la calidad de trabajo del comerciante o profesional avalistas que el mismo aval a favor de un préstamo que se invierte en una causa que no redunda en beneficio del trabajo o profesión gananciales, salvo prueba en contrario».

1. *Garantías constituidas por ambos cónyuges en favor de terceros.* Interpretada la ley 61 en conjunción con la ley 54 (vid. STS de 19 de enero de 1987 y STSJ de Navarra de 26 de enero de 1991), opina FERNÁNDEZ URZAINQUI (114) que constituida la garantía en favor de terceros por los dos cónyuges conjuntamente, la responsabilidad derivada de ella podrá hacerse efectiva indistintamente sobre los bienes privativos y los comunes de ambos —salvo pacto en contrario, la responsabilidad de los cofiadores no será solidaria y, consiguientemente, el acreedor deberá proceder conjuntamente contra ambos y dividir entre ellos la reclamación, por exigencias del beneficio de división (ley 525, párrafo cuarto)—; GARCÍA GRANERO defiende también la responsabilidad de los bienes privativos de ambos consortes y la de los bienes de conquistas, responsabilidad que a su juicio será solidaria, pues la prestación conjunta de la fianza supone conformidad de ambos esposos para comprometer o afectar tanto los patrimonios propios como el patrimonio común (en todo caso, sin perjuicio de los reembolsos que pudieran derivarse en razón de los bienes concretos sobre los que la responsabilidad hubiere sido hecha efectiva) (115). No ofrece dudas, en estos supuestos, la responsabilidad conjunta y principal de los bienes de conquista y de los bienes privativos de marido y mujer (reconociendo el derecho interno de reembolso, en su caso).

2. *Garantías prestadas en favor de tercero por un solo cónyuge.* Estima FERNÁNDEZ URZAINQUI que las mismas afectarán exclusivamente a los bienes privativos de éste, pero siempre sin perjuicio de la ley 85 (116), reserva de la que se desprenden, a su juicio, tanto la responsabilidad directa de los bienes de conquista cuando el afianzamiento y sus consecuencias deban reputarse de cargo de la sociedad de conquistas conforme a las leyes 54 y 84

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales*, obra citada, págs. 33 a 38.

(114) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 162 y 163.

(115) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, pág. 240.

(116) «Debe, en cualquier caso, insistirse aquí en algo que será trascendental tras la reforma del Fuero Nuevo de 1987; y es que, del mismo modo que el párrafo primero de la nueva ley 61 era concreción o aplicación al afianzamiento de la regla general de capacidad contenida en el mismo párrafo de la ley 53, el segundo de la ley 61 lo era de la regla de responsabilidad, entonces incluida en el también segundo de la ley 53 —hoy segundo de la ley 54—, y no podía, como no puede tampoco hoy, dejar de interpretarse en relación y conjunción con ella. Así lo pusieron de manifiesto el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de enero de 1987 y el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en la suya de 26 de enero de 1991».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Responsabilidad directa y subsidiaria de la sociedad de conquistas por deudas de los cónyuges*, págs. 58 y 59.

(ley 85.1.3) (117) como la responsabilidad subsidiaria de los bienes de conquista, ante la insolvencia o insuficiencia de los bienes privativos del cónyuge fiador, sin perjuicio de la facultad que asiste al cónyuge del fiador para solicitar que en el embargo trabado los bienes comunes sean sustituidos por la parte que al fiador corresponda en la sociedad de conquistas (ley 85, último párrafo). En opinión de GARCÍA GRANERO (118), el tenor literal de la ley 61 FN —«*Estas garantías, prestadas en favor de terceros por uno solo de los cónyuges, afectarán exclusivamente a los bienes privativos de éste*»—, no puede ser mantenido después de la reforma de 1987, tras la modificación introducida entonces en la ley 85. A su juicio, una correcta interpretación de la ley 61 (en relación con la ley 85) exige distinguir dos supuestos diferentes: i) cuando se trate de garantizar obligaciones de terceros que pueden redundar en beneficio de la sociedad conyugal o que hubieren sido contraídas en interés común de la familia, las consecuencias de tal fianza serán de cargo de la sociedad de conquistas (además de la responsabilidad de los bienes privativos del fiador) (119); ii) por el contrario, cuando estemos en presencia de una fianza prestada en favor de terceros por uno solo de los cónyuges, en garantía de obligaciones que no redunden en beneficio o interés de la familia del

(117) A juicio de FERNÁNDEZ URZAINQUI, deben reputarse de cargo de la sociedad de conquistas, por ejemplo, el afianzamiento prestado por un cónyuge respecto de las deudas contraídas por un hijo común del matrimonio para sufragar sus estudios (ley 84.1.1), el prestado en el desarrollo de la ordinaria actividad comercial del fiador, por pertenecer al giro o tráfico de la empresa a que se dedica (ley 84.1.4), el que contara con el consentimiento del otro cónyuge (ley 84, último párrafo y STSJ de Navarra de 26 de enero de 1991) y también el otorgado a una persona jurídica que sólo formalmente es un tercero respecto del cónyuge fiador, de su consorte o de la sociedad conyugal, por la identidad, la confusión o la íntima interconexión de su patrimonio con los privativos o el consorcial de los cónyuges en cuestión (STSJ de Navarra de 26 de enero de 1991). En todos estos casos, escribe, la responsabilidad derivada de la fianza prestada podría hacerse efectiva indistintamente sobre los bienes privativos del fiador y los de conquista, sin perjuicio de los reembolsos en su caso procedentes.

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 162 y 163.

(118) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, págs. 240 a 246.

(119) «...El ejemplo más típico —y, por otro lado, el que más frecuentemente se presenta en la realidad jurídica— es el de una sociedad de responsabilidad limitada, o una pequeña sociedad anónima, constituida por reducido número de socios que, en todo o en parte, trabajan en la empresa e, incluso, desempeñan en ella cargos de gestión o representación. La continuidad de la sociedad y su buena marcha son de vital importancia para las respectivas familias de los socios, pues éstos obtienen así los principales recursos para su subsistencia; de ahí que, si los socios prestan fianza personal para garantizar créditos contraídos por la sociedad, parece cierto que no se trata de fianza de puro favor a terceros, sino de compromiso contraído por los socios fiadores con interés propio y en beneficio de sus respectivas familias».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, pág. 241.

fiador, responderán de ella los bienes privativos de este último y también los bienes conquistados o, en su caso, la parte que al cónyuge fiador corresponda en la liquidación anticipada de la sociedad de conquistas —conforme al apartado último de la ley 85—. La STSJ de Navarra, de 26 de enero de 1991, desautoriza parcialmente la tesis de García Granero al desechar como criterio permanente de referencia lo que califica como «...*siempre impreciso objetivo del interés de la familia*» (120). Comparto la tesis de FERNÁNDEZ URZAINQUI

(120) Leemos en el Fundamento de Derecho cuarto de esta sentencia que con anterioridad a la reforma introducida por el Decreto-ley 19/1975, de 26 de diciembre en el Fuero Nuevo «...*la responsabilidad de los bienes de conquistas por obligaciones contraídas y fianzas prestadas por el marido, no tenía ni podía recibir pues en el Derecho Civil navarro un tratamiento distinto y diferenciado del que la jurisprudencia le había dispensado en el ámbito del Derecho Civil común o general, a tenor de los artículos 1408-1.º y 1.413 del Código Civil en su redacción anterior a la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo...*, como así lo puso de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de 10-10-1982...», lo que obligaba a entender que «...*los bienes de la comunidad conyugal respondían sí de las obligaciones contraídas a título oneroso por el marido, pero no de las que éste asumiera a título gratuito [SS 13-5-1971..., 11-4-1972..., 16-6-1978... y 12-4-1985...]*, lo que, entre otras consecuencias, suscitó un elevado número de contenciosos acerca de la onerosidad o gratuidad de las fianzas prestadas por el administrador de la sociedad conyugal. Considerando sin embargo que la ganancialidad pasiva de las obligaciones contraídas a título oneroso por el marido descansaba en la presunción general de su actuación en interés de la familia [SS 28-6-1963..., 4-5-1968..., 21-12-1985... y 23-1-1987...] y que la regla de no responsabilidad del patrimonio ganancial por las obligaciones asumidas a título gratuito se hallaba inmersa en la masa general de la extensión de esa responsabilidad, cuando tales obligaciones hubieran sido contraídas en interés, defensa o beneficio de la familia [SS 6-10-1980..., 20-2-1987... y las que en ellas se citan], la jurisprudencia de modo continuado vino reconociendo eficacia responsabilizadora del patrimonio consorcial e incluso negando su gratuidad, pese a la presunción que acompaña a los afianzamientos mercantiles (art. 441 del Código de Comercio), a los avales y fianzas otorgados por el marido a favor de sociedades estrechamente ligadas a la familia de las que se nutría el patrimonio conyugal, en razón precisamente al interés familiar a que probadamente respondía su prestación [SS 11-4-1972..., 6-10-1980..., 19-10-1982..., 14-5-1984..., 12-6-1985..., 21-12-1985..., 20-2-1987..., 14-4-1987..., 29-12-1987..., 18-11-1988... y 12-5-1989]». La STSJ de Navarra, de 26 de enero de 1991, prosigue afirmando que tras la reforma de las leyes 53 y 61 del Fuero Nuevo por el Decreto-ley 19/1975, de 26 de diciembre, «...*dejó de ser afirmable en el Derecho civil navarro la consorcialidad de la responsabilidad derivada de obligaciones voluntariamente aceptadas, aun a título oneroso, por el esposo sin el concurso del consentimiento de la mujer. En efecto, el texto reformado siguió atribuyendo al marido, salvo estipulación en contrario contenida en capitulaciones matrimoniales, la cualidad de representante y administrador de la sociedad conyugal (Ley 54) y mantuvo inalterado el tenor de las Leyes 85 y 86; pero, tras reconocer a ambos cónyuges, conforme al principio inspirador de la reforma, plena capacidad para realizar cualesquiera actos de administración, disposición y representación y suprimir en consecuencia la licencia marital requerida, entre otros actos (cfr. Leyes 55 a 60, en su originaria redacción), para el otorgamiento de fianzas por la mujer (Ley 61), declaró con carácter general la inmunidad del patrimonio conyugal por las obligaciones voluntariamente contraídas por uno cualquiera de los esposos sin el consentimiento de su consorte, al proclamar en el párrafo segundo de la Ley 53 que «la responsabilidad por los actos que realice uno solo de los cónyuges en el cumplimiento de las obligaciones*

porque, en definitiva, el supuesto hace tránsito al régimen de responsabilidad de los bienes por deudas de uno de los cónyuges.

3. *Garantías prestadas entre cónyuges.* Guarda silencio el Fuero Nuevo respecto a ellas. En opinión de FERNÁNDEZ URZAINQUI, afianzada la deuda de un cónyuge por el otro, el acreedor podría hacer efectivo su crédito procediendo indistintamente sobre los bienes privativos de cualquiera de los consortes y sobre sus conquistas —si la fianza fuese solidaria, por renuncia a los beneficios de excusión y división que establece la ley 525—; si mantuviera su natural subsidiariedad, el cónyuge fiador podría oponerse a la realización inmediata de la responsabilidad contraída no sólo sobre sus bienes privativos, sino también sobre las conquistas. Ante una ejecución dirigida contra estos bienes, asistiría al fiador la facultad de exigir el seguimiento de la misma sobre los bienes privativos del cónyuge deudor o, en todo caso, sobre la parte que a éste correspondiere en la liquidación de la sociedad de conquistas (ley 85, último párrafo), antes de proceder a su realización en bienes privativos suyos o directamente en bienes de conquistas (ley 525, párrafo segundo) (121). GARCÍA GRANERO estima que si un cónyuge presta a favor del otro fianza personal, es evidente que, además de los bienes privativos del cónyuge que contrajo la obligación, responderán además también los privativos del cónyuge fiador —responsabilidad que será solidaria o, por el contrario, subsidiaria, según que haya habido o renuncia a los beneficios legales de orden y excusión—; respecto de los bienes de conquista, opina que responderán también, conjuntamente con los

voluntariamente aceptadas afectará exclusivamente a los bienes privativos del obligado, salvo que hayan sido asumidas con el consentimiento del otro cónyuge, en cuyo caso la responsabilidad afectará también a los bienes de la sociedad conyugal». Si la extensión de esta disposición a los afianzamientos podía suscitar alguna duda, el tenor del párrafo segundo incorporado por el mismo Amejoramiento en la Ley 61, la dejó definitivamente despejada al establecer, en consonancia con aquella previsión, que «estas garantías, prestadas en favor de terceros por uno solo de los cónyuges, afectarán exclusivamente a los bienes privativos de éste» y añadir que «si se prestaren por los dos cónyuges afectarán tanto a los bienes privativos como a los comunes». Por todo lo cual, la STSJ de 26 de enero de 1991 concluye afirmando que, faltando el consentimiento de su consorte, «la responsabilidad derivada de aquéllas —se refiere a las fianzas prestadas en favor de terceros por uno solo de los cónyuges— únicamente puede hacerse efectiva sobre los bienes privativos de quien la contrajo; y ello, con independencia o abstracción hecha de la eventual onerosidad o gratuidad de la fianza y de la mayor o menor conveniencia de su otorgamiento al siempre impreciso objetivo del «interés de la familia» que, como a continuación se verá, tan sólo deviene decisivo cuando sea tan estrecha la interrelación del patrimonio deudor en cuyo favor se presta con el consorcial que quepa negar al titular de aquél la cualidad de «tercero» con respecto al patrimonio del fiador».

(121) «...En cualquier caso, si la deuda afianzada fuera de cargo exclusivo del cónyuge deudor, su realización en bienes comunes generará el correlativo crédito para la sociedad conyugal por el valor de los bienes realizados al tiempo de su reembolso o al de la liquidación de la sociedad de conquistas (ley 85, último párrafo)».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 161 y 162.

bienes privativos del cónyuge deudor, pues hay que pensar que, a estos efectos, el afianzamiento vale, cuando menos, tanto como el consentimiento a que se refiere el apartado segundo de la ley 54. Si la intercesión de un cónyuge a favor del otro, concluye, consiste en la llamada *fianza real* (hipoteca, prenda u otra forma cualquiera de garantía sobre cosas), es claro que, de los bienes privativos del cónyuge no deudor sólo quedarán afectados los que en concreto fueron objeto de la garantía constituida, siendo la responsabilidad de los bienes de conquista la misma que en supuesto de garantía personal (122). Yo me adhiero también a esta última interpretación, si bien hago notar la contradicción en que, a mi juicio, incurre GARCÍA GRANERO al afirmar la responsabilidad principal de los bienes de conquista en este supuesto y, por el contrario, la responsabilidad subsidiaria de tales bienes respecto de las deudas contraídas por un consorte con el consentimiento del otro (en virtud de la oscura remisión que la ley 54 hace a la ley 85).

4. *La jurisprudencia en materia de responsabilidad de los bienes por garantías prestadas por los cónyuges.* Por último, quiero hacer una breve referencia a la jurisprudencia que ha interpretado la ley 61 del Fuero Nuevo, haciendo expresa advertencia de que todas las sentencias citadas se refieren a garantías prestadas antes de la entrada en vigor de la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril:

- La STS de 19 de octubre de 1982 —respecto de unos hechos anteriores incluso a la promulgación del Amejoramiento de 1975— aplicó las leyes 85 y 86 del Fuero Nuevo de 1973 (con la remisión que hacía la primera a los arts. 1.408 a 1.411 del Código Civil) y declaró extensivas a los bienes de conquistas las responsabilidades derivadas de la fianza prestada sólo por el marido.
- La SAT de Pamplona, de 15 de abril de 1983, excluyó los bienes de conquista de un aval prestado por el marido sin el consentimiento de la mujer (leyes 53 y 61) (123).
- Las STS de 19 de enero y de 16 de febrero de 1987, resolvieron recursos planteados entre las mismas partes, por un mismo caso —pó-

(122) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, pág. 239.

(123) Critica esta sentencia GARCÍA GRANERO por entender que no tuvo en cuenta la remisión que, en materia de cargas de la sociedad de conquistas, la ley 53 hacía a los artículos 1.408 a 1.411 del Código Civil respecto a los gananciales y porque su doctrina resulta contradictoria con la precedentemente establecida por la misma Sala en la anterior de 20 de junio de 1980, «...pues no atendió al hecho, debidamente probado en autos, de que el aval, aun prestado sólo por el marido, había sido concedido en relación a negocios de interés común de ambos cónyuges, ya que el avalista era accionista importante y consejero de la sociedad avalada, compuesta por un reducido número de socios».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, págs. 244 y 245.

liza de afianzamiento prestada por el marido en garantía de las obligaciones de una sociedad de la que era socio y directivo—, la primera en el proceso declarativo y la segunda, en una tercería de dominio. La STS de 19 de enero de 1987 consideró que sólo los bienes privativos del marido garante respondían de la fianza mientras que la de 16 de febrero del mismo año entendió —en aplicación de los arts. 4, 6 a 12 y 21 del Código de Comercio— que también los bienes de conquistas quedaban afectos a las consecuencias de la garantía (124). La STSJ de Navarra, de 10 de febrero de 1993, resolvió el tercer procedimiento a que dio lugar el mismo afianzamiento, reconociendo el efecto de cosa juzgada de la STS de 19 de enero de 1987.

- La STS de 6 de octubre de 1990 afirmó la exclusiva responsabilidad de los bienes privativos del marido fiador aun cuando admitió la licitud y plena eficacia del pacto en virtud del cual aquél autorizaba al acreedor para que, llegado el momento de la efectividad de la fianza, pudiera el último proceder a la enajenación de unas acciones pertenecientes a la sociedad de conquistas de las que era depositario el propio acreedor —ya que al marido correspondía con carácter general, antes de la reforma de 1987, la facultad de disposición *inter vivos* y a título oneroso de los bienes de conquista.
- La STSJ de Navarra, de 26 de enero de 1991 (125) confirmó que la afectación del patrimonio común por la fianza prestada en favor de

(124) DELGADO ECHEVERRÍA, además de calificar la contradicción de estas dos sentencias como «...*frontal, total e insalvable*...» realiza una minuciosa crítica de la STS de 16 de febrero de 1987 por cuanto: i) confiere al marido la cualidad de comerciante por el mero hecho de ser socio y apoderado de una sociedad anónima, ii) por incluir la prestación esporádica de fianza por un comerciante individual en garantía de deudas ajenas dentro del ejercicio ordinario de su comercio, iii) por aplicar supletoriamente los artículos 6 y sigs. del Código de Comercio a un supuesto expresamente regulado por la ley 61 del Fuero Nuevo, iv) por olvidar que la determinación de qué bienes responden por determinadas deudas de los cónyuges no constituye norma supletoria de la regulación mercantil del contrato de fianza de que nace la deuda sino, simplemente, una norma distinta netamente civil, v) porque la uniformidad a ultranza en el tratamiento jurídico de todas las obligaciones de que es acreedor un comerciante carece de fundamento en las vigentes leyes españolas, y vi) en definitiva, por aplicar el Código Civil a un caso sujeto al Derecho navarro violando una norma clara de este ordenamiento.

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero/marzo, 1987, págs. 4325 a 4344.

(125) Recuerda la STSJ de Navarra, de 26 de enero de 1991, que con anterioridad al Amejoramiento de 1975, la responsabilidad del patrimonio de conquistas por las fianzas constituidas por el marido, único de los cónyuges que entonces podía otorgarlas por sí solo, la requerir la mujer la licencia marital, no era objeto de una específica regulación en el Fuero Nuevo, como tampoco lo era la responsabilidad derivada en general de las obligaciones contraídas por aquél. Con arreglo a lo dispuesto en las leyes 53, 54 y 86 correspondía al marido la administración y representación de la sociedad conyugal y, en

terceros por sólo uno de los cónyuges requiere el consentimiento de su consorte —consentimiento que puede ser simultáneo o sucesivo y expreso, tácito o presunto—, con independencia de la onerosidad o gratuidad de la fianza y de la mayor o menor conveniencia de su otorgamiento en razón del interés de la familia, a menos que el sujeto en cuyo favor se constituya la garantía no merezca en realidad la calificación de tercero, por la confusión o íntima interconexión de su patrimonio y economía con los bienes consorciales del fiador (incluso a pesar del reconocimiento de una personalidad jurídica propia e independiente), condiciones estas últimas que no concurrían en el supuesto enjuiciado.

b) *Responsabilidad de los bienes de conquista, una vez disuelta y pendiente de liquidación la sociedad conyugal*

Como observa FERNÁNDEZ URZAINQUI (126), los bienes comunes siguen respondiendo de las deudas que pesaban sobre el patrimonio de conquistas antes de disolverse la sociedad, aun cuando es inmune frente a las que con posterioridad contraiga uno cualquiera de sus titulares, sin perjuicio de su eventual realización sobre la cuota abstracta que al deudor corresponda en la

su condición de administrador, la facultad de disponer *intervivos* y a título oneroso de los bienes de conquista. En este contexto normativo se afirma en la citada sentencia la responsabilidad de los bienes de conquistas por obligaciones contraídas y fianzas prestadas por el marido, no tenía ni podía recibir en el Derecho Civil navarro un tratamiento distinto y diferenciado del que la jurisprudencia le había dispensado en el ámbito del Derecho Civil común, como puso de manifiesto la STS de 19 de octubre de 1982: una interpretación sistemática de los artículos 1.408.1 y 1.413 del Código Civil obligaba a entender que los bienes de la comunidad conyugal respondían de las obligaciones contraídas a título oneroso por el marido, pero no de las que éste asumiera a título gratuito, lo que, entre otras consecuencias, suscitó un elevado número de contenciosos acerca de la onerosidad o gratuidad de las fianzas prestadas por el administrador de la sociedad conyugal. Considerando, sin embargo, que la ganancialidad pasiva de las obligaciones contraídas a título oneroso por el marido descansaba en la presunción general de su actuación en interés de la familia y que la regla de no responsabilidad del patrimonio ganancial por las obligaciones asumidas a título gratuito se hallaba inmersa en la masa general de la extensión de esa responsabilidad, cuando tales obligaciones hubieran sido contraídas en interés, defensa o beneficio de la familia, la jurisprudencia vino reconociendo, de modo continuado, la responsabilidad del patrimonio consorcial a los avales y fianzas otorgados por el marido a favor de sociedades estrechamente ligadas a la familia, en razón precisamente al interés familiar a que respondía su prestación. Tras la reforma de las leyes 53 y 61 por el Amejoramiento de 1975, dejó de ser afirmable en el Derecho navarro la consorcialidad de la responsabilidad derivada de obligaciones voluntariamente aceptadas, aun a título oneroso, por el esposo sin el consentimiento de la mujer.

(126) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 283.

liquidación. Matiza YÁÑEZ VIVERO (127) que, sin perjuicio de lo anterior, es preciso diferenciar dos situaciones, susceptibles de desplegar efectos diferentes, cuando la comunidad «post-consorcial» se origina por una alteración del régimen económico-matrimonial pactada por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales:

- Si la deuda se contrae después de la fecha de oponibilidad a terceros del cambio de régimen económico-matrimonial (constancia registral del mismo), no podrá ser calificada, en ningún caso, como consorcial: de ella responderán los bienes adjudicados al cónyuge deudor o la parte que le corresponda en la comunidad no liquidada.
- Si, por el contrario, la deuda se contrae después de disuelta la comunidad pero antes de la indicación en los correspondientes Registros, la modificación del régimen económico-matrimonial no es oponible a terceros y, por tanto, los acreedores podrán cobrarse con bienes consorciales —según las reglas generales antes examinadas.

c) *Responsabilidad de los cónyuges, una vez liquidada la sociedad conyugal de conquistas*

Como demuestra la práctica, es en la fase de liquidación y adjudicación de la comunidad consorcial disuelta cuando se producen la mayor parte de los perjuicios económicos para los acreedores de los cónyuges. Me remito a cuanto será expuesto a propósito de la liquidación de la sociedad conyugal de conquistas; recordemos aquí simplemente que los acreedores tendrán entonces los mismos derechos que por ley les corresponden en la liquidación y partición de la herencia (ley 89 FN) y que, de acuerdo con dicha remisión y según lo dispuesto en la ley 318 del Fuero Nuevo, el cónyuge no deudor sólo responderá frente a los acreedores del otro, pero cuyos créditos puedan hacerse efectivos sobre bienes de conquistas, hasta el valor de esta clase de bienes a él adjudicados: como subraya EGUSQUIZA BALMADEA, se trata de una responsabilidad *pro viribus* (responsabilidad por el valor de los bienes adjudicados) y no *cum viribus* (responsabilidad con los propios bienes adjudicados), lo que determina la implicación del propio patrimonio del consorte adjudicatario, a menos que los acreedores hubieran solicitado el beneficio de separación de patrimonios que contempla la ley 319 del Fuero Nuevo (128).

(127) FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales*, obra citada, págs. 52 y 53.

(128) «...Responsabilidad, sin embargo, que queda circunscrita a los bienes del causante en caso de que se hubiera solicitado por los acreedores hereditarios o legatarios el beneficio de separación patrimonial que se regula en la ley 319 FN. Y que acaecerá,

Destaca YÁÑEZ VIVERO que la inexistencia en las legislaciones forales de preceptos de contenido similar al artículo 1.401 del Código Civil (129) hace que las normas de «ilesión» en los derechos forales equivalentes al artículo 1.317 del Código Civil —la ley 78 del Fuero Nuevo, en Navarra— tengan una sustantividad propia aplicable a todos los acreedores de los cónyuges, privativos o consorciales, lo que contribuye —a su juicio— a reforzar la opinión que sostiene a favor de la aplicación directa del artículo 1.317 del Código Civil a todos los acreedores perjudicados por el cambio de régimen económico del matrimonio, sin necesidad de ejercitar acciones impugnatorias, ya que no parece necesario atacar la eficacia del acto si se puede conseguir la reparación del perjuicio de una forma más directa (130).

en todo caso, durante los seis primeros meses siguientes a la muerte del causante, dada la situación de separación matrimonial ex lege que prevé esa ley, que permitirá al heredero oponerse al embargo que pretendieran los acreedores hereditarios sobre sus bienes instando la tercería de dominio y designando bienes del difunto (en tal sentido se expresa claramente el art. 43 del Código de Sucesiones de Aragón). Fuera de tales casos no parece que el heredero pueda limitar las actuaciones de los acreedores hereditarios al caudal del difunto, salvo que así lo hubieren aceptado aquéllos o se decidiera judicialmente; supuestos éstos de cumplimiento obligacional (dación en pago o pago por cesión de bienes), que cabe asegurar a través de anotación preventiva (art. 45 LH), y que no serán efecto de la aceptación hereditaria».

MARÍA ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 994.

(129) Artículo 1.401 del Código Civil: «Mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial. Si como consecuencia de ello resultare haber pagado uno de los cónyuges mayor cantidad de la que le fuere imputable, podrá repetir contra el otro».

Como ha señalado el Tribunal Supremo, la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiese formulado debidamente inventario, pues en otro caso, y por aplicación de las normas de las sucesiones, tal responsabilidad será *ultra vires*, todo lo cual determina que, aun después de la disolución de la sociedad de gananciales, permanece viva la acción del acreedor contra los bienes que, antes de aquélla, tenían naturaleza ganancial (cfr. STS de 28 de abril de 1988, 25 de enero y 20 de marzo de 1989, 13 de octubre de 1994 y 7 de noviembre de 1997, entre otras).

(130) A juicio de YÁÑEZ VIVERO, pueden sentarse las siguientes conclusiones acerca de las diversas vías de ineficacia de unas capitulaciones matrimoniales que causen perjuicio a los acreedores:

- a) La falta de uniformidad jurisprudencial en la interpretación y aplicación de las normas sobre ineficacia capitular (acción de responsabilidad de bienes ex-gananciales, acción rescisoria, acción de nulidad...) ya no es un dato tan preocupante, si tenemos en cuenta que los acreedores tenderán a plantear sus demandas con la suficiente amplitud para que por una vía u otra consigan la satisfacción de sus créditos.
- b) La discusión sobre las diferentes vías de ineficacia capitular pierde importancia si se abre en el proceso de ejecución una posibilidad de plantear las cuestiones

En Derecho Civil navarro, esta última interpretación parece ser la más adecuada (cfr. ley 78 del Fuero Nuevo). Tal y como afirma expresamente FERNÁNDEZ URZAINQUI, los derechos de los acreedores —ante una modificación del régimen económico-matrimonial pactada en capitulaciones matrimoniales—

relativas al carácter de la deuda y a la responsabilidad del bien. Ello permitirá que el acreedor, sin necesidad de acudir a un nuevo procedimiento, pueda ejecutar el bien y anotar el embargo. Así se evitará el riesgo de que el bien responsable adjudicado al cónyuge no deudor salga de ese patrimonio y entre en el de un adquirente de buena fe, a título oneroso, que inscriba su derecho y que quede protegido por el artículo 34 LH.

- c) El origen del debate doctrinal y jurisprudencial sobre esta materia reside en la indefinición del artículo 1.317 del Código Civil sobre el mecanismo de protección de los titulares de derechos adquiridos con anterioridad a las modificaciones del régimen económico matrimonial.
- d) El artículo 1.317 del Código Civil aporta al sistema algo más que un principio general, por tener un contenido normativo directamente aplicable.
- e) La interpretación gramatical del artículo 1.317 del Código Civil no permite excluir de su ámbito de protección a los acreedores privativos de los cónyuges; cuestión diferente es que éstos no pueden pretender hacer efectiva la responsabilidad sobre la totalidad de los bienes adjudicados al cónyuge no deudor. Los acreedores privativos perjudicados por la modificación de régimen económico matrimonial pueden invocar el artículo 1.317 del Código Civil para obtener una declaración de no perjuicio de esa modificación; esta declaración de no perjuicio se traduciría en la correspondiente conservación de la responsabilidad sobre los bienes o parte de los mismos que habiendo sido adjudicados al cónyuge no deudor, debieran haber correspondido —de acuerdo con el valor de su cuota en la sociedad de gananciales— al otro cónyuge.
- f) La sanción derivada de la aplicación del artículo 1.317 del Código Civil no es la inoponibilidad de la liquidación fraudulenta del patrimonio consorcial. No se trata de ejercitar una acción que permita al acreedor considerar consorciales bienes que ya no lo son, sino de congelar el sistema de responsabilidad, manteniendo el nivel en que los bienes pueden ser embargados y la identidad de los mismos en cuanto a la cuota o cuantía en que éstos sirven de responsabilidad.
- g) El efecto restaurador de la garantía se puede conseguir sin necesidad de impugnar el acto, ya que esta impugnación difícilmente podrá ser parcial o limitada a la adjudicación a favor del cónyuge no deudor. En la práctica, aquel efecto restaurador de la garantía se podría materializar permitiendo que el acreedor embargara —caso de que en el patrimonio del deudor no hubiera bienes privativos y los bienes ex-gananciales aparentemente adjudicados carezcan de valor económico— el exceso de adjudicación recibido por el cónyuge no deudor, ya que ello constituye un enriquecimiento, en principio injustificado, y coincide con la parte que debía haber sido adjudicada al deudor.
- h) Si la nulidad de las capitulaciones —por causa ilícita— pudiera aplicarse exclusivamente al negocio liquidatorio o particional del patrimonio consorcial (nulidad parcial), podríamos defender esta vía como la más apropiada. Pero como ello no parece posible, ya que esta nulidad se comunicará al negocio capitular del que deriva, y como esta solución parece un remedio desproporcionado, quizá deba defenderse aquella solución que aun sin reparar en el vicio o defecto estructural del negocio, permita que el acreedor cobre.

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales*, obra citada, págs. 433 a 438 y 509.

quedan incólumes y pueden hacerse valer frente a los cónyuges como si dicho convenio no hubiera existido: la inmunidad de los derechos de aquéllos queda garantizada por la ley y no requiere para su tutela el ejercicio de acción alguna encaminada a la anulación o rescisión de las capitulaciones. Tales derechos conservan inalterado el marco jurídico en que nacieron y conforme a él pueden ser ejercitados por sus titulares: ha de tenerse en cuenta que la autonomía privada que consagra como principio general la ley 7 tiene como uno de sus límites el eventual perjuicio de tercero. Frente a los acreedores, la responsabilidad de la sociedad conyugal de conquistas pervive y puede hacerse efectiva sobre los bienes que tenían tal carácter cuando la deuda se contrajo, aunque hubieran sido excluidos después de las conquistas y adjudicados, en su liquidación, al cónyuge no deudor (131). Idéntica protección habrá de dispensarse a los acreedores, a mi juicio, respecto de los bienes excluidos de las conquistas no por liquidación del patrimonio consorcial previamente disuelto sino como efecto de los pactos extra-capitulares de los cónyuges que hallan su cobertura legal en los apartados 1 y 5 de la ley 83 del Fuero Nuevo.

5. Normas procesales y registrales: especial referencia a las tercerías de dominio

Una vez examinadas las normas de Derecho sustantivo que proporcionan criterios para determinar cuáles son los bienes de los cónyuges que responden de las obligaciones contraídas por éstos, corresponde analizar —siquiera brevemente— las reglas adjetivas que nos aclaran el modo de proceder contra los bienes afectos a las responsabilidades antes dilucidadas. Me referiré sucesivamente: i) a la legitimación pasiva en procedimientos para hacer efectivas dichas responsabilidades; ii) al embargo de bienes de los cónyuges y, finalmente, iii) a la anotación preventiva de dicho embargo en el Registro de la Propiedad.

i) *La legitimación pasiva en procedimientos para hacer efectivas las deudas de los cónyuges*

Pone de relieve FERNÁNDEZ URZAINQUI que la legitimación activa, indistinta o solidaria, de cualquiera de los cónyuges para ejercitar, procesal o

(131) «...Por lo demás, la adquisición de los derechos se produce con su nacimiento, lo que, en el caso de los créditos, no se identifica necesariamente con el vencimiento o la exigibilidad de la deuda correlativa. La salvaguarda legal de los derechos adquiridos alcanza a todos los constituidos en contemplación a la realidad jurídica patrimonial posteriormente alterada, aun cuando su exigibilidad o efectividad hubieran quedado aplazadas».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 230 y 231.

extraprocesalmente, acciones en defensa e interés de la sociedad conyugal —legitimación activa indistinta que resulta de la conjugación de las leyes 53 y 84.1.5) del Fuero Nuevo— no lleva aparejada, en los mismos términos, la legitimación pasiva, de modo que el actor no podrá a su prudente arbitrio dirigir contra uno cualquiera de los consortes las acciones que le asistan (STS de 13 de julio de 1995) (132).

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de esta espinosa cuestión al resolver algunos recursos de amparo interpuestos contra procedimientos judiciales en los que, discutiéndose sobre la relación arrendaticia de la vivienda familiar, el cónyuge del inquilino no había tenido intervención en el proceso. De las STC 135/1986, de 31 de octubre y 94/1987, de 3 de junio, parece deducirse la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario respecto de ambos consortes; no obstante, la STC 289/1993, de 4 de octubre, matiza que el amparo solicitado se concede por haber sido negado al cónyuge no arrendatario el derecho a personarse en el juicio.

Las demandas relativas a obligaciones contraídas por uno solo de los consortes habrán de ser dirigidas precisamente contra el cónyuge deudor, incluso en el supuesto de que los bienes consorciales —en aplicación de las normas sustantivas antes examinadas— deban responder de tales obligaciones (vid. art. 541.2 LEC, Resolución de la DGRN de 28 de marzo y de 15 de abril de 1983 y STS de 13 de abril y 16 de junio de 1989, 27 de noviembre de 1990 y 5 de febrero de 1991) (133).

La demanda habrá de formularse necesariamente contra ambos cónyuges —litisconsorcio pasivo necesario entre consortes— en los siguientes supuestos (STS de 26 de julio de 1993, 23 de febrero de 1994, 13 de julio de 1995, 15 de febrero de 1999, 14 de febrero y 5 de mayo de 2000):

- Cuando se promuevan acciones reales contradictorias, protectoras o limitativas del dominio de bienes comunes a marido y mujer.
- Cuando las acciones se dirijan a obtener la efectividad de un acto de disposición de bienes comunes.
- Cuando sea objeto de la acción entablada la eficacia o la ineficacia de una relación jurídica concluida con la intervención, directa o indirecta, de ambos consortes.
- Y, finalmente, en los casos en que se pretenda el cumplimiento de obligaciones contraídas por ambos cónyuges.

(132) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Responsabilidad directa y subsidiaria de la sociedad de conquistas por deudas de los cónyuges*, obra citada, pág. 78.

(133) La STS de 23 de febrero de 1998 entendió, en un caso anterior a la reforma del artículo 144 RH por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, que era posible demandar no sólo al marido que reconoce la deuda, sino también a su mujer, sin que pueda alegarse falta de legitimación pasiva de ésta, teniendo en cuenta que el artículo 144 RH aludía a dicha posibilidad.

En ningún caso se despachará ejecución frente a la comunidad de con-
quistas (vid. art. 541 LEC).

No obstante lo anterior, como matiza YÁÑEZ VIVERO (134), la apreciación
del litisconsorcio pasivo necesario (135) depende del contenido del suplico de
la demanda:

- Cuando se trate de un proceso declarativo, parece claro que no es lo
mismo pedir el cumplimiento de una obligación —en cuyo caso será
suficiente demandar al cónyuge deudor (cfr. STS de 2 de diciembre de
1997 y 18 de septiembre de 1998, entre las más recientes)— que soli-
citar, además, un pronunciamiento favorable al carácter ganancial de la
deuda y la consiguiente responsabilidad de los bienes consorciales que
no impida la ejecución sobre los mismos —en este caso sería necesario
indudablemente dirigir también la demanda contra el cónyuge no deu-
dor (cfr. STS de 17 de octubre de 1990 y 22 de junio de 1991 y 23 de
febrero de 1998).
- En un procedimiento de ejecución, cuando se pretenda el embargo de
bienes consorciales, al amparo de los artículos 538.1.3.º, 538.3, 541.2 y
549.1.5.º de la nueva LEC, el acreedor podrá optar entre demandar a
ambos cónyuges (al deudor como tal y a su consorte como cotitular de
bienes responsables) o dirigir la demanda frente al deudor y notificar a
su cónyuge la demanda —si bien, a efectos registrales (como veremos),
es recomendable la primera alternativa por si antes de la fecha de pre-
sentación del mandamiento de anotación de embargo se liquida la socie-
dad conyugal y se adjudican fraudulentamente los bienes embargables
al cónyuge no deudor— (136). No obstante lo anterior, como ha mati-

(134) FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acree-
dores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales*, obra citada, págs. 260 a 266.

(135) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.2 de la nueva LEC: «*Cuando por
razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse
efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser
demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa*».

La falta de litisconsorcio pasivo necesario puede ser corregida mediante el emplaza-
miento de los que debieran haber sido demandados, en virtud del espíritu que informa el
artículo 11.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de una correcta economía procesal
y en garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva amparado por el artícu-
lo 24 de la Constitución (cfr. STS de 14 de mayo de 1992, 7 de octubre de 1993, 22 de
noviembre de 1994, 7 de julio de 1995 y 25 de junio de 1997, entre otras).

(136) Estima YÁÑEZ VIVERO que incluso la demanda del juicio cambiario podrá tam-
bién dirigirse contra el cónyuge no deudor (como titular de bienes responsables), si se
alega en ella la consorcialidad de la deuda y la consiguiente responsabilidad, aun cuando
reconoce que el problema se planteará por aplicación de los artículos 824 de la nueva LEC
y 67 de la Ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque: la oposición cambiaria está prevista para
el deudor, no para su cónyuge. Entre las causas tasadas legalmente no se halla incluida
la oposición a la responsabilidad directa de los bienes consorciales.

zado la STS de 14 de mayo de 2002, el cónyuge demandado a los efectos del artículo 144 RH no tiene la condición de ejecutado en el procedimiento de ejecución y, en consecuencia, no debe ser demandado en una eventual tercería de dominio (por lo que si se dirige la tercería también contra él, será el tercerista quien deba pagar las costas causadas a su instancia).

ii) *El embargo de bienes consorciales: especial referencia a las tercerías de dominio*

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado número 2 del artículo 541 LEC, cuando la ejecución se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deba responder la sociedad conyugal, el embargo de bienes comunes habrá de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que, dentro del plazo ordinario, pueda éste oponerse a la ejecución. Como señala SABATER MARTÍN (137), la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil parece haber optado por permitir que el cónyuge no deudor comparezca ante el ejecutor y pida que se liberen los bienes embargados como consorciales sin necesidad de exigir la presencia, como litisconsortes pasivos necesarios, de los dos cónyuges en cualquier proceso de declaración del cual se pueda seguir la responsabilidad de los bienes comunes. La oposición a la ejecución, según el número 2 del artículo 541 LEC, podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado y, además, en el hecho de que los bienes consorciales no deban responder —de acuerdo con las normas sustantivas antes examinadas— de la deuda por la que se haya despachado ejecución. Si la oposición se funda en esta última causa, corresponderá al actor la prueba de la responsabilidad de

FÁTIMA YÁNEZ VIVERO, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales*, obra citada, pág. 250.

(137) Si el cónyuge no deudor solicita la disolución de la sociedad conyugal, afirma SABATER MARTÍN que ésta se llevará a cabo por los cauces previstos en los artículos 806 a 811 LEC, ofreciendo el artículo 541.3 LEC indicios suficientes como para pensar —escribe— que ha de tramitarse ante el propio ejecutor (de hecho, el art. 807 no ofrece ningún otro criterio que permita averiguar a quién corresponde la competencia objetiva en este caso: «...Durante el tiempo en que se tramite la disolución de la sociedad de gananciales (y puede ser bastante, pues no es éste un proceso sencillo), la ejecución que recaiga sobre los bienes y derechos a ella pertenecientes permanecerá en suspenso (aunque, mientras se prolongue esta suspensión, será de aplicación lo dispuesto en el art. 565.2 LEC)».

ANÍBAL SABATER MARTÍN, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, obra colectiva coordinada por MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ BALLESTEROS, JOSÉ MARÍA RIFÁ SOLER y JOSÉ FRANCISCO VALLS COMBAU, Iurgium Editores, Barcelona, 2000, tomo II, págs. 2609 y 2611.

los bienes consorciales (138). Si no se acreditara esta responsabilidad, el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 541 LEC, apartado que hace referencia a la ejecución seguida a causa de deudas propias de uno de los cónyuges en la que se persiguen bienes comunes, a falta o por insuficiencia de los privativos y que examinamos a continuación.

Pone de relieve YÁÑEZ VIVERO (139) que aunque la norma del apartado número 2 del artículo 541 LEC se aplica a los procesos de ejecución tanto de título judiciales como de títulos extrajudiciales, que originaban hasta la fecha los denominados juicios ejecutivos, es necesario destacar que el juicio cambiario ha pasado a tener, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 819 a 827) una regulación propia, habiendo quedado convertido en un juicio declarativo especial que se sustanciará según las normas del juicio ordinario o del juicio verbal; opina que la demanda podrá dirigirse también contra el cónyuge no deudor (como titular de bienes responsables), tras alegar la con-

(138) La nueva LEC instaura un sistema de carga de la prueba sobre el que la doctrina había discutido anteriormente, como resume CARRASCO PERERA: «¿Cómo se articula procesalmente la posición del cónyuge notificado?...El artículo 1.373 parte de la ingenua creencia de que en un instante remoto y anterior al embargo ya ha sido determinado el carácter privativo de la deuda por la que se embarga, lo cual solamente podrá ser así cuando al embargo haya precedido un juicio declarativo plenario en el que, demandados marido y mujer, se haya establecido de modo definitivo el carácter consorcial o personal de la obligación. Pero esto no puede ocurrir cuando el embargo tiene lugar en el marco de un juicio ejecutivo, donde el título, o no expresa la causa de la deuda, o si la expresa no puede ser combatida la naturaleza de ésta por la limitada posibilidad de oposición del deudor. De esta forma, el cónyuge notificado de un embargo que se pretenda ejecutar por una deuda que se estime consorcial no estará, sin más, en el supuesto del artículo 1.373, con su correlativa facultad de sustitución, sino que previamente tendrá que haber combatido de otra manera la pretendida naturaleza consorcial de la deuda, para poder hacer uso de la facultad que el referido precepto le reconoce. ¿Quién corre en estos casos con la carga de la prueba de la naturaleza consorcial o personal de la obligación por la que se ejecuta? Después de la Reforma —Ley 13 de mayo de 1981—, la doctrina se ha visto embarcada en una polémica sobre el extremo de saber si en el Código existe hoy una presunción de ganancialidad de la deuda correlativa a la presunción de ganancialidad activa del artículo 1.361 del Código Civil. Lo afirmó ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA y lo negaron posteriormente TORRALBA y CÁMARA, entendiendo uno y otro que corría a cargo del ejecutante la prueba del carácter consorcial de la obligación. Por mi parte, estimo que no hay presunción de ningún tipo a favor o en contra de esta denominada “ganancialidad pasiva”. La prueba de los hechos corresponde a quien alegue una pretensión (art. 1.214 del Código Civil), y sólo ante circunstancias muy excepcionales, que la ley se preocupa de señalar, el demandado está obligado a correr con la carga de la contradicción de los hechos alegados y no probados por el actor (cfr. art. 41 LH)».

ÁNGEL CARRASCO PERERA, «Comentario a la STS de 26 de septiembre de 1986», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, septiembre/diciembre, 1986, pág. 4015.

(139) FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales*, obra citada, págs. 249 a 252.

sorcialidad de la deuda y la consiguiente responsabilidad, aun cuando reconoce que el problema que se plantea en el juicio cambiario es que los motivos de oposición siguen estando tasados y, consecuentemente, la cognición del juicio cambiario parece lo suficientemente limitada como para que sea posible la oposición formulada por el cónyuge no deudor; tampoco se aplicará el nuevo artículo 541.2 LEC a los procedimientos de apremio por deudas fiscales o por cuotas debidas a la Tesorería General de la Seguridad Social, que seguirán planteando los mismos problemas que hasta la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se derivaban de la sustanciación del juicio ejecutivo (140). Para evitar estos inconvenientes, postula la aplicación analógica de la norma del artículo 541 LEC a todos aquellos supuestos en los que, por deudas de un cónyuge, se embargan bienes gananciales: si los requisitos para anotar el embargo en el Registro de la Propiedad son comunes a todos los embargos —escribe—, es lógico que la instrumentación procesal de los mismos sea —en defecto de normas específicas— común también a todos los procedimientos.

Si la ejecución se siguiere a causa de deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguieren bienes comunes a falta o por insuficiencia de los privativos, el embargo de los bienes comunes habrá de notificarse al cónyuge no deudor. En tal caso, si éste optare por pedir la disolución de la sociedad

(140) «En estos procedimientos de recaudación en vía ejecutiva, transcurridos los plazos para efectuar el abono de las cantidades correspondientes sin que se hayan satisfecho, se pasa automáticamente a la vía de apremio. Contra la providencia de apremio sólo se admiten medios de oposición tasados (pago, prescripción, error material en la determinación de la deuda, condonación, aplazamiento de la deuda o suspensión del procedimiento, falta de notificación de la reclamación de la deuda o del acta de liquidación...). En los procedimientos de apremio, la Administración recaudatoria hace una primera calificación sobre la naturaleza privativa o ganancial de la deuda, sin perjuicio de los recursos y reclamaciones que los interesados puedan interponer, discutiendo la procedencia de los embargos acordados, y de la última palabra que siempre corresponde a los Tribunales de Justicia. Ello significa que aunque está previsto en el Reglamento General de Recaudación la notificación del embargo al cónyuge no deudor (art. 115.1 RGR en relación con el art. 124.2 del mismo cuerpo reglamentario) cuando el objeto del embargo forma parte del patrimonio ganancial, las posibilidades que este cónyuge tiene de oponerse a la calificación de ganancialidad hecha por la Administración correspondiente se traducen en el ejercicio de una tercería de dominio —previa manifestación de voluntad del cónyuge no deudor exigiendo la sustitución del embargo—. Sin embargo, no parece ser la tercería de dominio la idónea para ejercitar la facultad concedida al cónyuge no deudor por el artículo 1.373 del Código Civil porque no se produce ningún error judicial a la hora de embargar los bienes (la Administración embarga los bienes como pertenecientes a la sociedad de gananciales y, como tales, responsables directa o subsidiariamente de la deuda). Aun así, se viene entendiendo en el marco de los procedimientos administrativos de apremio que, ante la falta de un cauce propio, la tercería de dominio es el cauce supletorio».

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales*, obra citada, págs. 250 y 251.

conyugal, el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre división del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en los artículos 806 a 811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes (art. 541.3 LEC).

Sin perjuicio de lo anterior, el cónyuge a quien se hubiera notificado el embargo de bienes comunes podrá interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la comunidad conyugal (art. 541.4 LEC).

Ya la Ley Foral 5/1987 había incorporado a la ley 85 del Fuero Nuevo un último párrafo cuya finalidad era articular —con precedentes en el artículo 1.373 del Código Civil introducido por la Ley 11/1981, de 13 de mayo— un medio procesal de defensa de los derechos e intereses del cónyuge no deudor respecto de los bienes de conquista embargados por obligaciones del otro consorte (141): *«Cada cónyuge responderá de sus deudas propias con su patrimonio privativo, y si éste no fuere suficiente el acreedor podrá pedir el embargo de bienes de conquista, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge. Si la ejecución se realizare sobre bienes comunes, se considerará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo que los abone con caudal propio o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal. No obstante, el cónyuge no deudor podrá exigir, dentro de los nueve días siguientes a la notificación, que en el embargo los bienes comunes sean sustituidos por la parte que al cónyuge deudor corresponda en la sociedad de conquistas, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución y liquidación de ésta, y se aplicará el régimen de separación de bienes en los términos previstos en la Ley 103».*

(141) *«Pudiendo sustanciarse procesalmente la responsabilidad consorcial con la sola citación a juicio del cónyuge deudor, ha venido resultando especialmente problemática la defensa de los derechos e intereses consorciales del cónyuge no deudor frente a las ejecuciones instadas o seguidas contra bienes de conquista por obligaciones individuales de las que está llamado a responder el deudor con su patrimonio privativo. En la fase declarativa del proceso ordinario el cónyuge del deudor no podía comparecer en defensa de sus intereses en la sociedad conyugal: de una parte, porque, al no haber sido demandado y no ser necesario su concurso en el proceso, le estaba vedado su personamiento en él; de otra, porque, de no haberse trabado embargo sobre bienes comunes, la realización en ellos de la obligación litigiosa no dejaba de constituir en esa fase una mera eventualidad. En el juicio ejecutivo tampoco podía el cónyuge del deudor oponerse a la ejecución despachada sobre los bienes comunes embargados: de una parte, porque, al no figurar en el título ejecutivo como deudor, no podía ser citado de remate y personarse en autos como tal; de otra, porque la calificación de la responsabilidad contraída por el deudor como privativa o consorcial rebasaba el ámbito de las cuestiones revisables en la limitada cognición de aquel proceso sumario».*

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Responsabilidad directa y subsidiaria de la sociedad de conquistas por deudas de los cónyuges*, obra citada, pág. 79.

La interpretación sistemática del artículo 541 LEC y del último párrafo de la ley 85 del Fuero Nuevo conduce a las siguientes conclusiones:

— *Embargo de bienes de conquista por responsabilidad directa de dichos bienes consorciales en obligaciones contraídas por un cónyuge* (142)

Habrà de notificarse el embargo al otro cónyuge, con traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución, para que dentro del plazo

(142) «*La vieja Ley de Enjuiciamiento Civil no arbitraba ningún cauce específico para hacer valer tal oposición —la del cónyuge no deudor respecto del embargo de bienes consorciales por deudas del otro cónyuge que fueran responsabilidad directa de la sociedad conyugal—, como tampoco lo articulaba para el ejercicio de los derechos atribuidos al no deudor por el artículo 1.373 del Código Civil y el último párrafo de la ley 85 del Fuero Nuevo. Ante esta laguna procesal, las opiniones se mostraban divididas y, frente a la tesis favorable a la sustanciación de estas cuestiones por los trámites de la tercera de dominio, otras defendieron su depuración en un incidente de oposición a la ejecución o también en un genérico incidente de previo y especial pronunciamiento. En aplicación de la normativa introducida por el Amejoramiento del Fuero de 1975 la jurisprudencia territorial navarra y aun la del Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Navarra abordaba el fondo de la pretensión deducida en la demanda interpuesta por el cónyuge no deudor sin hacer cuestión de la adecuación de la tercería de dominio para la defensa de la inmunidad del patrimonio de conquistas frente a las responsabilidades privativas del deudor. La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1993, haciendo extensiva a la sociedad navarra de conquistas la doctrina acuñada para la de gananciales, negó sin embargo legitimación al cónyuge no deudor para promover tercería de dominio en defensa de los bienes que conquistas por deudas de su consorte. Su doctrina fue seguida, con el voto particular discrepante de dos de sus componentes, por la sentencia ... del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 12 de junio de 1995 que, sobre reiterar aquella falta de legitimación activa para la tercería de dominio, remitió al cónyuge no deudor a lo dispuesto en esta ley 85 para la defensa de sus derechos en las conquistas del matrimonio frente al embargo trabado en ejecución de una deuda individual de su consorte, instando, si a su derecho conviniera, la previa exclusión de los bienes privativos del deudor o la sustitución de la traba por la parte que a éste correspondiera en la sociedad... Desautorizado ya por la sentencia de 12 de junio de 1995 el recurso a la tercería de dominio, el Tribunal —Tribunal Superior de Justicia de Navarra— terminó por declarar adecuado para dilucidar el alcance de la responsabilidad contraída por actos de un cónyuge el planteamiento de un incidente de previo y especial pronunciamiento con efectos suspensivos de la ejecución en su sentencia de 10 de mayo de 1997. Esta indeterminación procedimental no era sin embargo la única cuestión procesal que la vigente normativa civil suscitaba. Se ha dicho ya que el recurso a la ley 85 descansa sobre el presupuesto de que la ejecución seguida sobre bienes de conquista lo es por deudas de un cónyuge a virtud de una responsabilidad exclusiva suya y por tanto subsidiaria y no directa de la sociedad conyugal. Pero, tratándose de deudas individuales, no siempre es fácil determinar a priori si la responsabilidad derivada de ellas es consorcial o exclusiva del deudor, pues se trata de una característica que, como la naturaleza de la carga que representan, pocas veces aparece declarada o resulta del propio título constitutivo de la obligación. Ante esta incertidumbre, y al hilo de la controversia acerca de si en las obligaciones individuales de un cónyuge debía presumirse la consorcialidad o la privatividad de la responsabilidad contraída, fue objeto de polémica*

de diez días hábiles pueda éste oponerse a la ejecución, por las mismas causas que corresponden al ejecutado y, además, por la circunstancia de que los bienes consorciales no deban responder directa y principalmente de la obligación ejecutada conforme a las normas sustantivas anteriormente analizadas. Si la oposición se funda en esta última causa, corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes comunes (143) (arts. 133.2, 541.2, 541.4 y 556 a 564 LEC).

— *Embargo de bienes de conquista por responsabilidad subsidiaria de la comunidad conyugal*

A este caso se equipara por la ley el supuesto de que el actor no logre probar, en el supuesto de oposición a la ejecución por el cónyuge no deudor, la responsabilidad directa de los bienes consorciales por las obligaciones contraídas por un consorte (art. 541.2 LEC).

Opina FERNÁNDEZ URZAINQUI —que comparte en este punto las tesis de GIMÉNEZ DUART, DE LA CÁMARA ALVAREZ y TORRALBA SORIANO en materia de gananciales—, que no obstante el carácter subsidiario de la traba de bienes comunes por deudas privativas de un cónyuge, no es exigible del acreedor una exhaustiva investigación de los bienes privativos del deudor, ni la aportación de una prueba concluyente de su inexistencia o insuficiencia, resultando en principio bastante la alegación de su ignorada existencia y suficiencia (144). GARCÍA GRANERO estima posible que el acreedor dirija su acción simultánea

mica si correspondía al acreedor demostrar la consorcialidad de la responsabilidad contraída por el deudor o incumbía al cónyuge de éste probar su privatividad».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Responsabilidad directa y subsidiaria de la sociedad de conquistas por deudas de los cónyuges*, obra citada, págs. 80 a 82.

(143) «...Como antes se ha indicado, la Ley pone a cargo del acreedor la prueba de su consorcialidad, cuando ésta es negada por el cónyuge del deudor. A éste le basta con oponerse a la ejecución seguida sobre bienes de conquista, alegando que no responden de la deuda individual porque se procede. Ello es conforme con la corriente doctrinal ya antes reflejada que, admitiendo que la actuación individual de un cónyuge puede comprometer no sólo su patrimonio personal, sino también el consorcial, se decantaba por la presunción de privatividad de las deudas individuales, rehusando la llamada presunción de ganancialidad pasiva para la que las deudas de un cónyuge debían además presumirse deudas de la sociedad. El debate y la prueba que en el proceso declarativo hubieran podido producirse sobre el alcance de la responsabilidad contraída por el cónyuge deudor, sin audiencia de su consorte, no deben impedir el replanteamiento a su instancia de la cuestión en esta fase de ejecución, pues sólo el debate sustanciado con su concurso puede fijarla con carácter definitivo e inalterable».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Responsabilidad directa y subsidiaria de la sociedad de conquistas por deudas de los cónyuges*, obra citada, pág. 84.

(144) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Responsabilidad directa y subsidiaria de la sociedad de conquistas por deudas de los cónyuges*, obra citada, págs. 84 y 85.

y conjuntamente contra todos los bienes privativos del cónyuge deudor y contra bienes de conquista y que, consecuentemente, el Juez pueda ordenar el embargo sobre estos últimos, siempre que racionalmente quepa presumir que aquéllos serán insuficientes (145). La STS de 3 de junio de 1988 afirma que es preciso acreditar la insuficiencia de bienes privativos con anterioridad al embargo de bienes gananciales.

El embargo de bienes comunes habrá de ser inmediatamente notificado al cónyuge no deudor (146). Efectuada la notificación —resume FERNÁNDEZ URZAINQUI— (147), el cónyuge no deudor podrá optar entre las siguientes alternativas:

a) *Consentir la ejecución de los bienes de conquista*

Dicho consentimiento puede ser expreso o tácito, presumiéndose el mismo por el silencio o la pasividad del cónyuge no deudor. Si la ejecución llega a consumarse sobre bienes comunes, se considerará que el cónyuge deudor tiene

(145) «Los términos de la ley —ley 85 del Fuero Nuevo— parecen imponer un claro orden de prelación: en primer lugar, los bienes privativos; y sólo si éstos fueran insuficientes, los bienes de conquista. Ello suscita, inmediatamente, un serio problema práctico: el acreedor, para poder perseguir bienes de conquista, ¿deberá probar haber agotado antes el patrimonio privativo del cónyuge deudor?; es decir, ¿sólo entonces podrá trabar embargo sobre los bienes conquistados? Aun cuando la expresión legal pudiera inclinar a dar a esa pregunta una terminante respuesta afirmativa, no puede desconocerse que tal solución, aparte de una duplicidad de procedimientos ejecutivos, podría suponer un grave perjuicio para el acreedor, quien habría de demorar o posponer la persecución de bienes de conquista hasta haber probado el agotamiento e insuficiencia del patrimonio privativo del cónyuge obligado».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, pág. 77.

(146) Opina FERNÁNDEZ URZAINQUI que la notificación deberá llevar a conocimiento de su destinatario la identidad del bien común embargado y la esencial indicación de que lo ha sido, ante la ignorada existencia o la insuficiencia de otros bienes propios del deudor, a virtud de una responsabilidad privativa de éste. La Ley no exige —escribe— que la notificación haya de entenderse personalmente con el cónyuge destinatario, por lo que será válida la realizada en la forma establecida en el artículo 161.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; sin embargo, el posible conflicto de intereses entre los cónyuges aconsejará la adopción judicial de las máximas cautelas a fin de asegurar la efectividad del conocimiento que se pretende trasladar al interesado. Cita la STS de 22 de diciembre de 1995, que no aprecia indefensión por la notificación realizada en la persona del cónyuge deudor, cuando el consorte no se hallaba en su domicilio, no obstante haber alegado éste que ambos se hallaban separados de hecho y tenían distintos domicilios, razonando que esta circunstancia debería haber sido demostrada para apreciar la existencia de indefensión.

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Responsabilidad directa y subsidiaria de la sociedad de conquistas por deudas de los cónyuges*, obra citada, pág. 85.

(147) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Responsabilidad directa y subsidiaria de la sociedad de conquistas por deudas de los cónyuges*, obra citada, págs. 86 a 88.

recibido a cuenta de su participación el valor de los bienes objeto de aquélla; nacerá, en consecuencia, un crédito a favor de la sociedad de conquistas contra el cónyuge deudor ejecutado, que deberá ser reembolsado en la liquidación de la sociedad (vid. STSJ de Navarra, de 11 de diciembre de 1993) —si con anterioridad no hubiera sido reintegrado— (ley 85 del Fuero Nuevo) (148). Como afirma GARCÍA GRANERO, la ley 85 establece aquí una norma para hacer efectiva la compensación entre el patrimonio del cónyuge deudor y el de conquistas, tanto si el reembolso tiene lugar durante el matrimonio como si se produce al tiempo de la liquidación de la sociedad conyugal (149).

b) *Oponerse a la ejecución de bienes de conquista, por existir bienes privativos suficientes del cónyuge deudor*

Confirma esta alternativa la STSJ de Navarra de 12 de junio de 1995. En tal supuesto, con el escrito en que se oponga este especial «beneficio de excusión», el cónyuge no deudor habrá de proceder al señalamiento preciso de bienes que, siendo privativos del cónyuge deudor, resulten bastantes para la satisfacción de la deuda. La oposición habrá de formularse en el plazo de nueve días hábiles a contar desde la notificación del embargo (ley 85 *in fine* del Fuero Nuevo, por analogía, y art. 133.2 LEC) (150).

(148) Un paso más allá da la Ley 2/2003 de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 12 de febrero, de Régimen Económico-Matrimonial y Viudedad, al ofrecer una nueva alternativa al cónyuge no deudor ante el embargo de bienes comunes por deudas de responsabilidad exclusiva privativa del otro consorte: «Artículo 43. Ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas. 1. Cuando en una ejecución sobre bienes comunes, seguida a causa de deudas distintas de las enunciadas en el artículo 37, el cónyuge del deudor quiera, en el procedimiento previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución en bienes gananciales, hacer valer su derecho a que quede a salvo el valor que en el patrimonio común le corresponde, podrá pedir la liquidación del mismo al exclusivo fin de constatar el valor que ha de quedarle a salvo, sin disolución del consorcio. En este caso, la ejecución proseguirá tan pronto se constate la existencia de bienes que sobrepasen el valor que ha de quedar a salvo y sólo sobre aquellos bienes, alzándose en todo caso el embargo sobre los demás. 2. El cónyuge del deudor podrá también optar por la disolución del consorcio y división de los bienes comunes. Producida la disolución, el matrimonio se regirá por el régimen de separación de bienes». Esta norma —en su apartado primero— introduce, por primera vez en nuestro Derecho común y foral, un «beneficio de inventario» —no una liquidación caucional— para garantizar al mismo tiempo la seguridad económica del cónyuge no deudor y la subsistencia del régimen económico-matrimonial de comunidad parcial ante la ejecución sobre bienes comunes por deudas que sean de responsabilidad exclusiva del cónyuge deudor.

(149) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 78 y 79.

(150) Quince días naturales concede al cónyuge no deudor el artículo 102 de la Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco, de 1 de julio de 1992, para solicitar la disolución de la comunicación foral por el embargo de bienes comunes.

- c) *O solicitar la sustitución del embargo de bienes singulares de conquista por el embargo de la parte que al cónyuge deudor corresponda en la sociedad de conquistas*

La sustitución habrá de solicitarse en el plazo de nueve días hábiles a contar desde la notificación del embargo de bienes de conquistas o, en su caso, desde la notificación del auto que resuelva la oposición a la ejecución del artículo 541.2 LEC —que declare la responsabilidad de bienes privativos del deudor por la obligación ejecutada— (ley 85 del Fuero Nuevo y art. 133.2 LEC). El propósito del legislador parece haber sido, en este supuesto, la sustitución de la traba en bienes de conquistas por la de aquellos bienes que al cónyuge deudor se adjudiquen en la liquidación de la sociedad conyugal. El embargo, tras dicha sustitución, deberá mantenerse con efectos cautelares hasta la finalización del proceso liquidatorio que determinará la concreción de la traba en bienes adjudicados al deudor, momento en el cual podrá continuar la ejecución suspendida ex artículo 541.3 LEC. La resolución judicial que acuerde la sustitución del embargo —una vez oídos los cónyuges, como exige el mismo artículo 541.3 de la LEC—, es causa *ope legis* de disolución de la sociedad de conquistas: a partir de la misma, el matrimonio quedará legalmente sujeto al régimen de separación de bienes, abriéndose la fase de liquidación de la disuelta sociedad de conquistas [leyes 85, 87.5.d), 89 y 103 del Fuero Nuevo]. La liquidación debe llevarse a cabo de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil —art. 541.3 LEC—, remisión que parece excluir la posibilidad de una liquidación extrajudicial pactada entre los cónyuges o sus herederos cuando medie oposición de los acreedores (art. 1.083 del Código Civil, arts. 782.5, 783.5, 806, 809, 810.4 y 810.5 LEC, y STS de 29 de abril de 1994) (151).

(151) Recuerda GARCÍA GRANERO que el proyecto de 1983, de reforma del Fuero Nuevo, precisaba que la liquidación de la sociedad de conquistas, en el supuesto que analizamos, sería *judicial*, término que fue suprimido por los redactores de la Ley Foral de 1987: «...Ello podría inducir a duda o confusión, si no fuese porque la ley 87, al tratar de las causas de disolución de la sociedad conyugal de conquistas, en su número 5.d) deja bien claro el carácter judicial de la liquidación que se produzca a consecuencia de lo previsto en el párrafo último de la ley 85. Ello se impone, además, como salvaguardia y mayor seguridad de los acreedores, habida cuenta de que, en virtud de tal liquidación, la garantía que representa la totalidad del patrimonio de conquistas queda reducida a la parte que al cónyuge deudor corresponda en la sociedad».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Eorales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 78.

- *Embargo de bienes de conquista por deudas de un tercero contra el que se hubiere despachado ejecución (como bienes pertenecientes al mismo) y embargo de bienes propios del cónyuge no deudor*

Es claro que cualquiera de los consortes —en el primer caso (cfr. leyes 53 y 84.1.5 FN)— y que el cónyuge no deudor —en el segundo supuesto— podrán ejercitar con éxito una tercera de dominio para obtener el levantamiento del embargo indebidamente trabado (de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 593 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por el contrario, no ha sido tan clara la respuesta a la cuestión sobre la procedencia de una tercería de dominio como acción idónea, antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, para alzar el embargo practicado sobre unos bienes consorciales en garantía del pago de unas obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges.

La doctrina de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en esta materia puede resumirse, siguiendo la exposición que hace RIVERA FERNÁNDEZ (152) del modo siguiente:

- El Tribunal Supremo viene negando, como regla general y desde una sentencia dictada el día 28 de febrero de 1898, la estimación de tercerías de dominio interpuestas por el cónyuge no deudor cuando el embargo de bienes gananciales ha tenido lugar vigente la sociedad conyugal, aduciendo como argumentos: i) la inexistencia de cuotas en la comunidad germánica de los gananciales, por lo que el cónyuge no deudor no tiene la propiedad de la mitad de estos bienes sino un mero derecho expectante, lejos de una propiedad exclusiva y excluyente (STS de 13 de julio de 1988, 19 de julio de 1989, 6 de junio de 1990, 12 de junio de 1990, 4 de marzo de 1994, 26 de junio de 1997 y 30 de diciembre de 1999), y ii) la inexistencia de la condición de tercero en el cónyuge no deudor, derivada de la estructura de dicha comunidad de bienes en mano común y la vinculación con el consorte obligado (STS de 2 de junio de 1986, 23 de enero de 1987, 26 de septiembre de 1988, 6 de junio de 1990, 20 de noviembre de 1991, 13 de abril de 1993, 29 de abril de 1994, 18 de febrero, 18 de marzo y 16 de mayo de 1995, 17 de julio de 1997, 12 de enero de 1999 y 8 de febrero de 2001) (153).

(152) MANUEL RIVERA FERNÁNDEZ, *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, obra colectiva dirigida por Miguel Pasquau Liaño, tomo II, págs. 2480 y 2481, Granada, 2000.

(153) La STS 95/2001 (Sala de lo Civil), de 8 de febrero (ponente MARÍN CASTÁN) —que hace una especial alusión a la STSJ de Navarra, de 12 de junio de 1995 (Funda-

- Sin embargo es el propio Tribunal Supremo quien, al *analizar la naturaleza* de la acción de tercería, ha declarado que ésta no debe ser identificada con la acción reivindicatoria, sino que va destinada a la justificación de la existencia de un derecho suficiente para alzar el embargo, un derecho que sea bastante y anterior al embargo y que se oponga a la venta del bien erróneamente trabado (154), por lo que su ámbito se desarrolla y restringe en la ejecución o apremio, sin que el pronunciamiento sobre el título o el dominio (cuando no se acumula una acción declarativa o reivindicatoria) pueda extenderse fuera de sus límites procesales y no constituye tampoco cosa juzgada en orden a dilucidar los derechos de propiedad o de dominio que puedan existir sobre el bien (STS de 20 de marzo y 19 de mayo de 1989, 8 de octubre de 1990 y 30 de enero y 15 de abril de 1992).
- El Tribunal Supremo admite, contra sus propias afirmaciones anteriormente examinadas, la procedencia de la tercería de dominio interpuesta por el cónyuge no deudor cuando estamos en presencia de una sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, aun reconociendo que el tercerista carece de una titularidad exclusiva de los bienes embargados o de una cuota abstracta sobre cada uno de los bienes, aun cuando sí una cuota abstracta sobre el *totum ganancial* (STS de 21 de noviembre de 1987, 8 de octubre de 1990, 20 de noviembre de 1991, 17 de febrero de 1992, 14 de marzo de 1994, 25 de septiembre de 1999, 1 de septiembre de 2000 y 8 de febrero de 2001) (155); no obstante, el Tribunal Supremo exige en estos supuestos, como requisito necesario para estimar la acción de tercería, que la deuda origen del embargo sea posterior a la causa de disolución (STS de 23 de enero y 21 de noviembre de 1987, 6 de diciembre de 1989, 8 de octubre de 1990, 14 de marzo de 1994, 3 de julio y 25 de septiembre

mentó de Derecho tercero, último párrafo)— se refiere a una tercería de dominio interpuesta por la mujer respecto del embargo de unos bienes comunes integrantes del activo de una sociedad conyugal de conquistas, por el impago de unas letras de cambio aceptadas únicamente por el marido sin especificar el origen ni la causa de tales cambiales.

(154) «...Por tanto, el *petitum de las tercerías*, conforme a la más reciente *jurisprudencia*, no consiste en una declaración de titularidad de dominio o propiedad del bien (aun cuando pueda acumularse a la concreta petición de alzamiento de la traba, que es su objeto específico, dados los términos de los arts. 1.532 y sigs. LEC) ni va dirigida a la recuperación del bien embargado (propio de las acciones reivindicatorias) sino que exclusivamente tiene como finalidad la de liberar del embargo bienes indebidamente trabados excluyéndolos de la vía de apremio».

MANUEL RIVERA FERNÁNDEZ, *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, obra citada, tomo II, pág. 2481.

(155) La STS de 15 de enero de 2001 estima que debe alzarse el embargo trabado, por deudas del marido, sobre una finca inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de la mujer en virtud de confesión de privatividad hecha por aquél.

de 1999 y 15 de enero de 2001), de modo que la deuda pueda calificarse de privativa y, por tanto, ajena al cónyuge tercerista (STS de 13 de abril de 1993 y 21 de junio de 1994) (156).

- En definitiva, el Tribunal Supremo considera que el procedimiento que contempla el artículo 1.373 del Código Civil es un remedio sustitutorio de la acción de tercería de dominio puesto a disposición del cónyuge no deudor (STS de 13 de julio de 1988, 16 de mayo de 1989, 20 de julio y 16 de noviembre de 1990, 29 de abril de 1994 y 2 de junio de 1999).

(156) La STS 164/1999 (Sala de lo Civil), de 25 de febrero (ponente: VILLAGÓMEZ RODIL) desestima la procedencia de una tercería de dominio interpuesta por el cónyuge no deudor respecto de los bienes embargados que le fueron adjudicados por título de liquidación de la disuelta sociedad de gananciales, pactada en una escritura pública de capitulaciones matrimoniales anterior a la fecha en que fue contraída la deuda pero declarada judicialmente nula.

No es pacífica la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la relevancia que deba concederse a la fecha de la inscripción en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad de las capitulaciones matrimoniales que disuelvan y liquiden una sociedad conyugal de gananciales en relación con la interposición de una tercería de dominio por el cónyuge no deudor. Citaré tan sólo las sentencias más recientes:

- La STS 500/1999 (Sala de lo Civil), de 5 de junio (ponente: SIERRA GIL DE LA CUESTA) negó que pudiera prosperar una tercería de dominio atendiendo a que la fecha en que se practicó el embargo era anterior a la fecha de presentación en el Registro de la Propiedad de la escritura pública de liquidación de la disuelta sociedad de gananciales que constituía el título, anterior al embargo, de la tercerista.
- Apenas unos días más tarde, la STS 628/1999 (Sala de lo Civil), de 3 de julio (ponente: BARCALA TRILLO-FIGUEROA) distingue entre el otorgamiento de la escritura pública de capitulaciones matrimoniales, que califica como «...de ius cogens o de observancia ineludible, determinante de la propia validez de las capitulaciones y de su contenido», y su publicación en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad, a la que considera como «...requisito de garantía o como regla de terceros —en estricta dogmática hipotecarista como un efecto de mera publicidad y no de eficacia—, y no, obvio es, de alcance constitutivo, como el de la escritura determinante de la viabilidad jurídica de mentada modificación capitular». La sentencia desestima la procedencia de la tercería de dominio porque la deuda era anterior al otorgamiento de la escritura pública de capitulaciones.
- La STS 773/1999 (Sala de lo Civil), de 25 de septiembre (ponente: VILLAGÓMEZ RODIL) desestima una tercería de dominio en un supuesto de deudas también anteriores a la escritura de capitulaciones matrimoniales —dándose la circunstancia de que también la anotación de embargo en el Registro de la Propiedad era anterior a la publicación de las capitulaciones en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad.
- La STS 66/2003 (Sala de lo Civil), de 5 de febrero (ponente: SIERRA GIL DE LA CUESTA) desestima la tercería de dominio a pesar de que la deuda que motivó el embargo era posterior al otorgamiento de la escritura pública de capitulaciones matrimoniales, atendiendo a que la fecha del embargo fue anterior a la anotación de dicha escritura pública en el Registro Civil.

También el Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha tenido ocasión de pronunciarse sobre tercerías de dominio interpuestas por el cónyuge no deudor respecto de bienes integrantes de la sociedad conyugal de conquistas (157):

- a) La STSJ de 26 de enero de 1991 (ponente: FERNÁNDEZ URZAINQUI), contempla el supuesto de una tercería de dominio interpuesta en un procedimiento de ejecución seguido contra bienes de conquistas por razón de un afianzamiento prestado sólo por los maridos de las terceristas. El Tribunal Superior de Justicia de Navarra, como hemos tenido ocasión de examinar anteriormente, consideró que dicho afianzamiento era una deuda privativa de los garantes (por no constituir una operación propia del giro o tráfico de la empresa de los fiadores ni haberse prestado en contemplación a la actividad que constituía su objeto —a pesar de llevarse a cabo esta última con conocimiento y consentimiento de las terceristas—), por lo que estimó la procedencia de la tercería de dominio: *«...Siendo claro, tal como la firma oposición de fondo a la demanda de tercería ha venido a corroborar, que el embargo sobre bienes inmuebles de conquista fue trabado en contemplación a la responsabilidad directa y no meramente subsidiaria del patrimonio consorcial de las adoras por el afianzamiento que en su día prestaron sus esposos, el reconocimiento del carácter privativo de la obligación por él asumida necesariamente ha de comportar, como por lo demás corresponde al fin de la tercería de dominio utilizada para obtener aquella declaración con efectos suspensivos de la vía de apremio, el alzamiento del embargo trabado, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria de los bienes de conquista y de las medidas y actuaciones que en tal consideración pudieran eventualmente adoptarse y seguirse sobre ellos, por insuficiencia de los patrimonios privativos directamente responsables, conforme a lo prevenido en el párrafo segundo de la Ley 85 del Fuero Nuevo que presupone la actuación subsidiaria sobre bienes de conquistas por deudas propias de uno solo de los cónyuges»* (Fundamento de Derecho séptimo).
- b) La STSJ 2/1993, de 10 de febrero (ponente: RODRÍGUEZ FERRERO) se refiere al embargo de un bien de conquista por deudas derivadas del afianzamiento suscrito por el marido en garantía de las obligaciones

(157) El Auto del TSJ de Navarra, de 11 de febrero de 2002, recuerda que la tercería de dominio no se concibe ya en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, como un proceso ordinario definitorio del dominio, sino como un incidente, en sentido estricto, de la ejecución, encaminado directa y exclusivamente a decidir si procede la desafección o el mantenimiento del embargo; la resolución que decide la tercería ha de adoptar la forma de auto, por no poner fin a una verdadera segunda instancia, y es irrecurrible en casación.

de una sociedad anónima de la que él era socio y gerente al tiempo de prestar la garantía —dándose la circunstancia de que, tras una anterior demanda ejecutiva del mismo acreedor y por el mismo afianzamiento, el Tribunal Supremo había incurrido en una evidente contradicción al afirmar primero (STS de 19 de enero de 1987, en relación con el juicio declarativo ordinario) la inexigibilidad de la fianza respecto de los bienes consorciales y al declarar posteriormente (STS de 16 de febrero de 1987) la no procedencia de la tercería de dominio interpuesta por el cónyuge no deudor por tratarse de obligaciones consorciales (deudas contraídas por el marido que ejerce el comercio, por razón de ese ejercicio)—. El Tribunal Superior de Justicia de Navarra considera, en su sentencia de 10 de febrero de 1993, que la STS de 19 de enero de 1987 produce en este nuevo litigio el efecto de cosa juzgada. Conviene destacar que el Tribunal Superior de Justicia de Navarra decide no sobre una tercería de dominio sino sobre una demanda de juicio declarativo de menor cuantía, interpuesta por el cónyuge no deudor contra el acreedor y contra su consorte, en la que se solicitaba la declaración de nulidad de la póliza de afianzamiento respecto de los bienes de conquista y el levantamiento del embargo trabado por el acreedor.

- c) La STSJ 21/1993, de 13 de diciembre (de la que fue ponente RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES), analiza el supuesto de un embargo trabado sobre un supuesto bien de conquista —que la tercerista estima como bien privativo suyo— por deudas tributarias de cargo de la sociedad conyugal de conquistas —derivadas de la propiedad de un solar integrante de dicha sociedad conyugal—. El Tribunal considera que aun cuando la legitimación del cónyuge para el ejercicio de la acción de tercería ha sido objeto de diversas fluctuaciones dentro de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, «...hoy en día parece que va prevaleciendo la corriente que la admite, al menos implícitamente, y la Sentencia de esa Sala al efecto en el acto de la vista de este recurso, de 26-11-1991, asimismo la reconoce; si bien todo ello no afecta propiamente a la presente litis». En efecto, la *ratio decidendi* del fallo, que no acoge la pretensión de la tercerista, se encuentra en el Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia, conforme al cual «...no obstante las alegaciones que hace la recurrente sobre el documento de adquisición por la esposa de la finca de que se trata, el punto de arranque es la presunción favorable a tener el bien como conquistado, ...que se deriva hoy del primer apartado de la ley 82 dicha (en su redacción por Ley Foral de 1-4-1987...», presunción que la actora tercerista no logra destruir respecto a la naturaleza consorcial del bien embargado.

- d) Finalmente, la STSJ 10/1995 de 12 de junio (de la que fue ponente RODRÍGUEZ FERRERO) resuelve el supuesto de una tercería de dominio sobre un bien de conquista embargado por deudas de cargo de la sociedad conyugal de conquistas —derivadas del ejercicio, consentido por la tercerista, de una explotación ganadera—. El Tribunal, después de afirmar la aplicación de la ley 85 del Fuero Nuevo —según redacción dada a dicha norma por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril— a un embargo de bienes de conquista trabado en litigio iniciado en el año 1991 (aun cuando la deuda fue reconocida en el año 1984), declara que el cónyuge no deudor no está legitimado para ejercitar la acción de tercería de dominio en defensa de los bienes de conquista cuando la ejecución se tramita por deudas propias del consorte del tercerista. En el Fundamento de Derecho Tercero de dicha resolución se recuerda que ésta es la doctrina mayoritariamente seguida por el Tribunal Supremo (cfr. STS de 22 de diciembre de 1925, 5 de noviembre de 1929, 24 de mayo de 1932, 23 de enero, 26 de noviembre y 4 de diciembre de 1958, 27 de febrero de 1960, 11 de abril de 1972, 26 y 29 de septiembre de 1986, 29 de diciembre de 1987, 13 de julio y 26 de septiembre de 1988, 29 de diciembre de 1993 y 4 de marzo y 29 de abril de 1994); y aunque reconoce que dicha tesis es cuestionada por diversos autores y asimismo que las STSJ de Navarra de 26 de enero de 1991 y de 13 de diciembre de 1993 mantuvieron en cierto modo, en relación con supuestos de hecho distintos de los que se contemplan en ésta, posiciones contrarias a la expuesta, «...la opinión mayoritaria de esta misma Sala entiende que, atendiendo a la repetida, y posterior, Sentencia del TS de 29 de diciembre de 1993... cabe efectuar una reconsideración del problema», de modo que la doctrina que niega la legitimación al cónyuge no deudor en esta clase de procedimientos «...viene reforzada y es por tanto aplicable por las actuales redacciones del artículo 1.373 del Código Civil en su ámbito de aplicación y de la Ley 85, párrafo 2.º del punto 4.º del Fuero Nuevo de Navarra, que tiene un cierto precedente histórico en el Fuero Reducido 3.4.2, en su propio ámbito en el que se comprende el problema que en este recurso se plantea, porque admitiendo que cualquiera de los cónyuges puede ejercitar la acción de tercera en defensa de los bienes de conquista cuando se embargan por deudas de un tercero, ajenas al consorcio conyugal, por supuesto si es el cónyuge no deudor en defensa de sus bienes privativos, embargados por deudas de su consorte, y posiblemente, como algunos autores indican, en los supuestos en que, por error, se efectúa la traba sobre bienes de conquista cuando de embargar los privativos del cónyuge deudor se trata, parece indiscutible que ese

cónyuge no deudor carece de aquella legitimación en los casos, como ocurre en el presente, en que como tales, sin error, se embargan bienes que reúnen la condición de conquistados por deudas contraídas por su consorte», ya que la ley 85 del Fuero Nuevo «...armoniza adecuadamente los derechos del acreedor y del cónyuge deudor, al margen de un procedimiento de tercería de dominio, y las obligaciones contraídas por el consorte deudor, al determinar que la ejecución prosiga sobre los bienes propios de éste concretados por la disolución y liquidación del consorcio conyugal, siendo también de notar que la norma, además de esta facultad expresa, parece conceder al cónyuge no deudor, de forma implícita, si los bienes privativos del deudor son suficientes, una facultad previa al ejercicio de aquélla más radical y trascendente, la de oponerse a la traba de los bienes de conquista, aduciendo el contenido del primer inciso de ese párrafo 2.º del punto 4.º de la expresada Ley 85, inciso que parece otorgar al cónyuge no deudor una facultad a la que, en vía de interpretación analógica, bien pueden otorgarse efectos parecidos a los del beneficio de excusión, Ley 525 del Fuero navarro y artículo 1.832 del Código Civil, y es claro que la atribución de estas facultades implica la denegación implícita de legitimación al cónyuge no deudor para el ejercicio de la acción de tercería de dominio en supuestos como el presente...» (158).

(158) Los magistrados FERNÁNDEZ URZAINQUI y ABARZUZA GIL formularon un voto particular a la STSJ de Navarra 10/1995, de 12 de junio, voto particular que comparto plenamente, por entender que no es presupuesto legitimador para la interposición de la tercería de dominio la propiedad exclusiva o en proindiviso del tercerista sobre los bienes embargados, ni es obstáculo para ella la pendencia de liquidación de la sociedad de conquistas a pertenecen los bienes trabados. Tras recordar: i) que la jurisprudencia ha reconocido legitimación para la interposición de esta tercería al comprador con pacto de reserva de dominio (cfr. STS de 19 de mayo de 1989 y STSJ de Navarra de 17 de junio de 1992), al vendedor con condición resolutoria expresa, en los supuestos de la denominada «comunidad postmatrimonial» (cuando se ha trabado embargo sobre los bienes comunes —antes gananciales— por deudas privativas de uno de los copartícipes) o a titulares de derechos de crédito no susceptibles de reivindicación, y ii) que en la acción de tercería no se trata de declarar ni recuperar el dominio de la cosa sino de liberar del embargo bienes indebidamente trabados por no estar en el caso de responder de la deuda ejecutada, excluyéndolos de la vía de apremio, FERNÁNDEZ URZAINQUI y ABARZUZA GIL consideran que los dos presupuestos subjetivos de la acción de tercería de dominio —que el actor sea efectivamente tercero con respecto a la deuda que motiva la ejecución y que alegue un título jurídico que le permita instar el alzamiento del embargo— concurren en el cónyuge no deudor que, vigente la sociedad de conquistas, ve embargados bienes consorciales en ejecución de una responsabilidad directa de la sociedad conyugal por deudas que reputándose o debiendo reputarse privativas de su consorte, sólo subsidiariamente podrían responsabilizarla: «...Planteada la tercería de dominio sobre los dos indicados presupuestos, la sola afirmación de su concurrencia legitima activamente al cón-

iii) *La anotación preventiva de embargo sobre bienes de los cónyuges en el Registro de la Propiedad*

Para que sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes de los cónyuges deberán observarse las siguientes reglas:

a) *En el régimen de separación de bienes*

Respecto de los bienes inscritos a nombre de uno o de ambos cónyuges en el régimen de separación de bienes, deberá constar en el correspondiente mandamiento, judicial o administrativo, que la demanda o el procedimiento han sido dirigidos precisamente contra el titular o titulares registrales de los bienes (arts. 24 CE y 20.1 y 38.1 LH). Cuando, según el Registro, los bienes anteriores constituyan la vivienda habitual del matrimonio (cfr. ley 55 del Fuero Nuevo), para anotar el embargo será necesario que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene tal carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado (art. 144.5 RH).

b) *En el régimen de gananciales y en el de conquistas*

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 144 RH, hay que establecer la siguiente clasificación:

1. *Mandamientos de embargo presentados en el Registro durante la vigencia de la sociedad conyugal*

Tanto respecto de los bienes inscritos con carácter ganancial o de conquistas —por razón del título de adquisición o en virtud de pacto posterior

..... yuge no deudor para promoverla. Si luego, en el curso del proceso, llega a constatar, contra lo alegado en la demanda, que la deuda contraída unilateralmente por el cónyuge ejecutado es de responsabilidad directa de la sociedad de conquistas o que los bienes trabados en su ejecución no son de conquistas sino propios del deudor, la sentencia que recaiga será desestimatoria de la demanda, pero no por falta de legitimación activa del tercerista, sino por falta de prueba de los presupuestos de hecho constitutivos de su acción...» Recuerdan además dichos magistrados que ante un embargo trabado, como sucedía en el supuesto enjuiciado, en ejecución de una responsabilidad directa de la sociedad de conquistas por una deuda que el acreedor reputaba consorcial (derivada de una explotación ganadera —ex arts. 6 a 8 del Código de Comercio—), el cónyuge no deudor no puede hacer uso de la facultad establecida en el artículo 1.373 del Código Civil y en la ley 85 del Fuero Nuevo, concluyendo que la Sala debiera haber desestimado la demanda de tercería al no haberse probado que la actora fuera verdadera tercera en relación con la deuda ejecutada.

de atribución de tal carácter—, como respecto de los bienes inscritos a nombre del marido o de la mujer habiéndose efectuado la adquisición a título oneroso y para la sociedad conyugal y también respecto de los bienes inscritos a nombre de uno u otro cónyuge como presuntivamente gananciales o de conquistas, deberá constar en el correspondiente mandamiento que la demanda o el procedimiento han sido dirigidos contra ambos consortes o que, habiendo sido demandado sólo uno de ellos, ha sido notificado al otro no la demanda sino el embargo (159). Así resulta de lo dispuesto en el primer apartado del artículo 144 RH, redactado por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (160).

Respecto de los bienes inscritos a nombre de uno o de ambos cónyuges con carácter privativo —por razón del título de adquisición o en virtud de pacto posterior de atribución de tal carácter—, deberá constar en el correspondiente mandamiento, judicial o administrativo, que la demanda o el procedimiento han sido dirigidos precisamente contra el titular o titulares registrales de los bienes (arts. 24 CE y 20.1 y 38.1 LH). Cuando, según el Registro, los bienes anteriores constituyan la vivienda habitual del matrimonio (cfr. ley 55 del Fuero Nuevo), para anotar el embargo será necesario que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene tal carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado (art. 144.5 RH) (161).

(159) De acuerdo con la Resolución de la DGRN de 5 de octubre de 2001, en el mandamiento que ordene la anotación preventiva deben hacerse constar expresamente el nombre y apellidos del consorte a quien se notificó la existencia del embargo, a fin de permitir al Registrador la comprobación de que es la misma persona que aparece como cónyuge en el Registro de la Propiedad.

(160) El Preámbulo del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, ilustra sobre los motivos de la reforma: «...Se da nueva redacción, con la plena conformidad del Consejo del Poder Judicial, al precepto relativo al embargo de los bienes gananciales sobre la base de que siempre que tengan tal carácter, ya sean las deudas a cargo de la sociedad de gananciales, ya sean privativas ante la insuficiencia de bienes privativos, bastará dirigir la demanda al cónyuge deudor, sea o no quien adquirió los bienes, y notificar al otro para que pueda ejercitar los derechos que le correspondan, en la medida que la exigencia de demanda al cónyuge no deudor resulta inviable —exigencia que resultaba de la redacción anterior del art. 144 RH».

(161) A juicio de GARCÍA GARCÍA, el apartado número 5 del artículo 144 LH —redactado por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre— no es muy concordante con la regulación del supuesto de enajenaciones y gravámenes ordinarios, sin que exista explicación suficiente de la diferencia de trato entre el artículo 91 RH y dicho apartado del artículo 144 RH, a pesar de la criticable Resolución de la DGRN de 13 de julio de 1998, que presagia la reforma, confirmada por otras posteriores de 23 y de 29 de febrero y de 9 de marzo de 2000: «Por todo ello —escribe—, la interpretación del precepto ha de ser lo suficientemente amplia como para evitar tal indefensión y posible nulidad del embargo y de la enajenación —llevada a cabo, en definitiva, sin consentimiento cónyuge no deudor—, dado lo dispuesto en el artículo 18 LH... Cuando se trata de bien perteneciente en pro indiviso a ambos cónyuges, susceptible de ser considerado vivienda habitual de la familia, por tratarse de vivienda y no de local de negocio, y se pretendiere anotación de

Cuando se trate de bienes inscritos a nombre de marido o mujer resultando su privatividad sólo de la confesión del consorte a que se refiere el artículo 1.324 del Código Civil, el embargo sólo será anotable si la demanda o el procedimiento se hubieren dirigido contra el cónyuge deudor y contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes (arts. 18, 38.1 LH y 144.2 RH). Cree YÁÑEZ VIVERO que, tras la entrada en vigor de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, la exigencia del artículo 144.2 RH de demandar al cónyuge titular no deudor no tiene ya sentido en la medida en que la nueva ley permite que en el seno del propio proceso de ejecución, del que deriva el mandamiento de anotación de embargo, se obtenga un pronunciamiento judicial sobre la responsabilidad del bien (ex art. 541 LEC) que permita al Registrador salvar los obstáculos impuestos por el tracto registral, aun cuando reconoce que parece aconsejable que el Registrador practique —a instancia del ejecutante— anotación preventiva de suspensión de embargo en tanto dicho incidente de oposición se resuelva (162).

Con relación al reflejo registral de la sustitución del embargo de bienes singulares gananciales o de conquistas por el embargo de la parte que al cónyuge deudor corresponda en la sociedad conyugal (sustitución a la que hacen referencia tanto el art. 1.373 del Código Civil como la ley 85 del Fuero Nuevo), sólo una vez inscritas en el Registro de la Propiedad las adjudicaciones derivadas de la liquidación de la disuelta sociedad conyugal podrá acceder al Registro la concreción del embargo en bienes adjudicados al cónyuge deudor, cancelándose la anotación sobre bienes que no le hayan correspondido al mismo. Mientras duran los trámites de tal liquidación, estima GARCÍA GARCÍA (163) que podría el acreedor instar —por analogía con el embargo del derecho hereditario *in abstracto* a que se refiere el art. 166.1.^a

embargo de la mitad indivisa del cónyuge deudor, supuesto muy frecuente en las legislaciones autonómicas en que rige el sistema de separación de bienes, ha de aplicarse también la normativa del presente artículo, pues el bien en pro indiviso puede ser perfectamente vivienda habitual de la familia, y además, el precepto alude a derechos sobre tal vivienda. En este sentido se manifiesta, acertadamente, la Resolución de 7 de octubre de 1998».

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Madrid, 2001, 3.^a ed., pág. 406.

(162) «Entiendo que estas mismas ideas pueden ser aplicables a otro de los supuestos contemplados en el artículo 144 RH en el que también se exige la demanda al no deudor: el de la anotación de embargo sobre bienes gananciales tras la disolución de la sociedad de gananciales y antes de su liquidación (apartado tercero del art. 144 RH)».

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO, «La anotación de embargo sobre bienes privativos por confesión tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 668, noviembre-diciembre, 2001, págs. 2543 y 2544.

(163) JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, obra citada, pág. 402.

RH— (164) una anotación de embargo sobre la parte que en los bienes gananciales pudiera corresponder al cónyuge deudor. Recordemos que la DGRN ha confirmado en Resoluciones recientes (16 de marzo y 23 de diciembre de 2002) la posibilidad de embargar la cuota abstracta de un cónyuge respecto de la sociedad de gananciales disuelta y de reflejar tal embargo en el Registro de la Propiedad mediante la oportuna anotación preventiva (165): en este supuesto, afirma la DGRN, «...la traba está llamada a ser sustituida por los bienes que se adjudiquen al deudor, que serán objeto de ejecución específica —en el momento de la adjudicación en la liquidación de la sociedad conyugal el rematante adquirirá derecho real sobre los bienes adjudicados al cónyuge deudor embargado...—». La ejecución debe suspenderse en este caso, continúa la DGRN, en tanto no se ponga fin al proceso liquidatorio; pero aun cuando dicha suspensión no tuviera lugar, la adjudicación o enajenación en subasta de dicha cuota no podría tener acceso al Registro de la Propiedad porque, concluye la DGRN, «...el adquirente sólo recibe un derecho imperfecto dependiente de una situación respecto de la que es tercero: la liquidación, que no efectuará él sino los cónyuges o sus herederos».

2. Mandamientos de embargo presentados en el Registro una vez disuelta la sociedad conyugal

Disuelta la sociedad conyugal, si no figura inscrita la liquidación en el Registro de la Propiedad, el embargo será anotable si consta que la demanda o el procedimiento se han dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos (párrafo primero del art. 144.4 RH). La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 30 de junio de 2003, hace aplicación de esta norma a la que considera una concreción reglamentaria de lo dispuesto en los artículos 397, 1.058 y 1.401 del Código Civil y 20 de la Ley Hipotecaria.

(164) Artículo 166.1.^a RH: «Si se pidiese anotación preventiva de embargo en procedimientos seguidos contra herederos indeterminados del deudor, por responsabilidades del mismo, se expresará la fecha del fallecimiento de éste. Cuando el procedimiento se hubiere dirigido contra herederos ciertos y determinados del deudor, también por obligaciones de éste, se consignarán, además, las circunstancias personales de aquéllos. Si las acciones se hubieren ejercitado contra persona en quien concurra el carácter de heredero o legatario del titular, según el Registro, por deudas propias del demandado, se harán constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos y de los certificados del Registro General de Actos de Última Voluntad y de defunción del causante. La anotación se practicará sobre los inmuebles o derechos que especifique el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho hereditario del deudor».

(165) No cabrá extender anotación preventiva de embargo sobre la cuota que en el patrimonio consorcial disuelto corresponda a uno de los cónyuges si las fincas, al presentarse el mandamiento en el Registro de la Propiedad, aparecen inscritas a favor de los hijos del consorte fallecido.

Cuando constare en el Registro la liquidación de la sociedad conyugal, el embargo será anotable si el bien objeto del mismo ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o el procedimiento o, también, cuando del mandamiento resulte la responsabilidad del bien embargado por razón de la deuda que motiva el embargo, siempre y cuando —en este último supuesto— conste la notificación del embargo al cónyuge titular antes del otorgamiento de la liquidación (párrafo segundo del art. 144.4 RH, añadido por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre) (166).

(166) Resume YÁÑEZ VIVERO la evolución legislativa y la jurisprudencia registral sobre anotaciones de embargo de bienes que, siendo originariamente consorciales, se hayan convertido en privativos mediante capitulaciones matrimoniales otorgadas por marido y mujer.

Hasta 1947 no existe en la Ley Hipotecaria ni en sus Reglamentos ningún precepto que contemple expresamente el supuesto de embargo de bienes gananciales; la Dirección General de los Registros y del Notariado, fiel defensora de los principios hipotecario, exigió para la práctica de la anotación preventiva que la demanda hubiera sido dirigida contra el cónyuge titular registral, aunque no fuera el deudor (cfr. Resolución de la DGRN de 17 de agosto de 1866 y de 24 de septiembre de 1884).

El Reglamento Hipotecario de 1947, que parece seguir la doctrina de la Resolución de la DGRN de 6 de marzo de 1897 —que consideró que no era necesario demandar a la mujer titular registral no deudora— estableció en su artículo 144 lo siguiente: «*Cuando por deudas y obligaciones contraídas por el marido o la mujer, en su caso, a cargo de la sociedad de gananciales y antes de su disolución, se decreta embargo sobre bienes pertenecientes a esta sociedad, se extenderá la anotación sobre los bienes inscritos a nombre de la mujer o del marido, o de ambos indistintamente, que hubieren sido embargados, siempre que la adquisición hubiere sido a título oneroso durante el matrimonio y no conste la pertenencia exclusiva del dinero de uno de los cónyuges. Si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiere inscrito la partición de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiere dirigido contra los respectivos adjudicatarios. Si, disuelta la sociedad conyugal, no se hubiere inscrito la partición, podrá, respecto a los bienes a que se refiere el párrafo anterior, ser anotado el embargo, si la demanda se hubiere dirigido conjuntamente contra el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto*».

La reforma de 17 de marzo de 1959 exige, para anotar el embargo constante la sociedad de gananciales, que la demanda se dirija contra ambos cónyuges, aun cuando el bien ganancial embargado esté inscrito a nombre de un solo cónyuge (art. 144.1 RH). Y el tercer párrafo del modificado artículo 144 del Reglamento Hipotecario disponía lo siguiente: «*Si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiere inscrito la partición de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiere dirigido contra los respectivos adjudicatarios*».

Tras la reforma introducida en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario por Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, se suprime en dicha norma la referencia que sus precedentes hacían a la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales, omisión que se interpretó como una remisión a las normas generales hipotecarias que exigían la demanda al titular registral.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia registral —referida ésta a situaciones regidas por el Reglamento Hipotecario en su versión inmediatamente anterior a la actual— distingue YÁÑEZ VIVERO cuatro tipos de resoluciones:

Como señala YÁÑEZ VIVERO (167) los dos requisitos que se exigen de forma cumulativa y no alternativa para anotar el embargo sobre bienes que, habiendo sido consorciales, figuran inscritos a favor del cónyuge no deudor a causa de la liquidación de la sociedad conyugal son: i) la constancia en el mandamiento de la responsabilidad del bien por la deuda de la que deriva el embargo, y ii) la notificación al cónyuge titular no deudor del embargo antes del otorgamiento de la liquidación (168).

La Dirección General de los Registros y del Notariado, tras la reforma del artículo 144 del Reglamento Hipotecario y una vez entrada en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (169) [cfr. Resolución de la DGRN de 18 de

-
- a) La fecha de la diligencia de embargo es anterior a la fecha de oponibilidad de las capitulaciones matrimoniales. Es el caso de la Resolución de la DGRN de 24 de septiembre de 1987.
 - b) La fecha de la diligencia de embargo es posterior a la fecha de las capitulaciones, pero anterior a la fecha de oponibilidad de las mismas. Es el supuesto contemplado por la Resolución de la DGRN de 25 de marzo de 1988.
 - c) La fecha de la diligencia de embargo es posterior a la fecha de oponibilidad del cambio del régimen matrimonial. Es el caso de las Resoluciones de la DGRN de 16 de febrero de 1987, 28 de octubre de 1987, 5 de enero de 1988, 18 de marzo de 1988, 29 de mayo de 1989, 3 y 4 de junio de 1991, 18 de julio de 1991, 25 de enero y 4 de octubre de 1993.
 - d) El mandamiento de embargo —librado o presentado después de la fecha de oponibilidad del cambio de régimen— omite la referencia a la fecha de la diligencia de embargo. Es el supuesto contemplado por las Resoluciones de la DGRN de 23 de noviembre de 1983, 29 de mayo de 1987, 18 de septiembre de 1987 y 12 de noviembre de 1987.

«...En los supuestos de las letras a) y b) la Dirección General procede a ordenar la formalización de las anotaciones de embargo; en los casos c) y d), si además no consta de forma fehaciente la naturaleza ganancial de la deuda, la anotación se denegará o suspenderá».

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales*, obra citada, págs. 168, 169 y 270 a 275.

(167) FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales*, obra citada, págs. 276 y 277.

(168) Critica YÁÑEZ VIVERO esta regulación del artículo 144.4 RH porque si la liquidación de la sociedad conyugal deriva de capitulaciones otorgadas por los cónyuges, los terceros no conocerán dicha partición hasta que se dé la oportuna publicidad al negocio capitular que, hasta su indicación o inscripción en los Registros correspondientes, permanece bajo el secreto del protocolo del Notario ante el cual se haya celebrado: «...La alusión que hace el artículo 144 a la fecha del otorgamiento de la liquidación en lugar de la fecha de eficacia frente a terceros de esa liquidación puede hacernos volver a un sistema de clandestinidad de los derechos reales sobre bienes inmuebles conducente a una situación de inseguridad jurídica que debe evitarse».

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales*, obra citada, pág. 283.

(169) Las Resoluciones de la DGRN de 28 de diciembre de 1998 y de 18 de febrero de 2000 confirman que, habiéndose practicado el embargo después de la liquidación del

febrero de 2002 (170), 15 de abril de 2002, 3 de junio de 2002, 18 de julio de 2002, 4 de abril de 2003, 25 de junio de 2003 y 27 de septiembre de 2003] ha afirmado que en el régimen del Código Civil —doctrina que pueda aplicarse también a la sociedad conyugal de conquistas— no existe actualmente una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas por un solo cónyuge y que, por tanto, toda declaración sobre la responsabilidad de los bienes consorciales por aquellas deudas debe emanar, ex artículo 117 de la Constitución, de un procedimiento judicial (no administrativo) y declarativo (171),

patrimonio consorcial, sólo cabría practicar la anotación de embargo si la demanda hubiera sido planteada conjuntamente contra el deudor y su cónyuge titular registral.

(170) En el supuesto debatido en la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2002, las capitulaciones matrimoniales en las que se liquidó la sociedad conyugal aparecían inscritas en el Registro Civil con anterioridad a la fecha del embargo.

(171) YÁÑEZ VIVERO aboga por una interpretación que permita al órgano judicial, en el marco de un juicio ejecutivo, hacer constar la responsabilidad consorcial del bien embargado por una deuda documentada en un título ejecutivo suscrito únicamente por un cónyuge: «...Parece claro que a la luz de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, el mandato del artículo 144.4 no es posible. Sin embargo, la nueva Ley..., haciéndose eco de esta problemática, pretende superarla permitiendo que el Juez, en el auto que despacha ejecución, pueda hacer constar cualquier otra precisión que, respecto a las partes o del contenido de la ejecución, resulte procedente realizar (art. 553.1.1.º NLEC). A ello hay que añadir que al tener el cónyuge no deudor notificado los mismos medios de defensa que el deudor ejecutado (art. 541.4 NLEC), puede generarse un incidente de oposición a la ejecución (art. 541.2 NLEC) que permita al Juez decidir la vinculación del bien respecto a la deuda. No obstante, aunque el problema está aparentemente resuelto, surgen algunas dudas que ya hemos planteado y sobre las que volveremos...»

Y, en efecto, más adelante afirma:

- a) Que la posibilidad de demandar al cónyuge no deudor en un proceso de ejecución (cfr. arts. 538 y 541 LEC) —aun sin obtener un pronunciamiento judicial sobre la responsabilidad del bien— será suficiente, al amparo de los artículos 20 y 38 LH y 144 RH, para practicar la anotación de embargo con independencia de su cancelación o sustitución posterior si se acreditase que la deuda es privativa.
- b) Que el momento procesal en que se puede obtener un pronunciamiento sobre la responsabilidad del bien —es decir, una vez formulada oposición a la ejecución por el cónyuge no deudor— «...será, en general, posterior a la fecha en que el Juez libre mandamiento de anotación de embargo y, por lo tanto, en esta fecha el órgano judicial no podrá constatar el extremo relativo a esta responsabilidad, por lo que sería deseable que ante de que se iniciase el proceso de ejecución de un título no judicial, el acreedor pudiese instar unas diligencias preparatorias de la ejecución para solicitar al Juez executor un pronunciamiento sobre la naturaleza de la deuda después de haber oído al cónyuge no deudor y de haber interpretado la pasividad de éste —caso de haberse producido— de acuerdo con las circunstancias concurrentes y con los hechos probados. De esta forma se evitaría que habiéndose trabado el embargo y practicado su anotación (por haber sido demandado el cónyuge no deudor titular del bien, aun cuando no conste en el mandamiento la responsabilidad del bien), tengan luego que ser cancelados porque se demuestre el carácter privativo de la deuda».

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales*, obra citada, págs. 279, 288, 289 y 290.

seguido contra ambos consortes —no siendo suficiente a estos efectos la notificación del embargo—, so pena de vulnerar el principio constitucional de protección de los derechos y de proscripción de la indefensión (art. 24 CE) y el más específico principio registral de salvaguarda judicial de los asientos del Registro.

Cuando se trata de un procedimiento administrativo, la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. Resolución de la DGRN de 15 de abril de 2002) (172) ha ido incluso más lejos al estimar necesario —para poder anotar el embargo en los supuestos a que nos referimos— dirigir aquél también contra el cónyuge titular registral no deudor. Afirma la DGRN en la Resolución citada que aun en el supuesto de que existiera una declaración judicial de ganancialidad de la deuda perseguida administrativamente —dado que el procedimiento administrativo no es el cauce idóneo para obtener tal declaración—, debería mediar para poder extender la correspondiente anotación preventiva de embargo la pertinente providencia de apremio contra el titular registral y el previo requerimiento de pago al mismo (cita la DGRN en apoyo de su tesis los arts. 538.1.3.º y 581 de la LEC) (173).

c) *En el régimen de comunidad universal*

Respecto de los bienes inscritos a favor de ambos consortes o de cualquiera de ellos en régimen de comunidad universal, podrá anotarse el embargo cuando conste en el mandamiento que la demanda o el procedimiento han sido dirigidos contra ambos cónyuges o que, habiendo sido demandado sólo uno de ellos, ha sido notificado al otro el embargo (art. 144.1 RH, por analogía).

(172) En la Resolución de 23 de junio de 2000, la DGRN consideró anotable un embargo, en contra del criterio del Registrador, ya que constaba en el mandamiento que el cónyuge titular registral había sido demandado en un procedimiento de apremio fiscal por deudas de su consorte; en este supuesto, la DGRN no pudo entrar a valorar —por no haber sido planteada por el Registrador— la competencia de la Administración para declarar la responsabilidad de los bienes gananciales por deudas tributarias de uno de los cónyuges.

(173) La Resolución de la DGRN de 24 de abril de 2002 confirma que no cabe tomar anotación preventiva de embargo sobre bienes adjudicados a la mujer en escritura pública de capitulaciones matrimoniales de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por deudas del marido ni aun cuando en la providencia de apremio dictada por la Seguridad Social se haga constar que se trata de deudas anteriores a las citadas capitulaciones y ni tan siquiera aun cuando se hubiera notificado el embargo a aquélla: el párrafo segundo del artículo 144.4 RH debe interpretarse, afirma la DGRN, en congruencia con la doctrina expresada por dicho Centro Directivo según la cual cabe practicar la anotación de embargo por deudas de un cónyuge sobre bienes antes gananciales, adjudicados e inscritos a favor de su consorte, siempre que la traba y su notificación a este último se hubieran producido antes de que la disolución y liquidación de la sociedad conyugal hubiera producido efectos frente a terceros de buena fe.

II. DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DE CONQUISTAS

La sociedad conyugal de conquistas —a la que el Fuero Nuevo dedica el Capítulo I del Título IX de su Libro I (leyes 82 a 91)— es el régimen legal y supletorio de los bienes del matrimonio en Derecho navarro: «*En defecto de otro régimen establecido en capitulaciones matrimoniales, se observará el de conquistas*» (ley 82).

II.1. RESEÑA HISTÓRICA

Recuerdan GARCÍA GRANERO y FERNÁNDEZ URZAINQUI —siguiendo a LACRUZ BERDEJO— (174) que este régimen no tiene en Navarra una vigencia tan remota como pudiera pensarse, ni debe su implantación a un específico texto legal, siendo en realidad fruto de una arraigada práctica consuetudinaria, conformada de espaldas y en contradicción con las disposiciones escritas de los Fueros Locales y del Fuero General, acaso también favorecida por el influjo del sistema castellano de gananciales: en oposición a los textos de los Fueros Locales (175) —que establecieron como institución

(174) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, «El régimen matrimonial en los fueros de Aragón», en *Anuario de Derecho Aragonés*, 1946, págs. 68 a 89.

(175) Este régimen se encuentra en el Fuero de Estella, en los Fueros de la Novenera, en el Fuero de Viguera y Val de Funes, en el Fuero de Jaca-Pamplona y en el Fuero de Tudela.

- Fuero de Estella, II,11,1: «*Si maritus moritur mulieri, et habet ex ea filios, et postea uult ducere alium maritum, illa mulier debet sortiri cum filiis et filiabus suis quicquid lucrata fuerit, pecuniam et hereditatem, cum suo primo manto, per medietatem*».
- Fuero de Estella, II,11,2: «*Sed si mulier habedat aliquam hereditatem de patrimonio suo aut ex aliquo alio modo, antequam nuberet manto, de hoc nichil dabit filiis uel filiabus suis*».
- Fuero de Estella, II,11,12: «*Et si mulier habet filiastrum, et filiastrum non diuixerunt cum illorum patre partem illorum matris, habebunt filiastrum illi in honore et in auere de illorum matre, in quantum exemplauit cum illorum patre antequam duxisset istam aliam uxorem; sed in partem patris, quantum mulier uoluerit stare in uiduitate, non habebunt partem in illo honore; sed illum auere mobile diuidetur*».
- Fueros de la Novenera, 70: «*(De casamiento): Todo hombre o toda muyller que prenga bendición, si's quisiere fillos de hermanos sean, del día que prengan bendición, si quiere sea iurada con otro, de quoanto que ganen su meatat deue auer de mueble el de hereditat*».
- Fueros de la Novenera, 121: «*(Deuéndida de pieça): Nuill ombre o nuylla muyller que sea casada el uende su pieça et no meta el trigo en casa, el si'l mete en casa, entrambos hi an part, et si no 7 mete en casa, puede comprar el marido que no aua part la muyller, et otrosí puede fer la muyller*».
- Fueros de la Novenera, 122: «*(Defer casa): Todo ombre que faga casa en plaça de su muiller, el uarón deue enmendar a bien uista de dos bonos ombres o la quoarta part de las casas*».

básicamente coincidente un sistema de comunidad matrimonial que englobaba todos los bienes muebles y las adquisiciones, pero entendidas éstas en

-
- Fueros de la Novenera, 207: «*(De compra que faze hombre con su muyller): Todo ombre que faga compra con su muyller a bendición, si in óbitu mortis uiene, puede leyssar el marido a la muiller su meatat et la muiller al marido otrosí, si quisiere, por uender o por empeynnar o por fer todas sus uoluntades, ferme dando, et mueble a passadas, ferme dando*».
 - Fueros de la Novenera, 396: «*(Partición muger con fijos): Et si muriere el marido o la muger, el que fincare debe partir con los fijos o con parientes del muerto, con carta e firmancas complidas, todos los bienes que en vno ganaron: moble e rayz; pero en la partición habrá cada uno su hereditat quita que s'auja ante que casas, e de mejorja habrá el viuo sus paynnos con hun lecho de ropa e sus joyas, e de cada vno manificio et de cada cosa haurá vno de mejorja*».
 - Fuero de Viguera y Val de Funes, 314: «*(De diezma de moros e de judíos): Et los moros e los judíos den diezmas tan complidamente como los christianos de todas las cosas, fueras de sus bestias e de sus heredades que fizieren con sus manos en l'escallo del rey, muger sin otorgamiento del marido, las heredades suyas proprias nj de su auolorjo nj moble non puede empeynnar, nj cambiar, nj por ninguna manera agenar, et en todos sus mejoramientos haurá part. Pero el vno empués la muert del otro puede empeynnar sus heredades proprias o de su patrimonio sin partición fecha con los herederos del marido o de la muger; pero non puede del moble o de mejoramiento de hereditat sin ninguna partición de heredades fecha*».
 - Fuero de Viguera y Val de Funes, 323: «*(De donación de hereditat): Et qui diere hereditat en toda manera ad alguno con tal paramjento: que la aya en toda su vida, e si morjere sin fijos que escada a otro hombre, non puede aquel omne enagenar la hereditat por ninguna manera fasta que hedat aya de XX aynnos complidos; así después que el término fuere complido la quisiere vender o en alguna manera desajenar, puede faze su voluntat; et si's murjere haberla an los mas cercanos herederos que fueren de part de la hereditat, si fijos no oujere, e aquel paramjento non valdrá más*».
 - Fuero de Viguera y Val de Funes, 404: «*(De compra de muger menos de su marido): Et la muger sin su marjdo, et eyll sin eilla, fiziere compras o mejoramiento en su vida, si de mueble o de rayz fuere, non puede el vno al otro apartar de la cosa en vida nj en muert*».
 - Fuero de Pamplona, 42: «*(Si mor lo marit, l'enterrament que se faça del común): Quant marit e muyller sian (aiustatz) leyalment, et l'un d'els mor, per for, totes despenses que se faran sobre lo cors entroa que sia enterrat, de común deuen esser. Et si altres despenses y conuen far despuys, de la part del mort se deuen pagar, ni si's uol, lo que romayn uiu non i dara res del son*».
 - Fuero de Pamplona (redacción B), 136: «*(Deuisa, de trayre les ayantayllas): De omne que a'gut muyller e'nfant, et es pasat l'enfant del segle, et apres pasa la muiller sens deuisa, et uenen les parentz de la muiller et demanden la mitat del moble et de la roba et de la ostilla, e ditz lo marit que deyu auer auantaylla. Manda lo bon for uieill de Jaka que deu trayre lo marit, oltra tota sa part d'estas cosas sobre ditas: I. ley de la millor roba que es en casa, et una escala d'argent, si hi es, et sas armas de son cors si las ha, et. I.^a mora si hy es, et un arca, aquela en que el ten ses diñes et sas cosas et ses ioyes, et de totz los manificis de casa, un. E manda lo bon fer der laka que las cubas et las archas, que se iugien per moble et que se partan per mei. E manda lo bon for de laka uieill que si lo ombe a agudas. V. muyllers, que la derrena es acuellida en totz ses bens que auia per razón de moble, et la derrena muyller o ses parentz deuen auer la mitat de tot lo*».

sentido más amplio que las estrictas ganancias a título oneroso (pues se incluían entre ellas los bienes aportados al matrimonio)— y a los del Fuero

moble, traitas lo marit las deuant ditas auantayllas. E altresí es si lo marit moris acuantz que la muyller com dit es de sus. E aquo se iuia per lo bon for antic de laka».

- Fuero de Tudela, 27: «(*Dedar auantalla afillos*): Mandamos que padre o madre non puedan dar auantalla a vnfilio o filia mas de vna heredit. Mandamos que por nidia deuda que fagan el padre o la madre, si anbos no las i facen ensenble o pues el vno fuere muerto si el biuo la ficiere, non si paren los fillos nin respondan por ello, porque quando los filloscomiençan e demandan part de padre o de madre de mueble puedensela embargar si non dan fianças que se paren a las deudas del muerto por fuero; así como quando los fillos comiençan a partir con el padre la part de la heredit de la madre muerta si ante non sacan las arras que pertenezcan a la madre nunca mas las pueden sacar después por fuero».
- Fuero de Tudela, 33: «(*Como hereda el qui fuere afillano*): Si algún omne o muller afiliare a filio estranio en lo suyo non aviendo entonçe filio o filla, e U assignare una heredit e non mas con afrontaciones, e confiança que non pueda en sus días vender ni enpenar ni dar, mas que romanga enpues sus días, porque después faga fillos o filias en otra muller mandamos que en aquella eredat nol puedan partir aquellos fillos. Mas si en otra manera los afilian, en todo quoanto aquel día en ni ganaran, e después facen fillos, aura el a/Ulano a partir con ellos e sera hermano con ellos por fuero, mas no lo deve todo aver el afiliado porque los fillos non deven fincar deseredados equi de todo desereda de todo ereda. Et aquel afiliado pagara su part en las deudas del qui lo afilia por lo que quende ereda».
- Fuero de Tudela, 40: «(*De dar eredat marido sin muller*): Marido ho muller si atienden eredat que lis pertenezca enpues días de alguno, maguer no i sian tenedores el uno ni el otro, bien la pueden assignar e darla el vno sines el otro a qui se quisieren, por fuero, si fillos no an, mas si son tenedores anbos no lo pueden dar el vno menos del otro».
- Fuero de Tudela, 108: «(*De carta feita por escribano*): Si el padre, teniendo biudedat en alguna eredat de conquista, ante que ayan partido con sus fijos mueble e eredat vende aquella, e los fillos i meten mala boz al que la conpro e la trayen ante el alcalde diciendo que los esta en lur eredat, e el otro dice que la conpro como en su carta parece, e el padre dice a los fillos: yo so otor que la vendí, e e aquí fiança de dreito; por fuero los fillos deve dar ferme al comprador e auer el pleito con el padre».
- Fuero de Tudela, 127: «(*De traer uestires en partion*): Si es muerto el marido ho la muller sines estin e el biuo face uestires, non los deuen contar al partir nin sacar de común ata que las deudas sian pagadas sinon con placer de los paryentes con qui a de partir, por que son estranios daquel viudo. Ante es fuero que si el marido dio uiuendo los uestires a su muller, él seyendo muerto si no los destino deuen ue/ /nir a partición assi como al otro mueble, que pues al día que casan es por medio quanto mueble en no es dreito que el vno ende aya mas que el otro. Et quando el biuo face mortalia al muerto deueta facer con consello de aquellos con qui aue de partir si y con esto puedel sacar de comun antes que partan con los fillos eredat et mueble, (e él) sacara otra tanta mortalia; mas si parten con otros non auiendo fillos no es assi mas si la saca ante del mueble de casa que auian a partir non la deue contar, por que fuero es que en deuda que fagan marido o muller el vno sines lo lotro non sian a partir los fillos ni los erederos pues aquel muere».
- Fuero de Tudela, 128: «(*De partir fruto*): Si marido o muller ante que casen an heredit propria e laurandola entranbos muere el vno dellos, si al día que fuere

General de Navarra (176) —que articulaban un régimen de bienes del matrimonio similar al de comunicación foral vizcaíno (cfr. Fuero Viejo de Vizcaya de 1452, ley 1 del Título de las Arras y leyes 1 y 5 del Título de las Ganancias del Marido y de la Mujer, así como también el Fuero Nuevo de Vizcaya de 1527, 20,1 y 20,8), de determinación alternativa del

muerto parece fruto en aquella hereditat aquel es dito moble, por que del moble dentranbos se labro, e deue uenir a partición con parientes mas non con los filias, por que a los parientes nunca darán a partir mas de vna uez adelante, mas deue tornar aquella hereditat al parentesco mas próximo quando el vno o el otro perdieren viudedat».

(176) Fuero General de Navarra:

- 2,4,20: «*Las creaturas de los villanos, rnoriendo padre ó madre pueden toyller part al vivo, et con quien et cómo deven ser criados si non son de hedat*: Marido et muger villanos casados ensemble, oviendo creaturas, si muere el uno deylos, las creaturas luego pueden toyller part del muerto al bivo: et si por aventura no oviesen creaturas bivas, et las creaturas oviesen creaturas, los sobrinos no pueden toyller al avuello rem en su vida. Mas si bive alguna creatura, luego puede toyller part, et si tueylle la creatura part, luego deven toyller los sobrinos su part, por que han tanto dreyto como las creaturas en heredades et en muebles. Et si los sobrinos non firman por si, non vale la partición, si son de hedat; et si non son de hedat, el parient mayor et el mas zercano puede firmar por eylos con bonos fiadores de cotos que lis faga firmar quoando fueren de hedat; maguer los tíos, bien pueden tener lo que no es partido ata que sean de hedat ó dénfiador, como dito es de suso, si non se aveniessen por paramientos, quar paramiento fuero vienze: maguer dévenlis dar con que bivan sobre lures bienes que deven aver».
- 2,4,21: «*Cómo deven partir las creaturas con la madre villana viuda, et qui las debe criar ata que hayan hedat*: Si el marido muere viviendo la muger et oviendo creaturas que no hayan hedat, los parientes del padre pueden toyller las creaturas et todo lo del padre á criar las criaturas ata que ayan VII aynos conplidos: los VII aynos passados, vayan o quisieren; et la particion deve ser ata, que la meatat de todas las heredades del padre deven prender et la madre estas creaturas, eylla prendiendo unos vestidos para si, et lo al partan por meyo. Quoal que muere senes creaturas, las heredades del muerto deven tomar á su natura».
- 2,4,22: «*Cómo quoando villanos casados oviendo fijos de ganancia muere el uno, el otro parte con eylos, et los de pareylla cómo*: Si por ventura villano ó villana ovieren fijos ó fijas de barragana et si muere el padre ó la madre, el qui vivo fincare deve tener sus heredades propias et deyssar las heredades del muerto, como dicho es de suso; maguer si ovieren conquista ó ganado heredamiento ningunos, prenda la meatad destos heredamientos el bivo, et del mueble; esto es, por que no han creaturas de pareylla. Si por ventura ovieren creaturas de pareylla et de ganancia, et si los de pareylla non quisieren prender part del muerto, los de ganancia non pueden toyller part; mas quoando los de pareylla tomaren part, los de ganancia deven aver tan buena part como los de pareylla por cabeza en las heredades del parient muerto. Et oviendo creaturas et non creaturas, el parient que finca vivo, prenga su part como fuero manda».
- 3,20,8: «*Quoando marido et muger estinan, el uno muriendo, el otro non puede desfazer, et cómo deven partir las creaturas de pareylla et de barragana del yfan-zon que muere sen estin*: Si algún fidalgo moriere sines estin et deyssare creaturas de pareylla ó de baragana, las creaturas de pareylla deven aver las arras sines las creaturas de baragana. Empero si las arras fueren en tres vezindades, et las toviere la madre con fermesdreytureros, et si non las creaturas de pareylla, non pueden

patrimonio consorcial en función de la disolución del matrimonio con hijos o sin ellos (habiendo descendencia del matrimonio regía la comunidad universal y no habiéndolos, era aplicable el sistema de comunidad de muebles y adquisiciones)—vino imponiéndose en la práctica capitular, especialmente a partir del siglo XVI, el régimen de comunidad de muebles y adquisi-

demandar en voz de arras aquellas heredades. Non probando que sean arras deven prender la meatat de todas las heredades de lur padre et madre por voz de suert de madre; et de las otras heredades que fincan en voz de padre, deven, otrossi, prender la meatat, porque son de pareylla, et las otras heredades que fincan encara, las creaturas de pareylla et las de baragana deven partir comunalmente. Et las creaturas de baragana, con estas heredades que han preso, que ayan vezindat ó no ayan vezindat, con aqueilla suert deven ser pagados».

- 4.2.3: «(Cómo deve tenerfealdatyfanzonbiudo, et si fuere acusado que es casado, cómo se deve salvar): Yfanzon casado, con su muger oviendo creaturas, si muere la muger, el marido deve tener las heredades de la muyller et las suias, teniendo fealdat; et todo el mueble debe recebir; et todas las deudas pagar mientre toviere fealdat, et deve crear et conseyllar sus creaturas. Fealdat deve tener desta guisa, non casando, non vendiendo, non camiendo, no ayllenando, las vinas podando et cabando todas de cabo á cabo, árboles fruytales que sean en las vinnas que non taylle. Si por aventura oviese casa ó corral, ó ceyllero, ó payllar, ó otra casa que aya portal, que lo mantenga en pie que no se desfaga. Si por aventura qualsequiere destas cosas que de suso son ditas fayllesciere, et passare ayyno et dia sen emendar, pierdo por eyllo fealdat. Si por aventura casare á furto por no perder las fealdades, á iuras ó de otra manera, diziendo que la tiene por clavera ó por manzeba, et si podieren provar con ombres que fueron en logar á la iura, ó en el casamiento, pierda fealdat; et si non podieren provar, prenga su iura cada ayyno, et déxenlo en paz. Si est yfanzon dixiere á sus creaturas, non puedo ser que non case et prendet vuestra suert, si quisieren prendrán; si non quisieren prender, el padre no los puede constreyner, mas casará, et terra casa con la muyller et con los fillos. Et tiempo passado si las creaturas quisieren et disieren al padre, datnos nuestro dreyto, dévelis dar el padre, si arras ha las arras por suert, si nó la meatat de las heredades á lur esleyta de los fillos. Et si las heredades ovieren á partir, vayan á cada villa ont las heredades son, et iten suert será la suert de la madre, ó quaal será la suert del padre. Prendiendo la suert de la madre los fillos dén ferme al padre que non demanden heredit ninguna en voz de lur madre. Otrossi, el padre délisferme á sus creaturas que non U demanden heredit ni partición. E si por aventura, de la segunda muyller oviere creaturas, et muerta eylla quisiere casar el padre, parta con las segundas creaturas como con las primeras; et si el marido muere et finque la muyller, assi ha de tenerfealdat como el marido, segunt de suso es escripto. Marido et muyller casados ensemble, no oviendo creaturas, muerta la muyller, el marido puede tener sus heredades: biviendo en fealdat, non debe vender, nin cambiar, nin ayllennar, ni empeynar las heredades de la muger; mas si oviere mester de las heredades, venda: esto puede fer porque no ha creaturas. Quando moriere el marido, las heredades de la muger deven al parentesco tornar. Otrossi, las heredades del marido deven tornar al parentesco del marido. Est infanzón que casó I, II, III ó IIII vezes, quando morra, las primeras creaturas prengan la meatat de las heredades suyas, et las segundas creaturas la otra meatat de sus heredades, et las creaturas de quantas mugeres ovo deven sacar meatat de las heredades que finquen, como dicho es de suso. Si marido et muger ovieren fecho conquiestas, las creaturas deylos saquen meatat daqueillas conquiestas cada unas creaturas en cuyo tiempo fueron fechos aqueillas conquiestas; la postremera

ciones, incluso para matrimonios sin descendientes, y también el de simple comunidad de adquisiciones a título oneroso o de conquistas, de modo que la generalización de este último era patente en los textos del Fuero Reducido (177) y aparecía sobreentendida en la ley 34 de las Cortes de Tudela de 1558 (178) que, al regular la participación de los hijos de primeras

meatat que fincará daqueillas heredades, quoantas mugeres ovo, fagantantas suertes; et si vezindat oviere bien, et si nó sean pagados con tanto. Otrossi, las dueynas si quisieren casar una vez, ó dos, ó tres ó mas devezes, case como sobre escripto es».

- 4,3,9: «(Qué pena ha ombre casado que forza á muyller casada, et quoanto de sus bienes pueden defender la muger ó las creaturas): Nuill ombre casado si forzare muyller casada ó la levare por fuerza, ó por grado, develo ytar el Rey de tierra, et deve perder quoanto oviere. Empero las arras que dió con fermes á su muger en casamiento, non deven ser emperadas á la muyller, ni á creaturas que fagan ensemble; et si arras no oviere la muyller, sus creaturas prengan la meatat de todas las heredades del marido et de la muyller et compras: las otras meyas de las heredades deve emparar el Rey. Et el marido non deve tornar á la tierra entroa que aya amor del Rey et de su muger; et si por aventura amor del Rey ganare, deve cobrar sus heredades todas. Ad aqueste ombre que faz la fuerza, los parientes deylla deven desafiar et matar si non rendiere aqueylla. Los parientes suyos nol deven albergar nin dar conseyllo ni auida. Et si fizieren creaturas, non deven heredar en las heredades deyillos».

(177) Fuero Reducido:

- 3,4,3: «(Como heredad o mueble conquistado entre marido y muger durante matrimonio, es comun aunquel matrimonio no valga): Qualquier hombre o muger que fueren casados conforme a la ley, de bendición aunque aya entre ellos impedimento de consanguinidad o otro impedimento, y si por ventura uno dellos primero fuesse casado, si estos tales casados a ley de bendición conquistaren heredad o bienes muebles según fuero es común y conquista entre los dos, y deben partir por medio y abra tanto el uno como el otro».
- 3,4,5: «(Si constante matrimonio el marido o la muger por parentesco sacare alguna heredad, la tal deber ser común de los dos): Otrosi si algún pariente vende su heredad a alguno y el vendedor es pariente de alguno de los casados, es a sauer del marido o de la muger, y echa la venta la heredad se saca por muerte del marido o de la muger, dice el fuero en este caso que esta heredad sacada constante matrimonio por el o por ella, debe ser común de los dos, y deben partir a medias como heredad conquistada de bienes comunes».
- 3,8,22: «(Quando el padre vende heredad conquistada en que tienen parte los hijos y no parte con ellos, si los hijos mueben pleito contra el comprador y el comprador llama al padre en juicio a quitar el embargo, los hijos deben pleitear con su padre): Si el padre estando en viudedad o fealdad tubiere alguna heredad conquistada con su muger muerta, o mueble, y el padre vende aquella heredad sin partir con sus hijos y los hijos ponen mala voz y embargo al comprador y lo lleban ante el alcalde diçiendo aquella heredad es dellos, y el comprador alega y dice que la tiene comprada como paresce por la parta de compra y en esto dice el padre a los hijos yo vendí esta heredad a este comprador y salgo por autor y presentofiança de derecho, en tal caso como este según fuero, los hijos deben dar ferme al comprador y pleitear la heredad con su padre y sea lo mismo quando la madre estando en fealdad vendiere heredad de conquista o mueble».

(178) Novísima Recopilación 3,10,2 (que recoge el contenido de la Ley 34 de las Cortes de Tudela de 1558): «(Casando padre, o madre segunda vez sin hacer partición

nupcias en las conquistas obtenidas en el segundo matrimonio (como tendremos ocasión de examinar posteriormente), consideraba privativos los bienes aportados de cualquier especie, incluso los muebles, y los adquiridos constante matrimonio por título lucrativo, dando por sobreentendido el carácter común de los demás (como se pone de relieve en la ley 50 de las Cortes de Pamplona de 1765-1766) (179).

Cree GARCÍA GRANERO que un factor decisivo en el proceso de transformación del régimen matrimonial de bienes establecido en el Fuero General de Navarra debió ser el progresivo desarrollo de la libertad de testar que, en 1688 —con la Novísima Recopilación, 3,13,16— (180) llega su reconoci-

de bienes con los hijos del primer Matrimonio, se comunique con estos lo conquistado en el segundo): Casando padre, ó madre segunda vez sin hacer partición de bienes con las criaturas del primer Matrimonio, que lo conquistado, y amejorado durante el segundo Matrimonio se comunique con las criaturas de el primero, y que se repartan en tres partes iguales. La una para el que casó segunda vez: la otra para las criaturas del primero Matrimonio; y la tercera para aquel, ó aquella, que casó con el que dexó de hacer la dicha partición con sus criaturas de el primer Matrimonio».

(179) «Los documentos de los siglos IX y X apuntan a la existencia en los territorios pirenaicos de un régimen de comunidad de adquisiciones entre cónyuges, de límites y contornos imprecisos que, LACRUZ y RAMS ... conjeturan, evolucionó desde una distribución de las ganancias proporcional a las aportaciones de los cónyuges, a la distribución por mitad. En este régimen no se hacían comunes otros inmuebles que los adquiridos, pues los de abolorio quedaban vinculados al tronco familiar. El escaso valor de los bienes muebles debió determinar por su parte que en los fueros particulares de algunas localidades se consideraran comunes de los cónyuges, al punto de entender referidos los bienes privativos a los inmuebles. Consiguientemente devenían comunes a los cónyuges todos los bienes muebles y las adquisiciones inmobiliarias».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 245.

«Cabe suponer una línea evolutiva tendente a reducir cada vez más el ámbito de la comunidad conyugal: primeramente, quedarían excluidos del patrimonio consorcial los bienes muebles propiedad de cada uno de los cónyuges; y, tal vez de modo paralelo, se vendría a prescindir de la distinción formulada por el Fuero General respecto a la existencia o la inexistencia de hijos, con olvido, para el primer caso, de la comunidad universal, y haciendo general, en cualquier supuesto, la simple comunidad de adquisiciones; el último paso sería, muy posiblemente, la reducción del concepto de conquistas, al excluir de éstas las adquisiciones que por título lucrativo realizase cualquiera de los cónyuges. Tenemos ya así, definitivamente configurado, el actual régimen de bienes en el matrimonio según el Derecho navarro vigente con anterioridad al Fuero Nuevo, y recogido por éste: las conquistas, como comunidad de adquisiciones a título oneroso, en el estricto sentido de mejoras o amejoramientos; expresiones jurídico-vulgares cada vez más difundidas en los documentos, junto con el término foral clásico de conquistas».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 2 a 9.

(180) Novísima Recopilación, 3,13,16: «Sobre la inteligencia de el Fuero en quanto a la exheredacion de los hijos): Por uso, estilo, y costumbre inconcusa, é inviolablemente observada de tiempo inmemorial á esta parte, los Padres legítimos, y naturales en este Reino no han tenido facultad de disponer libremente de todos sus bienes, que no fueren de condición de Labradores, sin que los hijos legítimos y naturales hayan tenido, ni

miento más amplio: este hecho, escribe, haría peligrosa la comunicación universal de bienes, ya que el efecto automático de ésta podía provocar, aun contra la voluntad del cónyuge premuerto, que los bienes llegasen a salir del círculo familiar, riesgo que, por el contrario, la comunidad universal de bienes no pudo producir mientras el patrimonio había de ir necesariamente a los hijos, esencialmente de modo igualitario entre éstos, según el sistema de sucesión forzosa del Fuero General; tampoco hay que olvidar, concluye, la aparición y creciente desarrollo de instituciones tales como el testamento de hermandad, la fiducia sucesoria y el usufructo de viudedad, que aseguraban mejor que la comunicación universal de bienes, la situación jurídica del cónyuge sobreviviente (181).

tengan, mas, ni otro derecho preciso en la herencia de sus Padres, que el de la legítima foral, reducida por dicha costumbre, á solo cinco sueldos, y una robada de tierra en los montes comunes, la cual se há observado, y juzgandose por justa, y conveniente; y parece que con novedad se há dudado por algunos Jueces, y Letrados, si dicha costumbre sólo se debía entender en la libre disposición de los Padres entre los hijos, y no en respecto de los extraños, pudiendo preferir á éstos; y porque aquella igualmente siempre se há entendido, y practicado hasta ahora con igual libertad, así como entre los hijos, también entre estos, y extraños; para que cesse esta duda, y se observe, y mantenga la dicha costumbre, y se eviten pleitos, y opiniones, y se juzgue conforme á ella. Suplicamos á vuestra Magestad sea servida de mandar, que todas, y qualesquiera disposiciones, que hiciéren los Padres de sus bienes, y hacienda, que no fueren de condición de Labradores, se observe, y guarde inviolablemente la dicha costumbre, y libertad absoluta, que por ella tienen de disponer como quisieren dexando á sus hijos en dichas disposiciones la dicha legítima de los cinco sueldos, y robadas de tierra en los montes comunes, conforme á la dicha costumbre, y que haya de subsistir, y tener efecto, no solo quedándose instituida á un hijo dexando á los demás solamente la dicha legítima, si no también quando se instituyere, ó dispusiere á favor de un extraño dexando á los hijos solamente la dicha legítima, exceptuando las disposiciones de segundas, terceras, ó mas nupcias, que en ellas habiendo hijos del primer matrimonio, se observe el estilo, y costumbre que há introducido de las Leyes: Foeminae, y hac editali, Codici de secundis nuptijs, que así lo esperamos de la Real clemencia de vuestra Magestad, que en ello &c)» (Ley 41. Cortes de Pamplona. Año 1.688).

(181) No puede afirmarse, opina GARCÍA GRANERO, que antes del siglo xvii sea el régimen conyugal de conquistas el sistema generalizado en toda Navarra ni que por conquistas haya de entenderse exclusivamente las adquisiciones constante matrimonio y por título oneroso:

«...a) De una parte, en cuanto a la extensión del concepto de conquistas, hay que señalar que, todavía en el año 1528, el *Fuero Reducido* (3.4.1) atribuye tal carácter a los bienes donados a uno cualquiera de los cónyuges por su padre, madre u otro cualquier pariente.

b) De otro lado, en orden a la situación jurídica de los bienes muebles de los esposos, no se hallaba claramente decidida su inclusión o exclusión del patrimonio consorcial. Durante los siglos xv y xvi, cuando menos en algunas comarcas navarras, hay capítulos matrimoniales en los que expresamente se pacta como régimen de bienes el de comunidad de adquisiciones y de todos los bienes muebles, coexistiendo o alternando tales capítulos con otros en los que se concierta el simple régimen de conquistas. Ello pone de manifiesto una práctica jurídica vacilante y aún no bien definida.

La regulación que de la sociedad conyugal de conquistas llevó a cabo el Fuero Nuevo de 1973, no modificada por el Amejoramiento de 1975, ha sido alterada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, que ha dado nueva redacción a las leyes 82 a 91.

II.2. NATURALEZA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DE CONQUISTAS

La sociedad conyugal de conquistas, define FERNÁNDEZ URZAINQUI (182), viene a constituir en su configuración legal un régimen de comunidad de

c) Y, finalmente, respecto a la subsistencia o desaparición, durante ese mismo periodo, del sistema matrimonial peculiar del Fuero General, conviene poner de relieve que, en algunas zonas del Norte de Navarra (lo que hoy denominamos La Montaña), los protocolos ofrecen escrituras de capitulaciones que, de hecho, representan una persistente aceptación de tal régimen de bienes».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 4 a 6.

(182) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 246.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad de las parejas estables, los miembros de éstas podrán regular válidamente las relaciones patrimoniales derivadas de la convivencia, mediante documento público o privado, con indicación de sus respectivos derechos y deberes. El interrogante sobre la validez de la remisión, por pacto, a las normas de la sociedad conyugal de conquistas parece que debe hallar una respuesta afirmativa si nos atenemos al tenor literal de la norma citada, a ciertos pronunciamientos del Tribunal Supremo —dictados no obstante *obiter dicta* (cfr. STS de 18 de mayo y 21 de octubre de 1992, 22 de julio de 1993, 16 de diciembre de 1996, 4 de junio de 1998, 22 de enero y 5 de julio de 2001)— y al hecho de que el Derecho Civil navarro prevea también la aplicación de las normas de la sociedad de conquistas a situaciones de convivencia distintas del matrimonio, tales como la sociedad conyugal de conquistas continuada y, sobre todo, la sociedad familiar de conquistas; no obstante, todo ello debe entenderse sin perjuicio del respeto de los derechos e intereses de terceros, singularmente los acreedores, que no podrán verse afectados por pactos internos entre convivientes que no sean oponibles a los mismos. En este sentido, hay que destacar la imposibilidad actual de que tales pactos accedan al Registro Civil, imposibilidad que debe ser removida si se quiere evitar que sean otros los registros que usurpen las funciones de aquél, publicando cuestiones referentes al estado civil de las personas.

Algún sector doctrinal (cuyas tesis ha resumido brillantemente MARTÍNEZ DE AGUIRRE) ha puesto de relieve que los convivientes no pueden establecer por pacto, con efectos reales y automáticos y eficacia *erga omnes* —recordemos la exigencia de forma pública *ad solemnitatem* para las capitulaciones matrimoniales y los instrumentos de publicidad—, lo que MARTÍNEZ DE AGUIRRE denomina «...el estatuto actual y futuro de sus respectivos patrimonios»; el régimen económico-matrimonial, aun cuando sea contractual, opera por virtud de la ley. Sus efectos no derivan de la simple voluntad privada ni pueden excluirse por ella; no está permitido a la autonomía de la voluntad de los consortes, ni aun en el Derecho Civil navarro, eliminar todo régimen económico-patrimonial de su matrimonio, por lo que tampoco el pacto puede generar, ni siquiera a través del expediente de la remisión, aquellos efectos que sólo de la ley pueden proceder. «...Cosa distinta —concluye MARTÍNEZ DE AGUIRRE— es que haya contenidos del régimen de gananciales que,

bienes limitada a las adquisiciones a título oneroso producidas constante matrimonio y a los frutos y rendimientos obtenidos del trabajo o actividad de los cónyuges y de los bienes comunes o privativos de cualquiera de ellos.

En opinión de GARCÍA GRANERO (183), y de acuerdo con la realidad jurídica hoy vigente, las conquistas pueden ser definidas con las siguientes notas:

- a) Es un régimen voluntario, no obligatorio, por cuanto los cónyuges pueden pactar o convenir otro distinto (ley 80 FN) (184).
- b) Es un régimen legal supletorio, que debe observarse en defecto de pacto (ley 82 FN) y que la ley presume por ser el más usual y generalmente aceptado por los cónyuges navarros (185).

por no ser estatutarios, sino contractuales, puedan ser acordados válida y eficazmente entre los convivientes. Es lo que ocurre en términos generales, por ejemplo, con las reglas relativas a la liquidación del régimen. Este mismo criterio debe ser aplicado a las normas constitutivas del llamado régimen matrimonial primario (arts. 1.315 y sigs.), aplicables a cualquier régimen económico-matrimonial, y que habría que considerar incluidas en la remisión genérica a un régimen legal cualquiera; sólo las no estatutarias (arts. 1.318.1 y 3, 1.319 y 1.321 del Código Civil) pueden considerarse eficazmente pactadas, pero no las demás. Este contenido contractual, que está, como digo, al alcance de los pactos entre convivientes, no está sometido en mi opinión a requisito alguno de forma, que en el régimen de gananciales se justifica precisamente en función de su contenido estatutario. ¿Quiere todo lo anterior decir que el pacto de sometimiento al régimen de gananciales es nulo, o ineficaz por completo? Entiendo que no. La aplicación de la técnica de la conversión del negocio jurídico y el principio de favor negotii en que dicha técnica se inspira permite dar a dicho pacto aquella eficacia que sí está al alcance de la voluntad de los convivientes, lo que equivaldría a entender constituida una sociedad universal de ganancias, con el contenido contractual (no estatutario) del régimen de gananciales... Más fácil es dar respuesta al caso en que lo pactado sea el régimen de separación o el de participación, precisamente porque las reglas estatutarias tienen mucha menos importancia en ambos regímenes: pueden ser consideradas tales, como ya he indicado, los artículos 1.439, 1.440.2 y 1.442 del Código Civil».

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Acuerdos entre convivientes more uxorio». Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 17 de febrero de 2000, publicada en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XL, págs. 235 a 240.

(183) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 12 y 13.

(184) Ley 80 del Fuero Nuevo: «Contenido. Las capitulaciones matrimoniales podrán establecer libremente cualquier régimen de bienes de la familia y ordenar:

1. Las donaciones propter nuptias.
2. Los señalamientos y entregas de dotes y dotaciones.
3. Las renunciaciones de derechos.
4. Las donaciones esponsalicias, las arras y las donaciones entre cónyuges.
5. Los pactos sucesorios.
6. Las disposiciones sobre el usufructo de fidelidad.
7. Cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio».

(185) «No obstante la amplísima libertad para pactar el régimen de bienes en la familia, en la práctica jurídica navarra de varios siglos, y hasta tiempos relativamente recientes, los esposos que otorgaban capitulaciones solían aceptar, de modo expreso, el

- c) Es susceptible de modificación por convenio (186), pues, aun cuando haya sido aceptado como ordenación de las relaciones económicas entre los cónyuges, éstos pueden introducir en él alteraciones o modificaciones en relación a su alcance y extensión objetiva (leyes 82.1, 82.3, 83.1 y 83.5), en orden a la participación de los cónyuges en el haber líquido a la disolución de la sociedad (ley 90), en cuanto a cuál de los cónyuges debe tener la administración y representación del patrimonio consorcial (ley 86), respecto de la continuación o prórroga de la sociedad conyugal (ley 87.3) o, incluso, para atribuir al cónyuge viudo facultades de administración y disposición sobre la totalidad de los bienes de conquista (leyes 264.2 y 287) (187).
- d) Es un régimen modificable, o sea, no de carácter inmutable: aun después de celebradas las nupcias, los cónyuges pueden otorgar ca-

régimen legal de conquistas. Muy excepcionalmente —antes con alguna mayor frecuencia— se pactaba el régimen de comunidad universal o absoluta de todos los bienes. Por el contrario, la realidad jurídica más reciente ofrece, con cierta frecuencia, el pacto de absoluta separación de bienes. En un principio, esto solía darse en los matrimonios contraídos por persona viuda que tenía hijos de anteriores nupcias, así como en determinados círculos sociales (generalmente industriales, comerciantes), pero últimamente se ha generalizado a otros sectores (profesionales y hasta empleados u otras clases medias)».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 12.

(186) STS de 7 de julio de 1978: «...informado el Derecho Navarro, según ponen de relieve los autores del país, de un exaltado sentido subjetivista, que le lleva a mantener en todo su vigor el principio de libertad dispositiva, conjugando la sociedad familiar con la libertad individual, la autonomía sucesoria con la legítima foral, la buena fe y la equidad, presumiendo dispositivas las normas ... el régimen económico-matrimonial es susceptible de una ordenación paccionada con amplísima libertad...».

(187) Ley 264.2 del Fuero Nuevo: «Modificaciones voluntarias. Por voluntad del disponente —del usufructo de fidelidad— o por pacto se podrá: ...2. Facultar para enajenar o gravar los bienes...»

Ley 287 del Fuero Nuevo: «Situación de dependencia. Siempre que los fiduciarios fueren el cónyuge o los ascendientes del causante, en tanto no hubieren cumplido enteramente su cometido, tendrán facultades de administración y disposición sobre los bienes de los que todavía no hayan dispuesto. Cuando se trate de otros fiduciarios, se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria entre los llamados, pero si alguno de éstos es menor o incapaz, se requerirá para los actos de disposición el consentimiento de los fiduciarios».

«...En las capitulaciones tradicionales del Derecho navarro, era y sigue siendo muy frecuente la inserción de determinadas cláusulas mediante las cuales la ordenación legal de las conquistas es adaptada a las particulares circunstancias de la familia y de la casa. Las más usuales son las que conceden al cónyuge sobreviviente, mientras se conserve en estado viudez, la facultad de poder enajenar o gravar, ya por sí solo, ya con el consentimiento de determinadas personas (padres del esposo finado o parientes mayores de éste), todos los bienes de conquista adquiridos durante el matrimonio».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 12 y 13.

pitulaciones por las que modifiquen o excluyan el régimen de conquistas que, bien por pacto anterior, bien por ley, precedentemente regía sus relaciones patrimoniales (leyes 78 y 81) (188).

- e) Es un sistema de comunidad relativa o limitada, por cuanto no comprende todos los bienes de los cónyuges, y se compagina con la existencia de patrimonios privativos o exclusivos de los consortes (leyes 82 y 83).
- f) Es una comunidad de adquisiciones y ganancias que, básicamente, comprende los bienes conquistados por título oneroso durante las nupcias, incluso los que, durante ese tiempo, hayan sido adquiridos por el trabajo u otra actividad de cualquiera de los cónyuges y, además, los frutos y rendimientos tanto de los bienes comunes como de los privativos (ley 82).
- g) Es un régimen jurídico favorecido con una presunción legal, en el sentido de estar dotado de una fuerza centrípeta, una especie de *vis atractiva*, en razón de la cual se presumen de conquistas todos aquellos bienes cuya pertenencia privativa no conste (ley 82, apartado penúltimo).
- h) Y, por último, es un régimen que opera y produce efectos durante el matrimonio: aun cuando el resultado práctico —el reparto de las ganancias líquidas— se pone de manifiesto en el momento de la disolución de la sociedad conyugal, ello no obstante las conquistas actúan durante el matrimonio, lo que tiene especial significación en cuanto a la gerencia y administración de los bienes que, presuntamente, tienen la consideración de conquistas (ley 86), así como respecto a los actos de disposición sobre los mismos bienes, tanto por actos *inter vivos* (ley 86) como por causa de muerte (ley 251).

Por convenio entre los cónyuges, por las causas determinadas en capitulaciones matrimoniales y también tras la separación legal, la declaración de nulidad o la disolución del matrimonio por cualquier causa, se disolverá la sociedad conyugal de conquistas; no obstante, puede pactarse, en capitulaciones matrimoniales, la continuación de la sociedad conyugal de conquistas a pesar del fallecimiento de uno de los cónyuges (ley 87.3).

(188) Ley 78 del Fuero Nuevo: «Tiempo. *Las capitulaciones o contratos matrimoniales pueden otorgarse antes o después de celebradas las nupcias. Si se otorgasen durante el matrimonio, podrá darse a sus pactos efecto retroactivo a la fecha de celebración de éste, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros...*».

Ley 81 del Fuero Nuevo: «Modificación. *Las capitulaciones matrimoniales podrán ser modificadas en cualquier tiempo, siempre que se observe la forma establecida en la ley 79 y presten su consentimiento los cónyuges o prometidos y los demás otorgantes que vivan al tiempo de la modificación, en cuanto afecte a los bienes y derechos concedidos por estos últimos o recibidos por ellos*».

Asimismo, si en capitulaciones matrimoniales con donación de bienes o nombramiento de heredero se pacta la convivencia de donantes o instituyentes y donatarios o instituidos, se presumirá —dice la ley 92— que todos ellos participan en las conquistas que se obtengan, salvo que en la escritura hubiere pactos en contra o incompatibles con la existencia de lo que el Fuero Nuevo denomina «sociedad familiar de conquistas», que se regirá por lo pactado, por la costumbre y, en su defecto, por las disposiciones del Capítulo II del Título IX del Libro I (leyes 92 a 100) —normas que contienen, además de remisiones a leyes determinadas de la sociedad conyugal de conquistas, una llamada general a la aplicación supletoria de las que rigen dicha institución (189).

Estamos, por tanto, en presencia de una especial comunidad de bienes y derechos diseñada por el legislador para su aplicación supletoria a aquellos cónyuges que no hayan decidido una diferente ordenación de sus relaciones patrimoniales, pero que ordena también otras situaciones de convivencia estable: la sociedad conyugal de conquistas continuada y la sociedad familiar de conquistas.

Los principios de autonomía privada y libertad civil proclamados en las leyes 7 y 8 del Fuero Nuevo tienen una acusada incidencia en el régimen de la sociedad conyugal de conquistas, influencia que FERNÁNDEZ URZAINQUI (190) resume en las siguientes manifestaciones:

- a) *Expresa declaración de supletoriedad del régimen legal de conquistas (ley 82 FN, párrafo primero).* La atribución de carácter legal al régimen de conquistas no dota a sus disposiciones de una naturaleza cogente o necesaria. En todo caso, mediante el otorgamiento de capitulaciones pueden los cónyuges acogerse a un régimen distinto del de conquistas e incluso convenir la exclusión de este régimen sin

(189) Ley 94 del Fuero Nuevo: «Bienes. Para la determinación de los bienes de conquista o privativos de cada una de las personas que componen esta sociedad, se estará a lo dispuesto para los cónyuges en las leyes 82 y 83».

Ley 95 del Fuero Nuevo: «Cargas. En cuanto a las cargas de la sociedad familiar de conquistas, se aplicará respecto a todos los partícipes lo dispuesto en la ley 84».

Ley 97.4 del Fuero Nuevo: «...Sociedad continuada. 4. El fallecimiento de uno de los cónyuges donatarios o instituidos, y las causas de separación previstas en la ley 87, número 5, que afecten a los mismos, siempre que los donantes o instituyentes no continúen viviendo con uno sólo de ellos. El hecho de existir o no convivencia, caso de ser discutido, será apreciado por los Parientes Mayores».

Ley 98 del Fuero Nuevo: «...Fallecidos todos los donantes o instituyentes, la sociedad continuará entre los cónyuges, y se regirá por el Capítulo primero de este Título».

Ley 100 del Fuero Nuevo: «Aplicación supletoria. En lo no previsto por este Capítulo se aplicará al régimen familiar de conquistas lo establecido en el anterior para la sociedad conyugal».

(190) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil de Navarra*, obra citada, págs. 246 y 247.

pactar otro en su lugar, supuesto en el que, como en el Código Civil (cfr. art. 1435.2 del Código Civil), habrá de considerarse dicho matrimonio sometido a separación de bienes, sistema también aplicable *ope legis* en los casos de disolución y liquidación de la sociedad conyugal de conquistas conforme a lo previsto en el último párrafo de la ley 85 FN.

- b) *Modificabilidad convencional de sus disposiciones (ley 82 FN, párrafo primero)*. La primacía de la voluntad no se detiene en la elección del régimen económico conyugal, sino que alcanza también a la determinación de sus disposiciones reguladoras, ya en materia de calificación de los bienes como propios o comunes (leyes 82.1, 82.3, 83.1 y 83.5), ya en sede de gestión de la sociedad por uno o ambos cónyuges (ley 86), en cuanto a la distribución de las cargas privativas y de las comunes (leyes 84 y 85) o por lo que se refiere al régimen particular de reembolsos o reintegros entre masas patrimoniales (ley 88) o a la cuota de liquidación (ley 90.1), por poner algunos ejemplos. No pueden los cónyuges, por el contrario, modificar en perjuicio de los acreedores las reglas de responsabilidad patrimonial (ley 7) ni introducir en él alteraciones tan sustanciales que lo desvirtúen o desnaturalicen (por ejemplo, pactando la comunidad de todos los bienes).
- c) *Fijación convencional del período de vigencia de la sociedad conyugal de conquistas (leyes 78.1, 87.1 y 87.2 FN)*. En capitulaciones matrimoniales, otorgadas antes o después de la celebración del matrimonio, los otorgantes pueden delimitar el período de vigencia de la sociedad conyugal de conquistas, dando a sus pactos efectos retroactivos, aplazar la aplicación del régimen sometiéndolo a un término o condición suspensiva, establecer determinadas causas para su disolución o poner fin de mutuo acuerdo al mismo acogiendo a otro régimen matrimonial distinto, todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros. No obstante, concluye, no cabrá referir el inicio de la sociedad conyugal de conquistas a fecha anterior a la del matrimonio de los otorgantes, ya que la condición matrimonial de los sometidos al régimen de conquistas constituye una premisa esencial de su vigencia (191). Opina también GARCÍA GRANERO que, dada la amplísima libertad de los cónyuges para ordenar su régimen de bienes, no ofrece duda alguna la posibilidad de que, en los capítulos matrimoniales, pueda ser pactado que el régimen de conquistas sólo sea aplicable a partir de un término suspensivo a contar de la fecha

(191) Recordemos que el artículo 1.345 del Código Civil afirma que la sociedad de gananciales «...empezará en el momento de la celebración del matrimonio o, posteriormente —no antes— al tiempo de pactarse en capitulaciones».

de celebración de las nupcias o cuando tenga lugar el cumplimiento de cierta condición (por ejemplo, el nacimiento de un hijo) (192), con efecto retroactivo al día del matrimonio o sin él.

Confirma la STSJ de Navarra, de 30 de marzo de 2002, que la titularidad de cada uno de los cónyuges en un sistema de conquistas es algo más que una mera expectativa: la masa común es una titularidad plena e indistinta de ambos consortes, sobre cada uno de los bienes que constituyen la masa común.

II.3. LA SOCIEDAD CONYUGAL DE CONQUISTAS Y LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Observa GARCÍA GRANERO que un factor importante, en el proceso histórico de transformación del régimen matrimonial de bienes del Derecho navarro es el representado por la influencia del Derecho castellano, en el sentido de una progresiva aproximación del sistema de conquistas al de gananciales, más limitado o circunscrito que aquél; la penetración, en el régimen de conquistas, del concepto de gananciales se acusa —escribe— en la doctrina, en los juristas prácticos, en los documentos, en los formularios notariales y en algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado anteriores a la promulgación del Fuero Nuevo de 1973 (193).

Recordemos que incluso la ley 91 del Fuero Nuevo, en su redacción originaria (vigente hasta la reforma de 1987), se remitía —para colmar las lagunas de la regulación de la sociedad conyugal de conquistas— a lo dispuesto en el Código Civil respecto de la sociedad de gananciales (194).

Pero a pesar de que tanto el régimen de conquistas como el de gananciales son comunidades matrimoniales limitadas a las adquisiciones a título oneroso

(192) «...Esta condición de que llegue a nacer un hijo tiene antiguo arraigo en el Derecho pirenaico medieval navarro-aragonés; y conviene recordar que, según el Fuero General de Navarra, el régimen de bienes venía condicionado al hecho de la existencia o inexistencia de descendientes, y lo mismo sucedía en el Derecho histórico de Vizcaya e, incluso, en el vigente Derecho vizcaíno (arts. 95 y sigs. de la Ley 3/1992, de 1 de julio, sobre Derecho Civil foral del País Vasco). Por todo ello no puede haber reparo alguno a la validez del pacto capitular que establezca, inicialmente, el régimen de separación de bienes, y sólo al vencimiento de un término, o bajo la condición de nacer un hijo, prevea la vigencia de un régimen de conquistas (o de comunidad universal)».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 14.

(193) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 6 y 7.

(194) Ley 91 del Fuero Nuevo (redacción de 1973): «Aplicación supletoria del Código Civil. En todo lo no previsto por este capítulo se aplicará al régimen conyugal de conquistas, en cuanto no se oponga a éste, lo dispuesto en el Código Civil para el de gananciales».

y posteriores al matrimonio, ambos sistemas económicos presentan importantes diferencias que GARCÍA GRANERO (195) sintetiza en las siguientes:

- a) Del principio de libertad de donaciones y de contratación entre cónyuges —que con carácter general proclama la ley 76 del Fuero Nuevo—, se deducen las siguientes consecuencias: la libertad de pactar sobre la distribución de los resultados de la liquidación de la sociedad conyugal (ley 90 FN en contraposición al art. 1.392 del Código Civil), la posibilidad de que, por pactos o disposiciones, determinados bienes queden excluidos del patrimonio común (ley 83.1) y el reintegro de lucros entre los patrimonios privativos y el de conquistas, durante el matrimonio (ley 88).
- b) Por aplicación del principio de troncalidad familiar, hay que destacar el carácter privativo y troncal de los bienes inmuebles adquiridos en virtud de retracto gentilicio (cfr. leyes 452 a 459 del Fuero Nuevo). Recordemos que en la actualidad, tanto en el régimen de conquistas como en el de gananciales, son privativos los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges (ley 83.8 FN y art. 1.359 del Código Civil).
- c) La más amplia concepción de la sociedad de conquistas hace posible que en las mismas concurren no sólo los cónyuges sino también otras personas (los donantes o instituyentes convivientes en la sociedad familiar de conquistas —leyes 92 a 100 FN— y los herederos del cónyuge premuerto en la sociedad continuada de conquistas —ley 87.3—).

II.4. LOS BIENES DE LOS CÓNYUGES EN LA SOCIEDAD CONYUGAL DE CONQUISTAS: BIENES DE CONQUISTA Y BIENES PRIVATIVOS

A) *Bienes de conquistas*

En el régimen de conquistas, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 82 del Fuero Nuevo (196), se hacen comunes de los cónyuges:

(195) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 8 y 9. A su juicio, son también diferencias entre las conquistas y los gananciales la prórroga de la comunidad conyugal de conquistas resultante de la atribución al cónyuge viudo de la cualidad de fiduciario-comisado, así como la posibilidad de conceder al cónyuge viudo usufructuario de fidelidad autorización para la enajenación o gravamen de los bienes usufructuados, en caso de necesidad. Pero debe tenerse en cuenta que el fallecimiento de uno de los cónyuges determina la disolución de la sociedad conyugal de conquistas, salvo que en capitulaciones matrimoniales se hubiera pactado la continuación de la sociedad (ley 87.3).

(196) Además de los textos históricos anteriormente citados que constituyen los antecedentes de la ley 82 del Fuero Nuevo, puede consultarse también el Fuero Reducido

1. Los bienes incluidos en las conquistas en virtud de pactos o disposiciones

A juicio de GARCÍA GRANERO y FERNÁNDEZ URZAINQUI (197), los pactos o disposiciones a que se refieren tanto esta ley como el apartado 1 de la ley 83 constituyen la exteriorización de la autonomía privada, es decir, aplicaciones concretas de la amplia libertad de los cónyuges para convenir acerca del contenido de las conquistas, que es el primer criterio de referencia para la calificación de los bienes de marido y mujer; son supuestos de tales pactos o disposiciones los contenidos en capitulaciones matrimoniales que hagan referencia al carácter de futuras adquisiciones pero también serán válidos y eficaces: i) el acuerdo particular de ambos sobre la naturaleza de una concreta adquisición, ii) la voluntad del cónyuge que se desprende del bien o renuncia a integrarlo en su patrimonio privativo, y iii) la voluntad del disponente en las liberalidades otorgadas por tercero en favor de ambos cónyuges con el carácter de conquistas y no en condominio entre ambos —se tratará en este último caso, en definitiva, de una condición impuesta en la liberalidad, la cual

2.1 1.6: «(Como la execucion echa en bienes muebles, el terçero puede impedir aquella haçiendo los bienes suyos por su juramento). Item ordenamos que quando se ara execucion en algunos bienes muebles, que qualquiera persona que se adiare sobre aquellos bienes pueda haçer suyos con su juramento. Toda vez en esto se atienda y aya respeto a la calidad vida y conversacion de la persona que a de jurar, y tambien a la calidad y valor de la cosa al albedrio de losjueçes. Empero si el acreedor dice que el quiere probar los bienes executados ser del condenado o del obligado, en tal caso mandamos que el dicho acrehedor sea oido en lo que diçe y probar entiende. Mas si su execucion se haze por deuda que el marido deba, y como en bienes del, la muger no los puede hacer suyos, ni aquella mitad de la muger por deuda que el marido deba, la execucion no valga».

Recordemos que la redacción originaria (1973) de la ley 82 del Fuero Nuevo era la siguiente:

«Régimen legal supletorio. En defecto de otro régimen establecido en capitulaciones matrimoniales, se observará el de conquistas, que se regirá por las disposiciones de esta Compilación en lo que no hubiere sido especialmente pactado».

El contenido del segundo párrafo de la actual ley 82 —según redacción dada a la misma por la reforma de 1987— se hallaba comprendido en la ley 83 de la originaria versión del Fuero Nuevo: «Bienes de conquista. En el régimen de conquistas se hacen comunes de los cónyuges:

1. Los bienes ganados por el trabajo u otra actividad de cualquiera de los cónyuges.
2. Los frutos y rendimientos de los bienes comunes y de los privativos.
3. Los derechos arrendaticios por contratos celebrados durante el matrimonio.
4. Los bienes adquiridos con cargo a las conquistas.
5. Las accesiones o incrementos de los bienes de conquistas.
6. Cualesquiera otros bienes que no sean privativos conforme a la Ley siguiente.

Presunción. Se presumen de conquista todos aquellos bienes cuya pertenencia privativa no conste».

(197) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 247.

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 16.

sólo con tal carácter de bien conquistado podrá ser aceptada por los legatarios o donatarios— (198).

Como ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. Resolución de la DGRN de 14 de abril y 10 de mayo de 1989, 2 y 7 de octubre de 1992, 11 de junio de 1993, 28 de mayo de 1996, 21 de diciembre de 1998, 15 de marzo y 30 de diciembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 21 de julio de 2001 y 17 de abril de 2002) —en referencia al régimen de gananciales pero cuyas consideraciones estimo plenamente trasladables a la sociedad conyugal de conquistas—, serán válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y también entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto, entre los cuales se halla el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes, no personalizada jurídicamente, negocio no abstracto de atribución patrimonial que debe expresar una causa determinada (*donandi, credendi o solvendi causa*) (199).

2. Los bienes adquiridos a título oneroso con cargo a bienes de conquista durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges

Como escribe FERNÁNDEZ URZAINQUI (200), salvo prueba o confesión por el otro cónyuge acerca del carácter privativo del bien invertido o reemplazado, la adquisición se reputará efectuada a costa del caudal común, al desplegar sus efectos la presunción legal de conquista de todos los bienes cuya pertenencia privativa no conste —contenida en el penúltimo párrafo de esta ley 82.

(198) Recordemos que, a diferencia de lo que ocurre con las conquistas, en el régimen económico de gananciales la voluntad del disponente acerca de la atribución de consorcialidad a los bienes objeto de una liberalidad hecha conjuntamente a marido y mujer es un elemento natural del negocio y no meramente accidental. De acuerdo con lo establecido en el artículo 1.353 del Código Civil, los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad conyugal, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario.

(199) La Resolución de la DGRN, de 17 de abril de 2002, considera causa suficiente para justificar el desplazamiento patrimonial de la vivienda familiar desde la masa privativa del marido a la consorcial la que tiene su origen en eliminar dificultades a la hora de liquidar la sociedad conyugal de gananciales «...debido a los gastos habidos al contraer matrimonio y que el préstamo hipotecario reseñado se está reintegrando y se va a pagar con dinero ganancial». Como afirma la DGRN, «...si bien es cierto, como dice el Registrador, que la afirmación de querer facilitar la liquidación es más motivo que causa, también lo es que se expresa en la escritura una causa onerosa suficiente para el desplazamiento patrimonial, la cual viene constituida por ser la aportación compensación de los gastos realizados para contraer matrimonio, unida al hecho de que el precio de la vivienda pendiente de pago se va a satisfacer con dinero ganancial».

(200) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 248.

A pesar de la aparente sencillez de la norma, así como del carácter general de su formulación, debe ser entendida —observa GARCÍA GRANERO— (201) con el correctivo o limitación que representan la aplicación preferente de otras normas, concretamente las establecidas en los números 5 y 6 de la ley 83, que estudiaremos.

3. Los bienes adquiridos a título oneroso con cargo a bienes privativos que los cónyuges convengan sean bienes de conquista, cualesquiera que fueran el precio o contraprestación y la naturaleza del derecho en cuya virtud fueran adquiridos, *sin perjuicio de los reembolsos que procedan* (ley 82 *in fine*)

Como observa GARCÍA GRANERO (202), el contenido de este número no es sino un supuesto particular del criterio más general expresado en el número 1, que responde a la prioridad de la voluntad concorde de los cónyuges sobre la naturaleza del derecho instrumental ejercitado y sobre el carácter privativo del dinero utilizado para la adquisición.

Matiza FERNÁNDEZ URZAINQUI que la prevalencia de la voluntad concorde de los cónyuges sobre el criterio legal de subrogación ha de entenderse, en cualquier caso, dentro de los límites de la ley 7 FN, es decir, en cuanto no vaya en perjuicio de tercero (203).

4. Los bienes ganados durante el matrimonio por el trabajo u otra actividad de cualquiera de los cónyuges

La jurisprudencia ha confirmado (STS de 25 de marzo de 1988 y STSJ de Navarra de 27 de abril de 1991) que los ingresos generados, directa o indirectamente, por el trabajo de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal de conquistas se incluyen entre los bienes de conquista, no obstante el carácter personalísimo de la fuente de que derivan (204).

(201) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 17.

(202) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 17.

(203) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 247.

(204) La STSJ de Navarra, de 27 de abril de 1991 (de la que fue ponente ABARZUZA GIL), confirma la naturaleza consorcial del rendimiento económico derivado del trabajo de los cónyuges que se hallan en situación de separación de hecho, en tanto no se produzca la disolución de la sociedad de conquistas; no obstante, en el supuesto enjuiciado, dichos rendimientos no fueron incluidos en el activo de la sociedad de conquistas por no haberse probado la existencia de remanente líquido: «...En este sentido, teniendo en cuenta que los

FERNÁNDEZ URZAINQUI considera incluidos en este apartado los bienes ganados durante el matrimonio como consecuencia del juego (205), el hallazgo o la invención, cualquiera que fuera el tiempo y los medios invertidos en su consecución y aun cuando se trate de hallazgo casual (206).

5. Los frutos y rendimientos de los bienes comunes y de los privativos

Los frutos de los bienes de conquista tendrán también esta naturaleza porque aquéllos pertenecen al propietario de la cosa principal (ley 353 FN); en cuanto a los frutos de los bienes privativos, su inclusión en la masa común de marido y mujer se justifica por constituir las conquistas un régimen de comunidad de ganancias. Los frutos serán considerados bienes de conquista, en defecto de pacto, desde la adquisición de los mismos, que tendrá lugar según lo establecido por las leyes 353 y 354 del Fuero Nuevo (207).

cónyuges, en la vida separada e independiente que llevaron tras la separación de hecho han subvenido con los ingresos obtenidos por su trabajo a su sostenimiento, y no se ha probado en autos la existencia de remanente, ha de concluirse no existen en el momento de la disolución del matrimonio, más teniendo en cuenta el carácter de bien fungible y consumible que corresponde al dinero-metálico conforme a la Ley 352 del Fuero Nuevo, por lo que no es procedente acceder a su comunicación a la sociedad de conquistas en liquidación, al no existir, y tampoco hubiese probado ni solicitado la comunicación de otros bienes obtenidos con aquéllos, ni la existencia de actuaciones torticeras tendentes a su ocultación u otras especies que pudieran conducir a acciones de resarcimiento que no son objeto de los presentes autos» (Fundamento de Derecho séptimo, párrafo 4.º).

(205) GARCÍA GRANERO pretiere utilizar la expresión «juego lícito»: «...Los términos amplios en que la ley se pronuncia permiten incluir en las conquistas no sólo los bienes obtenidos por cualquier actividad profesional o laboral de los cónyuges, sino, también, los que hayan sido ganados como resultado de juego lícito (lotería, apuestas, quinielas deportivas, etc.). Sin duda es aplicable a las conquistas lo que, respecto al régimen de ganancias, dispone el artículo 1.351 del Código Civil, según el cual las ganancias obtenidas por el marido o la mujer en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de restitución, pertenecerán a la sociedad de ganancias. La norma que tal artículo establece no contradice ni se opone a la concepción de las conquistas según el Derecho navarro».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 18.

(206) «La consorcialidad de los frutos y rendimientos de los bienes y de la actividad de cualquiera de los cónyuges explica y justifica que sean asimismo de cargo y responsabilidad de la sociedad de conquistas los gastos de administración del patrimonio que los genera (ley 84.1.2 y 84.1.3), los de explotación regular de los negocios o los ocasionados por el ejercicio de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge (ley 84.1.4). La comunidad de los rendimientos y de los costes de su producción limita en rigor la conquista al producto líquido o neto derivado de la oportuna deducción».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 249.

(207) Ley 353 del Fuero Nuevo: «Frutos. A) En general. Los frutos pertenecen al propietario de la cosa principal. Cuando otra persona distinta del propietario tiene derecho a los frutos, adquiere los naturales por su percepción, salvo lo dispuesto en la ley

Aun cuando la ley habla de rendimientos en general, sin establecer distinción alguna, señala GARCÍA GRANERO que una interpretación lógica debe limitar la calificación de conquistas sólo a los rendimientos normales u ordinarios de los bienes propios de los esposos y que, por el contrario, deben quedar excluidos los rendimientos extraordinarios que, en cierto modo, son parte de la propiedad misma (208).

6. Los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el matrimonio

Con relación al régimen de gananciales, ha afirmado CARRASCO PERERA (209) que la ganancialidad no es un modo de adquirir bienes en comunidad entre marido y mujer: los bienes pertenecen como titularidad —y no exclusivamente como titularidad formal o fiduciaria— a quien celebró el contrato

siguiente; y ios que consisten en una cantidad de dinero, día a día. Cuando los frutos se perciban por mediación de un aparcerero, se observará lo dispuesto para los frutos naturales. El poseedor de buena fe debe restituir al propietario los frutos por él percibidos pero no consumidos».

Ley 354 del Fuero Nuevo: «b) En heredades. Cuando el propietario u otra persona que tenga derecho a los frutos deba cesar en la posesión de la heredad que los produce, le corresponderán éstos como aparentes conforme a las reglas siguientes:

1. Si la heredad es de tierra blanca o destinada al cultivo de cereales, si cesare en la posesión después del día 25 de marzo, festividad de la Anunciación de Nuestra Señora.

2. Si se trata de viñas u olivares, si cesare en la posesión después del día 24 de junio, festividad de San Juan Bautista.

3. En todo otro tipo de cultivo, si cesare en la posesión después de que los frutos se consideren aparentes según los usos del lugar.

Cuando los frutos pertenecieren al poseedor entrante, deberá éste abonar al saliente los gastos correspondientes al cultivo y labores».

(208) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 18.

(209) «...La situación no es exclusiva de derechos, como el arrendamiento, que constituyen una relación crediticia; también en la propiedad. Lo que ocurre es que en el arrendamiento esta disociación se aprecia más claramente, pues no hay un tránsito —como en la compraventa lo hay— entre el contrato y la cosa que se adquiere. El contrato está aquí siempre presente, mientras que en la compraventa este contrato desaparece fácticamente cuando se consuma la entrega de la cosa, pasando entonces la propiedad sobre el bien a sustituir a la titularidad sobre el contrato... Lo que no puede condicionar la naturaleza ganancial es la aplicación de los artículos 12, 15 y 16 LAU. Estos preceptos se independizan de la relación de comunicación interna del bien arrendaticio o de la sociedad que exista sobre él. La LAU atiende exclusivamente a la titularidad del derecho, resultante de la celebración del contrato. La posibilidad de acceso a la titularidad externa del derecho la tiene el cónyuge en cuanto cónyuge o en cuanto cónyuge conviviente, según los casos, pero no en cuanto socio».

Ángel CARRASCO PERERA, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, obra colectiva dirigida por RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1995. págs. 262 y 263.

de adquisición (o a ambos, si lo celebraron conjuntamente); la ganancialidad, escribe, es un modo de comunicar al otro cónyuge, en una especie de sociedad interna, bienes que son de titularidad del marido o de la mujer. De modo que la comunicación ganancial del arriendo, en virtud de la cual este derecho adquiere la naturaleza de ganancial sin dejar de ser por ello del marido o la mujer, comporta en sede de arrendamientos una serie de consecuencias jurídicas. Así, si se dispone en favor de tercero del derecho, mediante cesión o traspaso, es preciso el concurso del otro cónyuge; si se ejercitan los derechos de tanteo o retracto, el inmueble cuya propiedad se adquiere tiene naturaleza ganancial, y no privativa; si un cónyuge explota un negocio en un local arrendado por el otro no existe traspaso; si el derecho arrendaticio sobre la vivienda o el local se atribuyen al cónyuge no titular en la liquidación de la comunidad, no existe cesión ni traspaso (cfr. STC 159/1989, de 6 de octubre); es ganancial el precio que se obtenga por la cesión o el traspaso y las indemnizaciones de todo tipo por daño al derecho arrendaticio; el cónyuge no titular está legitimado frente a terceros para defender el bien común; desde luego, en ningún caso el cónyuge no titular puede ser tratado como precarista.

En análogo sentido se manifiesta FERNÁNDEZ URZAINQUI respecto de la sociedad conyugal de conquistas; a su juicio, de la confrontación de esta norma con los artículos 12, 15 y 16 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos (210) y con la ley 588.1 del Fuero Nue-

(210) Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos:

- Artículo 12: «Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario. 1. Si el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge. 2. A estos efectos, podrá el arrendador requerir al cónyuge del arrendatario para que manifieste su voluntad al respecto. Efectuado el requerimiento, el arrendamiento se extinguirá si el cónyuge no contesta en un plazo de quince días a contar de aquél. El cónyuge deberá abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato, si la misma no estuviera ya abonada. 3. Si el arrendatario abandonara la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación, el arrendamiento podrá continuar en beneficio del cónyuge que conviviera con aquél siempre que en el plazo de un mes de dicho abandono, el arrendador reciba notificación escrita del cónyuge manifestando su voluntad de ser arrendatario. Si el contrato se extinguiera por falta de notificación, el cónyuge quedará obligado al pago de la renta correspondiente a dicho mes. 4. Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia».
- Artículo 15: «Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario. 1. En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96

vo (211), no resulta como conclusión segura que la consorcialidad de la locación transforme a todos los efectos la relación arrendaticia en un

del Código Civil. 2. La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que le fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda».

- Artículo 16: «Muerte del arrendatario. 1. En caso de muerte del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato: a) El cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él. b) La persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia. c) Los descendientes del arrendatario que en el momento de su fallecimiento estuvieran sujetos a su patria potestad o tutela, o hubiesen convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes. d) Los ascendientes del arrendatario que hubieran convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes a su fallecimiento. e) Los hermanos del arrendatario en quienes concurra la circunstancia prevista en la letra anterior. f) Las personas distintas de las mencionadas en las letras anteriores que sufran una minusvalía igual o superior al 65 por 100, siempre que tengan una relación de parentesco hasta el tercer grado colateral con el arrendatario y hayan convivido con éste durante los dos años anteriores al fallecimiento. Si al tiempo del fallecimiento del arrendatario no existiera ninguna de estas personas, el arrendamiento quedará extinguido. 2. Si existiesen varias de las personas mencionadas, a falta de acuerdo unánime sobre quién de ellos será el beneficiario de la subrogación, regirá el orden de prelación establecido en el apartado anterior, salvo en que los padres septuagenarios serán preferidos a los descendientes. Entre los descendientes y los ascendientes, tendrá preferencia el más próximo en grado, y entre los hermanos, el de doble vínculo sobre el medio hermano. Los casos de igualdad se resolverán en favor de quien tuviera una minusvalía igual o superior al 65 por 100; en defecto de esta situación, de quien tuviera mayores cargas familiares y, en última instancia, en favor del descendiente de menor edad, el ascendiente de mayor edad o el hermano más joven. 3. El arrendamiento se extinguirá si en el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario el arrendador no recibe notificación por escrito del hecho del fallecimiento, con certificado registral de defunción, y de la identidad del subrogado, indicando su parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse. Si la extinción se produce, todos los que pudieran suceder al arrendatario, salvo los que renuncien a su opción notificándolo por escrito al arrendador en el plazo del mes siguiente al fallecimiento, quedarán solidariamente obligados al pago de la renta de dichos tres meses. Si el arrendador recibiera en tiempo y forma varias notificaciones cuyos remitentes sostengan su condición de beneficiarios de la subrogación, podrá el arrendador considerarles deudores solidarios de las obligaciones propias de arrendatario, mientras mantengan su pretensión de subrogarse. 4. En arrendamientos cuya duración inicial sea superior a cinco años, las partes podrán pactar que no haya derecho de subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario, cuando éste tenga lugar transcurridos los cinco primeros años de duración del arrendamiento, o que el arrendamiento se extinga a los cinco años cuando el fallecimiento se hubiera producido con anterioridad».

(211) Ley 588.1 del Fuero Nuevo: «Régimen. Los arrendamientos de cosas se rigen por lo pactado, por los usos y costumbres del lugar y, supletoriamente, en cuanto no

coarrendamiento, aun cuando su inclusión en las conquistas justifica la exigencia del consentimiento del cónyuge no contratante para la cesión o el traspaso, el carácter común de la finca adquirida por tanteo o retracto arrendaticio, el del precio obtenido por la cesión o traspaso y el de las indemnizaciones por daño al derecho arrendaticio, o la inexistencia de traspaso por la explotación del negocio en local arrendado al otro cónyuge (212).

7. Los bienes adquiridos por derecho de retracto convencional o legal, opción, acceso a la propiedad, suscripción preferente u otro cualquier derecho de adquisición que pertenezca a la sociedad de conquistas, *sin perjuicio de los reembolsos que procedan (ley 82 in fine)*

Es una manifestación más del principio de subrogación: la condición del derecho ejercitado es criterio prevalente, para la calificación del bien obtenido, respecto de la naturaleza del dinero invertido. Se corresponde este apartado, además, con lo que establece el número 8 de la ley 83 respecto a la determinación de los bienes privativos.

8. Las accesiones o incrementos de los bienes de conquista

Conforme a lo dispuesto en la ley 355 FN, por hacerse una cosa accesoria de otra principal se adquiere la propiedad de las cosas: estamos en presencia, por tanto, de una aplicación específica de la regla general de que lo accesorio sigue a lo principal.

Observa FERNÁNDEZ URZAINQUI (213) que entre las accesiones —que en este caso lucran siempre las conquistas, con total abstracción de la procedencia de la inversión realizada para su consecución, sin perjuicio de los reembolsos que procedan entre patrimonios— se comprenden tanto las naturales como las industriales, obtenidas por la acción humana, y que los incrementos a que se refiere este apartado de la ley 82 FN no son únicamente los materiales sino también los económicos, incluyendo las plusvalías de los bienes.

contradigan las Leyes especiales recibidas en Navarra, por las disposiciones de esta Compilación».

(212) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 249.

(213) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 248.

9. Cualesquiera otros bienes que no sean privativos conforme a la ley siguiente (ley 83)

Afirma GARCÍA GRANERO que la declaración contenida en este apartado podría formularse también del siguiente modo: las conquistas son el supuesto normal o general y, por el contrario, los bienes privativos constituyen la excepción a tal principio de generalidad (214).

B) *Bienes privativos*

Son bienes privativos de cada cónyuge, dispone la ley 83 (215):

(214) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 20.

(215) Además de los textos históricos citados anteriormente, pueden consultarse los siguientes antecedentes de la ley 83:

- Fuero Reducido, 3,3,2: «(Quando el matrimonio esuelto entre marido y muger con justa causa/como las heredades de ellos se deben volver a cada vno las suyas): Si marido y muger estando casados y viuiendo juntos se ouiesen de apartar y separar de viuienda/con causa, y hubieren heredades ansi de la parte del marido como de la parte de la muger, destas hereda/des deben tomar cada vno dellos las suyas, y si ouieren comprado o adquirido algunas heredades constan/te matrimonio, deben de partir las conquistas a medias, y si ouieren procreado entre ellos hijos y criaturas/dobladas, debe tomar el padre las medias y la madre las otras medias, y si hubiere alguna criatura mas/debenla criar a espensas comunes contribuyendo en su criar y alimentar tanto el vno como el otro».
- Fuero Reducido, 3,4,1: «(Como si al marido o a la muger constante matrimonio se haze donación, la cosa donada es dicha conquista): Donación echa al marido o a la muger constante matrimonio a qualquier dellos por el padre o por la madre o por otro pariente de ella, tanta parte el vno como el otro en aquella cosa que es dada por donación a cualquiera dellos, porque según fuero se diçe conquista como si hubieran ellos adquirido o comprado por su industria».
- Fuero Reducido, 3,8,21: «(Como marido y muger o qualquiere dellos de heredad que tiene ante de ser casado, puede ordenar della por su testamento a su propia voluntad y el fruto de la heredad yparecido en vida de qualquiere dellos, es dicho mueble y tienen parte en aquel fruto los parientes cercanos del muerto): Si el marido o la muger o qualquiera dellos tiene heredad ante que ellos sean casado, y el vno dellos viniere a estar malo o dolientey quisiere testamentar, dice el fuero en este caso que qualquiere dellos puede libremente ordenar y disponer a su voluntad de aquella heredad que tenían antes que fuere casado. Y si estando casados y viuiendo juntamente los dos labrasen aquella heredad y muere el vno dellos, y el día que fuere muerto en la dicha heredadpareciera fruto aora sea viña, pieza o huerto, aquel fruto parecido en la heredad el día de su muerte es dicho mueble y es de los dos, y aquel fruto debe partir el sobreuiuiente como cosa mueble con los parientes del muerto, y los dichos parientes contribuirán y pagaran las deudas verdaderas que debía el muerto».
- Fuero de Pamplona, 38: «(De conquesta de marit et muy lle r): Si nuyll omne a muy lle r a bendi t ion, et si lo payre o la mayre del omne que a la muy lle r a ben-

1. Los excluidos de las conquistas en virtud de pactos o disposiciones

A juicio de GARCÍA GRANERO y de FERNÁNDEZ URZAINQUI, este apartado hace referencia a las capitulaciones otorgadas por los cónyuges que atribuyen *a priori* carácter privativo a adquisiciones que, conforme a las reglas contenidas en la ley 82 (subrogación, accesión, etc...) constituirían conquistas del matrimonio (216).

Sin embargo, tal interpretación restrictiva se ha visto desde hace algunos años superada en la práctica por la proliferación de escrituras públicas otorgadas por marido y mujer en las que, de común acuerdo y al amparo de los términos generales esta norma, excluyen de las conquistas determinados bienes que pasan a convertirse en privativos de uno de los consortes, previa «donación» o «renuncia» de los derechos que sobre ellos, en una eventual liquidación de las conquistas, pudieran corresponder al donante o renunciante. Si bien es cierto que la naturaleza de la comunidad de conquistas, que implica una cotitularidad sobre un patrimonio y no sobre bienes concretos, parece oponerse a la eficacia transmisiva inmediata de tales negocios —podría pensarse, todo lo más, en una eficacia obligacional actual, diferida la transmisión a la liquidación de las conquistas—, también es verdad que tanto el principio de libertad civil como el de *paramiento fuero vienze*, que inspiran el Derecho navarro, hallan una concreta aplicación en la libertad de contratación entre consortes y en la amplia autonomía de la voluntad de

dition, o ningún delsparenz, despuys que la muyller a presa a bendition U dan ninguna hereditat, tant grant pan y a la muyller cora son marit, per for de laqua tant grant part y a com si l'auisen de conquista; el altresí aya si res dona a la muyller com al marit per aquest sobre escript iudici».

La redacción actual de la ley 83 del Fuero Nuevo procede de la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril. Su contenido se regulaba en la ley 84 del Fuero Nuevo de 1973: «Bienes privativos. Son bienes privativos de cada cónyuge:

1. Los excluidos de las conquistas en virtud de pactos o disposiciones.
2. Los adquiridos antes del matrimonio por cualquiera de los cónyuges.
3. Los adquiridos a título lucrativo durante el matrimonio.
4. Los adquiridos por compra, permuta, dación en pago, venta, transacción y por otra subrogación cualquiera de bienes privativos.
5. Los adquiridos con cargo a bienes de conquista si en el título adquisitivo ambos cónyuges hacer constar la atribución privativa a uno de ellos.
6. Los adquiridos por derecho de retracto convencional o legal perteneciente a uno de los cónyuges.
7. Las accesiones o incrementos de los bienes privativos.
8. Los edificios construidos en suelo de uno de los cónyuges.

Lo establecido en los números 6, 7 y 8 se entenderá sin perjuicio de los reembolsos que en cada caso procedan».

(216) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 25.

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 252.

los mismos para determinar su régimen económico-matrimonial, incluso modalizando el régimen supletorio legal aplicable. Además, parece claro que el mismo resultado —la privatividad del bien antes consorcial sin disolución de la sociedad conyugal— podría alcanzarse si ambos cónyuges donaran conjuntamente un determinado bien de conquistas a solo uno de ellos (217). No obstante lo anterior, los derechos de terceros —singularmente de los acreedores y de los hijos del matrimonio ante una eventual reiteración de nupcias— deben quedar amparados también en este supuesto como si de una modificación capitular se tratara, de modo que el bien excluido de las conquistas por esta vía seguirá mereciendo tal calificación a efectos de salvaguardar los derechos e intereses de aquéllos (cfr. ley 78 del Fuero Nuevo). Será aplicable a tales pactos la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado antes expuesta sobre la necesaria expresión de una determinada causa del negocio de atribución patrimonial (*donandi, credendi o solvendi causa*).

2. Los que a un cónyuge provengan de título oneroso anterior al matrimonio, aunque durante éste tenga lugar la adquisición o aun cuando el precio o contraprestación fuere satisfecho, total o parcialmente, con fondos del otro cónyuge o de la sociedad de conquistas. Si se tratara de la vivienda o ajuar familiares, el bien adquirido corresponderá proindiviso a la sociedad de conquistas y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas —*todo ello, sin perjuicio de los reembolsos que en cada caso procedan* (ley 83 *in fine*)

Subraya FERNÁNDEZ URZAINQUI (218) el hecho de que el Fuero Nuevo establezca la preferencia del título sobre el modo de adquisición en la calificación del bien, considerando privativo el adquirido en virtud de título anterior al matrimonio —aun cuando la consumación de la transmisión sea posterior—, a reserva de los reembolsos pertinentes, con la excepción del régimen de la vivienda o ajuar familiares: para el caso de haberse producido la adquisición de estos últimos bienes con cargo a fondos comunes y priva-

(217) No parece adecuado calificar el pacto de exclusión de un bien determinado de la masa consorcial de conquistas como de «disolución parcial» ni menos aun como de «liquidación parcial» de la sociedad conyugal de conquistas. No puede hablarse con rigor de una liquidación no precedida de una previa disolución y esta última ha de predicarse, si concurren los supuestos legalmente previstos, respecto de ese particular régimen económico-matrimonial en su conjunto (cfr. leyes 87 y 89 del Fuero Nuevo).

(218) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 248, 249 y 255.

tivos —privatividad que habrá de probarse para desvirtuar la presunción legal de conquista establecida en el penúltimo párrafo de la ley 82—, se constituirá un condominio entre la sociedad conyugal y el cónyuge o cónyuges a quienes aquéllos pertenezcan en proporción al valor de las aportaciones realizadas.

GARCÍA GRANERO (219) critica la inclusión del último párrafo de este apartado en la reforma de 1987 y observa:

- Que se trata de una norma excepcional que debe ser objeto de interpretación restrictiva, por lo que no cabe comprender en ella —por ejemplo— el supuesto de que uno cualquiera de los cónyuges adquiera, antes de contraer matrimonio, una vivienda cuyo precio satisface en parte mediante un préstamo hipotecario, aun cuando éste sea luego pagado, total o parcialmente, con fondos de la sociedad de conquistas o del otro esposo. No comparto esta tesis; como ha declarado el Tribunal Supremo (cfr. STS de 31 de octubre de 1989), en relación con la interpretación de los artículos 1.354 y 1.357 del Código Civil, debe afirmarse la equiparación a estos efectos entre la amortización de un préstamo o crédito hipotecarios y los sucesivos pagos efectuados en una compraventa a plazos.
- Que, en todo caso, mientras en la inscripción registral, o por adición al título adquisitivo, no se hagan constar las cuotas indivisas correspondientes al cónyuge comprador y la sociedad de conquistas, o al otro cónyuge, la vivienda figurará, a todos los efectos legales, como bien de exclusiva pertenencia del esposo que la adquirió, quien tendrá la facultad de libre disposición del mismo, sin perjuicio de lo que dispone la ley 55 del Fuero Nuevo.
- Que, para evitar injustos perjuicios al cónyuge que, en estado de soltero, compró la vivienda, es evidente que, para la determinación de las cuotas indivisas que correspondan a uno u otro cónyuge o a la sociedad de conquistas, habrá de hacerse una estimación actualizada de la cuantía de los distintos desembolsos, según la fecha en que respectivamente hubieren sido realizados, pues así se impone por aplicación del apartado segundo de la ley 88 del Fuero Nuevo.

A juicio de GARCÍA GRANERO serán también privativas las adquisiciones realizadas durante el matrimonio pero en virtud de promesas de compraventa que uno solo de los cónyuges hubiere concertado en estado de soltero (220).

(219) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 27.

(220) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 26.

3. Los adquiridos a título lucrativo antes del matrimonio o durante éste

La dificultad de aplicación de esta norma puede residir, previene GARCÍA GRANERO (221), en determinados actos jurídicos en los que no aparece precisamente definido el carácter lucrativo u oneroso, o que en cierta medida, participan de uno y otro, como por ejemplo:

- En las donaciones con carga, legados o instituciones hereditarias con modo, los bienes adquiridos tendrán la condición de privativos del donatario, legatario o heredero, pero cuando el importe de las cargas fuere satisfecho, en todo o en parte, con fondos de conquista o del otro cónyuge, procederá siempre el correspondiente reembolso.
- Por el contrario, en las donaciones remuneratorias, habrá que considerar sobre todo la índole del servicio o prestación remunerada, ya que parece obligado decidir que si aquello que hubiese correspondido percibir por el mismo servicio habría de pertenecer a la sociedad de conquistas (cfr. ley 82.4 FN), también a ésta debe ser atribuido el bien donado con un fin remuneratorio.

4. Los adquiridos por compra, permuta, dación en pago, venta, transacción y por otra subrogación cualquiera de bienes privativos

Observa FERNÁNDEZ URZAINQUI (222):

- Que la subrogación requerirá la prueba o confesión por el otro cónyuge del carácter privativo del bien reemplazado o entregado como contraprestación, pues sin ellas la adquisición habrá de reputarse efectuada, merced a la presunción legal de conquista, a costa del caudal común.
- Y que cuando la adquisición se haya realizado con cargo a bienes o dinero en parte consorciales y en parte privativos, la aplicación de la regla de subrogación real contenidas en las leyes 82.2 y 83.4 FN parece que habrá de conducir al reconocimiento de su pertenencia proindiviso a la sociedad conyugal y al cónyuge o a los cónyuges aportantes, en proporción a sus respectivas aportaciones.

A juicio de GARCÍA GRANERO, cuando la adquisición se haya realizado por subrogación de bienes privativos pero mediando además el pago de compen-

(221) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 29.

(222) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 253.

saciones en dinero u otros bienes de conquista (permutas con sobreprecio, dación en pago de crédito inferior al valor del bien transmitido), habrá que atender en primer lugar a la voluntad de las partes y, en su defecto, a la aplicación analógica del artículo 1.446 del Código Civil en orden a la calificación del contrato (223).

Recuerda la STSJ de Navarra, de 30 de marzo de 2002, que las acciones adquiridas constante matrimonio en ejercicio del derecho de suscripción preferente derivado de acciones privativas, en ampliación de capital social, serán también privativas —respecto de las adquisiciones posteriores a las reformas de 1981 y 1987 (hasta la reforma de 1987 era aplicable en Navarra el régimen del Código Civil en esta materia, por la remisión que hacía la ley 91 del Fuero Nuevo)— (224).

5. Los adquiridos con cargo a bienes de conquista si en el título adquisitivo ambos cónyuges hacen constar la atribución privativa a uno de ellos

Sintetiza GARCÍA GRANERO (225) los efectos jurídicos consiguientes a la adquisición realizada conforme a este apartado de la ley 83 del Fuero Nuevo del siguiente modo:

- a) El convenio de ambos cónyuges, consignado en el título, en orden a la atribución privativa a uno de ellos de la adquisición constante matrimonio, aun realizada con cargo a bienes de conquista, tiene absoluta validez legal y produce plenos efectos jurídicos, tanto entre los cónyuges como respecto de terceros.
- b) Los bienes adquiridos en esa forma quedan ya, desde entonces, excluidos de la sociedad de conquistas, y a todos los efectos legales tienen la consideración de bienes privativos del cónyuge a quien hayan sido atribuidos. Cuando se trate de inmuebles, la inscripción de los mismos deberá ser practicada a nombre del cónyuge a cuyo favor

(223) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 30 y 31.

(224) Recordemos que con anterioridad a la reforma de 1981 del Código Civil, las nuevas acciones adquiridas por ejercicio del derecho de suscripción preferente tenían carácter común, como resulta de las STS de 4 de junio de 1881, 9 de noviembre de 1891, 8 de noviembre de 1893, 14 de mayo de 1929, 31 de mayo de 1930, 18 de abril de 1934, 23 de enero de 1947, 20 de diciembre de 1952 y 24 de noviembre de 1960, entre otras —lo que reconoció también expresamente el Tribunal Supremo respecto de un matrimonio sometido al régimen foral de Navarra en su STS de 7 de julio de 1978.

(225) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 34 a 36.

se haga la adquisición, pero haciendo constar que tiene lugar conforme a la ley 83.5 del Fuero Nuevo de Navarra, y con los efectos que corresponde según éste.

- c) El cónyuge adquirente podrá por sí solo, sin necesidad del consentimiento ni intervención del otro, enajenar o gravar dicho bien privativo o, en cualquier otra forma, disponer libremente por actos *inter vivos* o *mortis causa*, a título oneroso o lucrativo.
- d) En su día, cuando sea practicada la liquidación de la sociedad conyugal, los bienes adquiridos en la expresada forma no serán inventariados dentro del haber de la sociedad de conquistas, y respecto a tales bienes, como cualesquiera otros privativos, no procederá sino su devolución al cónyuge propietario o a sus causahabientes.
- e) Después del fallecimiento del cónyuge «confesante» —las comillas son mías—, el sobreviviente a cuyo favor fue hecha la declaración de privaticidad, por sí solo y sin necesidad de previa liquidación de la sociedad de conquistas, puede disponer de los bienes por cualquier título, sin precisar del consentimiento de los herederos del consorte finado. No es aplicable lo que en contrario establece el Reglamento Hipotecario (art. 95.4), ya que éste se inspira en el sistema de legítimas del Código Civil, mientras que en el Derecho Civil navarro existe libertad de disposición por causa de muerte.
- f) No obstante lo anterior, es evidente que en el caso de cónyuge de segundas nupcias, el convenio de éstos respecto a la atribución privativa de los bienes adquiridos, en modo alguno podrá perjudicar los derechos que el Fuero reconoce a los hijos o descendientes de anterior matrimonio, ya que así resulta del principio fundamental que enuncia la ley 77 del Fuero Nuevo, aun cuando parece oportuno señalar que la acción que corresponde a los hijos o descendientes de anterior matrimonio es una acción personal, del tipo de las rescisorias o de reducción por inoficiosidad y, por tanto, sin eficacia impeditiva respecto a tales actos de disposición, a salvo los efectos que, retroactivamente, pudieren resultar si al interponer la acción hubiese sido solicitada y practicada anotación preventiva de demanda.
- g) Finalmente, tal convenio no podrá ir en perjuicio de tercero —por aplicación de lo dispuesto en la ley 7 del Fuero Nuevo—. En consecuencia, los acreedores de la sociedad conyugal o de uno cualquiera de los esposos, por créditos nacidos u originados con anterioridad a la fecha de la adquisición —conservarán íntegras sus acciones contra tales bienes (ley 78 FN, arts. 1291.3º y 1.297 del Código Civil y 144 RH).

Halla FERNÁNDEZ URZAINQUI (226) el fundamento de esta disposición en la libertad de disposición de los navarros, dentro de los límites que establecen las leyes 7 y 149 del Fuero Nuevo, y en la de los cónyuges, en particular, para celebrar entre sí toda clase de estipulaciones, contratos y donaciones, sancionada en la ley 76 FN, asimismo con los límites de la ley 77 FN: son estas libertades las que hacen posible que el solo acuerdo de los cónyuges plasmado en el título adquisitivo sea suficiente para la atribución del carácter de privativo al bien adquirido. El acuerdo envuelve —concluye— una atribución liberal a favor del cónyuge propietario de la parte que a su consorte pudiera haberle correspondido en la conquista, en el bien o en el derecho con cargo al que se produjo, liberalidad que se halla sujeta a los límites impuestos a la libertad dispositiva del cónyuge bínubo en interés de los hijos de anterior matrimonio (cfr. leyes 77, 149 y 272 FN) y sin perjuicio de los derechos eventualmente perjudicados por ella, de modo que:

- Los hijos y descendientes de anteriores nupcias perjudicados por tal atribución podrán ejercitar la acción de inoficiosidad del exceso recibido por el cónyuge de ulterior matrimonio con respecto al hijo menos favorecido del anterior (ley 272 FN).
 - Y los acreedores del matrimonio o del cónyuge no propietario podrán ejercitar la acción rescisoria de esta atribución (ley 19.3 FN y art. 1291.3 del Código Civil), en cuanto perjudique sus derechos por créditos anteriores al acto o de próxima y segura existencia posterior al mismo, en términos y circunstancias que permitan reputarla realizada con intención defraudatoria.
6. Los adquiridos por derecho de retracto convencional o legal, opción, acceso a la propiedad, suscripción preferente u otro cualquier derecho de adquisición perteneciente a uno de los cónyuges, *sin perjuicio de los reembolsos que en cada caso procedan* (ley 83 *in fine*)

El fundamento de lo dispuesto en este apartado se encuentra también en el principio de subrogación real: los bienes adquiridos mediante el ejercicio de un derecho, voluntario o legal, de adquisición preferente o de recuperación siguen la condición, privativa o consorcial, del derecho ejercitado. Por esta razón, en opinión de GARCÍA GRANERO y FERNÁNDEZ URZAINQUI (227), la rela-

(226) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 252.

(227) Recuerda GARCÍA GRANERO que el Fuero Reducido tenía un concepto muy amplio de las conquistas, ya que comprendía en las mismas a los bienes donados, cons-

ción legal de supuestos no es aquí cerrada sino meramente enunciativa, por lo que debe alcanzar a todo tipo de retractos legales, tanto los regulados en el Derecho Civil navarro (gentilicio, gracioso, de comuneros, coherederos, helechales y corralizas), como los contemplados en las leyes generales de supletoria aplicación (colindantes, enfitéutico y arrendaticio urbano y rústico) y a los voluntarios, al tanteo implícito en los retractos (ley 445.2 FN), al derecho de opción, a la readquisición por ejercicio de la acción resolutoria, rescisoria o de nulidad, a los derechos de acceso y adquisición forzosa de la propiedad, a la reversión de los bienes privativos expropiados, al derecho de suscripción preferente, etc...

7. Las accesiones o incrementos de los bienes privativos, *sin perjuicio de los reembolsos oportunos* (ley 83 *in fine*)

Considera GARCÍA GRANERO (228) que este apartado de la ley 83 tiene igual fundamento que la ley 82.8 FN, esto es, el principio *accessorium sequitur principale*, y que habrá que entender:

- a) Que en el concepto de accesiones no se hallan comprendidos los frutos (naturales, industriales o civiles) que, por expresa disposición legal (ley 82.5 FN) pertenecen al patrimonio de conquistas.
- b) Que no suscitan duda alguna, respecto de su condición de privativos:
 - i) las accesiones naturales, ii) los excesos de cabida que resulten por nueva medición o por deslinde o amojonamiento de fincas privativas, iii) los incrementos puramente económicos debidos a circunstancias fortuitas, al simple transcurso del tiempo o a obra de la naturaleza (como, por ejemplo, los aumentos de valor de fincas por su conversión en urbanas) ni las accesiones artificiales (mejora de tierras, cerramiento de fincas, construcción de caminos, transformación de secano en regadío), aun cuando las expensas o gastos derivados de tales

tante matrimonio, al marido o a la mujer por el padre o madre u otro pariente de cualquiera de ellos (3,4,1) y también los adquiridos por derecho de retracto gentilicio pertenecientes a cualquiera de los cónyuges (3,4,5), amplitud que debe ponerse en relación con la falta de definición —en la época de redacción del Fuero Reducido (año 1528)— de la institución de la troncalidad familiar, producto de una más tardía legislación de las Cortes del Reino.

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 38 a 53.

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 253.

(228) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 53 a 56.

acciones o incrementos serán de cargo exclusivo del cónyuge propietario.

- c) Que, por el contrario, algunos supuestos presentan mayor complejidad. Es el caso, por ejemplo: i) de los derechos de servidumbre o de las pertenencias (ley 376 FN) que, constante matrimonio y por título oneroso, sean adquiridos por constitución o reconocimiento en favor de inmuebles propios de uno solo de los consortes (que, a su juicio, deben reputarse también privativas) (229); ii) de las agregaciones o uniones a una finca privativa de parcelas colindantes que, durante el matrimonio, sean adquiridas a título oneroso (que deben considerarse de conquistas) (230), o iii) las mejoras y acciones que, constante matrimonio y a costa del caudal de la sociedad de conquistas, sean realizadas en negocios o establecimientos mercantiles o industriales

(229) «...En principio, y por simple aplicación de lo que dispone la ley 82.2, tales derechos de servidumbre tendrían la condición de bienes de la sociedad de conquistas. Sin embargo, en contra de esta primera apreciación, hay que considerar el carácter específico de las servidumbres, a las que la ley 395 del Fuero Nuevo califica de derechos indivisibles e inseparables del fundo dominante; por cuya razón deben ser consideradas como anexo o accesorio de la finca en cuyo favor se constituyen y que, consiguientemente, seguirán la condición de ésta. No cabe desconocer que la servidumbre, más que en favor del propietario de la finca, se establece y existe en favor del propio inmueble; el titular de la servidumbre lo es de ésta sólo en tanto es propietario de la finca; se trata de una verdadera titularidad jurídica *ob rem*, que se detenta por razón de la finca. Por identidad de razón, igual solución debe ser dada para las pertenencias comunes (ley 376 del FN) que, constante matrimonio, y por título oneroso, fuesen adquiridas para finca propia de un cónyuge».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 54 y 55.

(230) «...Claro es que, según el Derecho navarro (ley 83.4 del FN), siempre existirá la posibilidad de que los cónyuges, al adquirir las nuevas parcelas colindantes con las privativas de uno de ellos, convengan sobre la atribución privativa al titular de la finca incorporante. En otro caso, es decir, si los cónyuges quieren mantener la titularidad de la sociedad de conquistas respecto a las nuevas parcelas, cabe también la solución práctica de agrupar todas las fincas formando con ellas una sola, que pertenecerá *pro indiviso* al cónyuge y a la sociedad de conquistas, en cuotas proporcionales al valor de las fincas respectivas. Esta fórmula —a la que a veces se recurre en la práctica jurídica navarra— es perfectamente viable en razón de que el Fuero Nuevo (ley 76) permite la contratación entre cónyuges; y, de otro lado, porque el mismo Fuero (ley 370.3) prevé la constitución de una comunidad mediante agrupación de fincas colindantes pertenecientes a distintos propietarios, a quienes la finca resultante pertenecerá por cuotas indivisas en proporción a sus respectivas aportaciones. Por el contrario, dentro del Código Civil, el problema tenía mucha más difícil solución... Hoy, después de la reforma del Código Civil por la Ley de 13 de mayo de 1981, la cuestión debe considerarse superada, y tiene solución en términos análogos a los del Derecho navarro. Además, la dificultad registral ha quedado salvada por el artículo 45 del RH, luego de la reforma de 12 de noviembre de 1982».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 55.

de propiedad privativa de uno solo de los cónyuges (que, opina GARCÍA GRANERO, únicamente serán privativas si se incorporan al negocio o establecimiento) (231).

8. Los edificios contruidos, las nuevas plantaciones y otras cualesquiera mejoras en bienes privativos de uno de los cónyuges, *sin perjuicio de los correspondientes reembolsos* (ley 83 *in fine*)

La STSJ de Navarra, de 28 de octubre de 1999, en aplicación de este epígrafe de la ley 83 FN, ha declarado que las obras, realizadas constante la sociedad conyugal de conquistas y a costa del caudal común, en virtud de las cuales se ha transformado un local privativo del marido en una vivienda no alteran la calificación del bien, que sigue siendo privativo, sin perjuicio de los reembolsos pertinentes.

Aun cuando actualmente, tras la reforma de 1981, el Código Civil y el Fuero Nuevo siguen idéntica orientación respecto a la atribución común o privativa de los edificios contruidos en suelo de uno de los cónyuges (232) —inspirada en el principio *superficies solo cedit*—, recuerda FERNÁNDEZ URZAINQUI (233) que la ausencia en el Fuero Nuevo de una previsión semejante

(231) «...Si bien parece normal extender el principio de *accesión a instalaciones, maquinaria, utillajes u otras mejoras u obras análogas*, la cuestión puede resultar más que dudosa cuando se trate de establecimiento de sucursales u otras dependencias, o de adquisición de locales para nuevas tiendas o con destino a almacenes. Aun cuando la unidad del concepto de la empresa determine una indudable conexión mercantil y jurídica, resultaría excesivo que estos nuevos establecimientos, aun siendo dependientes del principal, sean considerados, sin más, simple expansión o ampliación de éste, especialmente cuando ello se ha realizado mediante adquisición de inmuebles. Quizá cabrá distinguir entre las accesiones que necesariamente se incorporan al negocio o establecimiento (obras, instalaciones, maquinarias) y aquellas inversiones que revistan cierta sustantividad o independencia, aun cuando se hallen al servicio de la empresa o constituyan un complemento de ésta».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVÍ, vol. 2.º, págs. 55 y 56.

(232) «...Sin embargo, al redactar el Fuero Nuevo en 1973, era necesario establecer expresamente la vigencia del principio de *accesión* respecto a los edificios que, durante el matrimonio, fuesen contruidos en suelo de uno de los cónyuges, y ello con objeto de disipar toda duda en orden a la no aplicación al régimen de conquistas de la norma contenida en el apartado segundo del artículo 1.404 del Código Civil (según su redacción originaria), que declaraba gananciales los edificios contruidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVÍ, vol. 2.º, pág. 56.

(233) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 254.

a la del artículo 1359.2 del Código Civil (234) permite referir el reembolso procedente en Derecho Civil navarro al importe invertido en la mejora o construcción, con la debida actualización, más que al aumento de valor que los bienes experimenten con ella (criterio que confirma la STSJ de Navarra de 24 de julio de 2000).

Coinciden GARCÍA GRANERO y FERNÁNDEZ URZAINQUI (235) en afirmar que tendrán también carácter privativo las construcciones realizadas en ejercicio de un derecho de sobreedificación o subedificación perteneciente privativamente a uno de los cónyuges, en virtud del principio de subrogación real.

9. El resarcimiento de daños y la indemnización de perjuicios causados a la persona de un cónyuge o en sus bienes privativos

A juicio de FERNÁNDEZ URZAINQUI (236):

- Este apartado se refiere a las indemnizaciones derivadas no sólo de la responsabilidad civil extracontractual o contractual, sino también del seguro de daños concertado o de la expropiación, entre los supuestos más comunes.
- Tendrán carácter privativo las indemnizaciones por daños materiales o morales, aunque no considera fundado reconocer tal carácter a las derivadas de perjuicios económicos derivados de la inactividad del cónyuge, de la paralización de sus negocios o explotaciones o de la transitoria improductividad de sus bienes, ya que —en correspondencia con la ganancialidad de los rendimientos— dichas indemnizaciones habrían de reputarse como bienes de conquistas. Y es que, afirma, por el carácter sustitutivo o reparador del bien patrimonial dañado, e interpretando *a sensu contrario* este apartado de la ley 83, habrán de considerarse bienes comunes el resarcimiento de los daños y perjui-

(234) Artículo 1.359 del Código Civil: «Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho. No obstante, si la mejora en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado».

(235) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 58 y 59.

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 254.

(236) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 248 y 253.

cios causados en bienes de conquista, así como la indemnización por su pérdida o expropiación.

Recordemos, no obstante, que la STS de 25 de marzo de 1988, que acepta la doctrina de la SAT de 14 de abril de 1986, consideró que la indemnización por invalidez permanente satisfecha al marido con anterioridad a la separación matrimonial, derivada de un contrato de seguro colectivo para todos los empleados suscrito por la empresa en la que aquél trabajaba a fin de garantizar el pago de unos complementos a las prestaciones obligatorias de la Seguridad Social, debía asimilarse al salario (al no tener la indemnización su fundamento en un resarcimiento de daños, sino en una póliza de seguro) y, como renta de trabajo, calificarse como bien de conquistas. Estima GARCÍA GRANERO (237) que la doctrina de estas sentencias está hoy desautorizada, tras la reforma de 1987, por la actual redacción del apartado 9 de la ley 83.

10. Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos*

El carácter personalísimo de ciertos bienes y derechos patrimoniales (como los alimentos, las gratificaciones personales, el derecho de disposición del autor sobre la obra en la propiedad intelectual...) o la intransmisibilidad *inter vivos* de algunos derechos (como el uso o la habitación) determinan, escribe FERNÁNDEZ URZAINQUI, su incomunicabilidad entre los cónyuges y la naturaleza privativa de los mismos (238).

(237) «...Conforme al texto legal —se refiere GARCÍA GRANERO al apartado núm. 9 de la ley 83 FN— procede distinguir entre los daños y perjuicios en la persona y los relativos a los bienes.

- a) Daños y perjuicios personales. Tendrán carácter privativo de cada cónyuge las cantidades que haya de percibir por seguros de vida o en razón de indemnizaciones por invalidez, incluso las cantidades que fueren satisfechas por Montepíos o Mutualidades Laborales, así como por la Seguridad Social.
- b) Daños y perjuicios en los bienes. Procede aquí una subdistinción: daños relativos a la propiedad de los mismos bienes (por ejemplo, incendio o ruina de un edificio), en cuyo caso la cantidad a percibir tendrá carácter de privativa del cónyuge propietario; y daños relativos a los frutos pendientes en esos mismos bienes (por ejemplo, incendio o pedrisco de cosechas), en cuyo caso la indemnización a percibir corresponderá a la sociedad de conquistas, siempre que se trate de frutos ya aparentes conforme a la ley 354 del Fuero Nuevo».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 59 y 60.

(238) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 255.

C) *Presunción legal sobre el carácter de conquistas*

De acuerdo con lo dispuesto en el penúltimo párrafo de la ley 82 del Fuero Nuevo, se presumen de conquistas todos aquellos bienes cuya pertenencia privativa no conste, presunción que, como observa GARCÍA GRANERO (239), tiene un doble alcance o proyección: de una parte, todos los bienes se presumen comunes y, de otra, todo gasto o inversión se considera asimismo realizado con cargo al patrimonio común o de conquistas —vertiente esta última que resulta claramente definida en el Derecho aragonés, en el art. 35.2 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen económico-matrimonial y viudedad, con precedentes en el art. 40 de la Compilación aragonesa (240).

La jurisprudencia ha aplicado esta presunción para afirmar, por ejemplo, el carácter de conquistas: i) de las acciones de una sociedad anónima adquiridas constante matrimonio pero cuyo título de adquisición no conste expresamente (STSJ de Navarra, de 30 de marzo de 2002) (241), o ii) el de un inmueble comprado con dinero procedente de una herencia deferida a favor de la compradora (STSJ de Navarra, de 13 de diciembre de 1993), al no haberse acreditado la condición privativa del dinero invertido (242).

(239) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 21.

(240) Artículo 35.2 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero: «La adquisición de bienes de cualquier clase a título oneroso, durante el consorcio, se considerará hecha a costa del caudal común».

(241) De acuerdo con la STSJ de Navarra, de 30 de marzo de 2002, si un cónyuge adquiere las acciones de que era titular su consorte premuerto, sea por liquidación de la sociedad conyugal de conquistas, sea por herencia, sea por ambos títulos, procede reconocer en favor de la compañía mercantil el derecho de adquisición preferente, establecido en los estatutos, como limitación a la transmisibilidad de las acciones a favor de otras personas diferentes de los descendientes del socio fallecido.

(242) La STS de 7 de julio de 1978, con apoyo en esta presunción legal, calificó como bienes de conquistas a las nuevas acciones adquiridas como consecuencia del ejercicio de un derecho de suscripción preferente —derivado de unas acciones privativas de uno de los cónyuges—. Esta doctrina está hoy desautorizada expresamente, tras la reforma del Código Civil en 1981 y por lo dispuesto en el apartado número 6 de la ley 83 del Fuero Nuevo (según redacción dada por Ley Foral 5/1987), que califica de bienes privativos de cada cónyuge «...los adquiridos por derecho de ... suscripción preferente u otro cualquier derecho de adquisición perteneciente a uno de los cónyuges».

Como afirma la STSJ de Navarra, de 30 de marzo de 2002, «...la jurisprudencia anterior a la reforma del régimen económico del matrimonio de 1981, estableció con carácter unánime que las nuevas acciones adquiridas por ampliación o suscripción de nuevas acciones tenían carácter común (STS 4-6-1881, 9-11-1891, 8-11-1893, 14-5-1929, 31-5-1930, 18-4-1934, 23-1-1947, 20-12-1952, 24-11-1960), lo que se reconoce también expresamente respecto a un matrimonio sometido al régimen foral de Navarra en la STS de 7-7-1978; distinguiendo detalladamente la STS 23-1-1947 entre el régimen del usufructo de acciones y el derecho de suscripción preferente, y destacando expresamente la STS de 24-11-1960, la no aplicación a este supuesto del número 4 del entonces

Recuerdan las STSJ de Navarra de 25 de septiembre de 1998 y de 27 de diciembre de 2002 que la presunción legal establecida en el penúltimo párrafo de la ley 82 del Fuero Nuevo es de carácter *iuris tantum*: puede quedar enervada mediante la prueba, directa o indirecta, de alguno de los hechos que determinan el carácter privativo de los bienes (cfr. ley 24 del Fuero Nuevo) (243).

II.5. LAS DEUDAS DE LOS CÓNYUGES: DEUDAS DE CARGO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DE CONQUISTAS Y DEUDAS DE CARGO DE CADA CÓNYUGE

Examinada anteriormente la responsabilidad de los bienes de marido y mujer casados bajo el régimen económico de conquistas por deudas de alguno de ellos o de ambos, es decir, la repercusión externa o frente a los acreedores de tales obligaciones, corresponde ahora analizar la incidencia que las mismas tienen en la relación del deudor con su consorte o, si se prefiere, entre las masas patrimoniales, privativas y de conquista: en definitiva, a efectos de determinar los reembolsos procedentes entre marido y mujer o, si se quiere, cuáles son las deudas que deben «*partirse por medio*» entre ambos, según expresión del Fuero General de Navarra (244). Tendremos ocasión de comprobar que el Fuero Nuevo, para determinar la naturaleza privativa o común de una deuda a estos efectos, no atiende a un criterio subjetivo —basado en el dato de quién figure como deudor en la relación obligatoria— sino a la utilidad o conveniencia que el contenido de la prestación en que consista pueda tener para los intereses de los cónyuges y de la familia. Como afirma FERNÁNDEZ URZAINQUI, las deudas, contraídas individual o conjuntamente por los cónyuges, en función de la razón que las motiva o el interés —familiar

vigente artículo 1.396 del Código Civil y de los derechos de subrogación y accesión propugnados por cierto sector doctrinal. Por lo que el artículo 1.352 del Código Civil ha de calificarse de una innovación legislativa, introducida en 1981, si bien fundada en una corriente que sostenía la mayor separación y gestión autónoma de los cónyuges en el matrimonio, que en cualquier caso no puede aplicarse retroactivamente, como con carácter incidental se ha establecido por alguna jurisprudencia (STS 15-6-1982...). Y la aplicación a Navarra de este régimen con anterioridad a 1981, resulta de la remisión genérica que en materia de régimen económico del matrimonio se hacía al derecho común por la ley 91 FNN anterior a la reforma de 1987, como expresamente se resuelve en la citada STS 7-7-1978».

(243) Ley 24 del Fuero Nuevo: «Presunciones. Las presunciones establecidas en esta Compilación se considerarán *iuris tantum*, salvo que la Ley excluya expresamente toda prueba en contrario».

(244) Fuero General de Navarra, 4,1,1: «*Et si los podieren abenir bien; et si nó pártanlos en esta manera: el marido que haya sus heredades et eylla las suyas, et si ovieren alguna heredad comprada ó ganada, que partan por meyo; et el mueble et las deudas, otrosí, que partan por medio*».

o particular— a que responden, pueden ser de cargo de la sociedad conyugal o privativas de uno de los cónyuges, dependiendo de esta circunstancia que sea el patrimonio común o el personal de este último el que definitivamente haya de hacer frente a su pago o tenga que reintegrar su importe al patrimonio que lo desembolsó (245).

A) *Deudas de cargo de la sociedad conyugal de conquistas*

Son de cargo de la sociedad de conquistas los gastos y obligaciones siguientes (ley 84.1 FN) (246):

(245) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 257.

(246) La ley 84 del Fuero Nuevo ha sido redactada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril. Su contenido se regulaba en la ley 85 del Fuero Nuevo de 1973: «Cargas. Son de cargo de las conquistas el pago de la dote necesaria, conforme a la ley 120 de esta Compilación, y todas las atenciones que para la sociedad de gananciales establecen los artículos 1.408 a 1.411 del Código Civil; pero el sostenimiento de los descendientes legítimos de anterior matrimonio de cualquiera de los cónyuges sólo estará a cargo de las conquistas cuando no se hizo la partición y entrega de bienes a que se refiere la ley 105».

Pueden señalarse como sus precedentes históricos los siguientes textos:

- Fuero de Pamplona, 42: «(Si mor lo marit, l'enterrament que se faça del común): Quant marit e muyller sian (aiustatz) leyalment, et l'un d'els mor, perfor, totes despenses que se faran sobre lo cors entroa que sia enterrat, de común, deuen esser. Et si altres despenses y conuen far despuys, de la part del mort se deuen pagar, ni si's uol, lo que romayn uiu non i dara res del son».
- Fuero de Tudela, 24: «(Demul le r casada que non responda por deuda ni comanda si no es ostallera): Si alguna muller que non sia ostalera o mercadera face deuda o prende comanda sines sabiduria de su marido, non sia tenido el marido de responder en juicio; por fuero dele una pescoçada en la cort e son quitos anbos de la deuda o comanda. Et si es ostalera o mercadera deue responder a la deuda o comanda».
- Fueros de la Novenera, 122: «(Defer casa): Todo ombre que faga casa en plaça de su muller, el uarón deue emendar a bien uista de dos bonos ombres o la quarta part de las casas».
- Fuero Reducido, 3,10,1: «(De las mesiones que se hacen por el sobreviiente quando el marido o la muger muere): Si estando el marido y la muger casados ensemble, aconteçe que el vno dellos muere, las espensas y supliemiento del finado asta que el cuerpo sea enterrado se deben haçer de los bienes comunes del finado y del viuo, habiendo entre ellos bienes comunes. Pero si no hubiere bienes comunes de entre ellos, agase la espensa de los bienes del muerto. Pero si otras espensas obieren de haçer a causa del muerto, aquellas se deben hacer sobre la parte que es del muerto porquel viuo que quedara no es obligado de dar ni contribuir de lo suyo si no quisiere. Empero si el viuo hiciere vestidos de luto, aquellos debe hacer de lo propio suyo, y no de los bienes del difunto».
- Fuero Reducido, 3,2,11: «(Heredadde la muger casada que tenía antes que fue casada, no es obligada a deuda que su marido aga si ella no es compresa en la

1. El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes, así como de los hijos de anterior matrimonio de uno de los cónyuges si éste no hubiere hecho la partición y entrega de bienes a que se refiere la ley 105

Se trata de deudas de inexcusable cumplimiento para ambos cónyuges, obligaciones a las que se refiere también el primer párrafo de la ley 54 del Fuero Nuevo.

Precisa GARCÍA GRANERO (247) que esta norma debe ser puesta en relación con la ley 63 del Fuero Nuevo (248), en cuanto a los deberes de la patria potestad, en el sentido de interpretar que los hijos cuya alimentación y educación están a cargo de las conquistas son sólo los hijos menores no emancipados, aunque también habrá que considerar comprendidos en ella a aquellos hijos que, según el artículo 142 del Código Civil (249), se hallaren en situación legal de pedir alimentos, a pesar de haber alcanzado la mayoría de edad.

Recuerda la STSJ de Navarra, de 24 de abril de 2002, la improcedencia de fijar un plazo para la pensión alimenticia a favor de los hijos establecida en una sentencia de separación matrimonial; dicha obligación está sometida al principio *rebus sic stantibus*, de modo que su limitación, suspensión o supresión debe hacerse en función de la alteración sobrevenida de las circunstancias.

carta). Si alguna muger casada ouiere alguna heredad ante que ella casare con su marido según fuero, por nenguna deuda que el marido aya si la muger no esta en la carta nombrada, no pueden ser aquellas heredades que son propias della executadas ni vendidas por deuda quel marido deba, pero pague el marido sus deudas de lo propio suyo».

(247) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, **pág.** 68.

(248) Ley 63 del Fuero Nuevo: «Titularidad y contenido. La patria potestad sobre los hijos menores no emancipados y sobre los incapacitados corresponde conjuntamente al padre y a la madre y comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, corregirlos razonable y moderadamente y procurar su debida formación...»

(249) Artículo 142 del Código Civil. «...Los alimentos comprenden la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable».

Artículo 152 del Código Civil: «Cesará también la obligación de dar alimentos: ...3.º Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia... 5.º Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa».

2. Los gastos ordinarios y extraordinarios de la administración de los bienes comunes

Estos gastos, subraya FERNÁNDEZ URZAINQUI (250), son de cargo de la masa consorcial no sólo cuando hayan sido contraídos mediante una actuación conjunta de ambos cónyuges sino también cuando lo hayan sido por uno de ellos en el ejercicio de las facultades de administración conferidas al mismo voluntariamente (en capitulaciones matrimoniales o en otra escritura pública) o en algunos de los supuestos de legitimación individual que, como excepción a la cogestión del patrimonio común, establece la ley 86 del Fuero Nuevo.

3. Los gastos ordinarios de la administración de los bienes privativos de los cónyuges

A diferencia de los gastos de administración de los bienes comunes, los derivados de la gestión de los privativos son únicamente de cargo de la sociedad conyugal en cuanto sean ordinarios, concepto que incluye —escribe FERNÁNDEZ URZAINQUI— (251) los habituales gastos de producción, conservación y disfrute, pero no los de transformación, reconstrucción y reparación, cuando el coste de ésta rebase el comúnmente requerido para su normal conservación.

4. Los gastos de la explotación regular de los negocios o los ocasionados por el ejercicio de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge

La STSJ de Navarra, de 26 de enero de 1991, declara que no puede entenderse comprendida en los gastos de la explotación regular de los negocios de un cónyuge la fianza, por deudas futuras, constituida no sólo en favor de sociedades familiares sino también en favor de un hermano cuyo endeudamiento no consta relacionado con los negocios en que aquel cónyuge participaba.

Observa GARCÍA GRANERO (252) que el fundamento para considerar de cargo de las conquistas a estos gastos —así como también a los previstos en el apartado anterior de esta ley 84— debe buscarse en el hecho de que tales obligaciones son la contrapartida natural a la atribución a la sociedad conyu-

(250) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 258.

(251) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 259.

(252) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 69.

gal de conquistas de los frutos y rendimientos de los bienes comunes y de los privativos, así como de los bienes ganados durante el matrimonio por el trabajo u otra actividad de cualquiera de los cónyuges (vid. ley 82 FN, apartados núms. 4 y 5).

5. Los gastos necesarios causados en litigios que ambos cónyuges sostengan contra tercero, o por uno solo si redundan en provecho de la familia

El provecho o beneficio para la familia, cualquiera que éste sea, constituye el punto de referencia para que los gastos procesales derivados de actuaciones individuales de uno de los consortes —como actor, como demandado o en cualquier otro concepto— sean considerados de cargo de la masa consorcial. Esta norma también será de aplicación a las obligaciones derivadas de procedimientos administrativos y de jurisdicción voluntaria; a mi juicio, es suficiente que el procedimiento, el expediente o la actuación procesal o administrativa se inste o lleve a cabo en provecho o interés de la familia, cualquiera que sea el resultado final —favorable o adverso a dichos intereses— de aquéllos (excluidos, claro está, los supuestos de mala fe del cónyuge actuante).

6. Las obligaciones contraídas por uno cualquiera de los cónyuges conforme a la ley 54

A juicio de GARCÍA GRANERO y de FERNÁNDEZ URZAINQUI (253), la genérica e imprecisa remisión que hace la ley 84.1.6 debe entenderse circunscrita de manera residual a las obligaciones comprendidas en los párrafos primero y tercero de la ley 54 del Fuero Nuevo; en particular, matiza FERNÁNDEZ URZAINQUI, a las que rebasen el ámbito de las cargas familiares enunciadas en la ley 84.1.1, por referirse al auxilio debido entre cónyuges o a otras personas distintas de los hijos.

(253) «...Mas, por el contrario la remisión resulta inexacta en relación al supuesto del apartado segundo de la ley 54 (actos realizados por uno solo de los cónyuges en cumplimiento de obligaciones voluntariamente aceptadas), salvo que se tratare de actos en provecho común de ambos cónyuges o en interés de la familia (así se deduce del criterio establecido por la ley 84.1 en sus números 5 y 7 antes mencionados)».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 68 y 69.

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 257 y 258.

7. Las obligaciones extracontractuales de los cónyuges derivadas de actuaciones realizadas en interés de la sociedad de conquistas o con beneficio para ella, en el ámbito de la administración de los bienes comunes

Escribe GARCÍA GRANERO (254) que a la sociedad de conquistas pertenecen los bienes determinados en la ley 82; por tanto, según el número 2 de la ley 84.1 son de su cargo los gastos ordinarios y extraordinarios de la administración de los bienes comunes y a este mismo fundamento responden también las disposiciones de los números 5, 6 y 7.

B) *Deudas de cargo de cada cónyuge*

Conforme a lo dispuesto en la ley 85 del Fuero Nuevo (255), son de cargo de cada cónyuge los gastos y obligaciones siguientes:

1. El sostenimiento, alimentación y educación de los hijos de anterior matrimonio de uno de los cónyuges cuando se hubiere hecho la partición y entrega de bienes, si procediere, conforme a la ley 105 (256)

Recuerda FERNÁNDEZ URZAINQUI (257):

— Que la liquidación a que se refiere la ley 105 del Fuero Nuevo no será procedente en los supuestos enumerados en la ley 107 (258), es decir,

(254) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 68.

(255) La redacción actual de la ley 85 del Fuero Nuevo procede la reforma de 1987. Puede señalarse como antecedente remoto de la misma, además de los textos citados a propósito de los orígenes de la ley 84, el Fuero Reducido, 3,4,2: «(Como la muger por el delicto de su marido no debe ser justiciada ni tampoco perder sus bienes): Nenguna muger debe ser justiciada en su persona por el delicto o mal que su marido aya echo, y por maleficio o qualquiere delicto que el marido hiciere, la muger no debe perder sus bienes ni su derecho, antes le deben ser saluos sus bienes y aun sus arras. Y si hubiere heredades conquistadas o muebles/que fueren de los dos, deben ser partidas en dos partes ansi las heredades como el mueble, y echa/partición la muger debe llebar por su drecho la mitad dellos».

(256) El Proyecto de 1983 se refería a las obligaciones derivadas de «...la alimentación, educación y demás gastos inherentes a la paternidad de los hijos de anterior matrimonio de uno de los cónyuges...»

(257) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 263.

(258) Ley 105 del Fuero Nuevo: «Liquidación de sociedad de anteriores nupcias. El padre o madre que contrajere segundas o ulteriores nupcias deberá practicar, conjunta-

en los casos de sucesión universal de un cónyuge por el otro e inexistencia de bienes apreciables en el matrimonio disuelto): serán entonces de exclusivo cargo del cónyuge bínubo las obligaciones de sostenimiento, alimentación y educación de los hijos de anterior matrimonio.

- Y que la ley no supedita la exigibilidad de la obligación alimenticia al sometimiento de los hijos a la patria potestad del bínubo, ni a su convivencia con él, siendo bastante al efecto que aquéllos se encuentren en situación legal de reclamar alimentos conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil.

2. La alimentación y educación de los hijos no matrimoniales de uno cualquiera de los cónyuges (259)

A estos efectos, afirma FERNÁNDEZ URZAINQUI (260), han de quedar asimilados a los hijos no matrimoniales los adoptados por un solo cónyuge, cuando no lo sean ya por naturaleza o adopción de su consorte, siendo indiferente que la adopción haya tenido lugar constante matrimonio y haya sido, como es preceptivo ex artículo 177.2.1.º del Código Civil, asentida por el cónyuge del adoptante.

3. Las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges sin el consentimiento del otro cuando no sean de cargo de la sociedad de conquistas conforme a las leyes 54 y 84

No existe en Derecho Civil navarro, como tampoco en Derecho Civil común, una presunción general de consorcialidad de las deudas contraídas por los cónyuges (261). La regla general establecida en este apartado afirma, por

mente con sus hijos o descendientes de matrimonio anterior, la liquidación de la sociedad conyugal di suelta y hacerles formal y efectiva entrega de los bienes que les correspondan. Los hijos menores no emancipados serán representados por el defensor judicial».

Ley 107 deJ Fuero Nuevo: «Excepción. No será aplicable lo dispuesto en las leyes anteriores en los casos siguientes: 1. Si al fallecimiento de un cónyuge, el sobreviviente fuese único y universal heredero de aquél. 2. Si al tiempo de disolución de la sociedad conyugal no existieren bienes apreciables en base a los cuales se haya obtenido alguna ganancia durante el matrimonio posterior. La inexistencia de bienes se hará constar por el cónyuge bínubo en acta notarial o en acto de conciliación, con notificaciones o citación de los interesados o de sus legítimos representantes».

(259) El Proyecto de 1983 hacía alusión a la «...alimentación, educación y demás gastos inherentes a la paternidad de los hijos no matrimoniales de uno cualquiera de los cónyuges».

(260) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUÍ, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 263.

(261) En contra, aun cuando matizadamente, se manifiesta GARCÍA GRANERO: «...En justa correspondencia a esta presunción legal a favor del patrimonio común (en cuanto

el contrario, que las deudas de uno solo de los consortes serán, en principio, de cargo exclusivo de su patrimonio, salvo que se trate de alguna de las deudas a que se refieren las leyes 54 y 84 del Fuero Nuevo. La remisión hecha a la primera de dichas leyes ha de considerarse efectuada a su párrafo primero, ya que el segundo no define carga alguna común a ambos cónyuges, sino el alcance de la responsabilidad patrimonial derivada de ciertas obligaciones —como pone de relieve FERNÁNDEZ URZAINQUI (262) respecto del párrafo segundo de la ley 54 del Fuero Nuevo, argumento que a mi juicio es igualmente válido para la interpretación del párrafo tercero y último de dicha ley.

4. Lo perdido y pagado en juego por cualquiera de los cónyuges, o lo perdido y no pagado en los juegos en que la ley concede acción para reclamar lo que se gane

Observa FERNÁNDEZ URZAINQUI (263) que, no obstante integrarse en las conquistas lo ganado en juego por cualquiera de los cónyuges (ley 82.4), el Fuero Nuevo declara privativas del cónyuge que las hubiera contraído las

a la atribución de bienes), parece habría que deducir paralelamente otra presunción correlativa en orden a la imputación a la sociedad de conquistas de todas aquellas obligaciones que no aparezca acreditado son de cargo de los bienes privativos del marido o de la mujer. Lo cierto es que, en el Fuero Nuevo, no hay explícita una presunción en el sentido indicado. Sin embargo, pienso que del contexto del Fuero Nuevo cabe deducir tal presunción, siquiera no pueda ser formulada en términos tan rotundos, sino con ciertas atenuaciones:

- a) *La presunción de que las obligaciones son de cargo de la sociedad de conquistas resulta evidente en todos los casos en que ambos cónyuges actúan conjuntamente en gestión de intereses comunes, y también, aun cuando actúe uno solo, si es en ejercicio de la potestad doméstica o en cumplimiento de obligaciones legales comunes a ambos (ley 54).*
- b) *Y la misma presunción debe considerarse sobreentendida en todos los supuestos en que las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges redundan en provecho de la familia o en interés de la sociedad de conquistas (ley 84.1, núms. 5, 6, y 7). La cuestión última a dilucidar aquí es si incumbirá al cónyuge interesado la carga de probar el provecho o interés común, o si, por el contrario, tal circunstancia deberá ser presumida salvo prueba en contrario.*

En definitiva, opino que, aun cuando no con la fuerza de la presunción iuris tantum de la ley 82 respecto a la atribución de bienes a la sociedad de conquistas, análogamente deberá presumirse que son de cargo del patrimonio común las deudas contraídas por los cónyuges o por uno solo de ellos. En este último supuesto, la presunción quedará destruida cuando exista disposición legal o cualquier prueba en contrario».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 74 y 75.

(262) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 264 y 265.

(263) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 263 y 264.

deudas de juego, en contemplación a los efectos generalmente perniciosos de esta actividad para la economía familiar, siempre que se trate de:

- Deudas de juego satisfechas, respecto de las cuales el Fuero Nuevo (a diferencia del Código Civil) no hace salvedad alguna en consideración al importe moderado de las pérdidas con arreglo al uso y circunstancia de la familia: resultaría no obstante exagerado, afirma, dispensar este tratamiento a las cantidades módicas regular y periódicamente aplicadas a juegos o apuestas de amplia difusión que, respondiendo a una generalizada práctica social, son de ordinario gastadas con el consentimiento y la aquiescencia del consorte.
- Deudas de juego no satisfechas, pero susceptibles de reclamación: a pesar del tenor literal del artículo 1.798 del Código Civil (264), la vigente normativa del juego ha impuesto una interpretación del precepto acorde a la nueva realidad jurídica y social de esta actividad que ha conducido a la jurisprudencia a reputar exigibles las deudas originadas en juegos de suerte, envite o azar declarados legales (STS de 23 de febrero de 1988, 9 de octubre de 1993 y 30 de enero de 1995).

Para finalizar la exposición de las deudas de cargo de los bienes privativos, recordemos con GARCÍA GRANERO (265) que también merecen tal consideración, a pesar del silencio de la ley 85 FN, tanto los gastos extraordinarios por razón de bienes privativos como los que excedan de la explotación regular de los negocios de uno de los cónyuges o del normal ejercicio de su profesión, arte u oficio, como se desprende con absoluta certeza de lo dispuesto en la ley 84.1, apartados números 3 y 4.

II.6. LA ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE LOS BIENES DE CONQUISTA

Conforme a lo dispuesto en el primer párrafo de la ley 86 del Fuero Nuevo (266):

(264) Artículo 1.798 del Código Civil: «La ley no concede acción para reclamar lo que se paga en un juego de suerte, envite o azar; pero el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente, a no ser que hubiese mediado dolo, o que fuera menor, o estuviera inhabilitado para administrar sus bienes».

(265) «...No cabe desconocer que esa diferencia entre administración ordinaria y extraordinaria puede resultar más que dudosa y, en muchas ocasiones, de difícil determinación. A salvar tal dificultad puede ayudar la presunción, antes indicada, en orden a considerar los gastos como cargas de la sociedad de conquistas».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 76 y 77.

(266) La ley 86 del Fuero Nuevo ha sido redactada por la Ley Foral 5/1987. Como antecedentes históricos de la misma pueden señalarse los siguientes textos, que pueden clasificarse, siguiendo a GARCÍA GRANERO, del modo siguiente:

- a) *La administración y disposición de los bienes de conquista se regirá por lo pactado en capitulaciones matrimoniales o en escritura pública*

Como afirma FERNÁNDEZ URZAINQUI, en consonancia con el esencial principio de libertad civil proclamado en la ley 8 FN —«*las leyes se presumen dispositivas*», prevaleciendo sobre ellas la voluntad unilateral o contractual de los interesados —y conforme al principio *paramiento fuero vienze*, sanciona-

- a) Fueros locales que exigen la codisposición de ambos cónyuges para vender, permutar o, en cualquier otra forma, enajenar o gravar no sólo las heredades comunes o de conquista sino, incluso, las privativas (tanto de la mujer como del marido):
- Fuero de Jaca-Pamplona, S 37: «*Que ningún non uenda hereditat sez sa muyller. Nuyll infançonni altre omne puyt que aya muyller, ela biuent, sens mandament et la uoluntat de sa muyller non pot uendre ni empeynnar nin cambiar ni donar ni alienar en ninguna manera hereditat ninguna que a els pertaynga, si uol aya criatura, si uol no aya criatura. Aquest medeysfor es de la muyller*».
 - Fuero de Viguera y Val de Funes, 315: «*Otrosí, el marido sin otorgamiento de la muger, nj la muger sin otorgamiento del marido, las heredades suyas propias nj de su auolorio nj moble non puede empeynnar, nj cambiar, nj por ninguna manera ajenar, et en todos sus mejoramientos haurá pan. Pero el vno empues la muert del otro puede empeynnar sus heredades propias o de su patrimonio sin partición fecha con los herederos del marido o de la muger; pero non puede del moble o mejoramiento de hereditat sin ninguna partición de herederos fecha*».
- b) Fueros locales y textos de Derecho territorial que: i) atribuyen la administración de los bienes de conquista al marido, a salvo la capacidad de la mujer para actuar, dentro del ámbito de su potestad doméstica, hasta la cuantía que los fueros fijan como límite para atender a los gastos ordinarios de la casa; ii) limitan el consentimiento conjunto de marido y mujer a los actos de gravamen y enajenación de los bienes inmuebles de conquista; iii) no establecen limitación alguna para que el marido, por sí solo, pueda disponer de sus bienes propios, y iv) exigen la licencia marital para la enajenación o gravamen de las heredades propias de la mujer:
- Fuero de Estella, II,11,10: «*Et si maritus facit donatium absque auctorizamento mulieris de hoc quod pertinet mulieri, non ualebit; sed si facit donatium de hoc quod sibi pertinet, ualebit*».
 - Fuero de Jaca-Pamplona, S 200: «*De maleuta de muyller casada. Ninguna muyller casada non deue maleuar sen sabiduria et otorgament de son marit, magera ben pot maleuar dos aroes de forment o de fariña o la ualia para maniar en casa. Et si por auentura maleuas mas la muyller, lo marit non sabent et otorgant, non sia tengut altra deuda ninguna pagar sal una roa de bren*».
 - Fuero de la Novenera, 71: «*De muiller casada. Nuylla muyller que aya marido a bendición non ha poder de uender ni de empeynnar hereditat ni fer feyto ninguno amenos de su marido*».
 - Fuero de la Novenera, 221: «*De hereditat de patrimonio de muiller. Nuill ombre que muiller aya a bendición, por hereditat de patrimonio de su muiller non puede dar ferme, mas por todo mueble si da ferme, uale*».
 - Fuero de Viguera y Val de Funes, 404: «*De compra de muger menos de su marjdo. Et la muger sin su marido, et eyll sin eilla, fiziere compras o mejo-*

do en la ley 7 FN, ninguna duda puede ofrecer el carácter dispositivo y consiguientemente derogable por la voluntad en contrario de la normativa legal reguladora del régimen de conquistas: en capitulaciones matrimoniales o en otra escritura pública (cfr. ley 79 FN) con limitado alcance a un bien o conjunto de bienes determinado, los cónyuges pueden acentuar sobre las previsiones generales de la ley su coparticipación en la gestión o limitarla en beneficio de una más amplia legitimación individual, de uno u otro cónyuge, o de ambos indistintamente, mediante la atribución de una legitimación

ramiento en su vida, si de mueble o de rayzfuere, non puede el vno al otro apartar de la cosa en vida nj en muert».

- Fuero General de Navarra, 3,12,14: *«En coal manera debe pregonar fidalgo que quiere vender su heredit, et quales heredades non pueden vender sen voluntad de su muyller ... Empero si fuere casado, non puede vender las arras de su muyller á menos de otorgamiento, nin lo que comprare ó ganare con eylla, nin lo que viene de parte deylla. Et la muyller que ha marido, non puede vender heredit suya, ny ayllendar, ni fer maliuta, ni fianzería, si non quauto valia de un rovo de salvado».*
- Fuero General de Navarra, 4,1,5: *«Quauto puede mayllevar muger casada. Nuylla muyller casada non puede mayllevar sines sabiduria ó ayorgamiento de su marido, empero bien puede mayllevar dos rovos de fariña o dos robos de trigo ó la valia para comer en casa. Et si por aventura mas mayllevasse la muger non sopiendo el marido, non sea tenido de pagar otra deuda ninguna, sacando un rovo de salvado el marido».*
- Fuero Reducido, 3,1,3: *«Como la muger casada no puede dar heredamiento sin liçençia y consentimiento de su marido. Ninguna muger casada no puede dar heredamiento sin mandamiento y liçençia de su marido, pero ella bien puede reçibir si le dan heredamiento o mueble».*
- Fuero Reducido, 4,9,12: *«En que manera el hidalgo que quiere vender su heredit debe pregonarla ... Otrosí si fueren casados marido y muger, el marido no puede vender las arras de su muger sin consentimiento de su muger, ni puede vender cosa que con ella ha comprado y ganado, ni otra cosa alguna que venga de parte de ella. Y la muger casada no puede vender y agenar heredad suya ni entrar en fianza ni tomar prestada cosa que pase cantidad o valia del preçio de un robo de trigo».*

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 80 a 83.

La redacción originaria de la ley 86 en el Fuero Nuevo de 1973 era la siguiente: «Administración. Salvo pacto en contrario, la administración de los bienes de conquista corresponde al marido. Enajenación o gravamen. a) A título oneroso. Asimismo corresponde a éste la disposición Ínter vivos y a título oneroso de los bienes de conquista. Sin embargo, el marido no puede enajenar ni gravar bienes conquistados inmuebles, establecimientos industriales o mercantiles o sus elementos esenciales, sin consentimiento de la mujer. Aunque ésta fuere menor de edad podrá dar su consentimiento por sí sola; si se hallare legalmente incapacitada, se requerirá la autorización del Consejo de Familia. Cuando no se dé el consentimiento o autorización, podrán ser suplidos por el Juez, quien resolverá previa información sumaria con citación de las partes. b) A título lucrativo. Para enajenar o gravar a título lucrativo bienes de conquista se precisará el consentimiento conjunto de ambos cónyuges. Sin embargo, el marido por sí solo podrá hacer donaciones moderadas para fines de piedad o beneficencia»

solidaria. La autonomía de los cónyuges, concluye, no tiene otros límites que los derivados en general de la ley 7 FN, por lo que la moral y el orden público se opondrían a cualquier estipulación contraria a las exigencias de la institución matrimonial o de la dignidad personal de cualquiera de los cónyuges (267). A juicio de GARCÍA GRANERO: i) la adición «...o *en escritura pública*» introducida por la Ley Foral 5/1987, no tiene valor ni trascendencia alguna: el modo de administración y disposición de los bienes de la sociedad de conquistas sólo puede ser ordenado en capitulaciones matrimoniales o en posteriores escrituras modificativas o novatorias de aquéllas y que, en realidad, forman parte del conjunto de los capítulos, y ii) entre las variaciones que los cónyuges pueden convenir cabe señalar los pactos por los que se amplía la actuación individual del marido y de la mujer, de modo que cada uno de ellos por sí, solidaria e indistintamente, pueda realizar actos para los cuales se requeriría la disposición o actuación conjunta de ambos (por ejemplo, la enajenación o gravamen de bienes inmuebles conquistados) o los pactos por los que sea convenida la necesidad de disposición conjunta de ambos respecto de actos que, según ley, podrían realizar indistintamente cada uno (por ejemplo, la disposición de dinero o de títulos-valores de conquista que figuren como de titularidad de uno solo de los consortes) (268).

- b) *En defecto de pacto corresponderá a ambos cónyuges conjuntamente, sin perjuicio de lo establecido en los apartados siguientes*

La atribución legal de la coparticipación de ambos consortes en la gestión de la sociedad conyugal de conquistas, observa FERNÁNDEZ URZAINQUI, es acorde con el principio constitucional de igualdad o paridad jurídica de marido y mujer, sin discriminación por razón de sexo (arts. 14 y 32 CE) y supone el llamamiento conjunto de uno y otro al ejercicio de las funciones de gestión de la sociedad conyugal, tanto en lo relativo a la disposición de los bienes comunes como en lo concerniente a su administración, sin la preeminencia que el Derecho anterior a la reforma de 1987 confería al marido (269). No obstante, recuerda GARCÍA GRANERO que según los fueros locales y territoriales navarros (Fuero de Viguera y Val de Funes, Fuero de Jaca-Pamplona, Fuero General de Navarra y Fuero Reducido) citados como precedentes de la ley 86 FN, para la enajenación y gravamen de bienes inmuebles de conquista

(267) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 269.

(268) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 87 a 89.

(269) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 269.

era preciso el consentimiento de ambos cónyuges: esta norma, escribe, fue mantenida y observada en la práctica jurídica navarra hasta la desafortunada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 19 de enero de 1893, que declaró aplicable en Navarra el artículo 1.413 del Código Civil que —según su redacción originaria— facultaba al marido para enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales sin el consentimiento de la mujer: sólo la posterior reforma de dicho artículo 1.413 del Código Civil (por Ley de 24 de abril de 1958), al exigir el consentimiento de la mujer o en su defecto autorización judicial, para que el marido pudiera disponer de los inmuebles gananciales, supuso el restablecimiento del Derecho histórico foral —que criterio que también fue reconocido en la redacción inicial de la ley 86 Fuero Nuevo, que estableció claramente la necesidad del consentimiento de la mujer para la enajenación o gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales o sus elementos esenciales, como excepción a la norma general que confería al marido la administración y disposición de los bienes de la sociedad conyugal de conquistas— (270).

El consentimiento dual de ambos cónyuges es necesario, como regla general, para todos los actos y negocios de administración y disposición de los bienes que integran la masa consorcial y podrá prestarse:

- Conjuntamente y en un solo acto por ambos cónyuges, o en distintos momentos por cada uno de ellos.
- Con carácter simultáneo al acto o negocio de gestión o disposición u otorgado previamente (con carácter revocable o irrevocable) (271) o con posterioridad al mismo.

(270) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 83 y 84.

(271) Por lo que se refiere a la revocación del consentimiento anticipado habrán de tenerse en cuenta las leyes 60 y 81 del Fuero Nuevo:

- Ley 60: «Consentimiento. *El marido y la mujer pueden prestarse el consentimiento para uno o varios actos o en términos generales. El acto por el que se concedan anticipadamente el consentimiento será revocable, a no ser que se haya otorgado en capitulaciones matrimoniales. Los cónyuges pueden otorgar, uno a favor del otro o ambos recíprocamente, poderes con las facultades que tengan por conveniente, para uno o varios actos, o en términos generales. Estos poderes serán siempre revocables.*».
- Ley 81 del Fuero Nuevo: «Modificación. *Las capitulaciones matrimoniales podrán ser modificadas en cualquier momento, siempre que se observe la forma establecida en la ley 79 y presten su consentimiento los cónyuges o prometidos y los demás otorgantes que vivan al tiempo de la modificación, en cuanto afecte a los bienes y derechos concedidos por estos últimos o recibidos por ellos. Fallecido o incapacitado uno de los cónyuges, las capitulaciones no podrán ser modificadas. Incapacitado alguno de los que ordenaron la institución, donación, dote o dotaciones, se suplirá o complementará su consentimiento con arreglo al ordenamiento*

- Individualizadamente para un acto o negocio o con carácter general, para todas o algunas actuaciones de administración o disposición.
- Expresa o tácitamente, inferido de actos o signos inequívocos (STSJ de Navarra de 26 de enero y de 29 de octubre de 1991) (272).

Observa FERNÁNDEZ URZAINQUI (273) que la formulación de la conjunción en la gestión como regla hace de ella una exigencia que, en su misma generalidad, es predicable en cuantos casos no se halle establecida o proceda la legitimación individual, aun cuando también se establece positivamente en la ley 86 FN la necesaria participación de ambos cónyuges para determinados actos de disposición: tal sucede, como veremos, con la enajenación o gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, sus elementos esenciales u objetos de valor extraordinario comunes —que el número 3 de dicha ley presupone sujetos al consentimiento de ambos cónyuges— y con los actos de disposición a título lucrativo de bienes de conquista, para los que el número 5 declara no sólo necesario, sino también insustituible por resolución judicial, el consentimiento de marido y mujer.

Al supuesto de que ambos cónyuges o uno de ellos fuese menor de edad, se refiere el número 3 de la ley 86 del Fuero Nuevo:

«Si los dos cónyuges fueran menores será necesaria la asistencia de sus padres o, en su caso, de los Parientes Mayores o del curador para la enajenación o gravamen de inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, sus elementos esenciales u objetos de valor extraordinario comunes. No será necesaria la asistencia a que se refiere el párrafo anterior si sólo uno de los cónyuges es menor, bastando en tal caso el consentimiento de ambos (ley 86.3 FN)».

Recordemos que el matrimonio —que sólo podrá celebrarse con dispensa del Juez del Primera Instancia, con justa causa y a instancia de parte— produce

jurídico. Se exceptúa de lo prevenido en esta ley las estipulaciones que por pacto expreso o por su naturaleza sean revocables. Los pactos sucesorios recíprocos entre cónyuges podrán ser modificados o revocados por éstos sin necesidad del acuerdo de los demás otorgantes de los capítulos».

(272) La STSJ de Navarra, de 29 de octubre de 1991, se refiere a unos cónyuges que construyeron un edificio —bien de conquista— con la finalidad de vender sus viviendas y locales, gestionando el marido tales actuaciones y limitándose su mujer a acudir al Notario para otorgar las escrituras correspondientes cuando así se lo indicaba su consorte, hechos de los que se desprende que existió al menos un consentimiento tácito de la esposa a la venta concertada por su cónyuge y pendiente de formalización en escritura pública, aplicando una presunción plenamente aceptada por el Tribunal Supremo en sus sentencias —citadas en dicha Resolución— de 12 de mayo de 1979, 11 de noviembre de 1980 y 8 de noviembre de 1983.

(273) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 270.

la emancipación de los menores contrayentes (arts. 46.1.º, 48 y 314.2.º del Código Civil). El número 3 de la ley 86 FN modaliza —en el caso de que ambos cónyuges sean menores y únicamente respecto de la gestión y administración de los bienes consorciales, no de los bienes privativos de marido o mujer— el régimen general de capacidad patrimonial del menor emancipado que resulta de lo dispuesto en la ley 66 FN (274). La asistencia, que deberá prestarse asintiendo a cada acto que la requiera en particular y no de manera general, observa RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN al interpretar la citada ley 66 FN (275), han de proporcionarla preferentemente los padres, pero —a diferencia del art. 323 del Código Civil que la atribuye a ambos progenitores— en el Fuero Nuevo bastará la otorgada por cualquiera de ellos, lo que no evitará la necesidad de acuerdo entre los mismos ya que, en caso de discrepancia entre ambos, la asistencia corresponderá a los Parientes Mayores (cfr. ley 138 FN). GARCÍA GRANERO interpreta —no obstante lo dispuesto en general por la ley 66 FN— que respecto a cada esposo menor de edad deberán actuar el padre y la madre (o sólo el sobreviviente) (276). No existiendo los padres, será la persona designada como curador (cfr. arts. 286 y 288 del Código Civil) quien tenga que asistir al menor emancipado y en caso de conflicto de intereses del emancipado con cualquiera de los llamados a prestarle asistencia que precisa, procederá el nombramiento de defensor judicial (cfr. ley 64 FN) (277).

- c) *Son excepciones a la administración y disposición conjunta por marido y mujer de los bienes de conquistas, previstas en la propia ley 86 del Fuero Nuevo, las siguientes*

1. *Cuando uno de los cónyuges se hallare impedido para prestar su consentimiento sobre uno o varios actos de administración o disposición de bienes de conquista, o se negare injustificadamente otorgarlo, resolverá el*

(274) Ley 66 del Fuero Nuevo: «...Capacidad del menor emancipado. *El menor emancipado puede realizar por sí toda clase de actos y contratos, incluso comparecer en juicio, excepto tomar dinero a préstamo, enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, o sus elementos esenciales, u objetos de valor extraordinario; para estos actos, al igual que para la comparecencia en juicio que verse sobre los mismos o tenga por objeto bienes de las clases indicadas, requerirá la asistencia de uno cualquiera de sus padres o, en su caso, de los parientes mayores o del curador...*»

(275) JULIA RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 186.

(276) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 100.

(277) GARCÍA GRANERO cree que en defecto de los padres, será indistinta y disyuntiva la actuación bien de los Parientes Mayores bien del curador.

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 100.

Juez (ley 86.1 FN). Se trata de una aplicación concreta del criterio general contenido en la ley 58 FN antes examinado. Recordemos también que conforme a lo dispuesto en la ley 59 del Fuero Nuevo, los actos realizados por uno de los cónyuges sin el necesario consentimiento del otro —y sin habilitación judicial supletoria (cfr. ley 58 FN)— «...podrán ser ratificados por éste o sus herederos, y serán válidos si aquél o éstos no los impugnaren dentro del plazo de cuatro años, a contar del día de la disolución del matrimonio o de la separación legal». Estamos en presencia, por tanto, de actos o negocios anulables (STSJ de Navarra, de 30 de junio de 1994) o mejor, como matiza FERNÁNDEZ URZAINQUI (278), de actos o negocios sometidos a una validez claudicante que deviene definitiva e inatacable con la ratificación —expresa o tácita— del cónyuge cuyo consentimiento se omitió o de sus herederos o con la ausencia de impugnación por ellos en el plazo mencionado —quien en ningún caso se halla legitimado para deducir tal impugnación es el cónyuge vinculado por el acto concluido sin el consentimiento o asentimiento de su consorte—. A juicio de GARCÍA GRANERO, la expresión «...uno de los cónyuges se hallare impedido para prestar su consentimiento» comprende los casos de ausencia no declarada judicialmente (en los que existe imposibilidad material) o los de enfermedad o accidente grave, en los que, sin incapacidad de la persona, momentánea o temporalmente, hay un impedimento físico para ejercer la capacidad, quedando excluidos los supuestos de cónyuge incapaz (aun no incapacitado legalmente) o de cónyuge legalmente declarado ausente, pues estos casos quedan comprendidos en el número 4 de la ley 86 FN (279). Los actos realizados por el cónyuge menor sin la asistencia legalmente exigible serán también anulables (cfr. ley 19.1 FN) (280), sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 50 del Fuero Nuevo (281).

(278) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 270.

(279) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 100 y 101.

(280) Ley 19 del Fuero Nuevo: «Nulidad, anulabilidad y rescisión. Sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 50, son nulas las declaraciones de voluntad emitidas por menores no emancipados o personas que no se hallen en su cabal juicio, las de objeto imposible o inmoral y todas aquellas que estén prohibidas por la Ley. Son anulables las declaraciones viciadas por error, dolo o violencia física o moral grave, pero no podrá alegarse el error inexcusable de hecho o de Derecho. Son rescindibles las declaraciones de voluntad cuando así lo disponga la ley».

(281) Ley 50 del Fuero Nuevo: «Capacidad. La capacidad plena se adquiere con la mayoría de edad al cumplirse los dieciocho años. Los menores de edad que sean púberes tendrán capacidad para los actos determinados en esta Compilación. Se consideran púberes los mayores de catorce años de uno y otro sexo. Los púberes no emancipados pueden aceptar por sí solos toda clase de liberalidades por las que no contraigan obligaciones, aunque aquéllas contengan limitaciones o prohibiciones sobre los bienes objeto de la liberalidad».

Sin embargo, *no podrá suplirse el consentimiento de ninguno de los cónyuges para actos de enajenación o gravamen a título lucrativo de bienes de conquista*, no obstante lo cual, *ambos cónyuges podrán por sí solos hacer donaciones moderadas conforme a la posición de la familia y los usos sociales* (ley 86.5 FN) —el art. 1.378 del Código Civil se refiere a «liberalidades al uso»—. En cuanto a la sanción jurídica de las disposiciones de bienes de conquista a título lucrativo realizadas por uno solo de los cónyuges y que excedan del límite de las donaciones moderadas, opina GARCÍA GRANERO (282):

- Cuando el bien donado sea dinero que se hallare en poder del donante o depositado a nombre de éste, el cónyuge no donante podrá instar judicialmente la reducción y restitución del exceso.
- En otros supuestos, la no codisposición debe ser entendida como causa de nulidad absoluta, impugnabile por el cónyuge no donante, con acción tanto contra su consorte como contra el donatario, por cuanto se trata de un acto en contra de una expresa prohibición legal, salvo que la donación hubiese sido expresamente condicionada, en cuanto su validez, a la obtención del consentimiento del otro cónyuge (en tal caso, la ratificación posterior supondría subsanar el defecto de codisposición).

Conforme a la ley 58 del Fuero Nuevo, el Juez adoptará su decisión a solicitud fundada y previa información sumaria, con citación de ambos cónyuges. Matiza FERNÁNDEZ URZAINQUI que la posibilidad de suplencia judicial del consentimiento de uno de los cónyuges se refiere única y exclusivamente a la titularidad de los bienes de conquista y no a la que pudiera derivarse de otra condición, como el condominio ordinario o por cuotas sobre el bien objeto de disposición (283).

2. *Cualquiera de los cónyuges podrá realizar por sí solo actos de administración sobre bienes o derechos de la sociedad de conquistas y actos de disposición de dinero o títulos valores de igual carácter, siempre que se encuentren en su poder o figuren a su nombre, así como ejercitar los derechos de crédito que aparezcan constituidos a su favor; todo ello, sin perjuicio de los reembolsos a que hubiere lugar* (ley 86.2 FN). Concurriendo alguna de las premisas anteriores, es decir, la posesión o el hecho de figurar a nombre de alguno de los cónyuges, la legitimación individual para la administración

(282) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 102.

(283) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 270.

de bienes de conquista —escribe FERNÁNDEZ URZAINQUI— (284) se extiende a toda clase de bienes y derechos, debiendo entenderse comprendidos en el concepto de administración los actos de gestión dirigidos a la mejor conservación, utilización o explotación de aquéllos, incluyendo en relación con alguno de ellos (automóviles, aperos y maquinaria industrial) su misma reposición o renovación; la distinción entre actos de administración y de disposición —afirma— se inspira aquí, como en la paralela regulación del Código Civil (art. 1.384 del Código Civil) en criterios más económicos que de pura técnica jurídica (cfr. STS de 7 de marzo de 1996): serán actos de administración los actos de gestión ordinaria que no afectan a la sustancia de la cosa o derecho sino sólo a su conservación o común aprovechamiento, y de disposición los que inciden en la sustancia de los bienes o afectan gravemente, de manera duradera o extraordinaria, a su aprovechamiento. Subraya GARCÍA GRANERO que la legitimación para la administración individual resulta deducida tanto de la titularidad formal (bienes o derechos que figuren a nombre de un cónyuge o derechos de crédito, incluso los pignoratícios o hipotecarios constituidos a su favor) como de la posesión material (bienes o derechos que se encuentren en su poder) (285). Respecto al dinero, títulos valores y derechos de crédito, la ley legitima no sólo los actos de administración sino también los de disposición de su poseedor o titular nominal, sin perjuicio de las acciones de reembolso entre consortes; coinciden GARCÍA GRANERO y FERNÁNDEZ URZAINQUI en afirmar que no puede haber duda de la posibilidad de disposición separada del dinero, tanto si se halla en posesión de un cónyuge como si éste es titular único (o cotitular con disposición indistinta) de cuentas corrientes, libretas o cartillas de ahorro u otras cualesquiera imposiciones o depósitos bancarios (286). Matiza GARCÍA GRANERO que el término «títulos-

(284) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 272.

(285) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 90.

(286) «...Con respecto al dinero o títulos valores de igual carácter, la ley va más allá, legitimando los actos de disposición de su poseedor o titular nominal. Es indiferente a tal efecto que el dinero se encuentre bajo la inmediata posesión del cónyuge disponente o en depósito a su disposición, en cuenta propia o conjunta con titularidad indistinta. Los títulos valores pueden ser por su parte nominativos, a la orden o al portador, dependiendo la legitimación de la posesión y en su caso de la mención nominal en el documento como titular o último endosatario. El cónyuge a cuyo favor aparezca constituido un derecho de crédito que haya de reputarse de conquista puede asimismo ejercitar por sí solo las facultades que le asisten en orden a su conservación (art. 1112.1 del Código Civil) y efectiva realización, incluido el ejercicio de las acciones revocatorias y subrogatorias. Su legitimación para el cobro se extiende al cumplimiento de las obligaciones subsiguientes, entre las que figura la cancelación de las garantías constituidas, incluida la hipoteca, aun cuando conste inscrita para la sociedad conyugal (art. 178.5 RH)».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 272.

valores» que la ley 86.2 emplea al fijar el ámbito posible de los actos de disposición por uno solo de los esposos abarca las acciones de sociedades anónimas (siempre que la sociedad esté inscrita en el Registro Mercantil y que estén impresos y entregados los títulos representativos de las acciones —si no están representadas por anotaciones en cuenta—), las de comanditarias por acciones, las obligaciones (simples, pignoraticias o hipotecarias), los títulos de Deuda pública, los bonos, pagarés, letras y cualesquiera otros a los que, por su naturaleza, corresponda tal calificación —hoy, por ejemplo, las participaciones en fondos de inversión—; por el contrario, no deben ser comprendidos otros bienes o derechos sociales como las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada, cuotas de sociedades colectivas o comanditarias simples, cuotas de sociedades civiles (incluidas las de transformación agraria), cuotas de sociedades cooperativas, derechos o participaciones en sociedades irregulares y otros derechos de naturaleza similar (287). Recordemos que, por lo que se refiere a bienes inmuebles, el artículo 94.2 del Reglamento Hipotecario autoriza al cónyuge titular registral de aquellos que figuren en el Registro como presuntamente consorciales a realizar por sí solo, sin consentimiento de su consorte, las agrupaciones, segregaciones, divisiones, declaraciones de obra nueva, constituciones de propiedad horizontal y otros actos análogos y que el artículo 178.5 del mismo Reglamento proclama que bastará el consentimiento del cónyuge a cuyo nombre aparezca constituido el crédito para la cancelación por pago —no por otra causa, por ejemplo, la renuncia— de la hipoteca que lo garantice, incluso aun cuando dicha hipoteca conste inscrita como presuntamente consorcial o para la sociedad conyugal del titular registral (288). Opina GARCÍA GRANERO que la norma del artículo 178.5 del Reglamento Hipotecario será igualmente aplicable —por identidad de razón y con apoyo en lo dispuesto en la ley 65 del Fuero Nuevo— a la extinción de otras garantías reales en seguridad del pago de créditos como, por ejemplo, reservas de dominio, condiciones resolutorias explícitas o prohibiciones de disponer (289).

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 92 y 93.

(287) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 93 y 94.

(288) «...Por el contrario, el cónyuge titular del crédito hipotecario ganancial (o de conquista), sin consentimiento del otro consorte no podrá realizar por sí actos de disposición distintos de la cancelación por pago: por ejemplo, posposición, división o modificación de la hipoteca, cancelación de ésta sin cobro del crédito, es decir, con subsistencia de la obligación garantizada».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 95.

(289) «...A estos efectos de la vía analógica, en el Derecho navarro cabe invocar lo establecido en la ley 65 del Fuero Nuevo que, al regular el contenido de la patria potestad, luego de exigir autorización judicial para que los padres puedan enajenar o gravar

3. *La administración y disposición se transferirán por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte (ley 86,4 FN).* Tanto la declaración judicial de incapacitación como las de ausencia, quiebra o concurso de acreedores facultan también al cónyuge del incapacitado, ausente, quebrado o concursado a instar la disolución de la sociedad conyugal de conquistas (ley 87.5 FN). A juicio de GARCÍA GRANERO (290), la remisión a las disposiciones del Código Civil ordenada por la ley 62 del Fuero Nuevo en casos de ausencia, incapacidad o prodigalidad de los cónyuges permitirá la aplicación en Navarra no sólo de las normas de aquel Código directamente relacionadas con las instituciones mencionadas sino también la de su artículo 1.389 del Código Civil: «El cónyuge en quien recaiga la administración, en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores tendrá para ello plenas facultades, salvo que el Juez, cuando lo considere de interés para la familia y previa información sumaria, establezca cautelas o limitaciones. En todo caso, para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial».

4. Recordemos la existencia de otras excepciones a la gestión conjunta de los cónyuges que han sido examinadas anteriormente (por ejemplo, la potestad doméstica —ley 54 FN— o el ejercicio procesal o extraprocésal de acciones en interés de la sociedad de conquistas —ley 84 FN—) (291). Opinan, además, GARCÍA GRANERO y FERNÁNDEZ URZAINQUI que la facultad

determinados bienes de los hijos (inmuebles, establecimientos, etc.) dice: «No será necesaria esta autorización para la cancelación de hipoteca u otra garantía real consecuente al cobro del crédito asegurado, para la retroventa por ejercicio de un derecho de retracto legal o voluntario, ni para cualesquiera actos de disposición que hayan de cumplirse obligatoriamente». En todos estos casos, se trata siempre de actos de cumplimiento obligado o forzoso para los que no tendría sentido la exigencia de autorización judicial».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 95 y 96.

(290) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 103 y 104.

(291) «...Esta legitimación activa indistinta o solidaria no lleva sin embargo aparejada en los mismos términos la pasiva, de suerte que el actor pueda a su libre arbitrio dirigir contra uno cualquiera de ellos las acciones que por afectar a ambos deban dirigirse conjuntamente contra los dos (cfr. STS de 13 de julio de 1995...). La jurisprudencia del TS, bien que en aplicación del Código Civil, ha venido declarando la existencia de un litisconsorcio pasivo entre cónyuges: a) cuando se promueven acciones reales contradictorias, protectoras o limitativas del dominio de bienes de naturaleza consorcial; b) cuando las acciones se dirijan a obtener la efectividad de un acto de disposición de bienes de tal naturaleza sujeto al consentimiento de ambos esposos; y c) cuando las acciones tienen por objeto la eficacia o ineficacia de una relación negocial concluida con la intervención directa o indirecta, pero constatada, de los dos cónyuges (SSTS de 23 de febrero de 1994... y 15 de febrero de 1999)».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 273.

individual de administración de los bienes (privativos o consorciales) alcanza también a la realización de actos de disposición de sus frutos y productos, agrícolas, ganaderos, industriales: aun cuando estos últimos forman parte del haber de la sociedad de conquistas (ley 82.5 FN), su puesta en el mercado se integra en el ciclo de la ordinaria administración de los bienes que los producen, de modo que la disposición de los frutos y productos tanto de los bienes comunes como de los privativos entra en el concepto de actos de administración sobre bienes o derechos de la sociedad de conquistas que según la ley 86.2 cualquiera de los cónyuges puede realizar por sí solo; así lo confirma la práctica seguida en Navarra incluso tras la modificación de 1987 (292).

Especial referencia a la disposición mortis causa de los bienes de conquista

La ley 57 del Fuero Nuevo (293) —cuya redacción actual procede del Decreto-ley 19/1975, de 26 de diciembre— distingue entre la disposición de la parte que a la disolución de la sociedad conyugal corresponda a un consorte en los bienes de conquista y la disposición de determinados bienes de conquista:

- El párrafo primero de la ley 57 («Disposición mortis causa») establece: «*Por actos mortis causa cada uno de los cónyuges puede disponer de sus respectivos bienes privativos y de la parte que a la disolución de la sociedad conyugal le corresponda en los bienes de conquista*».

(292) GARCÍA GRANERO hace también alusión a la realidad diaria que prueba la existencia de una praxis general, constante e indiscutida, conforme a la cual el cónyuge titular de un automóvil u otro vehículo, por sí solo y sin intervención del otro realiza su enajenación (exigiéndose, sin embargo, el consentimiento conjunto de marido y mujer para la formalización de una hipoteca mobiliaria).

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 96 a 98.

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 272.

(293) La ley 56 del Fuero Nuevo, en su redacción originaria de 1973, establecía lo siguiente:

«Disposición por actos mortis causa. Por actos mortis causa, cada uno de los cónyuges puede disponer de sus respectivos bienes privativos e incluso de la parte que a la disolución de la sociedad conyugal le corresponda en los bienes de conquista. Cuando se disponga de bienes determinados que sean de conquista, se observará lo que para el legado se establece en la ley 251. Si la mujer dispusiere por donación mortis causa o por pacto sucesorio, con entrega actual de bienes, necesitará licencia del marido, salvo que se hubiese pactado el régimen de separación».

El Fuero Nuevo recogió la doctrina tradicional que resultaba de los textos históricos del Derecho de Navarra, conforme a la cual cada cónyuge podía por sí mismo disponer libremente, por actos *mortis causa*, de sus bienes privativos y de su parte en los bienes

Como escribe FERNÁNDEZ URZAINQUI, con independencia de los bienes que definitivamente integren el haber de un cónyuge en la adjudicación del remanente líquido de la disuelta sociedad de conquistas, la participación en ella representa en su consideración unitaria un valor económico integrado en el acervo personal del cónyuge del que, con los demás privativos, puede disponer *monis causa*: vigente la sociedad de conquistas, ninguno de los cónyuges puede estimarse propietario o copropietario en proindivisión de los bienes de conquista individualmente considerados, pero sí titular de la parte que en ellos le corresponda a la disolución de la sociedad conyugal, esto es de la cuota sobre el remanente líquido con que participa en las conquistas, pues sobre ella tiene un derecho cierto, aunque de valor y contenido inciertos en tanto se proceda a la definitiva liquidación, derecho que puede atribuir *monis causa*, aun cuando —sin embargo— dicha disposición no constituirá a su destinatario en sucesor en la posición jurídica que a su causante correspondiera en la sociedad conyugal, pero sí le conferirá el derecho a hacer suyos los bienes y derechos que en la división del remanente líquido integraran la cuota de su causante

comunes o de conquista, además de la posibilidad de disposición conjunta de marido y mujer. Veamos algunos ejemplos:

- F. Novenera, 207: «*De compra que faze hombre con su muyller. Todo ombre que faga compra con su muyller a bendición, si in óbitu monis uiene, puede leyssarel marido a la muillier su meatat et la muillier al marido otrosí, si quisiere, por uender o por empeynnar o por fer todas sus voluntades, ferme dando, et mueble a passadas, ferme dando*».
- F. Viguera y Val de Funes, 404: «*De compra de muger menos de su marido. Et la muger sin su marido, et eyll sin eilla, fiziere compras o mejoramiento en su vida, si de mueble o rayz fuere, non puede el vno al otro apartar de la cosa en vida nj en muert*».
- F. de Viguera y Val de Funes, 480: «*De destin. ... Et el marido, con otorgamiento de la muger, puede fazer destín de sus bienes de ambos et después de su vida baldrá e habrá la muger su entegra. Et la muger, si tiene otorgamiento de su marido, puede en su destín mandar de sus bienes propios e valdrá*».
- F. de Viguera y Val de Funes, 485: «*Manda de destín. En toda manda de destín que fuere hecha de mueble o de raya sin fiador de saluo o de riedra baldrá por fecho, si sus cauecaleros fueren poderados por mandamjento de destinador, o si consentieron a la cabezalerja los que podrían contradizir, o si prisieron eyllos part de los bienes segunt que el destinador mandó. El marjdo, sin fiziere en su destín mandamjento de hereditat o de mueble con otorgamjento de la muger, por sus almas o por su provecho d'eyllos, después de la muert del marjdo non puede la muger demandar en la partición entegras del mandamyento*».
- F. Tudela, 40: «*De dar eredat marido sin muller. Marido ho muller si atienden eredat que lis pertenezca enpues dias de alguno, maguer no i sian tenedores el uno ni el otro, bien la pueden asignar e darla al vno sines el otro a qui se quisieren, por fuero, si fillos no an, mas si son tenedores anbos no lo pueden dar el vno menos del otro*».

y, por su personal interés en el desarrollo de operación de liquidación, también la legitimación necesaria para participar con el consorte sobreviviente en la formación y adjudicación de los lotes e, incluso, para instar judicialmente dicha división (294).

- En su párrafo segundo, la misma ley 57 FN ordena: «*Cuando se disponga de bienes determinados que sean de conquista, se observará lo que para el legado se establece en la ley 251*». Y la ley 251 del Fuero Nuevo (295) dice así: «*Legado de bienes de conquista. En el legado de bienes de conquista, cuando un cónyuge los legue a favor del otro, o ambos conjuntamente a favor de tercera persona, se entenderá que cada uno lega la mitad del objeto legado. Cuando uno de los cónyuges, separadamente, legue a tercera persona el objeto entero, será válido el legado en su totalidad; pero, en cuanto a lo que en la liquidación de la sociedad de conquistas no fuere adjudicado a la herencia del causante, el efecto será meramente personal, como si fuere legado válido de cosa ajena*». Contempla esta ley el régimen específico del legado de bienes de conquista, por lo que no podrá entenderse aplicable a otros supuestos de comunidad de bienes (por ejemplo, el legado de bienes en proindivisión ordinaria) —excepción hecha del régimen económico-matrimonial de comunidad universal (cfr. ley 101.5.º FN)—. Opina ARREGUI GIL que será aplicable la ley 251 al legado ordenado por uno de los cónyuges respecto de bienes de la disuelta sociedad conyugal de conquistas (por muerte, nulidad, separación o divorcio) no liquidada, siempre y cuando el dis-

(294) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 149 y 150.

(295) La ley 251 del Fuero Nuevo proviene de la de igual número de la Recopilación Privada y viene a cubrir una laguna del Derecho histórico navarro, como puede leerse en la nota de dicha Recopilación: «*Esta ley cubre la laguna existente en el Derecho escrito de Navarra respecto al legado de bienes de conquista, y también la del Código Civil en cuanto al legado de bienes gananciales*».

El párrafo segundo de la ley 251 de la Recopilación Privada, modificado finalmente en la redacción del Fuero Nuevo de 1973, establecía lo siguiente: «*Cuando uno de los cónyuges, separadamente, legue la totalidad del objeto, se entenderá válido el legado en la totalidad, pero, en cuanto a lo que no fuere adjudicado en la liquidación de la sociedad de conquistas, el efecto será meramente personal como en el legado de cosa ajena*».

Esta laguna legal también se daba en el Código Civil hasta la promulgación de la Ley 19/1981, de 13 de mayo, que introdujo el artículo 1.380: «*La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuese adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario, se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento*». No obstante, esta reforma no ha logrado resolver todas las dudas y dificultades que la figura plantea, ya que para ello —como escribe ARREGUI GIL— se haría preciso que el Código Civil admitiese el testamento mancomunado o los pactos sucesorios.

JOSÉ ARREGUI GIL, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVII, vol. 1.º, págs. 1222 y 1223.

ponente fallezca antes de la formalización de la liquidación (296). Considera EGUSQUIZA BALMASEDA (297): i) que cuando se lega al otro cónyuge un bien de conquista, se entiende que lo que se atribuye es la parte del bien que no pertenece al cónyuge legatario (cfr. STS de 28 de septiembre de 1998), de modo que la eficacia atributiva entre los cónyuges del bien o bienes de conquista legados, que pueden ser todos, será plena desde la muerte del ordenante del legado o de quien premurió, si se instituyeron recíprocamente en la manda; ii) que si el legado se efectúa conjuntamente por ambos cónyuges a un tercero, la regla interpretativa que contiene la ley 251 permite que se considere que la revocación de lo legado por uno de los cónyuges va a producir únicamente efectos en la mitad de lo legado, de modo que la manda no será totalmente ineficaz, aun cuando sin posibilidad de que el cónyuge que mantuvo la liberalidad pueda disponer de esa parte, salvo que modifique la liberalidad en el sentido previsto en el párrafo segundo de la ley 251 FN (298), y que iii) el Fuero Nuevo parte del criterio general de que la disposición *mortis causa* de un bien de conquista, realizada en solitario por uno solo de los cónyuges, es válida en su

(296) ARREGUI GIL exceptúa el supuesto de la sentencia de nulidad matrimonial que declare la mala fe de uno de los cónyuges, cuando el que hubiere obrado de buena fe opte, de acuerdo con el artículo 95 del Código Civil, por aplicar en la liquidación el régimen económico-matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tenga derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte.

JOSÉ ARREGUI GIL, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVII, vol. 1.º, págs. 1225 y 1226.

(297) MARÍA ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 741 a 743.

(298) En cuanto a la exigibilidad de este legado conjunto de bienes de conquista, opina EGUSQUIZA BALMASEDA que la misma nacerá tras el fallecimiento de ambos cónyuges o del cónyuge sobreviviente si así se ordena en el testamento de hermandad (ley 205 FN), aun cuando no parece que tal afirmación pueda sostenerse en todo caso, como tampoco que quepa la exclusión y separación de tales bienes de la masa común objeto de liquidación y adjudicación de la herencia del causante o causantes, dado que las disposiciones de este tipo se encuentran sujetas a los dictados de las leyes 242, 243 y 321 del Fuero Nuevo.

MARÍA ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 743.

ARREGUI GIL cree: i) que la eficacia atributiva del legado de bienes de conquista de ambos cónyuges a favor de tercero es plena, pero no será exigible hasta el fallecimiento de ambos cónyuges o del cónyuge sobreviviente, a no ser que en el título de constitución o por el que se establezca el legado se disponga otra cosa, y ii) que tanto en este supuesto como en el legado de bienes de conquista de un cónyuge a favor del otro el objeto del legado quedará excluido y separado de la masa común de bienes que se ha de liquidar y atribuir o adjudicar a la herencia del causante o causante.

JOSÉ ARREGUI GIL, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVII, vol. 1.º, pág. 1228.

totalidad, incluso aun cuando el bien no hubiera ingresado en todo o en parte en el patrimonio del disponente, caso en el que se estará ante un legado de cosa ajena: al legatario le bastará acreditar en este supuesto que se le benefició con un legado de bien de conquista, sin que tenga que probar que el disponente conocía su ajenidad, quedando el gravado obligado al cumplimiento de la manda que podrá satisfacer de la forma prevista en la ley 249 FN (299). Lo relevante para decidir sobre la eficacia real o personal del legado a que se refiere el segundo párrafo de la ley 251 FN es que el bien objeto del mismo (bien de conquista al tiempo de ordenarse el legado) se adjudique en la liquidación de esta última a la herencia del cónyuge disponente del legado, supuesto en el que el legado tendrá eficacia real (total o parcial, según

(299) Ley 249 del Fuero Nuevo: «Legado de cosa ajena. *El legado de cosa ajena o de constitución de un derecho real sobre cosa ajena sólo será válido si el legatario prueba que el testador sabía que la cosa era ajena. Cuando sea válido el legado, el heredero podrá liberarse de su obligación abonando el valor según justa estimación*».

Resume la eficacia del legado individual de la totalidad de un bien de conquista EGUSQUIZA BALMASEDA del modo siguiente:

«Las situaciones a las que da cobertura la ley 251, párrafo 2.º, se pueden reconducir a tres:

- a) *Legado de bien ganancial* —de conquista— dispuesto por uno solo de los cónyuges que se encuentre dentro de su patrimonio al abrirse la sucesión. Será válido, y tratándose de cosas específicas y determinadas tendrá eficacia real (ley 242).
- b) *Legado de bien ganancial* —de conquista— dispuesto por uno solo de los cónyuges cuyo objeto se encuentra en parte dentro del patrimonio. Será válido en la totalidad, teniendo eficacia real en lo que pertenecía al ordenante, si la cosa es divisible, y obligacional respecto al resto. En caso de indivisibilidad, conforme a la ley 242, la manda tendrá carácter obligacional.
- c) *Legado de bien ganancial* —de conquista— dispuesto por uno solo de los cónyuges cuyo objeto pertenece al otro cónyuge, o se ha dispuesto a favor de un tercero, a fin de efectuar la liquidación correspondiente. La manda será también válida en su totalidad, aunque tendrá carácter meramente obligacional. En caso de que el bien pertenezca a un tercero por enajenación directa del disponente se estará a lo dispuesto en la ley 252 FN.

En cuanto a la alusión que in fine realiza la ley 251 al carácter “*meramente personal*”, como si fuera legado de cosa ajena de la parte que no fuere adjudicada a la herencia del causante por la liquidación de la sociedad, pienso que es una llamada a que el gravado pueda aquí, también, liberarse de esa obligación mediante la facultas solutio-nis de abono de la justa estimación; facultad del gravado que estará supeditada, sin embargo, al derecho de atribución preferente que la ley 91.5 FN reconoce al cónyuge supérstite sobre la vivienda habitual.

Queda sin resolver en la ley 251 el supuesto de disposición de legado por uno solo de los cónyuges que tenga por objeto la parte del bien ganancial —bien de conquista— que le corresponda, caso que no parece que se entienda de mayor particularidad y que seguirá el devenir que corresponda, leyes 242 y 249, según si se hallaba en el patrimonio del disponente a la apertura de la sucesión o en manos de tercero».

María Ángeles Egusquiza Balmaseda, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 743.

el carácter total o parcial de la adjudicación): en caso contrario, por ejemplo, por adjudicarse al otro consorte o por enajenación o destrucción anterior, tendrá el legado un alcance meramente personal u obligacional, de modo que el gravado tendrá obligación de adquirir la cosa legada y entregarla al legatario, pudiendo liberarse de tal obligación abonando al legatario el valor de la justa estimación de aquélla. Señala acertadamente GARCÍA GRANERO que la norma contenida en la ley 251 del Fuero Nuevo, aunque referida específicamente al legado, es igualmente válida y aplicable para todas las demás disposiciones atributivas de bienes determinados cuya naturaleza sea de conquistas: concretamente, las de carácter particional o de adjudicación en pago de derechos hereditarios (300). Recuerda ARREGUI GIL que, en todo caso, el derecho de preferente adquisición de la vivienda habitual que la ley 91.5 del Fuero Nuevo reconoce al cónyuge supérstite, prevalece siempre sobre la disposición unilateral del otro cónyuge (301).

II.7. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DE CONQUISTAS

A) *Causas de disolución*

Señala GARCÍA GRANERO (302) que las fuentes históricas del Derecho navarro prevén como causas de disolución de la sociedad conyugal:

— El fallecimiento de uno o ambos consortes

De acuerdo con lo dispuesto en el Fuero de Viguera y Val de Funes y en el Fuero de Tudela, al fallecimiento de uno cualquiera de los cónyuges, el sobreviviente debe partir con los hijos o con los parientes del finado no sólo los inmuebles conquistados sino también todos los bienes muebles (como consecuencia del régimen de comunidad de muebles y adquisiciones establecido en ambos fueros), con exclusión de las ventajas o mejorías del marido o de la mujer (303). El Fuero General de Navarra precisa que tal partición no

(300) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 1.º, pág. 222.

(301) JOSÉ ARREGUI GIL, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVII, vol. 1.º, págs. 1226 y 1229.

(302) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 105 a 109.

(303) Fuero de Viguera y Val de Funes, 396: «Partición de muger con fijos. El si muriere el marjdo o la muger, el que fincare debe partir con los fijos o con parientes del muerto, con carta et firmancas complidas, todos los bienes que en vno ganaron: moble

puede ser exigida, en vida de ambos cónyuges, aun cuando muera alguno de los hijos (304).

el rayz; pero en la partición habrá cada uno su hereditat quita que s'auja ante que casas, e de mejoría habrá el viuo sus paynnos con hun lecho de ropa e sus joyas, e cada vno manificio et de cada cosa haurá vno de mejoría».

En análogo sentido se pronuncia el Fuero de Tudela, 127 (ms. Academia de la Historia) y 134 (ms. de Copenhague): «(Detraer uestires enpartion): Si es muerto el marido ho la muller sines estín e el biuo face uestires, non los deuen contar al partir nin sacar de comun ata que las deudas sian pagadas sinon con placer de los paryentes con qui a de partir, por que son estranios daquel viudo. Ante es fuero que si el marido dio uiuendo los uestires a su muller, él seyendo muerto si no los destino deuen uenir a partición assi como al otro moble, que pues al día que casan es por medio quanto moble en no es dreito que el uno ende aya mas que el otro. Et quando el biuo face mortalla al muerto deuelfacer con consello de aquellos con qui aue de partir si y son, o sinon con consello de dos omes buenos con qui lo pueda prouar, e con esto pueden sacar de comun antes que partan con los fillos ereditat e moble, (e él) sacará otra tanta mortalla; mas si parten con otros non auiedo fillos no es assi mas si la saca ante del moble de casa que auian a partir non la deue contar, porque fuero es que en deuda que fagan marido o muller el vno sines lotro non sian a partir los fillos ni los erediteros pues aquel muere».

(304) Fuero General de Navarra, 2,4,10: «...mas quoando morra el padre ó la madre, si quisieren bien podrán partir todas las heredades del padre ó de la madre por meynos, et itar suert quaal será la suert del muerto, et quaal del bivo».

Fuero General de Navarra 2,4,19: «(Ataquoanto tiempo deven demandar part losijos de los lavradores quaondo el padre muere): Marido et muger villanos casados ensemble, si muere la muger creaturas oviendo de hedat, et es a saber, de VII aynos, estas criaturas luego pueden demandar suert de madre; et si creaturas no ovieren, los parientes pueden demandar et cobrar el dreyto de la muyller. Si estas creaturas non ovieren hedat, tenga las creaturas el padre daquíá que hayan hedat las creaturas. La espensa del enteramiento desta muyller sea VII robos de trigo, et VII arinzadas de vino, et II rovos de trigo en la novena, entroa tanto pueden peyndrar los parientes de la muger, et si de más espendieren, non son tenidos de dar más si non quisiere».

Fuero General de Navarra, 2,4,20: «(Las creaturas de los villanos moriendo padre ó madre pueden toyller part al vivo, et quien et cómo deven ser criados si non son de hedat): Marido et muger villanos casados ensemble, oviendo creaturas, si muere el uno deyillos, las creaturas luego pueden toyller part del muerto al bivo: et si por aventura no oviesen creaturas bivas, et las creaturas oviesen creaturas, los sobrinos non pueden toyller al avuello rem en su vida. Mas si bive alguna creatura, luego pueden toyller part, et si tuellye la creatura part, luego deven toyller los sobrinos su part, por que han tanto dreyto como las creaturas en heredades et en muebles...».

Fuero General de Navarra, 2,4,22: «(Cómo quoando villanos casados oviendoijos de ganancia muere el uno, el otro parte con eyillos, et los de pareylla como): ... Si por ventura ovieren creaturas de pareylla et de ganancia, et si los de pareylla non quisieren prender part del muerto, los de ganancia non pueden toyller part; mas quoando los de pareylla toman part, los de ganancia deven aver tan buena part como los de pareylla por cabeza en las heredades del parient muerto...».

Fuero General de Navarra, 4,2,3: «(Cómo deve tener fealdat yfanzon biudo, et si fuere acusado que es casado, cómo se deve salvar): ... Si marido et muger overen fecho conquiestas, las creaturas deyillos saquen meatat daquellas conquiestas cada unas creaturas en cuyo tiempo fueren fechos aqueillas conquiestas; la postremera meatat que fincará daquellas heredades, quoantas mugeres ovo, fagan tantas suertes; et si vezindat oviere bien, et si nó sean pagados con tanto. Otrossí, las dueynas si quisieren casar una vez, ó dos, ó tres ó mas devezes, case como sobre scripto es».

— La separación de los cónyuges

Algunos textos históricos sancionan con pena pecuniaria al consorte que abandona al otro [Fuero de Viguera y Val de Funes, 38, 388 y 390 (305);

El mismo sistema del Fuero General de Navarra pasa, prácticamente intacto, al Fuero Reducido:

- 3,8,15: «(Como los hijos de los villanos pueden demandar la parte de su padre o madre y como no la pueden demandar): Muriendo el villano e su muger, pueden los hijos del muerto a padre o a la madre que quedare sientos de siete años como dicho es. E si por ventura no oviesen criaturas viuas y obiesen nietos, los nietos no pueden demandar al agüelo nenguna cosa en su vida, pero si viue alguna criatura aquella luego puede pedir parte como dicho es, y pidiendo la tal criatura también puede pedir el nieto su parte de las heredades y muebles, porque el nieto tanto drecho tiene para pedir como tiene su tío el pidiendo. Y si los nietos no ferman por si la partición siendo de edad, el mayor pariente y mas çercano con decreto de juez, puede por ellos haçerparticion firme por ellos, con fiadores suficientes para que aga valer la firma quando ellos sean de edad. Y los tios pueden tener lo que no es partido ata que sean de edad, dando fiadores como dicho es, y debenles dar los alimentos con que viuan sobres sus bienes asta que tengan edad».
- 3,8,16: «(Como deben partir las criaturas con la madre villana viuda y quien las debe criar ata que tengan edad): Si el marido muere viuiendo la muger o biendo criaturas que no sean de edad, los parientes del padre pueden quitar las criaturas a la madre v todo herençio y bienes del padre y criar las criaturas asta que tengan siete años cumplidos, y pasados los siete años vayan jas criaturas donde quisieren. Y la partición débese haçer el a sauer que todas las heredades y los bienes muebles del padre y de la madre trayan a montón y tomando ella para si vnos vestidos, odo lo demás asi de heredades como de mueble partan a medias las criaturas con la madre. Y si alguno dellos muere sin criaturas las heredades del muerto deben tornar a su natura».
- 3,8,17: «(Como los villanos casados habiendo hijos de ganancia si el vno muere el otro parte con ellos y con jos de pareja): Si por ventura villano o villana casados hubieren hijos o hijas de ganancia y muere el padre o ja madre, el que viuo quedare debe tener sus propias heredades y dexar las heredades del muerto como es dicho de suso. Mas si hubiere conquistado o ganado algunos heredamientos tome el viuo la mitad destos heredamientos v del mueble, y esto porque no tiene hijos de bendiçion, y obiando hijos de bendiçion y de ganancia si los hijos de bendiçion no quisieren tomar parte del muerto, los hijos de ganancia no pueden pedir. Mas quando los hijos de bendiçion tomaren parte, también pueden tomar v haber parte los hijos de ganancia como los de bendiçion por cabeza las heredades del pariente del muerto, habiendo criaturas o no habiendo criaturas el pariente que queda viuo tome su parte como manda el fuero».

Recordemos que en el Fuero General de Navarra, habiendo hijos, el régimen matrimonial legal supletorio era el de comunidad universal de bienes.

(305) Fuero de Viguera y Val de Funes, 38: «Qui dexare su muger. Todo omne qui dexare su muger peche CCC ss, et la quoarta part al seynnor; et si la muger dexare su marido peche otro tanto e sus arras e su pan e su vino, fasta la sal. Et todo omne que fuere a otra muger e lo prisieren con eylla e lo echaren en fierros e su muger vijere otro día, sacarlo a del cepo o de los fierros sin calonja ninguna».

Fuero de Viguera y Val de Funes, 388: «Si muger casada fuere con otro. Otrosí, si muger casada fuere con otro omne por cumplir su voluntat con él, non puede demandar

Fuero General, 4,3,7 (306) y Fuero Reducido, 6,2,4]. Por lo que se refiere a la disolución de la comunidad conyugal en caso de separación, en el régimen del Fuero General (que también pasó al Fuero Reducido) el marido y la mujer recuperan el pleno dominio de sus respectivas heredades propias y dividen por mitad las heredades conquistadas, así como todos los bienes muebles y las deudas (es decir, aun habiendo hijos no se aplica el régimen de comunidad universal de bienes —como en el caso de disolución por fallecimiento— sino el de comunidad restringida a los muebles y a las adquisiciones o conquistas) (307).

sus arras nj otri por eylla, mas tornarán a su marido e todas otras sus heredades en su vida; et después de su muert non heredarán los fijos d'aquella madre las arras».

Fuero de Viguera y Val de Funes, 390: «*Si muger dexare su marido. Et si alguna muger dexare su marido por mjedo o por voluntat, el marido terna las arras a todas las heredades de la muger, e quando tornare a él cobrará todo su drecho, si no lo fizo o no savllió por fazer su voluntad con otro hombre».*

(306) Fuero General de Navarra, 4,3,7: «*(Cómo puede tener el marido las heredades de la muger que saylle con otro por su plazentería, et si saylle dándol eyll baraylla qué deve ser feyto): Si muger casada se fuere con otro marido desando su marido, el su heredamiento deve tener el primer marido con qui eylla caso primerament. Eylla ni otros por eylla non deven ni pueden demandar arras ningunas, ni heredades deylla. Empero si creaturas oviere del primer marido, las creaturas non deven perder aquellas arras. Maguer el marido dando baraylla a eylla, si por despagamiento ó por miedo de su marido se camiare de la casa de su marido ad alguna casa de su parient ó de su vezino, et non fiziere enemiga de su cuerpo, tornando á eyll, por esto non deve perder sus arras, et el marido deve tener sus heredades ata que torne eylla á su marido».*

(307) Fuero General de Navarra, 4,1,1: «*(De casamientos de fidalgos et lavradores, et qué arras deven ser dadas, et qué fiadores et quoantos; et si embargo viere la muyller, quen deven fazer los fiadores): ... Et si los podieren avenir bien; el si nó, pártanlos en esta manera: el marido que haya sus heredades et evlla las suyas, et si ovieren alguna hereda comprada ó ganada, que partan por mevos; et el mueble et las deudas, otrosí, que partan por medio. Et si por aventura creaturas dobladas ovieren, el padre las meyas, et la madre las otras meyas, et si una creatura fuere de más criénla entranbos, diziendo estos bonos ombres, por crear estas creaturas mas vale que se aiuden ensemble...».*

Fuero Reducido 3,3,2: «*(Quando el matrimonio es suelto entre marido y muger con justa causa, como las heredades de ellos se deben volver a cada uno las suyas): Si marido y muger estando casados y viviendo juntos se oviesen de apartar y separar de vivienda con causa, y tuvieren heredades ansi de la parte del marido como de la parte de la muger, desleís heredades deben tomar cada uno dellos las suyas, y si obieren comprado o adquirido algunas heredades, constante matrimonio, deben de partir las conquistas a medias. Y si obieren procreando entre ellos hijos y criaturas dobladas, debe tomar el padre las medias, y la madre las otras medias. Y si hubiere alguna criatura más, debenla a espensas comunes contribuyendo en su criar y alimentar tanto uno como el otro».*

— Y la declaración de nulidad del matrimonio

Primero el Fuero de la Novenera y luego el Fuero Reducido disponen que tras la declaración de nulidad del matrimonio, marido y mujer deben partir por mitad la comunidad de muebles y conquistas (308).

Las causas de disolución vigentes las enumera la ley 87 del Fuero Nuevo, cuya actual redacción procede de la Ley Foral 5/1987 (309). Son tales:

1. *Las establecidas en capitulaciones matrimoniales*

Afirma GARCÍA GRANERO (310) que la facultad de los cónyuges para convenir o determinar en los capítulos causas en razón a las cuales tendrá lugar la disolución de la sociedad de conquistas no tendrá otros límites que los genéricamente establecidos a la libertad civil (ley 7 FN): podrán pactarse como tales causas, por ejemplo: i) el vencimiento de un término, ii) el cumplimiento de una condición lícita (como el nacimiento de un hijo), o iii) la concurrencia de alguna circunstancia que afecte a la capacidad o a la situación jurídica de cualquiera de los consortes (producida tal situación, la disolución se producirá entonces *ipso iure*, sin necesidad de resolución judicial que la decreta, a diferencia de los supuestos a que se refiere el número 5 de esta ley 87.

(308) Fueros de la Novenera, 70: «*De casamiento. Todo hombre o toda muyller que prenga bendición, s'is quisiere fillos de hermanos sean, del día que prengan bendición, si quiere sea iurada con otro, de quoanto que ganen su meatat deue auer de mueble et de hereditat*».

Fuero Reducido, 3,4,3: «*Como heredad o mueble conquistado entre marido y muger durante matrimonio, es común aunque el matrimonio no valga. Qualquier hombre o muger que fueren casados conforme a la ley de bendición, aunque haya entre ellos impedimento de consanguinidad o otro impedimento, y si por ventura uno de ellos primero fuesse casado, si estos tales casados a la ley de bendición conquistaren heredad o bienes muebles segun fuero, es común y conquista entre los dos, y deben partir por medio y abra tanto el uno como el otro*».

(309) La ley 87 del Fuero Nuevo de 1973 disponía lo siguiente: «*Disolución. Son causas de disolución de la sociedad conyugal de conquistas: 1. Las establecidas en capitulaciones matrimoniales. 2. El acuerdo de ambos cónyuges pero si anteriormente hubieren otorgado capitulaciones, deberá observarse lo establecido en la ley 81. 3. El fallecimiento de uno de los cónyuges, salvo que en capitulaciones matrimoniales se hubiese pactado la continuación de la sociedad. 4. La declaración de nulidad del matrimonio, así como las causas de separación previstas en el artículo 1.433 del Código Civil para la sociedad de gananciales*».

(310) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código al Código Civil y Compilaciones Eorales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 111 y 112.

2. *El acuerdo de ambos cónyuges; pero si anteriormente hubieren otorgado capitulaciones, deberá observarse lo establecido en la ley 81*

Observa FERNÁNDEZ URZAINQUÍ que el acuerdo normalmente perseguirá el cambio del régimen de conquistas por otro distinto, aun cuando no necesariamente haya de producirse esta sustitución, ya que no existe impedimento alguno para que tras la liquidación de la primera sociedad conyugal puedan los cónyuges continuar sometidos al mismo régimen iniciando una nueva sociedad de conquistas (311).

Si el acuerdo implica la modificación de unas capitulaciones matrimoniales anteriores habrán de respetarse las exigencias prevenidas en la ley 81 del Fuero Nuevo: es decir, el otorgamiento, como forma *ad solemnitatem*, de una escritura pública y el consentimiento de las personas a que hace referencia la ley 81 FN.

La eficacia frente a terceros del acuerdo de los cónyuges se producirá desde la fecha en que aquéllos lo conozcan o, en todo caso, desde la inscripción del mismo en el Registro Civil (art. 77 de la Ley del Registro Civil); quedarán a salvo los derechos adquiridos por dichos terceros con anterioridad (ley 78 FN, párrafo primero).

3. *La disolución del matrimonio o el fallecimiento de uno de los cónyuges, salvo que, en este último caso, se hubiere pactado en capitulaciones matrimoniales la continuación de la sociedad*

Observa GARCÍA GRANERO que la redacción actual de este apartado obedece al propósito de incluir el divorcio como causa de disolución de la sociedad conyugal de conquistas, aun cuando resulta impreciso contraponer la disolución del matrimonio, en general, y el fallecimiento de uno de los cónyuges —que es también una causa de disolución del matrimonio— (312).

La disolución del matrimonio por divorcio produce la extinción de la sociedad conyugal de conquistas desde la firmeza de la resolución judicial, aun cuando respecto de terceros habrá que atender a la fecha en que estos conozcan dicha firmeza o, en todo caso, a su inscripción en el Registro Civil (arts. 89 y 95 del Código Civil). Como señala FERNÁNDEZ URZAINQUÍ, la eventual reconciliación posterior de los divorciados no sólo no determina la reanudación de la sociedad de conquistas sino tampoco la instauración de ningún

(311) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUÍ, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 274.

(312) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 113.

régimen económico-matrimonial, como el de separación de bienes, al no existir entre ambos el presupuesto legal del matrimonio (cfr. art. 88.2 del Código Civil) (313).

A la muerte de uno de los cónyuges como causa de disolución de la sociedad conyugal de conquistas se equipara la declaración firme del fallecimiento (arts. 85, 195 y 196 del Código Civil).

Recuerda GARCÍA GRANERO —siguiendo a LACRUZ BERDEJO— que el Fuero General de Navarra (4,2,3) (314) contiene una referencia a la sociedad o comunidad conyugal continuada (que puede tener utilidad práctica en cuanto al mantenimiento y estabilidad de las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles o industriales de la familia) (315). La sociedad conyugal continuada en Navarra —a diferencia de lo que sucedía en Derecho Foral aragonés respecto de la desaparecida comunidad conyugal continuada— (316) requiere acuerdo expreso de los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. Observa FERNÁNDEZ URZAINQUI que la sociedad de conquistas continuada, que no debe

(313) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 275.

(314) Fuero General de Navarra, 4,2,3: «(Cómo deve tener fealdat yfanzon biudo, et si fuere acusado que es casado, cómo se deve salvar): Yfanzoncasado, con su muger oviendo creaturas, si muere la muger, el marido deve tener las heredades de la muyller et las suias, teniendo fealdat; et todo el mueble deve rezebir, et todas las deudas pagar mientre toviere fealdat, et deve crear et conseyllar sus creaturas...».

(315) De acuerdo con el Fuero General de Navarra, 4,2,3, respecto a los infanzones, mientras el viudo o la viuda mantengan tal estado siguen poseyendo o tienen en *fealdat* las heredades del muerto.

«...Este texto fue tradicionalmente entendido como el reconocimiento del usufructo de fidelidad a favor del cónyuge viudo. Pero, hace ya tiempo, LACRUZ BERDEJO ("El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón", en *ADA*, III, 1946, págs. 17-153, en especial págs. 134-136) demostró cumplidamente que más propiamente se trata de una continuación de la comunidad matrimonial, siempre que el viudo se mantenga en tal estado».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 107 y 113.

(316) La Ley 2/2003, de 12 de febrero, de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Régimen económico-matrimonial y viudedad, regula en sus artículos 68 a 75 la situación de la comunidad conyugal una vez disuelta y en tanto se produce su efectiva liquidación. Se afirma en la Exposición de Motivos de dicha norma: «...No ha parecido conveniente, por el contrario, trasladar a la Ley los preceptos que en 1967 construyó la Compilación (arts. 60 a 67) con la intención de proporcionar a las pequeñas empresas familiares un cauce legal apto para continuar su actividad tras el fallecimiento del empresario sin más cambio estructural que la sustitución del difunto por sus herederos y la atribución de la dirección, en todo caso, al cónyuge viudo. Las grandes transformaciones operadas desde entonces en el entorno económico y legal de las actividades económicas, así como las exigencias administrativas que condicionan la vida de todas las empresas, incluidas las agrarias, han dejado fuera de uso, o acaso sólo para supuestos marginales que no es prudente propiciar, unas normas sin duda bienintencionadas y, entonces, innovadoras, pero que no han dado los frutos que cabía desear y, en todo caso, no resultan hoy de utilidad».

ser confundida con la llamada comunidad de bienes postmatrimonial, que rige las relaciones patrimoniales de la disuelta hasta su definitiva liquidación, no queda tampoco íntegramente sometida al régimen de la sociedad conyugal de que es continuadora, en cuanto la gestión queda obviamente concentrada en el cónyuge sobreviviente y no todas las adquisiciones onerosas de los partícipes se hacen comunes o integran el patrimonio social: en rigor, esta sociedad se registrará por lo pactado al respecto sobre ella y, subsidiariamente, por las normas que, con arreglo a la tradición jurídica navarra, más se ajustan a su naturaleza y función, constituyendo un válido referente las que en el Derecho Civil aragonés regulan esta institución (317). También se pronuncia en el mismo sentido GARCÍA GRANERO (318), quien afirma que no puede existir razón alguna contra la posibilidad de que la continuación de la sociedad conyugal de conquistas haya sido establecida por los cónyuges no sólo en capitulaciones matrimoniales sino también en contrato sucesorio o en testamento de hermandad.

4. *La declaración de nulidad del matrimonio y toda resolución judicial que decrete la separación de los cónyuges*

Recuerda FERNÁNDEZ URZAÍNQUI que, aunque nada diga el Fuero Nuevo, el mismo efecto —disolución de la sociedad conyugal de conquistas— se deriva de los autos dictados por los tribunales civiles que declaran, conforme a los artículos 80 del Código Civil y 778 LEC, la eficacia en el orden civil de las resoluciones de los tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado (319).

En relación con la incidencia que la buena o mala fe de los cónyuges pueda tener en estos supuestos, hace FERNÁNDEZ URZAÍNQUI (320) las siguientes consideraciones:

- Es la firmeza de la resolución judicial civil (sentencia o auto) la que produce *ipso iure* la disolución de la sociedad conyugal de conquistas.
- Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 79 del Código Civil, el cónyuge de buena fe conserva inalterados los derechos que a su favor se derivaran del disuelto régimen de conquistas.

(317) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAÍNQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 275.

(318) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 114 y 115.

(319) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAÍNQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 275.

(320) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAÍNQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 275 y 276.

- Respecto del consorte cuya mala fe hubiera sido apreciada por la autoridad judicial, de acuerdo con los artículos 95, párrafo segundo, y 1.395, ambos del Código Civil, conservará sus derechos en la disuelta sociedad conyugal, si bien el cónyuge de buena fe podrá optar por la liquidación del régimen económico-matrimonial, según las normas del sistema de participación en las ganancias, excluyendo el derecho del cónyuge de mala fe a participar en las ganancias de su consorte.
- Los artículos 95.2 y 1.395 del Código Civil —a pesar de la ubicación sistemática del primero de ellos—, se refieren a cuestiones de régimen económico-matrimonial, por lo que sólo son aplicables en Navarra como derecho supletorio (ley 6 FN).

Por el contrario, estima GARCÍA GRANERO que los artículos 95 y 1.395 del Código Civil no pueden ser aplicados en Navarra ni siquiera en concepto de Derecho supletorio, porque se trata de normas establecidas para los gananciales del Código Civil (por lo que carecen de aplicación general en toda España, ex art. 13.1 del Código Civil) y porque, además, supondrían una introducción solapada del régimen de participación, desconocido en el sistema jurídico navarro e incluso prácticamente inexistente dentro de los territorios de Derecho común. A su juicio, las consecuencias que la declaración de nulidad del matrimonio tiene en cuanto a la disolución y liquidación de las conquistas pueden resumirse del modo siguiente:

- Si existiere buena fe en ambos cónyuges (o si los dos hubieren procedido de mala fe), partirán por mitad las conquistas [Fuero de la Novenera, 70 (321); Fuero Reducido, 3,4,3 (322) y art. 79 del Código Civil].
- Si, por el contrario, la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el de buena fe tendrá derecho a todas las conquistas, pues lo impone así la protección a la buena fe (ley 17) y la práctica jurídica navarra que, explícitamente (leyes 87.4 y 91 del Fuero Nuevo en su redacción inicial de 1.973), había recibido la doctrina del

(321) Fueros de la Novenera, 70: «*De casamiento. Todo hombre o toda muyller que prenga bendición, s'is quisiere fillos de hermanos sean, del día que prengan bendición, si quiere sea iurada con otro, de quauto que ganen su meatat deue auer de mueble et de hereditat*».

(322) Fuero Reducido, 3,4,3: «*Como heredad o mueble conquistado entre marido y muger durante matrimonio, es común aunque el matrimonio no valga. Qualquier hombre o mager que fueren casados conforme a la ley de bendición, aunque haya entre ellos impedimento de consanguinidad o otro impedimento, y si por ventura uno de ellos primero fuesse casado, si estos tales casados a la ley de bendición conquistaren heredad o bienes muebles según fuero, es común y conquista entre los dos, y deben partir por medio y abra tanto el uno como el otro*».

Código Civil (antes de su reforma por Leyes de 12 de mayo y 7 de julio de 1981), cuyo antiguo artículo 1.417 expresamente lo establecía en su apartado segundo: «...el cónyuge que por su mala fe hubiere sido causa de la nulidad, no tendrá parte en los gananciales» (323).

Por lo que se refiere a la separación judicial del matrimonio —que conforme al párrafo primero del art. 95 del Código Civil lleva consigo la disolución del régimen económico-matrimonial—, recuerda FERNÁNDEZ URZAINQUI que los separados por sentencia firme continúan unidos por el vínculo conyugal, aun cuando sus ulteriores relaciones económicas no se hallan sujetas a ningún régimen, ni siquiera al de separación de bienes regulado en las leyes 103 y 104 del Fuero Nuevo, sino que quedan sometidas a las disposiciones de la sentencia judicial de separación conyugal o del convenio regulador homologado por ella: la ley 104 FN asocia el eventual establecimiento judicial del régimen de separación de bienes a la disolución de la sociedad de conquistas por alguna de las causas previstas en el apartado número 5 de la ley 87 FN, pero no hace lo mismo con la separación de los cónyuges incluida en el ordinal número 4 de la misma ley (324).

5. *La resolución judicial que la decreta, a petición de uno de los cónyuges, en cualquiera de los casos siguientes*

Matiza FERNÁNDEZ URZAINQUI que se trata de supuestos que alteran las bases o presupuestos de la sociedad conyugal, esto es, la aptitud, la confianza o la convivencia en que la comunidad se asienta: su misma contemplación como supuesto legal de extinción de la sociedad conyugal de conquistas envuelve una positiva valoración por parte del legislador acerca de su oportunidad o conveniencia, por lo que el juez sólo debe limitarse a constatar la realidad de dichos supuestos (325).

(323) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 116 y 117.

(324) «La reanudación de la convivencia entre cónyuges separados no lleva consigo el restablecimiento o reinstauración de la sociedad de conquistas, a la que no obstante pueden volver a someter sus relaciones económico-patrimoniales otorgando al efecto las oportunas capitulaciones matrimoniales (arts. 1.443 y 1.444 del Código Civil)».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 276 y 277.

(325) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 277.

- a) Si el otro cónyuge hubiere sido judicialmente incapacitado, declarado ausente o en quiebra o concurso de acreedores

Recordemos que en los supuestos de incapacitación o ausencia, corresponde la administración y disposición de los bienes de conquista al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte (ley 86.4 FN).

- b) Si el otro cónyuge por sí solo realizare actos que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos que en la sociedad de conquistas correspondan al que solicite la disolución

Observa FERNÁNDEZ URZAINQUI que no es necesario que el comportamiento del cónyuge sea doloso o intencional, siendo suficiente que se produzca por simple negligencia o incluso por su ineptitud gestora: además, el perjuicio o riesgo para los derechos del consorte puede derivar no sólo de la gestión del patrimonio de conquistas sino también de una gestión de su patrimonio privativo que sustraiga a la sociedad los frutos y rendimientos que naturalmente habría de producir en su beneficio (326).

- c) Si llevaran los cónyuges separados de hecho más de un año por mutuo acuerdo o por abandono del hogar

Señala FERNÁNDEZ URZAINQUI: i) que en el supuesto de separación por mutuo acuerdo cualquiera de los cónyuges —transcurrido el plazo de un año— podrá solicitar la disolución de la sociedad de conquistas; ii) que en el caso de separación por causa de abandono del hogar por uno de los cónyuges, sólo el otro podrá instarla —interpretación que coincide con la de GARCÍA GRANERO— (327), y iii) que la jurisprudencia ha corregido el rigor de esta disposición al entender que la separación de hecho prolongada y libremente mantenida excluye el fundamento de la sociedad conyugal fundada en la convivencia, reputando contraria a la buena fe la reclamación como ganancias comunes de bienes adquiridos u obtenidos tras esta separación *de facto* a partir de bienes privativos del otro cónyuge o del trabajo o industria ejercidos por él (STS 23

(326) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 277.

(327) Recuerda GARCÍA GRANERO que el Proyecto de 1983 concedía la facultad de solicitar la disolución de la sociedad conyugal de conquistas sólo al consorte inocente: «Si el otro cónyuge hubiese abandonado la familia por tiempo de año y día».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 1 19.

de diciembre de 1992, 2 de diciembre de 1997, 27 de enero de 1998 y 24 de abril de 1999 y STSJ de Navarra de 27 de abril de 1991) (328).

- d) Si se hubiera decretado embargo sobre bienes de conquista, por obligaciones personales del otro cónyuge, conforme a lo previsto en el párrafo último de la ley 85

Recuerda FERNÁNDEZ URZAINQUI que la disolución de la sociedad conyugal de conquistas en este supuesto tendrá lugar como consecuencia de la opción del cónyuge no deudor por la sustitución del embargo trabado sobre los bienes comunes por el de la parte que al deudor corresponda en la sociedad de conquistas, de modo que el efecto extintivo se producirá con la resolución que, oídos los cónyuges, ha de adoptar el órgano judicial conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 541.3 LEC (329).

Finaliza el número 3 de la ley 87 del Fuero Nuevo ordenando lo siguiente:

«En cualquiera de los supuestos comprendidos en este número, si hubiera pleito sobre la causa de disolución, iniciada su tramitación, el Juez, dispondrá la práctica de inventario y adoptará las medidas necesarias para la administración del caudal de la sociedad de conquistas; asimismo, se requerirá autorización judicial para todo acto que exceda de la administración ordinaria».

B) *La comunidad de bienes tras la disolución de la sociedad conyugal de conquistas y su liquidación*

El patrimonio consorcial de los cónyuges, una vez extinguida —por disolución— la sociedad conyugal de conquistas, constituye una comunidad de naturaleza germánica conocida como «postmatrimonial» o «postganancial» (STSJ de Navarra de 25 de septiembre de 1998) cuyas notas esenciales resumen del siguiente modo FERNÁNDEZ URZAINQUI (330):

(328) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 278.

(329) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 278.

(330) «La constitución de esta comunidad no tendrá sin embargo lugar: a) cuando, por haberse pactado en capitulaciones matrimoniales, la sociedad de conquistas hubiera de continuar al fallecimiento de un cónyuge entre el sobreviviente y los herederos del premuerto; b) cuando, a la disolución de la sociedad conyugal por fallecimiento de uno de los cónyuges, se concentraran en el viudo todos los derechos y obligaciones del premuerto, como heredero único y universal del mismo o por renuncia a la herencia en su

- La titularidad del que fuera patrimonio de conquistas sigue estando atribuida a los cónyuges o ex-cónyuges y, en los casos de disolución por fallecimiento, pasa a ser compartida por sus respectivos herederos o por el sobreviviente y los sucesores del premuerto, pero los poderes que confiere a sus titulares no son ya los propios de la sociedad de conquistas sino los que corresponden a una cotitularidad ordinaria sobre un conjunto de bienes en liquidación, similar a la comunidad hereditaria, en la que a los distintos titulares corresponde una cuota indivisa, no sobre todos y cada uno de los bienes que la integran, sino sobre la total masa patrimonial. Precisa GARCÍA GRANERO que en el supuesto de que en las sucesiones de ambos cónyuges fuesen herederos las mismas personas, por los mismos títulos y con igual participación (por ejemplo, los hijos en caso de sucesión legal de ambos padres), no existiría en realidad sino una sola comunidad hereditaria sobre un único patrimonio integrado por todos los bienes de conquista y todos los privativos de uno y otro causante (331).
- Esta masa no se ve incrementada con los frutos de los bienes privativos ni los rendimientos del trabajo de sus titulares, produciéndose sin embargo la incorporación a ella por subrogación de las nuevas adquisiciones efectuadas a costa del caudal común.
- Los bienes comunes siguen respondiendo de las deudas que pesaban sobre el patrimonio de conquistas antes de disolverse la sociedad, aun cuando es inmune frente a las que con posterioridad contraiga uno cualquiera de sus titulares, sin perjuicio de su eventual realización sobre la cuota abstracta que al deudor corresponda en la liquidación.
- La disposición de bienes del patrimonio en liquidación requiere el concurso o el consentimiento de todos los cotitulares, pudiendo sin embargo cualquiera de ellos disponer de su cuota de participación en la masa indivisa, con el consiguiente derecho de retracto sobre ella de

favor de todos los herederos, y c) tampoco cuando, por fallecimiento de ambos, sus respectivas sucesiones recayeran en la misma o las mismas personas, supuesto este último en el que la comunidad postmatrimonial quedaría absorbida y confundida en la hereditaria».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 282 y 283.

En análogo sentido se manifiesta GARCÍA GRANERO quien, no obstante, matiza que la ausencia de una liquidación formal de la sociedad conyugal de conquistas en dichos supuestos debe ser entendida sin perjuicio de los derechos correspondientes a los acreedores de la herencia y a los acreedores particulares del heredero.

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 136.

(331) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 137.

los demás copartícipes en la comunidad (leyes 329 y 372.1 FN) (332); en cuanto al uso y administración de los bienes comunes, habrá de estarse a las reglas establecidas en la ley 372 FN.

El Fuero Nuevo reconoce a cualquiera de los cónyuges y a los hijos del premuerto un derecho a ser alimentado con cargo a esta comunidad patrimonial indivisa. Establece el último párrafo de la ley 89 de dicho texto lo siguiente: «Alimentos. *De la masa común de bienes se prestarán alimentos a los cónyuges o, en su caso, al sobreviviente y a los hijos, mientras no se*

(332) Estudia GARCÍA GRANERO en particular ciertos actos de disposición de los derechos que al cónyuge supérstite y a los herederos del premuerto corresponden en la sociedad conyugal de conquistas disuelta por fallecimiento de un consorte:

A) Actos de disposición del cónyuge viudo:

- La renuncia pura y simple provocará el acrecimiento de esa cuota en favor de los restantes comuneros (cfr. Resolución de la DGRN de 2 de febrero de 1960 y art. 399 del Código Civil).
- La renuncia a favor de persona determinada: el cesionario queda subrogado en lugar del cedente en todos los derechos y obligaciones que a este último corresponden en el patrimonio consorcial. Tal subrogación no se dará en los derechos que, con carácter personalísimo, al cónyuge viudo pertenecieren en la disuelta sociedad de conquistas (como, por ejemplo, el derecho de ventajas y el de adjudicación preferente, reconocidos —respectivamente— en las leyes 90 y 91 FN).
- La cesión onerosa a favor de una o más personas determinadas, si fuera hecha a persona que no sea heredero del cónyuge premuerto, dará lugar al nacimiento del derecho de retracto de comuneros (ley 372 FN, art. 1.522 del Código Civil y STS de U de junio de 1951).

B) Actos de disposición por uno de los coherederos:

- La renuncia pura y simple (a salvo las disposiciones testamentarias o contractuales del causante sobre sustitución vulgar o derecho de representación) producirá el acrecimiento de la cuota renunciada a favor de los restantes coherederos en proporción a la de cada uno de éstos (ley 312 FN).
- La renuncia a favor de persona determinada provocará la subrogación de ésta en lugar del cedente, en los términos establecidos en las leyes 325 y siguientes del Fuero Nuevo.
- La cesión onerosa a favor de una o más personas determinadas que sean coherederas determinará la aplicación de las leyes 325 y siguientes del Fuero Nuevo; si la cesión hubiere tenido lugar a favor de quien no sea coheredero (incluso aun cuando se haga a favor de legatario de parte alícuota o del cónyuge supérstite), la ley 329 FN atribuye a los coherederos el mismo derecho de retracto que concede la ley 372. GARCÍA GRANERO atribuye también legitimación para el ejercicio de este retracto al cónyuge supérstite —en defecto de ejercicio por los coherederos—, si la herencia del cónyuge difunto comprende únicamente bienes de conquista. Si la cesión a un extraño la realiza un legatario de parte alícuota que, con arreglo a la ley 219 FN no tenga la condición de heredero, el colegatario llamado conjuntamente con el cedente tendrá derecho de retracto y, en su defecto, podrán ejercitar este derecho los herederos conforme a lo dispuesto en la ley 329 (cfr. ley 330.3 FN).

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 138 a 141.

hiciera la entrega de los bienes que constituyan su haber. Los alimentos prestados se deducirán de los frutos y rendimientos del haber, y de este mismo en lo que excedan» (ley 89 FN, último párrafo). Es un derecho reconocido únicamente a los cónyuges y a los hijos, en su condición de tales, por lo que no corresponderá a otros eventuales copartícipes en la comunidad postmatrimonial, como los herederos del cónyuge premuerto; su reclamación, por otra parte, no exige en solicitante —a diferencia de lo que acontece en el régimen legal de alimentos (cfr. arts. 142 y sigs. del Código Civil)— la prueba de una situación de necesidad, sino sólo la pertenencia al núcleo familiar definido en la norma. Matiza GARCÍA GRANERO: i) que los alimentos no constituyen deuda a cargo de las conquistas, sino un anticipo o entrega a cuenta del haber correspondiente al partícipe, por lo cual han de ser computados en la cuota de partición —el importe de tales alimentos será una partida a consignar en las operaciones particionales, como deuda del partícipe frente al patrimonio común—; ii) que la prestación de alimentos procede sólo en tanto no haya sido efectuada la adjudicación formal de los bienes que constituyen el haber del partícipe con derecho a ellos; iii) que en el término «*hijos*» estarán también comprendidos los descendientes de grado ulterior que sucedan por sustitución vulgar o por derecho de representación de su padre o madre premuertos (cfr. leyes 306 y 309 FN) o, incluso, por derecho de transmisión (ley 317 FN), y iv) que tales alimentos serán incompatibles con el usufructo viual (legal o voluntario) porque, en cuanto al viudo usufructuario, su disfrute es mucho mayor y más amplio que el simple derecho de alimentos y, respecto de los hijos y descendientes del premuerto que se hallaren en situación legal de exigir alimentos, la prestación de éstos queda legalmente a cargo del cónyuge usufructuario (cfr. ley 259.3 FN) —por lo que exclusivamente en los supuestos en que no se dé el usufructo viual (por renuncia, no formalización de inventario u otra cualquiera de las causas de no adquisición o de pérdida), tendrá posible aplicación el derecho a obtener alimentos conforme a la ley 89 FN (333).

La liquidación constituye una facultad que cualquiera de los cónyuges, ex-cónyuges o sus herederos, puede ejercitar a partir de la disolución de la sociedad de conquistas a fin de sustituir su titularidad sobre una cuota indivisa de los bienes comunes, en su conjunto, por una titularidad individualizada: esta acción divisoria o liquidatoria es imprescriptible (ley 41.3 FN).

La liquidación puede hacerse extrajudicialmente, por acuerdo de todos los interesados o siguiendo el procedimiento judicial a que se refieren los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «*La liquidación de cualquier régimen económico-matrimonial que, por capitulaciones o por dis-*

(333) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 148 y 149.

posición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables» (art. 806 LEC).

Opina FERNÁNDEZ URZAINQUI que es posible una liquidación total o parcial de la sociedad conyugal con mantenimiento del mismo régimen económico de conquistas, al efecto de fijar, actualizar o materializar los respectivos patrimonios privativos de los cónyuges: la liquidación es consecuencia de la disolución, concluye, pero no la presupone necesariamente (334). Creo preferible hablar, en estos supuestos y para evitar equívocos, de una estimación o determinación contable del valor neto de las masas patrimoniales, privativas o consorciales; el Fuero Nuevo reserva la denominación de liquidación para referirse a aquellas operaciones divisorias posteriores a la disolución de la sociedad conyugal de conquistas.

Afirma GARCÍA GRANERO (335) que en materia de liquidación del consorcio conyugal falta en los antiguos fueros navarros una regulación completa, aun cuando ciertas referencias o menciones contenidas en ellos permiten elaborar la siguiente doctrina:

- i) La liquidación es practicada por el cónyuge viudo y los herederos del difunto, ya se trate de hijos o descendientes comunes o de parientes (ascendientes o colaterales) del finado. Los herederos mayores de edad concurren por sí solos; y los menores, representados o asistidos por los más próximos parientes de la línea del causante [Fuero de Tudela, 134 y 232; manuscrito de Copenhague (336);

(334) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 284.

(335) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 131 a 133.

(336) Fuero de Tudela, 134 (ms. Copenhague): «De uestir de biudo o biuda el de missiones de la sepultura. E es de fuero que si omne o muller non destina et muere el el mudo o uiuda que finca se uistiere de nuevo, non la aquella mission de contar en la particion a los parientes del muerto nin la a ssacar del común entroa que las deudas sean pagadas, si non fore con plazer de aquellos parientes que an de partir con el o con ella, porque son estrannos del uiudo o de la uiuda. Ante esfuero que si el marido li dio los uestire biuo estando et non los v destino auranse a meter en la partición, assi como otro moble. Que non es dreyto nin fuero que uiudo nin uiuda prenga mas l'uno que el otro del moble pues que al dia que casan por medio an quanto an».

Fuero de Tudela, 232 (ms. Copenhague): «De partición de biudo con susfillos. Omne que ouiere muller et fillos et s'el muere la muller, et el marido quiere prender otra muller et los fillos no son de edat, por fuero deue clamar los parientes mas prosmans de los fillos et partir con ellos et fer cartas por a. b. c. partidas con ferme de cada part et testimonias et liurarles luego la heredit et el moble. Empero sacadas las deudas que foren feytas d'anbos ensemble e las dispensas que fueron feytas en la defunción del día que la muller passo ata que fue soterrada, et las levas, et la nouena, que otro tanto podra

Fuero de Viguera, 396 (337); Fuero de Jaca-Pamplona, S 40 (338); Fuero General de Navarra, 2,4,19; 2,4,20 y 2,4,21 (339), y Fuero Reducido, 3,8,14; 3,8,15 y 3,8,16 (340)].

el marido de mortuorio lexar o sacar pora si, et un leytoparado con de los buenos drapos de casa et dos bestias de laur si y fueren con sus aperos de laur de casa; enpero quando partieren con los fulos solo el moble por fer la laur del común».

(337) Fuero de Viguera y Val de Funes, 396: «Partición de muger con fijos. Et si muriere el marido o la muger, el que fincare debe partir con los fijos o con parientes del muerto, con carta e firmanças complidas, todos los bienes que en vno ganaron: moble et rayz; pero en la partición habrá cada uno su hereditat quita que s'auja ante que casas, e de mejoría habrá el viuo sus paynnos con hun lecho de ropa e sus joyas, e cada vno manificio et de cada cosa haurá vno de mejoría».

(338) Fuero de Jaca-Pamplona, S 40: «De qui se uol casar. Tot omne que a muyller et a efanx d'ela, si mor la muyller et lo marit se uol casar, per for deu clamar les mas pros-mans parenz de ses filz; de part sa mayre, et deuant els deu partir lo payre totes les coses mobles et no mobles leyalment que el et sa muyller auien ensemble, traytprimament les despenses que son fayteslo dia que mor troa que es enterrada, et donar-ne la mitat als efanx de la primera muyller, salpet trait millones segont que dit es de sus. Empero la panilla deu estar fayta per carta partida per abc, con flanees et con testimonis et l' Janet lo mes et lo dia en que fo fayta, et l' escriuan sia public del poblé en aquel offici, et assi aura ualor».

(339) Fuero General de Navarra 2,4,19: «(Ata quanto tiempo deven demandar part los fijos de los lavradores quaoando el padre muere): Marido et muyger villanos casados ensemble, si muere la muger creaturas oviendo de hedat, et es á saber, de VII aynos, estas criaturas luego pueden demandar suert de madre; et si creaturas no ovieren, los parientes pueden demandar et cobrar el dreyto de la muyller. Si estas creaturas non ovieren hedat, tienga las creaturas el padre aquí á que hayan hedat las creaturas. La espensa del enteramiento desta muyller sea VII robos de trigo, et VII arinzadas de vino, et II rovos de trigo en la novena, entroa tanto pueden pevndrar los parientes de la muger, et si de más spendieren, non son tenidos de dar más si non quisiere».

Fuero General de Navarra, 2,4,20: «(Las creaturas de los villanos moriendo padre ó madre pueden toyller part al vivo, et quien et cómo deven ser criados si non son de hedat): Marido et muger villanos casados ensemble, oviendo creaturas, si muere el uno deyillos, las creaturas luego pueden toyller part del muerto al bivo: et si por aventura no oviesen creaturas bivas, et las creaturas oviesen creaturas, los sobrinos non pueden toyller al avuello rem en su vida. Mas si bive alguna creatura, luego puedo toyller part, et si tueylle la creatura part, luego deven toyller los sobrinos su part, por que han tanto dreyto como las creaturas en heredades et en muebles...».

Fuero General de Navarra, 2,4,21: «(Cómo deven partir las creaturas con la madre villana viuda, et qui las deve criar ata que ayan hedat): Si el marido muere viviendo la muger et oviendo creaturas que no hayan hedat, los parientes del padre pueden toyller las creaturas et todo lo del padre á criar las criaturas ata que ayan VII aynos complidos: los VII aynos passados, vayan o quisieren; et la partición deve ser atal, que la meatat de todas las heredades del padre deven prender et de la madre estas creaturas, eylla prendiendo unos vestidos para si, et lo partan por meyo. Quoal que muere senes creaturas, las heredades del muerto deven tornar á su natura».

(340) Fuero Reducido, 3,8,14: «(En que edad deben demandar los hijos de los villanos la parte de su madre): Si la muger de villano muere con criaturas de edad de siete años cumplidos, las criaturas luego pueden demandar la parte de su madre. Y si las criaturas no tienen siete años cumplidos téngalas el padre las heredades con las criaturas asta que ayan la dicha edad de siete años, e si la madre muriere sin creaturas, los parientes de la muger pueden demandar y cobrar la heredady drecho de ella».

- ii) Respecto a la forma de proceder a la liquidación y partición, se precisa carta pública con la concurrencia de testigos (Fuero de Tudela, 134 y 232; manuscrito de Copenhague, Fuero de Viguera, 396, y Fuero de Jaca-Pamplona, S 40).
- iii) De la partición quedan excluidas las heredades propias o privativas del marido o la mujer en los sistemas de los fueros locales (Fuero de Estella, Fuero de Viguera, Fuero de Tudela, Fueros de la Novenera y Fuero de Jaca-Pamplona) cuyo régimen matrimonial de bienes es el de comunidad limitada a todos los muebles y a las heredades conquistadas o ganadas por título oneroso durante el matrimonio; no sucedía lo mismo en el Fuero General de Navarra, siempre que el matrimonio se disolviera con hijos, por ser entonces el régimen matrimonial legal el de comunidad universal, en el que las heredades del marido y de la mujer también se hacían comunes y quedaban, por tanto, incluidas en la partición.
- iv) Antes de determinar el caudal líquido partible, han de ser satisfechas las deudas comunes, no las propias de alguno de los cónyuges (Fuero de Tudela, 134 y 232; manuscrito de Copenhague, y también Fuero de Tudela, 127, manuscrito de la Academia de la Historia) (341). Entre esas deudas que son de cargo de la sociedad

Fuero Reducido 3,8,15: «(Como los hijos de los villanos pueden demandar la parte de su padre o madre y como no la pueden demandar): Muriendo el villano e su muger, pueden los hijos del muerto a padre o a la madre que quedare sientos de siete años como dicho es. E si por ventura no oviesen criaturas viuas y obiesen nietos, los nietos no pueden demandar al agüelo nenguna cosa en su vida, pero si viue alguna criatura aquella luego puede pedir parte como dicho es, y pidiendo la tal criatura también puede pedir el nieto su parte de las heredades y muebles, porque el nieto tanto drecho tiene para pedir como tiene su tio el pidiendo. Y si los nietos no ferman por si la partición siendo de edad, el mayor pariente y mas çercano con decreto de juez puede por ellos haçer partición firme por ellos, con fiadores sufiçientes para que aga valer la firma quando ellos sean de edad. Y los tios pueden tener lo que no es partido ata que sean de edad, dando fiadores como dicho es, y debenles dar los alimentos con que viuan sobres sus bienes asta que tengan edad».

Fuero Reducido 3,8,16: «(Como deben partir las criaturas con la madre villana viuda y quien las debe criar ata que tengan edad): Si el marido muere viuiendo la muger o biendo criaturas que no sean de edad, los parientes del padre pueden quitar las criaturas a la madre y todo herençio y bienes del padre y criar las criaturas asta que tengan siete años cumplidos, y pasados los siete años vayan las criaturas donde quisieren. Y la partición débese haçer et a sauere que todas las heredades y los bienes muebles del padre y de la madre trayan a monton y tomando ella para si vnos vestidos, odo lo demás así de heredades como de mueble partan a medias las criaturas con la madre. Y si alguno dellos muere sin criaturas las heredades del muerto deber tornar a su natura».

(341) Fuero de Tudela, 127 (ms. Academia de la Historia): «De traer uestires en partion. Si es muerto el marido ho la muller sines estín e el biuo face uestires, non los deuen contar al partir nin sacar de común ata que las deudas sian pagadas sinon con placer de los paryentes con qui a de partir, por que son estranios daquel viudo. Ante es

los fueros incluyen los gastos y expensas del enterramiento del cónyuge difunto (Fuero de Jaca-Pamplona, S 42) (342). En relación a la mujer villana, el Fuero General determinaba taxativamente la cuantía de las expensas por razón de su fallecimiento (Fuero General de Navarra, 2,4,19) (343). Posteriormente, el Fuero Reducido, 3,10,1 (344) precisó que las expensas causadas por el entierro del cónyuge finado fueran de cargo de los bienes comunes pero que si éstos no existieren el gasto debía ser satisfecho a costa de los bienes del muerto, añadiendo que si el sobreviviente se hiciere vestidos de luto, debía ser a costa de lo propio suyo y no sobre los bienes del difunto.

- v) También es operación previa a la partición entre el viudo y los herederos del cónyuge finado la detracción de las ventajas o mejoría que el cónyuge supérstite tiene derecho a retirar para sí, sin que le sean computables en su haber líquido.
- vi) El resto, luego de las deducciones indicadas, constituye el haber líquido partible, que ha de ser adjudicado, por mitad, al esposo sobreviviente y a los herederos del finado.

fuero que si el marido dio uiuendo los uestires a su muller, él seyendo muerto si no los destino deuen uenir a partición assi como el otro moble, que pues al dia que casan es por medio quanto moble an no es dreito que el vno ende aya mas que el otro. Et quando el biuo face mortalla al muerto deuda facer con consello de aquellos con qui aue de partir si y son, o sinon con consello de dos omes buenos con qui lo pueda prouar, e con esto puedel sacar de común antes que partan con los fulos eredat e moble, (e él) sacara otra tanta mortalla; mas si parten con otros non auiendo fillos no es assi mas si la saca ante del moble de casa que auian a partir non la deue contar, por que fuero es que en deuda que fagan marido o muller el vno sines lotro non sian a partir los fillos ni los erederos pues aquel muere».

(342) Fuero de Jaca-Pamplona, S 42: «De las despenses faytes per lo mort. Qvant marit et muyller son aiustaz lealment et conteyn que l'un d'esl mor, per for, totes les despenses que se faran sobre lo cos entroa que sia enterrat de común deuen estar. Mas si altres despenses hy contienen a far per razón del mort, deuen-se contar sobre la part del mort, assi que lo qui romayn no y dara res, si no's uol, del son nin de sa part».

(343) Fuero General de Navarra, 2,4,19: «Ata quoanto tiempo deven demandar part los fijos de los lavradores quoando el padre muere. ... La espensa del enterramiento desta muyller sea VII robos de trigo, et VII arinzadas de vino, et II robos de trigo en la novena, entroa tanto pueden peyndrar los parientes de la muger, et si de mas espendieren, non sean tenidos de dar más si non quisiere».

(344) Fuero Reducido 3,10,1: «De jas mesiones que se hacen por el sobreviviente quando el marido o la muger muere. Si estando el marido y la mujer casados ensemble, aconçe que el uno dellos muere, las espensas y suplimiento del finado hasta que el cuerpo sea enterrado, se deben haçer de los bienes comunes del finado y del vivo, habiendo entre ellos bienes comunes. Pero si no hubiere bienes comunes de entre ellos, hágase la espensa de los bienes del muerto. Pero si otras espensas obieren de haçer a causa del muerto, aquellas se deban haçer sobre la parte que es del muerto, porquel vivo que quedara no es obligado de dar ni contribuir de lo suyo si no quisiere. Empero si el vivo hiciere vestidos de luto, aquellos debe hacer de lo propio suyo, y no de los bienes del difunto».

A las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal de conquistas disuelta se refieren hoy las leyes 89, 90 y 91 del Fuero Nuevo, redactadas por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril (345), actuaciones que comienzan por la formación de un inventario del activo y del pasivo, como resulta del primer párrafo de la citada ley: «Liquidación. *Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y del pasivo. No será necesaria la formación de inventario cuando todos los interesados hubieran aceptado el que el cónyuge sobreviviente hubiese hecho para el usufructo viudal*» (párrafo primero de la ley 89 FN).

Afirma GARCÍA GRANERO (346) que, como señalan los autores de la Recopilación Privada, el fundamento de la excepción legal a la formación de inventario es un principio de economía de trámites, a fin de evitar la duplicidad de inventarios y precisa: i) que la ley habla de usufructo viudal, por lo que se refiere tanto al usufructo legal de fidelidad como al usufructo concedido por disposición voluntaria, y ii) que la aceptación de los interesados podrá manifestarse en forma expresa —bien por intervención en el propio inventario o bien por su posterior aprobación— y también de modo tácito, siempre que se trate de actos concluyentes que necesariamente impliquen asentimiento al inventario formalizado por el cónyuge usufructuario como, por ejemplo, el requerimiento para subsanar errores y omisiones a que se refiere el último párrafo de la ley 257 FN (347). No obstante, FERNÁNDEZ URZAINQUI pone de relieve lo singular de la asunción como inventario de liquidación del redactado por el viudo a un distinto efecto y con un alcance también diferente: a diferencia del inventario de liquidación, que ha de reflejar el activo y el pasivo correspondientes a la sociedad de conquistas, el del usufructo de fidelidad, que el cónyuge viudo debe hacer para la adquisición de este derecho, comprende sólo los bienes a que conocidamente se extiende (ley 257 FN) pero no las deudas y, entre los bienes, se referirá a todos los pertenecientes al cónyuge premuerto (ley 255 FN),

(345) De la ausencia de normas específicas de liquidación en el Fuero Nuevo de 1973 y de la remisión general contenida en la ley 91 de dicho texto legal resultaba la aplicación supletoria, a la liquidación de la sociedad conyugal de conquistas, del Código Civil. La ley 88 del Fuero Nuevo, en su redacción originaria, se limitaba a señalar lo siguiente: «Liquidación. *En la liquidación de la sociedad conyugal de conquistas no procederá la formación de inventario cuando todos los interesados hubieran aceptado el que el cónyuge sobreviviente hubiese hecho para el usufructo viudal*».

(346) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 141 y 142.

(347) Ley 257, último párrafo, del Fuero Nuevo: «inventario. ... *A requerimiento del nudo propietario, el usufructuario está obligado a declarar ante qué Notario formalizó el inventario o adición al mismo. El nudo propietario tendrá derecho a obtener copia, y podrá requerir al usufructuario para que subsane en escritura pública los errores y omisiones en que se hubiere incurrido*».

en los que se incluyen no sólo los de procedencia consorcial sino también los privativos suyos (348).

Autoriza el artículo 808.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la formación de inventario, a solicitud de cualquiera de los cónyuges, a partir de la admisión a trámite de la demanda de nulidad, separación o divorcio o de la iniciación del proceso promovido para la extinción del régimen económico-matrimonial. Habrá de acompañarse a la solicitud una propuesta que contenga las diferentes partidas que hayan de incluirse en el inventario así como los documentos que las justifiquen (art. 808.2 LEC). El acuerdo de los cónyuges determina la conclusión del acto; señalado día y hora para la formación del inventario, la incomparecencia injustificada de un consorte permite tenerle por conforme con la propuesta presentada por el otro. En caso de discrepancia, sobre la inclusión o exclusión de alguna partida o sobre su importe, el procedimiento continuará por los trámites previstos para el juicio verbal, debiendo resolver la sentencia que se dicte todas las cuestiones suscitadas y la aprobación del inventario de la comunidad matrimonial (art. 809 LEC).

El inventario incluirá tanto el activo como el pasivo de la comunidad:

— «Activo. *El activo comprenderá todos los bienes de conquista existentes en el momento de la disolución, así como los créditos de la sociedad frente a los cónyuges*» (ley 89 FN, párrafo segundo).

Escribe FERNÁNDEZ URZAINQUI que para la determinación de los bienes de conquista —y su diferenciación de los privativos— habrá de estarse a lo dispuesto en las leyes 82 y 83 FN donde se conjugan la autonomía privada, la subrogación real, la accesión, la consorcialidad de ganancias, frutos y rendimientos, la incommunicabilidad de ciertos bienes y derechos personalísimos y la presunción legal de conquista; y que como créditos de la sociedad frente a los cónyuges habrán de considerarse los derivados de la adquisición de bienes de carácter privativo con fondos comunes (ley 83.2 y 6 FN), los originados por incrementos y mejoras de los bienes privativos merced a la inversión en ellos de fondos consorciales (ley 83.7 y 8 FN) y los causados por la atención de cargas privativas mediante la realización o aplicación de bienes o fondos sociales (leyes 54, párrafo segundo, 84.2 y 85, último párrafo, todas del Fuero Nuevo) (349). En análogo sentido se pronuncia GARCÍA GRANERO (350).

(348) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 284.

(349) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 285.

(350) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 142 y 143.

— «Pasivo. *El pasivo comprenderá todas las obligaciones pendientes a cargo de la sociedad, incluso por créditos de los cónyuges contra aquéllos*» (ley 89 FN, párrafo tercero).

Deben contabilizarse, afirma FERNÁNDEZ URZAINQUI, no sólo las deudas pendientes frente a terceros que sean de cargo de la sociedad de conquistas —tanto si han sido contraídas por ambos cónyuges como si lo han sido por uno sólo— sino también las deudas de la sociedad de conquistas por créditos de los cónyuges contra ella, sea por la adquisición de bienes de conquista con fondos privativos (ley 82.3 y 7 FN), sea por los incrementos de valor, las accesiones y las mejoras que hayan experimentado los bienes de conquista merced a la inversión en ellos de fondos privativos de los cónyuges, sea por los pagos de cargas comunes al matrimonio con caudales propios de cualquiera de ellos o por la enajenación de activos privativos cuyo importe no hubiera sido invertido en otros de la misma naturaleza (351).

No deben ser objeto de inclusión en el inventario ni los créditos ni las deudas por lucros sin causa que hayan sido objeto de reembolso o reintegro anticipado conforme a lo prevenido en la ley 88 del Fuero Nuevo que analizaré seguidamente. Respecto de los no reembolsados anticipadamente, observa FERNÁNDEZ URZAINQUI que el importe de los créditos no se corresponde con el nominal de las sumas invertidas o aplicadas en beneficio exclusivo de un cónyuge, sino con el real resultante de su actualización a la fecha de la liquidación (cfr. ley 88 FN, párrafo segundo) y tampoco con el nominal de las deudas privativas en cuya ejecución hubieran llegado a realizarse bienes comunes, sino con el valor, al tiempo de la liquidación, de los bienes realizados (cfr. ley 85 FN, último párrafo) (352).

Considera GARCÍA GRANERO que aun cuando los créditos y deudas existentes entre los patrimonios privativos del marido y la mujer no deben figurar en el activo y en el pasivo de la sociedad de conquistas, pues no representan aumento o disminución del patrimonio común líquido, sí interesan para la determinación de los respectivos patrimonios privativos de los esposos, por lo que siempre que los reembolsos pendientes por razón de tales créditos vayan a ser efectuados dentro del conjunto de las operaciones liquidatorias de las conquistas, en el inventario habrán de figurar, como partida especial, los créditos privativos de un cónyuge contra el patrimonio del otro (353).

(351) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 285.

(352) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 285.

(353) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 143.

Concluida la fase de formación de inventario, para la que el Fuero Nuevo no señala plazo alguno, habrá de procederse al pago de las deudas, a la fijación de haberes y a la adjudicación de bienes en pago de los mismos.

Al pago de las deudas se refieren los párrafos cuarto y quinto de la ley 89 del Fuero Nuevo: «Pago. *Terminado el inventario se pagarán las deudas de la sociedad, incluidas las que ésta tenga con los cónyuges, conforme a lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos. Los acreedores de la sociedad tendrán en la liquidación de ésta los mismos derechos que por ley les corresponden en la liquidación y partición de la herencia*».

Observa GARCÍA GRANERO (354) que puede inducir a error una interpretación literal de los términos del párrafo cuarto de la ley 89 FN, pues parece imponer que, en todo caso, antes de efectuar reparto alguno han de ser pagadas todas las deudas a cargo de la sociedad; es evidente —afirma— que tal lectura no puede ser estimada. Cuando la ley habla de pagar las deudas, se refiere indudablemente a las que estén vencidas y sean líquidas y exigibles; respecto de las deudas en que no concurren tales circunstancias, sólo procederá el pago anticipado cuando así lo convinieren unánimemente todos los interesados en la liquidación y, además, siempre que fuere posible por acuerdo con los acreedores o porque el plazo hubiese sido establecido en beneficio exclusivo del deudor, todo ello sin perjuicio de los derechos legalmente reconocidos a los acreedores.

Observa FERNÁNDEZ URZAINQUI (355), en lo que se refiere a los derechos e intereses de los acreedores en la liquidación de la sociedad conyugal de conquistas, que:

- Frente al criterio sustentado por el artículo 1.403 del Código Civil —que pospone el pago de las indemnizaciones y reintegros debidos a los propios cónyuges al de las deudas y cargas de la sociedad conyugal, la ley 89 del Fuero Nuevo somete todos los créditos contra masa común a las reglas generales que disciplinan la preferencia y prelación de créditos conforme a lo dispuesto en los artículos 1.921 y siguientes del Código Civil.
- La concreción de los derechos de los acreedores —por remisión a los que les corresponden en la liquidación y partición de la herencia— no planteará problemas en los supuestos de disolución de la sociedad conyugal por muerte (ya que la liquidación de las conquistas vendrá a solaparse con la de la herencia), pero resultará más problemática ante la disolución por otras causas, fundamentalmente en razón al

(354) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 144.

(355) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 285 a 287.

contenido y alcance de las leyes 318 (sobre responsabilidad *intra vires* del heredero por las deudas de la herencia) y 319 del Fuero Nuevo (sobre el beneficio de separación) (356).

Destaca también GARCÍA GRANERO que aun cuando la ley 89 no establece distinción alguna en esta materia y que a pesar de la identidad de razón entre la liquidación y partición de herencia y las mismas operaciones referidas a las conquistas (cfr. arts. 406 y 1.402 del Código Civil), no cabe desconocer la dificultad que, en algunos aspectos, ofrece la aplicación a la partición de las conquistas normas que están pensadas específicamente para el supuesto de partición de herencia, como las citadas anteriormente o el derecho de subrogarse los acreedores en el derecho a aceptar cuando el heredero hubiere renunciado a la herencia en perjuicio de aquéllos (art. 1.001 del Código Civil) o la posición que corresponde a los mismos acreedores particulares del heredero en el caso de que éste hubiese aceptado la herencia a beneficio de inventario (art. 1.034 del Código Civil). Por ello estima:

- Que el beneficio de separación de patrimonios, en los términos establecidos en la ley 319 FN sólo podrá tener lugar cuando la disolución de conquistas haya tenido lugar por muerte de uno cualquiera de los consortes, quedando descartada en este caso la aplicación del artículo 1.034 del Código Civil.

(356) — Ley 318 del Fuero Nuevo: «Responsabilidad *intra vires*. El heredero responderá frente a los acreedores hereditarios y legatarios con el valor de los bienes de la herencia exclusivamente; pero si se excediere en el pago a los acreedores, éstos no estarán obligados a restituir. Se considerarán también acreedores de la herencia los que lo sean por gastos de última enfermedad, entierro y funerales».

— Ley 319 del Fuero Nuevo: «Beneficio de separación. a) Quiénes pueden solicitarlo. Los acreedores hereditarios, dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha del fallecimiento del causante, podrán solicitar del Juez la formación de inventario y la separación de los bienes de la herencia, con el fin de satisfacer con los mismos sus propios créditos, según su respectivo rango, excluyendo a los acreedores particulares del heredero hasta la total satisfacción de aquellos créditos. Hasta tal momento no se confundirán las deudas y créditos existentes entre el heredero y el causante, ni se extinguirán las correspondientes garantías. Los legatarios tendrán ese mismo derecho para asegurar el cumplimiento de los legados con el remanente de la herencia después de quedar satisfechos aquellos acreedores.

b) Efectos. La separación de bienes hereditarios afectará éstos para el pago preferente a los acreedores y legatarios que ha hubieran solicitado. El Juez, a petición de los interesados, señalará plazo para la formación de inventario y decretará las anotaciones y embargos preventivos, notificaciones y demás medidas de aseguramiento. Una vez satisfechos los acreedores de la herencia y legatarios que hubieren solicitado la separación, serán pagados los acreedores y legatarios que no la hubieren solicitado, sin más preferencia entre ellos que la que les corresponda por la naturaleza de sus créditos o conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

- Que los artículos 1.082, 1.083 y 1.084 del Código Civil serán aplicables como derecho supletorio en Navarra (ley 6 FN), si bien —en cuanto a este último artículo— la responsabilidad será solidaria del consorte deudor y del adjudicatario de bienes de conquistas, pero respecto de este último con el límite del valor de los bienes de conquistas recibidos en pago de su haber —responsabilidad *pro viribus* (cfr. ley 318 FN).
- Que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.082 del Código Civil y 788.3 de la LEC, los acreedores consorciales podrán oponerse a que se lleven a cabo las operaciones particionales y, en último término, a la adjudicación de los bienes integrantes del haber partible hasta que les sean completamente pagados o satisfactoriamente garantizados sus créditos: en tanto se produzcan tales acontecimientos, los acreedores podrán pedir la anotación preventiva a que se refieren los artículos 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria y 146.4 de su Reglamento.
- Que será aplicable lo que la ley 325 del Fuero Nuevo ordena para el caso de cesión de herencia, es decir, la responsabilidad solidaria de cedente y de cesionario respecto de las deudas.
- Que el artículo 1.034 del Código Civil (357) será aplicable en Navarra como derecho supletorio; como consecuencia del principio *intra vires* —o mejor *pro viribus*— que resulta de la ley 318 FN, parece que, respecto del valor de los bienes de conquistas adjudicados al cónyuge no deudor, los acreedores consorciales tendrán preferencia respecto de los acreedores privativos de éste.
- La modalidad de acción subrogatoria que, para aceptar la herencia, el artículo 1.001 del Código Civil concede a los acreedores del heredero, corresponderá igualmente a los acreedores del cónyuge que, en perjuicio de ellos, hubiere renunciado a su participación en el haber de la sociedad de conquistas (358).
- Los acreedores de los cónyuges no pueden recurrir, tras la disolución de la sociedad conyugal, al embargo de bienes comunes al amparo de la responsabilidad subsidiaria que contempla el último párrafo de la ley 85 FN. Pero como los cónyuges siguen respondiendo de sus deudas privativas con su patrimonio personal, sigue siendo posible el

(357) Artículo 1.034 del Código Civil: «Los acreedores particulares del heredero no podrán mezclarse en las operaciones de la herencia aceptada por éste a beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios; pero podrán pedir la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor del heredero».

(358) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 145 a 147.

- embargo de la cuota abstracta que le corresponda sobre la masa consorcial en liquidación y su anotación, como el embargo y anotación del derecho hereditario (arts. 46, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, y 166.1, párrafo segundo, de su Reglamento). El embargo, una vez producida la adjudicación, pasará a recaer sobre los bienes adjudicados al cónyuge deudor, sobre los que podrá seguirse la ejecución del crédito garantizado.
- Los acreedores privativos de los cónyuges podrán hacer valer en la liquidación el derecho que resulta de la aplicación de los artículos 1.083 del Código Civil y 782.5 LEC; es decir, el de intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de su derecho, pudiendo en este concepto concurrir en el procedimiento judicial de liquidación a la designación de contador y peritos (cfr. arts. 783.5 y 810.5 LEC). Esta intervención se limita al control de las operaciones para evitar que se hagan en fraude de su derecho, pero no les constituyen en parte dentro del procedimiento.
 - Para finalizar, los acreedores de un cónyuge pueden actuar también frente a su dañosa pasividad y frente a cualquier maniobra realizada en fraude de sus derechos mediante el ejercicio de las acciones que establece, en defensa de su crédito, el artículo 1.111 del Código Civil —acción subrogatoria y acción pauliana.

Concluidas las operaciones de liquidación a que se refiere la ley 89 FN se procederá a la fijación de haberes y a la adjudicación de bienes. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo primero de la ley 90 del Fuero Nuevo, ley redactada según Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, el remanente líquido de los bienes de conquista «...se dividirá en la proporción pactada o, en su defecto, por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos» (359).

Recuerda GARCÍA GRANERO (360) que al examinar los textos históricos del Derecho navarro que se refieren a la división y partición del haber consorcial, es preciso considerar la diversidad que ofrecen en cuanto al régimen de bienes en el matrimonio:

(359) Ley 90 del Fuero Nuevo según su redacción originaria: «*División. El remanente líquido de los bienes de conquista se dividirá en la proporción pactada o, en defecto de pacto, por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos*».

(360) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 150 a 152.

- Los fueros locales [Fuero de Estella, A, II, 11 (361); Fueros de la Novenera, 70 (362); Fuero de Viguera y Val de Funes, 396 (363); Fuero de Tudela, 127 —manuscrito de la Academia de la Historia— (364) y 134 —manuscrito de Copenhague— (365) y Fuero de Jaca-Pamplona, S 31, 32 y 35 (366)] establecen un sistema de comu-

(361) Fuero de Estella, A, II, 11: «*De marit. 1. Si maritus illi moritur, et habet inde filias, et postea uult ducere alium maritum, mulier illa debet partiré totum quantum exemplauit cum suo manto primo, cum filiis, auere et honore, per medietatem. 2. Et si mulier habet hereditatem aliam, aut de patrimonio aut alico modo, antequam duxisset maritum, non dabit inde porcionem filiis.*»

(362) Fueros de la Novenera, 70: «*De casamiento. Todo hombre o toda muyller que prenga bendición, s'is quisiere fillos de hermanos sean, del día que prengan bendición, si quiere sea iurada con otro, de quoanto que ganen su meatat deue auer de mueble et de hereditat.*»

(363) Fuero de Viguera y Val de Funes, 396: «*Partición de muger con fijos. Et si muriere el marido o la muger, el que fincare debe partir con los fijos o con parientes del muerto, con carta et firmancas complidas, todos los bienes que en vno ganaron: moble et rayz; pero en la partición habrá cada uno su hereditat quita que s'auja ante que casas, e de mejoría habrá el uiuo sus paynnos con hun lecho de ropa e sus joyas, e cada vno manificio et de cada cosa haurá vno de mejoría.*»

(364) Fuero de Tudela, 127 (ms. Academia de la Historia): «*De traer uestires en partion. Si es muerto el marido ho la mulier sines estín e el biuo face uestires, non los deuen contar al partir nin sacar de común ata que las deudas sian pagadas sinon con plazer de los paryentes con qui a de partir, por que son estranhos daquel uiudo. Ante es fuero que si el marido dio uiuendo los uestires a su mulier, él seyendo muerto si no los destino deuen uenir a partición assi como el otro moble, que pues al día que casan es por medio quanto moble an no es dreito que el vno ende aya mas que el otro. Et quando el biuo face mortalla al muerto deuela facer con consello de aquellos con qui aue de partir si y son, o sinon con consello de dos omes buenos con qui lo pueda prouar, e con esto puedel sacar de común antes que partan con los fillos eredat e moble, (e él) sacara otra tanta mortalla; mas si parten con otros non auiendo fillos no es assi mas si la saca ante del moble de casa que auian a partir non la deue contar, por que fuero es que en deuda que fagan marido o mulier el vno sines lotro non sian a partir los fillos ni los erederos pues aquel muere.*»

(365) Fuero de Tudela, 134 (ms. Copenhague): «*De uestir de biudo o biuda et de misiones de la sepultura. E es de fuero que si omne o mulier non destina et muere et el uiudo o uiuda que finca se uistiere de nueuo, non la aquella mission de contar en la partición a los parientes del muerto nin la a ssacar del común entroa que las deudas sean pagadas, si non fore con plazer de aquellos parientes que an de partir con el o con ella, porque son estrannos del uiudo o de la uiuda. Ante es fuero que si el marido li dio los uestire biuo estando et non los y destino auranse a meter en la partición, assi como otro moble. Que non es dreyto nin fuero que uiudo nin uiuda prenga mas l'uno que el otro del moble pues que al día que casan por medio an quanto an.*»

(366) Fuero de Jaca-Pamplona, S 31: «*De dotar muyller infançona. ... Mas si per auentura ensemble apres les bodes han comprat o conquerit alguna hereditat, sa mitat ne deue auer la muyller...*».

Fuero de Jaca-Pamplona, S 32: «*De empeynar hereditat de dot et de partir. ... Et deu auer ela encara entegrament ses uestidures et ses joyes, et .I. leyt ben garnit dels millors apareyllaz que sien en casa, et una escala d'argent, et una cortina, et una mulla de caualgar, si tot ço es en casa; et encara dos besties d'arada con lus enguisamenz. Pero*

nidad de muebles y adquisiciones, según el cual se hacen comunes a ambos cónyuges, y éstos partirán por mitad, las heredades adquiridas o conquistadas durante el matrimonio y, además, todos los bienes muebles, sean cuales fueren el título y el momento de su adquisición (previa deducción de las deudas comunes, los gastos de enterramiento del difunto y las ventajas).

- Por el contrario, en el Fuero General de Navarra (2,4,21) (367) —sistema que deja huellas en algunos pasajes del Fuero Reducido (3,2,8)— (368) el régimen de bienes se halla determinado por la circunstancia de que, al fallecer el marido o la mujer, haya o no descendencia común. Existiendo hijos del matrimonio, el régimen es el de comunidad universal o absoluta, y el viudo ha de partir con sus hijos, por mitad, todos los bienes muebles e inmuebles que tanto el marido como la mujer hubieren adquirido, antes o después de la celebración del matrimonio, por cualquier título oneroso o lucrativo. Si el matrimonio se disuelve sin hijos, el régimen es el de comunidad restringida, limitada a todos los bienes muebles y, en cuanto a las

si un ço no es en casa, prenga d'estes coses lo que trobara, el de tota la ostillamenta que sera en casa prenga de cada una manera una, et de les altres coses que romayndran prenga tota la mitat».

Fuero de Jaca-Pamplona, S 35: «De dotar muyller uillana. ... Et ses ioyes et ses uestidures entegrament, et un leyt ben garnit dels millos apareyllamenz de lur casa, et dos besties de arada con lus apareyllamenz. Empero si ha criatura de son marit, biua la criatura o no, solament que ueya luz, la uillana pert don dot; mas en les altres coses que son en casa prenga la part assi com for es».

(367) Fuero General de Navarra, 2,4,21: «(Cómo deven partir las creaturas con la madre villana viuda, et qui las deve criar ata que ayan hedat): Si el marido muere viviendo la muger et oviendo creaturas que no hayan hedat, los parientes del padre pueden toyller las creaturas et todo lo del padre á criar las criaturas ata que ayan VII ayños complidos: los VII ayños passados, vayan o quisieren; et la partición deve ser atal, que la meatat de todas las heredades del padre deven prender et de la madre estas creaturas, eyllaprendiendo unos vestidos para si, et lo partan por meyo. Quoal que muere senes creaturas, las heredades del muerto deven tornar á su natura».

(368) Fuero Reducido, 3,2,8: «Como muerto el marido o la muger, el que sobrevive debe haber en los bienes por precipuo y propio suyo, y como en lo demás debe partir con los hijos o herederos del muerto. Si marido y muger estando casados a la ley de matrimonio, el uno dellos muere, es a saber si el marido quedare vivo, debe sacar por propia cosa suya y por precipua, una cama de ropa buena, y mas el caballero hijodalgo, infançon o escudero, sus armas y caballo y sus vestidos. Y si es letrado, su mula, armas y libros y los vestidos. Y si es oficial o menestral debe sacar sus vestidos y sus instrumentos de su arte e oficio. Y si es labrador todos los instrumentos y aperos que perteneçen a la labrança. Y si primero muere el marido, la muger puede y debe sacar su propio y precipuo suyo, todos sus vestidos y joyas, y una cama o ropa de cama de las mejores que hubiere en casa, y todo lo demás que fue adquirido y conquistado durante el matrimonio, así mueble como sediente o terrible, deben partir a medias el vivo con los herederos del muerto».

heredades, sólo a las conquistadas por título oneroso después de contraídas las nupcias.

- La evolución jurídica posterior, consuetudinaria y legal, ya desde el siglo XVI tiende progresivamente a generalizar y a extender a toda Navarra el régimen de conquistas, reducido estrictamente a los muebles e inmuebles adquiridos constante matrimonio y que se da en todo caso, independientemente de que del matrimonio haya quedado o no descendencia.

La división y adjudicación del remanente líquido entre marido y mujer o sus respectivos herederos tiene por finalidad, afirma FERNÁNDEZ URZAINQUI, transformar el derecho abstracto sobre una cuota indivisa del patrimonio común que a los copartícipes corresponde en un derecho individualizado sobre todos los bienes y derechos que lo integran —para lo que habrá de procederse, como en la partición hereditaria, a la formación de lotes iguales o proporcionales, tanto cuantitativa como cualitativamente (siempre que fuera posible)—; no obstante, la especificación a que la división se orienta queda cumplida no sólo mediante la atribución de cada uno de los bienes y derechos a un único copartípite, sino también mediante la adjudicación de cuotas indivisas sobre todos o algunos de ellos, dando lugar entre los adjudicatarios a una comunidad ordinaria pro indiviso sujeta al régimen prevenido en la ley 372 FN y disposiciones concordantes (369).

En defecto de acuerdo de los copartícipes en la comunidad constituida sobre el patrimonio en liquidación —cónyuges, excónyuges o sus herederos—, la división y adjudicación de los bienes podrá tener lugar judicialmente, bien en el procedimiento declarativo ordinario que corresponda (art. 787.5 LEC), bien en el procedimiento de liquidación a que se refieren los artículos 810 y 784 y siguientes LEC (este último sin eficacia de cosa juzgada).

Aceptada o aprobada la adjudicación, recuerda FERNÁNDEZ URZAINQUI, habrá de procederse a la entrega de los bienes que a cada copartípite corresponda, con entrega de los correspondientes títulos de propiedad (370).

Subraya GARCÍA GRANERO que el Fuero Nuevo, en coincidencia con el Derecho Civil aragonés (cfr. art. 85.1 de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen económico-matrimonial y viudedad) (371), admite

(369) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 287.

(370) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 287.

(371) Artículo 85.1 de la ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen económico-matrimonial y viudedad: «División y adjudicación. Liquidado el patrimonio y detraídas las ventajas, el caudal remanente se dividirá y adjudicará entre los cónyuges o sus respectivos herederos por mitad o en la proporción y forma pactadas».

de modo expreso —a diferencia del art. 1.404 del Código Civil— la libertad de los cónyuges para convenir la proporción en que deba ser adjudicado el patrimonio líquido consorcial, sistema que merece una crítica favorable: i) por cuanto esta solución responde mejor al sentido de libertad civil que inspira el Derecho Civil navarro, así como a la amplia autonomía que otorga a los cónyuges para ordenar su régimen de bienes, y ii) porque, frente a la división forzosa por mitad, en muchos casos podrá resultar más justo prever una distribución desigual, proporcionada a las respectivas aportaciones de los cónyuges, no sólo en orden a la cuantía de los distintos patrimonios sino, incluso, en consideración a la diferencia de rendimientos profesionales de cada esposo (372).

El pacto sobre la proporción en que ha de dividirse entre marido y mujer o sus herederos el remanente líquido de los bienes, que constituye una manifestación más de la primacía del principio de autonomía de la voluntad en Derecho navarro, puede concluirse —a juicio de FERNÁNDEZ URZAINQUI— en capitulaciones matrimoniales, incluso en la fase de liquidación, y será oponible a terceros tras su correspondiente publicidad registral, sin perjuicio de los derechos adquiridos por estos últimos, por ejemplo los acreedores particulares de los cónyuges, en contemplación a un régimen de participación igualitaria en las conquistas (373).

El Fuero Nuevo hace referencia a dos reglas especiales que deben ser observadas en la adjudicación de los bienes del remanente líquido de las conquistas:

- a) La primera de ellas tiene por objeto el régimen de las mejoras o ventajas: «Derecho de ventajas. *Por derecho de mejora o ventajas, pertenecerán en propiedad al cónyuge sobreviviente, sin que le sean computadas en su parte en las conquistas, las ropas y efectos de uso personal, así como los demás objetos de ajuar de casa cuyo valor no fuere excesivo conforme a la posición de la familia y a los usos sociales. También podrán detraerse como ventajas los instrumentos de trabajo de un valor no desproporcionado al patrimonio común*» (párrafo segundo de la ley 90 del Fuero Nuevo).

Afirma GARCÍA GRANERO (374) que en los fueros recibe el nombre de «ventajas», «mejoría» y «precipuo» el derecho reconocido al cónyuge viudo

(372) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 158 y 159.

(373) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 288.

(374) «...De los textos cabe deducir una mayor antigüedad en la existencia y reconocimiento de las ventajas de la mujer, tal vez porque el origen más remoto de la

por el cual éste detrae de la masa común, y recibe como propiedad suya exclusiva, ciertos objetos muebles, casi siempre de uso personal, cuya importancia, cuantía y composición ofrecen gran variedad en las distintas fuentes, atendidas las diferencias de condición social (infanzones, francos y villanos) o de situación económica:

- El Fuero de Estella las desconoce o, al menos, no las menciona.
- El Fuero General de Navarra es extraordinariamente parco sobre el tema, pues se limita a reconocer a la mujer villana que, antes de la partición por mitad, pueda tomar unos vestidos (2,4,21) (375).
- Según los Fueros de la Novenera (64 y 65) (376), tanto al fallecimiento del marido como de la mujer, el que sobreviva puede detraer para sí un lecho y determinadas prendas de vestir.
- También el Fuero de Viguera y Val de Funes [396] (377) atribuye al cónyuge viudo el derecho a retirar, antes de la partición, un lecho, sus ropas y joyas y uno de cada especie de los objetos de ajuar.

institución se entronca con la práctica frecuente de los legados típicos del marido a favor de la esposa, cuyo objeto eran los bienes *quae eius causa parata sunt*, o sea, los legados de *mundus*, *penus*, *vestimenta* y *ornamenta* ... y ello indica también otro elemento importante en el origen y formación de las aventajas, a veces éstas vienen involucradas o, cuando menos, expuestas conjuntamente con las arras o con la viudedad».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 152 a 156.

(375) Fuero General de Navarra, 2,4,21: «(Cómo deven partir las creaturas con la madre villana viuda, et qui las deve criar ata que ayan hedat): Si el marido muere viviendo la muger et oviendo creaturas que no hayan hedat, los parientes del padre pueden toyller las creaturas et todo lo del padre á criar las criaturas ata que ayan VII aynos conplidos: los VII aynos passados, vayan o quisieren; et la partición deve ser atal, que la meatat de todas las heredades del padre deven prender et de la madre estas creaturas, eyllaprendiendo unos vestidos para si, et lo partan por mevo. Quoa que muere senes creaturas, las heredades del muerto deven tornar á su natura».

(376) Fueros de la Novenera, 64: «De leyssa de marido a muiller o de muiller a marido. Todo hombre o toda muiller que passe d'est sieglo al otro, deue leyssar leyto; si es hombre non podient, aya una márfega et una cólcedra et un plumazo et una almogenia et un liçar de lino et otro d'estopa et un manto corderuno pora los domingos et otro pora cotidiano, quoa fuere en casa, et la muyller aya esto, demás dos toquas pora cotidiano et una pora los domingos. Et si esto non fuere en casa, a bien insta de dos bonos hombres que'l den leyto».

Fueros de la Novenera, 65: «De casamiento. Nuill hombre que sea con muiller a bendición, si'l aduze el marido uestires de color, deue prender leyto a laudamiento de los trapos».

(377) Fuero de Viguera y Val de Funes, 396: «Partición de muger con fijos. Et si muriere el marjdo o la muger, el que fincare debe partir con los fijos o con parientes del muerto, con carta et firmancas complidas, todos los bienes que en vno ganaron: moble et rayz; pero en la partición habrá cada uno su heradat quita que s'auja ante que casas, e de mejoría habrá el viuo sus paynnos con hun lecho de ropa e sus joyas, e cada vno manificio et de cada cosa haurá vno de mejoría».

- El Fuero de Jaca-Pamplona (S 32,34,35; B 136 y C 37) (378) regula con gran minuciosidad las «*auantayllas*», separadamente las de marido y las de mujer. Respecto a ésta, dentro de los capítulos que fijan la dote o arras de la infanzona, la franca y la villana, determina también sus respectivas ventajas; en cuanto al marido, el derecho de ventajas queda establecido sin distinción de clases sociales, aun cuando hay normas especiales en el sentido de reducir las ventajas para el supuesto de que el viudo quisiera tomar segunda esposa.

(378) Fuero de Jaca-Pamplona, S 32: «*De empeynar hereditat de dot et de partir. ... Et deu auer el a encara entegrament ses uestidures et ses joyes, et .I. leyt ben garnit dels millors apareyllaz que sien en casa, et una escala d'argent, et una cortina, et una mulla de caualgar, si tot ço es en casa; et encara dos besties d'arada con lus enguisamenz. Pero si tot ço no es en casa, prenga d'estes coses lo que trobara, et de tota la ostillamenta que sera en casa prenga de cada una manera una, et de les altres coses que romayndran prenga tota la mitat*».

Fuero de Jaca-Pamplona, S 34: «*De la franquia con deu estar doalizada. ... Mas si del marit no a efant et mor lo marit auanz que la muyller, deu auer ses doz en les coses mouenç et non mouenç de son marit, et deu auer ses uestuz et ses joyes, et un leyt ben garnit dels millos apareyllamenç que sien en casa, et de la ostilla assi com desús es dit; et si fan laborar, deu auer dos besties de les millos de casa ab toz lus apareyllamenç*».

Fuero de Jaca-Pamplona, S 35: «*De dotar muyller uillana. ... Et ses ioyes et ses uestidures entegrament, et un leyt ben garnit dels millos apareyllamenç de lur casa, et dos besties de arada con lus apareyllamenç. Empero si ha criatura de son marit, biua la criatura o no, solament que ueya luz, la uillana pert don dot; mas en les altres coses que son en casa prenga la part assi com for es*».

Fuero de Jaca-Pamplona, B 136: «*De deuissa. De trayre les auantayllas. De omne que a'gut muyller e'nfant, et es pasat l'efant del segle, et apres pasa la muyller sens deuissa, el uenen les parentz, de la muyller et demanden la mitat del moble et de la roba et de la ostilla, e ditz lo marit que deu auer auantaylla. Manda lo bon for uieill de Jaka que deu trayre lo marit, oltra tota sa part d'estas cosas sobre ditas: .I. leyt de la millor roba que es en casa, et una escala d'argent, si hy es, et sas armas de son cors si la ha, et .I. iuc de beties de labors si hi son. E deu trayre d'auantaylla: .I. mor ho .I.^a mora si hi es, et una arca, aquela en que el ten ses diñes et sas cosas et ses ioyes, et de totz les manificis de casa, un. E manda lo bon for uieill de laka que las cubas et ornáis et las archas, que se iugien per moble et que se partan per mei. E manda lo bon for de laka uieill que lo omne a agudas .V. muyllers, que la derreria es acullida en totz ses bens que auia per razón de moble, et la derrena muyller o ses parentz deuen auer la mitat de tot lo moble, traïtas lo marit las deuant ditas auantayllas. E altresí es si lo marit morís auanz que la muyller com dit es de sus. E aquo se iuia per lo bon for antic de laka*».

Fuero de Jaca-Pamplona, C 37: «*Del biudo que uol casar. Tot home que ha mulier t ha jnfanç de ela, si mor la mulier t lo marit se uol casar, perfor deu clamar les mas pres parenç de ses filiz de parte de mayre, t deuant eles deu lo payre partir lealment totes les coses mobles t non mobles que el t so mulier auen d'esenble, traytas primerament los espenses feytes en la defunción de la mulier, fora les espenses que son faytes lo dia que mor entroa que sia enterrada t donat la mjatata jnfanç de la primera mulier, salp tant que lo payre pot t deu, perfor, trayre de auantalla pera ses opes: vn leyt ben garnit de les meylores drapes de casa t dos besties de arada con toz lurs apareylliz, sy solen laborar. Enpero la panilla deu estar fayta per carta partida per a.b.c con flanees t con test jmonis et lo mes t lo dia en que fue fayta, et el escriuan sia public del poblé et establir en aquel ofici. t asi abra balor*».

- En el Fuero de Tudela, aun cuando algún manuscrito (9, manuscrito de la Academia de la Historia) (379) denomina *ante part* a las ventajas, éstas vienen concebidas en función de la viudedad, de ahí que sean limitadas en el caso de que el viudo contraiga segundas nupcias (7 y 232, manuscrito de Copenhague) (380). Sin embargo, la práctica posterior fue decantando esa figura con mayor precisión jurídica, como lo demuestra un manuscrito muy tardío (posiblemente del siglo xvii) en el cual, luego de reproducir los textos del fuero, el copista añadió un pasaje en el que exponía el contenido de las ventajas conforme a la práctica tudelana de entonces, calificándolas al margen como «*ventaja foral*» (381).
- El Fuero Reducido revela ya una precisa y acertada formulación de las ventajas (3,8,16 y 3,2,8) (382), ya que: i) califica a esta figura

(379) Fuero de Tudela, 9 (ms. de la Academia de la Historia): «*De ante part de viuda. Cauallero no ifançonermunio puede sacar por uiudedat cauallo o su caualgadura, e uaso doro o de argent, e guarniciones de su cuerpo de fierro e de fust, e vn leito e sus uestires. Otrósí duenna ho ifançonadeue sacar por uiudedat vna mulla ensellada e enfrenada, e uaso doro o de argent, e su leito vestido de las millores ropas, e los aniellos e sartas dadas a ella, e los vestires e cubiertas de su cuerpo a esto todo si fuere en casa*».

(380) Fuero de Tudela, 7 (ms. de Copenhague): «*De cómo infançonsaca uiduidaz. Cauallero o infançonermunio puede sacar por uiduidat cauallo o so caualgadura et baso d'oro o de argent, et guarniment de so cuerpo de fierro et de fust, et leyto et sus uestires. Otrósí duenna o tal infançonadeue sacar por uiduidat mulla enseyllada et enfrenada, et baso d'oro o de argent, et so leyto de las millores ropas, aniello, sartas dadas a eylla, et uestires et cubiertas de so cuerpo, et esto si foren en casa*».

Fuero de Tudela, 232 (ms. de Copenhague): «*De partición de biudo con sus filias. Omne que ouiere muller et fillos et s'el muere la muller, et el marido quiere prender otra muller et los fillos no son de edad, por fuero deue clamar los parientes mas prospanos de los fulos et partir con ellos et fer cartas por a.b.c. partidas con ferme de cada part et testimonias et liurarles luego la heredit et el moble. Enpero sacadas las deudas que foren feytas d'ambos ensemble e las dispensas que fueron feytas en la defunción del dia que la muller passo ata que fue soterrada, et las leixas, et la nouena, que otro tanto podra el marido de mortuorio leixar o sacar pora si, et un leyto parado con de los buenos drapos de casa et dos bestias de lauor si yfueren con sus aperos de lauor de casa, enpero cuando partieren con los fillos solo el moble por fer la lauor del común*».

(381) Como explica GARCÍA GRANERO, se trata de un manuscrito sin número del Archivo General de Navarra. En el lomo se lee *Fueros de Navarra* y en la primera hoja «*Códices del fuero reducido proyectado en el siglo 16, del fuero general y del fuero llamado de Sobrarue que, con pequeñas alteraciones es el mismo que aquel: Son copias viciadas de otros codices*».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2, pág. 155.

(382) Fuero Reducido 3,2,8: «*Como muerto el marido o la muger, el que sobrevive debe haber en los bienes por precipuo y propio suyo, y como en lo demás debe partir con los hijos o herederos del muerto. Si marido y muger estando casados a la ley de matrimonio, el uno dellos muere, es a saber si el marido quedare vivo, debe sacar por propia cosa suya y por precipua, una cama de ropa buena, y mas el caballero hijodalgo, in-*

como el derecho de «sacar su propio y precipuo suyo» —lo que pone de manifiesto el carácter de detracción preferente, previa a la partición, y la pertenencia al cónyuge viudo en concepto de propiedad plena—, ii) fija separadamente, para la mujer y para el marido, los bienes excluidos de partición, y iii), en cuanto al hombre viudo, especifica las ventajas según su distinta condición social (caballero hidalgo, infanzón y escudero) o conforme a su profesión (letrado, oficial o menestral y labrador), régimen que parece un adecuado reflejo de la costumbre navarra del siglo XVI.

- La recepción práctica de las normas del Código Civil en materia de división del haber líquido de la sociedad conyugal que, por lo demás, eran coincidentes con el criterio tradicional de los fueros navarros, produjo paralelamente el desuso de las disposiciones que reconocían al cónyuge sobreviviente el derecho a excluir de la partición y percibir para sí las denominadas ventajas forales.

Define FERNÁNDEZ URZAINQUI (383) las ventajas como el conjunto de bienes muebles que el cónyuge sobreviviente puede rescatar para sí de la masa común en liquidación, sin compensación alguna ni computación en su

fançon o escudero, sus armas y caballo y sus vestidos. Y si es letrado, su mula, armas y libros y los vestidos. Y si es oficial o menestral debe sacar sus vestidos y sus instrumentos de su arte e oficio. Y si es labrador todos los instrumentos y aperos que perteneçen a la labrança. Y si primero muere el marido, la muger puede y debe sacar su propio y precipuo suyo, todos sus vestidos y joyas, y una cama o ropa de cama de las mejores que hubiere en casa, y todo lo demás que fue adquirido y conquistado durante el matrimonio, así mueble como sediente o terrible, deben partir a medias el vivo con los herederos del muerto».

Fuero Reducido, 3,8,16: «(Como deben partir las creaturas con la madre villana viuda y quien las debe criar ata que tengan edad): Si el marido muere viuiendo la muger o biendo creaturas que no sean de edad, los parientes del padre pueden quitar las creaturas a la madre y todo herençio y bienes del padre y criar las creaturas asta que tengan siete años cumplidos, y pasados los siete años vayan las criaturas donde quisieren. Y la partición débese haçer et a sauer que todas las heredades y los bienes muebles del padre y de la madre trayan a montón y tomando ella para si vnos vestidos, odo lo demás así de heredades como de mueble partan a medias las creaturas con la madre. Y si alguno dellos muere sin creaturas las heredades del muerto deber tornar a su natura».

(383) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 288.

En análogo sentido se pronuncia GARCÍA GRANERO: «Conforme tanto al Derecho histórico como al actual, tal derecho puede ser definido como el que, para el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, la ley reconoce al sobreviviente para detraer del haber líquido de la sociedad de conquistas, y previamente a toda adjudicación, ciertos bienes muebles, de uso y trabajo personal y de ajuar doméstico, que el mismo cónyuge adquiere en propiedad y que no son computables en su parte de las conquistas».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 159.

lote, antes de proceder a la determinación del definitivo haber partible; en consecuencia, se trata de un derecho:

- Reconocido por la ley exclusivamente al cónyuge sobreviviente (384).
- Que tiene por objeto la predetracción ciertos bienes muebles comunes, no obstante su destino al uso o trabajo personal del sobreviviente.
- Los bienes en cuestión han de rescatarse de la masa antes de proceder a la concreción del definitivo haber partible, de manera que, a diferencia de la adjudicación preferente de que trata la ley 91 FN, estos bienes no pueden llegar a integrarse en el haber correspondiente al sobreviviente ni su valor es computable en ella.

A juicio de GARCÍA GRANERO (385), los caracteres esenciales del derecho de ventajas son los siguientes:

- Sólo procede en el régimen de conquistas o, por analogía, en el de comunidad universal de bienes (cfr. ley 101.5 FN) —no en el de separación de bienes—. Así resulta: i) de la ubicación sistemática de la ley 90 FN —en sede comprendida bajo la rúbrica *De la sociedad conyugal de conquistas* (Capítulo I, Título IX del Libro I del Fuero Nuevo)—, ii) de la interpretación histórica (todas las fuentes regulaban en Navarra las ventajas en función de las operaciones liquidatorias del consorcio conyugal), y iii) del contenido de la ley 90 FN, que ordena que las ventajas no sean computadas en la parte que al cónyuge corresponde en las conquistas.
- El derecho de ventajas corresponde sólo al cónyuge sobreviviente, por lo que ni los herederos del cónyuge premuerto tendrán derecho a las ventajas que a su causante hubieran correspondido si hubiese sido el sobreviviente ni ninguno de los cónyuges podrá exigir ventajas cuando la disolución de la sociedad conyugal de conquistas tenga lugar, no por fallecimiento de uno de ellos, sino por razón de divorcio,

(384) «Se trata en primer término de un derecho reconocido por la ley exclusivamente al cónyuge sobreviviente, de lo que se deduce una triple consecuencia: a) que su detracción tan sólo es procedente en las liquidaciones subsiguientes a la disolución de la sociedad conyugal por fallecimiento de un cónyuge; b) que únicamente corresponde tal derecho al cónyuge sobreviviente, por lo que al fallecimiento de éste, ningún derecho asiste sobre tales bienes a sus herederos, y c) que le pertenece en su condición de cónyuge sobreviviente y no por otro concepto, como el de heredero o usufructuario de fidelidad».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 288.

(385) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 159 a 162.

separación, nulidad de matrimonio u otra cualquiera de las causas que determina la ley 87 FN (386).

- Es un derecho personalísimo, por lo que el cónyuge viudo que ha detraído las ventajas adquiere éstas en plena propiedad y, a su fallecimiento, las transmitirá a sus herederos; mas, por el contrario, el derecho a las ventajas, si no hubiere sido ejercitado en vida por el supérstite, no se transmitirá a los herederos de éste. Si el cónyuge viudo hubiere ejercitado, judicial o extrajudicialmente, la acción para exigir las ventajas, los herederos de aquél podrán continuar ésta (387).
- Las ventajas pertenecen al cónyuge supérstite por derecho propio, a causa de muerte del otro, pero no como lucro o participación sucesoria en la herencia del difunto, lo que tiene importantes consecuencias prácticas: i) a diferencia del usufructo foral de fidelidad, el viudo no pierde las ventajas por segundas nupcias (ley 261.3 FN), ni por vida deshonesto (ley 261.1 y 2 FN) ni tal derecho le impone cargas u obligaciones respecto a los herederos del cónyuge difunto (ley 259); ii) los bienes recibidos a título de ventajas no se hallan comprendidos entre los que, según la ley 276, son reservables en caso de segundas nupcias del sobreviviente, y iii), en el ámbito tributario, las ventajas no están sometidas al Impuesto de Sucesiones, puesto que el viudo las recibe por derecho propio, como un aumento de su parte en los bienes comunes, o sea, como unas «preconquistas» o «plus-conquistas».

Estiman GARCÍA GRANERO y FERNÁNDEZ URZAINQUI que las ropas y efectos de uso personal constituirán ventajas incluso en el supuesto de que su valor pudiera reputarse excesivo conforme a la posición de la familia, los usos sociales o el valor del patrimonio común: una interpretación histórica, literal y sistemática de la norma —en relación con los demás objetos de ajuar de la casa y los instrumentos de trabajo— y la inclusión entre los bienes de adju-

(386) «Podría caber duda respecto a algunos de los supuestos comprendidos en el número 5 de dicha ley 87, especialmente en los casos en que un cónyuge hubiera sido judicialmente incapacitado, declarado ausente o en quiebra o concurso de acreedores. Sin embargo, debe prevalecer la respuesta negativa, no sólo porque parece explícito el sentido de la ley 90, sino, además, porque la ratio o fundamento de la institución —que es la de proporcionar al cónyuge supérstite unos medios que le permitan continuar en su misma situación de vida personal y familiar y en iguales condiciones de trabajo— no se da igualmente en tales casos».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 161.

(387) El artículo 84.3 de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen económico-matrimonial y viudedad, establece lo siguiente: «El derecho a las ventajas es personalísimo y no se transmite a los herederos».

dicación preferente de las dos últimas categorías de bienes que no constituyan ventajas, sin mención a los efectos de uso personal que no merezcan tal consideración, conducen a tal conclusión (388).

Por lo que se refiere a los objetos de ajuar de casa cuyo valor no fuere excesivo conforme a la posición de la familia y a los usos sociales, opina GARCÍA GRANERO que el criterio del Fuero Nuevo, por ofrecer mayor flexibilidad en su interpretación, es preferible al del Código Civil que, en su artículo 1.321, contiene una enumeración de objetos que deben considerarse excluidos del concepto de ajuar (389).

A juicio de FERNÁNDEZ URZAINQUI, la maquinaria afecta a un negocio o industria familiar no está comprendida entre los instrumentos de trabajo que merecen la calificación legal de ventajas (390).

- b) La segunda regla —contenida en la ley 91 del Fuero Nuevo (redactada según la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, con precedente directo en los arts. 1.406 y 1.407 del Código Civil y en el art. 58 de la Compilación aragonesa) (391)— reconoce un derecho de adjudicación preferente a cada cónyuge en ciertos bienes comunes:

«En la liquidación de la sociedad de conquistas cada cónyuge tendrá derecho a que le sean adjudicados en pago de su haber, hasta donde éste alcance, los siguientes bienes siempre que tuvieron la condición de comunes:

- 1. Los bienes privativos que se hubieran incorporado en capitulaciones a la sociedad de conquistas por cualquiera de los cónyuges.*
- 2. Los objetos de ajuar de casa y los instrumentos de trabajo que no le pertenecieren por derecho de ventajas conforme a la ley 90.*
- 3. La explotación agrícola, ganadera, forestal, comercial o industrial que tuviere a su cargo.*
- 4. El local donde hubiere venido ejerciendo su profesión, arte u oficio.*
- 5. En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda que fuere residencia habitual del matrimonio.*

(388) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 163.

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 289.

(389) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 163 y 164.

(390) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 289.

(391) La redacción originaria de la ley 91 del Fuero Nuevo era la siguiente: «Aplicación supletoria del Código Civil. En todo lo no previsto por este capítulo se aplicará al régimen conyugal de conquistas, en cuanto no se oponga a éste, lo dispuesto en el Código Civil para el de gananciales».

En los casos de los números 1, 4 y 5, el cónyuge viudo podrá exigir que se le atribuyan los bienes en propiedad o sólo el derecho de uso o habitación sobre los mismos. Si el valor de la propiedad o del derecho, según los casos, excediere del haber del cónyuge adjudicatario, éste deberá abonar la diferencia en dinero. El cónyuge viudo de segundas o posteriores nupcias del finado no podrá exigir el uso o habitación respecto a los bienes adjudicados a los hijos o descendientes de anterior matrimonio del difunto».

Observa GARCÍA GRANERO que el derecho de adjudicación preferente de determinados bienes de la sociedad de conquistas carece de precedentes concretos en las fuentes históricas del Derecho navarro: es más, en la mayor parte de los casos, será innecesario tal derecho de preferencia, ya que el uso de que los cónyuges otorguen testamento de hermandad con institución hereditaria mutua, en pleno dominio, provoca que cónyuge supérstite haga suyo todo el patrimonio familiar, no sólo el de conquistas sino también el privativo del cónyuge premuerto. Sin embargo, en los supuestos de matrimonios de segundas nupcias —en razón de las limitaciones legales para disponer a favor del nuevo cónyuge— han sido y son más frecuentes las disposiciones testamentarias que tratan de asegurar la situación del consorte supérstite para que pueda continuar en la posesión y disfrute de la vivienda familiar y del ajuar doméstico (392).

Define FERNÁNDEZ URZAINQUI el derecho de adjudicación preferente a que se refiere la ley 91 del Fuero Nuevo como el que, en la división de la masa común partible, asiste a cada cónyuge —en su caso, al sobreviviente— para obtener, con prioridad al otro o a los herederos del fallecido, la inclusión en su lote de determinados bienes o derechos sobre ellos, computándoseles en su haber y hasta donde éste alcance, sin perjuicio de compensar el exceso en la atribución mediante el abono de la diferencia en dinero: a diferencia de las ventajas, el ejercicio de este derecho no altera el valor económico de los lotes que hayan de formarse, aunque incida en su composición —la adjudicación preferente entraña una excepción a la igualdad cualitativa, pero no a la cuantitativa, de la división—. El ejercicio de este derecho tiene lugar mediante una declaración de voluntad recepticia dirigida al copartícipe o copartícipes en la división que, con su recepción, vendrán obligados a tolerar la adjudicación preferente (393).

(392) «...En ocasiones, para lograr ese resultado, se intenta obtener la previa conformidad de los hijos de primer matrimonio y, a falta de tal consentimiento, se recurre a fórmulas testamentarias de carácter sociniano, cuya finalidad es adjudicar al cónyuge sobreviviente, ya en propiedad, ya sólo en usufructo o habitación y uso, la vivienda y el ajuar de casa».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 166.

(393) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 290.

A juicio de GARCÍA GRANERO (394), el derecho establecido en la ley 91 FN tiene las siguientes notas fundamentales:

- Es una regla particional: contiene una norma relativa al modo de proceder en la adjudicación de los bienes que componen el haber líquido del consorcio conyugal.
- Referida sólo a los bienes comunes, no a los privativos del otro cónyuge.
- Atribuye un derecho de preferente adquisición que concede a su titular la facultad de optar o elegir, dentro de determinados bienes comunes, aquellos que desea le sean adjudicados en pago de su haber; pero a diferencia del derecho de ventajas, que tiene carácter gratuito, pues no impone contraprestación alguna, el de adjudicación preferente es oneroso, por cuanto los bienes recibidos por ese título son cargados o computados en la cuenta del cónyuge adjudicatario, quien habrá de compensar en dinero el importe excedido en caso de que el valor de esos bienes excediere de su haber.
- Respecto de los supuestos de liquidación de las conquistas en los que cabrá ejercitar el derecho de adjudicación preferente —sólo para el caso de fallecimiento de uno de los consortes en el derogado art. 58.2 de la Compilación de Aragón y para todas las causas de disolución en el art. 1.406 del Código Civil (excepción hecha de su núm. 4.º, referido a la vivienda que fuese residencia habitual familiar, que limita el derecho de preferencia al caso de muerte del otro cónyuge) y en el artículo 85.2 de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen económico-matrimonial y viudedad (excepción hecha de su apartado letra g), que contiene igual limitación para la vivienda habitual) (395)—, la ley 91 del Fuero Nuevo debe ser objeto de un examen detallado caso a caso. Con relación a los bienes a que se refieren el número 2 —únicamente en cuanto a los que componen el ajuar de casa, no en cuanto a los instrumentos de trabajo— y el número 5 de la ley 91, el derecho de adquisición preferente sólo podrá ejercitarse en caso de liquidación por fallecimiento de uno de los cónyuges (en

(394) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 168 a 171.

(395) Puede leerse en la Exposición de Motivos de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero: «...Las ventajas que consisten en bienes de uso personal o profesional no quedan reducidas al caso de disolución por muerte (84), lo mismo que el derecho que un cónyuge haga incluir en su lote determinados bienes comunes que guardan especial relación con su persona, que puede ejercitarse también en los demás supuestos de disolución, hoy más frecuentes que en 1967. La posibilidad de incluir en su lote la vivienda habitual, por evidentes razones, se reconoce sólo para el caso de muerte del otro cónyuge».

cuanto al número 5 porque dicha norma lo afirma así expresamente y en cuanto al número 2, respecto de los bienes integrantes del ajuar de casa, porque de seguir el criterio contrario podría producirse una concurrencia de derechos de preferencia entre los consortes que GARCÍA GRANERO cree insalvable); en los demás supuestos, se reconocerá tal derecho cualquiera que sea la causa de disolución de la sociedad conyugal de conquistas. FERNÁNDEZ URZAINQUI cree, por el contrario, que el derecho de adjudicación preferente podrá ejercitarse únicamente por el cónyuge sobreviviente y sólo en los casos de disolución de la sociedad conyugal de conquistas por fallecimiento, respecto de los bienes enumerados en los apartados números 2, 3, 4 y 5 de la ley 91 FN: el apartado 1 de dicha ley reserva el derecho de adjudicación preferente al cónyuge aportante de los bienes privativos incorporados a la sociedad conyugal de conquistas en cualquier supuesto de disolución de esta última (396). La STSJ de Navarra, de 28 de octubre de 1999, entendió que no procedía la aplicación analógica del apartado número 5 al supuesto de disolución de la sociedad conyugal de conquistas por causa de separación matrimonial.

- Sólo los cónyuges o el cónyuge sobreviviente son titulares del derecho de adjudicación preferente: es un derecho que no pueden recabar para sí sus herederos, ni aun en el caso de haberse producido el fallecimiento de su causante pendiente la liquidación de la sociedad conyugal —en frase de FERNÁNDEZ URZAINQUI (397).
- La ley 91 FN es una norma de derecho dispositivo, no imperativo: puede ser excluida o modificada (para ampliación o restricción) mediante pacto contenido en capitulaciones matrimoniales o por disposiciones conjuntas de ambos cónyuges en contrato sucesorio o testamento de hermandad —incluso en testamento otorgado unilateralmente

(396) «Aun no conteniendo una reserva igualmente explícita (se refiere FERNÁNDEZ URZAINQUI al apartado a la reserva hecha en el apartado número 5 de la ley 91 FN), es sin embargo claro que sólo al sobreviviente corresponderá la preferente adjudicación de los objetos de ajuar de casa. Y es que habiendo sido, como la misma vivienda habitual del matrimonio, objeto de un uso compartido por ambos, no puede tener a este respecto un tratamiento distinto al recibido por ella. En rigor, la misma razón expuesta, la identidad de la situación jurídica de ambos cónyuges con respecto al objeto, conduce fundamentalmente a excluir la efectividad de este derecho, fuera de los casos de disolución por muerte de uno de los cónyuges, cuando pretenda ejercerse sobre instrumentos de trabajo o locales profesionales con los que —o en los que— los cónyuges hubieran venido ejerciendo conjuntamente la misma actividad laboral o profesional, o sobre explotaciones que ambos tuvieran a su cargo de esta forma».

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 291.

(397) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 290.

por uno de los consortes, sin perjuicio del otro a optar por la aplicación del régimen legal— (398).

Nada impide, observa FERNÁNDEZ URZAINQUI, que el cónyuge titular del derecho de adjudicación preferente ejercite el mismo sobre todos o sólo sobre alguno de los bienes a que alude la ley 91 del Fuero Nuevo, cualquiera que sea el apartado de dicha ley en que se encuentren, sin atenerse tampoco al orden en que aquéllos aparecen enumerados; del mismo modo, ningún obstáculo existe para que el beneficiario opte por la adjudicación de determinados bienes en propiedad y la de otros en uso o habitación (399).

Con relación al derecho de preferencia sobre los bienes privativos que se hubiesen incorporado a la sociedad de conquistas, opina GARCÍA GRANERO (400) que:

- La preferencia tendrá lugar respecto a los bienes privativos que, en capitulaciones matrimoniales o por pactos o disposiciones contenidos en cualesquiera otros actos, hubiesen sido incorporados a las conquistas —recordemos que de acuerdo con lo dispuesto en la ley 82.1 FN, se hacen comunes a los cónyuges «...los bienes incluidos en las conquistas en virtud de pactos o disposiciones», no sólo en virtud de lo acordado en capitulaciones matrimoniales—. Comparto plenamente dicha interpretación que también parece ser asumida por FERNÁNDEZ URZAINQUI (401).

(398) «...Cabe, incluso, que uno solo de los esposos, en testamento otorgado unilateralmente, conceda al otro derechos similares al derecho de preferencia, pero en condiciones distintas de las establecidas en la ley 91. La validez de tales disposiciones testamentarias es incuestionable, pero, en orden a su eficacia, habrá que distinguir: a) En cuanto a los herederos, deberán aceptarlas y quedarán vinculados por ellas, como un condicionamiento impuesto por el testador; a salvo siempre, los derechos de los hijos de primer matrimonio (FN, ley 157). b) Y respecto al otro cónyuge a quien el testador reconoce tales derechos, es evidente que, en principio, el supérstite podrá optar libremente, entre el derecho que le corresponde como beneficio legal y el que el testador le hubiere reconocido; salvo que la disposición testamentaria estuviese ordenada en forma condicionada o bajo cautelas socinianas, pues en esta hipótesis prevalecería el testamento, a no ser que el cónyuge viudo renunciase a las disposiciones ordenadas a su favor».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 171.

(399) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 290.

(400) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 172 y 173.

(401) «El texto de este apartado ha de ponerse en relación con el apartado 1 de la ley 82 que declara comunes a los cónyuges en el régimen de conquistas los bienes incluidos en ellas en virtud de pactos o disposiciones. Se trata de bienes que siendo por su naturaleza privativos de un cónyuge fueron incorporados por su titular a la sociedad para hacerlos comunes del matrimonio».

- Tal derecho corresponderá única y exclusivamente al aportante, nunca al otro cónyuge, pero en todo supuesto de disolución de la sociedad conyugal de conquistas, sea cual fuere la causa que la hubiere producido —incluso aun cuando el bien privativo aportado a las conquistas fuera la vivienda residencial habitual del matrimonio (402).

Respecto del derecho de preferencia del ajuar de casa y los instrumentos de trabajo, precisa FERNÁNDEZ URZAINQUI que ambos elementos tienen en común su inclusión entre las ventajas susceptibles de predetracción (ley 90 FN, párrafo segundo): como únicamente se comprenden en ellas los objetos e instrumentos cuyo valor no fuese excesivo o desproporcionado, según sus respectivos parámetros, el derecho de adjudicación preferente cubre tan sólo los que por tal motivo hubieran quedado excluidos de las ventajas (403). Además, respecto de tales bienes, señala GARCÍA GRANERO (404):

- Si se trata de objetos de ajuar de casa, la preferencia sólo puede tener lugar en caso de fallecimiento de uno cualquiera de los cónyuges y precisamente a favor del otro, pero nunca en cualquier otro supuesto disolución de la sociedad conyugal de conquistas, ya que, de admitir lo contrario, se produciría una insalvable contraposición de los derechos de preferencia que simultáneamente pretendiesen ejercitar el marido y la mujer —argumento, a mi juicio, no definitivo ya que, como él mismo afirma, la eventual concurrencia de derechos podría quedar resuelta en el convenio regulador o en las medidas judiciales sustitutorias (arts. 90 y 91 del Código Civil).
- Si se trata de los instrumentos de trabajo, el derecho de preferencia puede ser reconocido simultáneamente al marido y a la mujer —no se dará incompatibilidad, pues la preferencia tendrá por objeto los ins-

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 292.

(402) «...A primera vista, podrá producirse una cierta contradicción en caso de concurrencia de los supuestos contemplados en los números 1 y 5 de la ley, esto es: cuando el bien privativo aportado a las conquistas sea la vivienda residencia habitual del matrimonio. Sin embargo, tal colisión teórica es tan sólo aparente e imposible que se dé en la realidad, ya que si la disolución se produce por fallecimiento de un cónyuge, será siempre aplicable el número 5 y, consecuentemente, la preferencia sólo tendrá lugar a favor del cónyuge viudo; y si, por el contrario, la causa de la disolución fuere otra cualquiera distinta a la del fallecimiento, procederá aplicar el número 1, conforme al cual la preferencia se dará únicamente a favor del cónyuge aportante».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 173.

(403) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 292.

(404) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 173 y 174.

trunientos de trabajo propios de la actividad que respectivamente realice cada consorte—, por lo que procederá sea cual fuere la causa de disolución de la sociedad conyugal de conquistas. Si ambos esposos ejercieren conjuntamente la misma actividad, la contraposición podría ser resuelta a través del convenio regulador judicialmente aprobado o, en su defecto, por las medidas sustitutorias establecidas en la sentencia.

Cuando la preferencia tenga por objeto la explotación agrícola, ganadera, forestal, comercial o industrial que uno de los cónyuges tuviere a su cargo o el local donde hubiere venido ejerciendo su profesión, arte u oficio uno de los consortes, sólo éste podrá ejercitar el derecho de preferencia. Cuando estemos ante una explotación o profesión, arte u oficio familiar, llevados conjuntamente por marido y mujer, señala GARCÍA GRANERO que, salvo que la sociedad de conquistas hubiese quedado disuelta por fallecimiento de uno de los esposos, se produciría una colisión de dos derechos iguales y contrapuestos, lo que enervaría la eficacia de la preferencia (405). La referencia contenida en el apartado número 3 de la ley 91 FN debe entenderse comprensiva, opina FERNÁNDEZ URZAINQUI, de la empresa en su conjunto, con cuantos elementos materiales e inmateriales, bienes muebles e inmuebles, se hallen afectos a su regular explotación (406).

En cuanto al local en que uno de los cónyuges hubiere ejercido su actividad profesional (apartado número 4 de la ley 91 FN), matiza FERNÁNDEZ URZAINQUI que se refiere la ley a la finca o inmueble pero no a los instrumentos utilizados en el ejercicio de tal actividad, que quedan comprendidos en su apartado número 2 (407).

El apartado número 5 de la misma ley 91 FN hace referencia a la vivienda que constituya la residencia habitual del matrimonio como objeto del derecho de adjudicación preferente del cónyuge supérstite. No tienen tal condición las viviendas de temporada ni las segundas residencias; pero la vivienda que constituya la sede de la vida en común de los cónyuges, su hogar y morada —en frase de FERNÁNDEZ URZAINQUI— (408) no pierde su carácter por el hecho de que paralelamente pueda haberse ejercido en ella una profesión o pequeña industria doméstica (cfr. STSJ de Navarra de 28 de octubre de 1999).

(405) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 174 y 175.

(406) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 292.

(407) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 292.

(408) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 292.

Opina GARCÍA GRANERO que en los supuestos contemplados en los números 1, 4 y 5 de la ley 91 del Fuero Nuevo, el cónyuge viudo podrá optar no sólo por la adjudicación del derecho de uso o habitación sino también por la del derecho de usufructo, ambas adjudicaciones bien con carácter vitalicio bien por tiempo determinado: la finalidad de conceder esta facultad al cónyuge viudo es la de favorecer al mismo, ya que puede resultar más ventajosa para él cualquiera de estas modalidades en razón del menor valor de esos derechos como partida a cargar en la cuenta de liquidación (409).

Afirma GARCÍA GRANERO (410) que la limitación establecida en el último párrafo de la ley 91 FN, con relación a la facultad del cónyuges supérstite para optar entre adjudicación en propiedad o sólo en uso o habitación respecto a los bienes adjudicados a los hijos o descendientes de anterior matrimonio del difunto, es coherente con el principio general navarro de protección de los derechos de los hijos de anterior matrimonio y, en particular, con lo establecido en la ley 256 del Fuero Nuevo, norma que excluye del usufructo de fidelidad del cónyuge bínubo: i) los bienes que deben reservarse a favor de los hijos o descendientes de matrimonio anterior, ii) los que deba dejar a favor de los mismos hijos y descendientes con preferencia respecto al matrimonio posterior ex ley 272 FN, y iii) los que el cónyuge bínubo hubiere adquirido por título lucrativo con llamamiento sucesorio a favor de dichos hijos o descendientes de anterior matrimonio.

Subraya FERNÁNDEZ URZAINQUI que el exceso de valor del bien o derecho cuya atribución se solicita sobre el montante de la cuota no es impedimento para su adjudicación en pago del haber correspondiente, pero sí hace obligada la compensación mediante el abono de la diferencia en dinero,

(409) «...En un primer momento, podría estimarse que la adjudicación en usufructo, uso o habitación carecería de interés para el cónyuge sobreviviente, quien, conforme a la ley 256 del Fuero Nuevo, siempre tendría, de modo gratuito y sin cargo alguno en su haber, el derecho de usufructo de fidelidad, vitalicio y viudal, sobre todos los bienes del premuerto. Sin embargo, no cabe desconocer las siguientes posibilidades: a) Tal derecho de usufructo legal puede no existir, ya por renuncia anticipada (FN, ley 253, in fine), ya porque el cónyuge supérstite no haya dado cumplimiento a la obligación legal de inventario (ley 257). b) De otro lado, cabe también que, por ser diferentes la ley del régimen de bienes en el matrimonio y la ley sucesoria, no proceda legalmente el usufructo de fidelidad, aun cuando la disolución y la liquidación de la sociedad de conquistas se hallen sometidas al Fuero Nuevo. c) Y, por último, si el cónyuge viudo proyecta contraer segundas nupcias, la adjudicación en uso o habitación (al amparo de la ley 91), aun cuando le sea computable en su cuota de liquidación, puede resultar más conveniente que el disfrute gratuito de los bienes a título de usufructo de fidelidad, ya que este derecho lo perdería en caso de nuevo matrimonio (ley 261.3) o de vida deshonesto (ley 262.1 y 2)».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 175 y 176.

(410) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 176 y 177.

sin perjuicio de la posible aceptación de este pago por otros medios solutorios (411).

Para concluir, recordemos que la STSJ de Navarra, de 27 de diciembre de 2002, confirma que las reglas de liquidación que deben ordenar la partición de la sociedad conyugal de conquistas son las propias del Derecho foral de Navarra y no las contenidas en el Código Civil.

II.8. REEMBOLSOS ENTRE LOS CÓNYUGES DURANTE LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

GARCÍA GRANERO pone de manifiesto que los antiguos fueros navarros se ocupaban de las compensaciones por créditos y deudas entre los cónyuges y el patrimonio común sólo con motivo de la liquidación de este último —cfr. los antecedentes históricos de la ley 89 del Fuero Nuevo— aun cuando cita algunos documentos en los que se formalizaban contratos por los que marido y mujer, en vida de ambos y sin haber sido disuelta la comunidad de bienes, llevaban a cabo determinados actos jurídicos cuya finalidad era restablecer el equilibrio entre los patrimonios privativos o entre éstos y el consorcial (412).

(411) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 291.

(412) «...a) En un documento del año 1295, el marido reconoce que determinadas heredades anteriormente enajenadas a la Orden del Hospital de San Juan eran privativas de la mujer y, por tanto, que las heredades posteriormente adquiridas a cambio asimismo son propias de la esposa, como si ésta las hubiere recibido directamente de patrimonio o de abolorio —Carta autorizada por Miguel Pérez, Notario público y jurado del Concejo de Tudela el día 4 de enero de 1295.

b) Por otro documento, del año 1304, el marido dona a su mujer varias heredades, a fin de que las tenga de su propio patrimonio, en compensación de otras heredades privativas de la esposa que ésta vendió por encargo y mandamiento de aquél —Carta ante Bartolomé Gil, Escribano jurado del Concejo de Estella, de 2 de febrero de 1304.

c) En esa misma línea, mediante documento fechado en 1424, el esposo hace a su esposa donación universal *inter vivos*, en razón de los muchos y buenos servicios que aquélla le había prestado y de los grandes gastos que de lo suyo había hecho para atender al donante y pagar diversas deudas de éste —Carta ante Juan Martínez de Cabanillas, Notario público en todo el Reino de Navarra, de 29 de marzo de 1424.

d) Por carta pública datada en 1471, el marido reconoce adeudar a su mujer determinada suma, parte de la mayor cantidad que ésta había gastado por necesidades y para reparación de la tienda (botiga) de aquél; y en garantía de tal deuda constituye sobre sus bienes presentes y futuros una especie de hipoteca *omnium bonorum* —Carta recibida en Tudela ante Pedro Rodes, Notario real en todo el Reino de Navarra, de 17 de junio de 1471».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 120 a 123.

La ley 89 del Fuero Nuevo de 1973 —que reprodujo el contenido de la ley 88 de la Recopilación Privada de 1970— recibió esa antigua costumbre que permitía a los cónyuges, durante la vigencia de la sociedad de conquistas, llevar a efecto la compensación y reembolso de los lucros producidos entre los patrimonios privativos y el de conquistas (413).

La Ley Foral 5/1987 reguló esta materia en la ley 88 del Fuero Nuevo: siguiendo el criterio del Proyecto de 1983, mantuvo intacto el texto originario del último párrafo de la ley 89 y agregó al mismo un inciso final sobre valoración actualizada de los reembolsos.

La ley 88 del Fuero Nuevo establece hoy lo siguiente: «Reintegro de lucros sin causa. *En todo caso, aun sin disolver la sociedad de conquistas, deberán reintegrarse entre los patrimonios privativos y el de conquistas los lucros que se hubieran producido sin causa a favor de uno de ellos en detrimento del otro. El importe de los reembolsos será actualizado al momento en que sean hechos efectivos, tanto durante la sociedad conyugal como a la liquidación de ésta.*».

Es la existencia de tres masas patrimoniales diversas (los bienes comunes y los privativos de cada cónyuge) (414) —escriben GARCÍA GRANERO y FERNÁNDEZ URZAINQUI— lo que propicia que entre ellas se produzcan relaciones de haber y debe, según las cuales un patrimonio puede resultar acreedor respecto al otro u otros: así ocurrirá siempre que, con cargo a uno de ellos, sean atendidas obligaciones propias de otro, cuando mediante dinero integrante de una masa patrimonial sea costeada la financiación o adquisición incorporada a otro patrimonio o, simplemente, por la enajenación de bienes privativos de uno de los consortes (cfr. leyes 59, 82 *in fine*, 83 *in fine*, 84,2 y 85 FN). En definitiva, tales situaciones provocan un lucro sin causa, a favor

(413) Ley 89 del Fuero Nuevo de 1973: «Liquidación. *La sociedad conyugal de conquistas se liquidará conforme a lo que disponen para la de gananciales los artículos 1.418 a 1.413 del Código Civil, sin perjuicio de lo que se establece en las leyes siguientes.*».

Reintegro de lucro sin causa. En todo caso, aun sin disolver la sociedad de conquistas, deberán reintegrarse entre los patrimonios privativos y el de conquistas los lucros que se hubieran producido sin causa a favor de uno de ellos en detrimento de otro.».

(414) FERNÁNDEZ URZAINQUI matiza que el patrimonio privativo de la mujer puede estar, a su vez, integrado por los bienes propios o privativos en sentido estricto, denominados en su día parafernales, sobre los que la mujer conserva la administración y disposición, y los dótales que ésta —u otro y para ella— aporta formalmente al matrimonio (ley 119 FN), como contribución al levantamiento de las cargas familiares y quedan sujetos al régimen de administración y disposición regulado en las leyes 120 a 122 del Fuero Nuevo (y todavía cabría añadir a los bienes propiedad de la mujer las arras, eventualmente donadas por el marido en contraprestación a la dote, de cuya administración y disposición se ocupan las leyes 125 y 126 FN).

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 278 y 279.

de determinada masa patrimonial y en perjuicio de la otra, lo que, paralelamente, determina el nacimiento de un deber de reintegro y de un derecho al reembolso (415). La ley 88 del Fuero Nuevo, observa FERNÁNDEZ URZAINQUI, tan sólo contempla los trasvases económico-patrimoniales producidos entre los patrimonios privativos y el de conquistas, lo que no quiere decir que no sea asimismo procedente el reembolso entre patrimonios privativos: las leyes 82 a 86 del Fuero Nuevo dejan explícitamente a salvo reintegros procedentes en casos específicos, pero no excluyen su pertinencia en otros distintos en que sea también constatable entre los patrimonios un lucro sin causa a favor de uno de ellos en detrimento del otro (416).

Por lo que se refiere al momento en que deben ser llevadas a cabo las operaciones de restablecimiento del equilibrio patrimonial, cabe optar entre las dos siguientes alternativas:

- a) Dejar en suspenso la práctica de tales reintegros hasta la liquidación de la sociedad conyugal. Es la solución del Código Civil (cfr. arts. 1.319, 1.364, 1397.3.º y 1398.3.º del Código Civil). En cierto modo, observa GARCÍA GRANERO, tal criterio resultaba coherente con el sistema general del Código Civil antes de la reforma de 13 de mayo de 1981, puesto que no se admitía el otorgamiento o modificación postnupcial de los capítulos y se seguía un criterio prohibitivo en materia de contratación entre cónyuges, aplicado por la jurisprudencia con el más estricto rigor, pero en la actualidad ningún obstáculo existe para el cambio del criterio legal (417).
- b) Permitir que las operaciones de reembolso entre los consortes puedan llevarse a cabo durante la vigencia de la sociedad conyugal —este es el sistema del Fuero Nuevo y del Derecho Civil aragonés (418)—.

(415) «...La fuerza centrípeta o vis atractiva legalmente atribuida al patrimonio común o consorcial (FN, ley 82.9 y párrafo penúltimo), hará que, con frecuencia, sea éste el que figure como acreedor frente a los patrimonios privativos del marido o la mujer. Sin embargo, puede producirse la situación inversa, o sea, que el patrimonio común resulte deudor respecto a los privativos, y ello sucederá siempre que, con dinero u otros bienes de uno cualquiera de éstos, hubieran sido atendidas obligaciones legalmente a cargo de las conquistas...».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 124 y 125.

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 279.

(416) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 279.

(417) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 125.

(418) Artículo 44.5 de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen económico-matrimonial y viudedad: «El pago de las obligaciones existentes entre el patrimonio consorcial y los privativos, aunque válido en cualquier momento por acuerdo

Aparte la razón de congruencia con los principios ideológicos de estos Derechos Forales en materia de organización económica de la familia (libertad de ordenación y modificación del régimen de bienes, libertad en el otorgamiento y modificación de los capítulos y amplísimo reconocimiento de las donaciones y demás actos que los cónyuges otorguen entre sí), subraya GARCÍA GRANERO como ventajas que ofrece la posibilidad de proceder al reintegro de lucros sin causa durante la vigencia de la sociedad conyugal las siguientes: i) la simplificación, en su día, de las operaciones de liquidación del consorcio, por cuanto se elimina el problema de la fijación de la existencia de relaciones entre patrimonios y su valoración, así como ii) la transparencia, en cada momento, de la situación real de los respectivos patrimonios, lo que se traduce en una mayor seguridad para quienes contraten con el marido o la mujer (419).

A los reembolsos entre los cónyuges como una fase de las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal de conquistas me he referido anteriormente, por lo que ahora me detendré únicamente en el análisis de los presupuestos y efectos de los realizados durante la vigencia de aquélla.

Sólo los cónyuges pueden efectuar tales reembolsos; a diferencia del Derecho Civil aragonés (cfr. art. 44.5 de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, sobre Régimen económico-matrimonial y viudedad), el Fuero Nuevo no limita ni condiciona la facultad de cualquiera de los consortes de solicitar del otro, judicial o extrajudicialmente, el reintegro de los lucros sin causa durante la vigencia de la sociedad conyugal. Salvo que otra cosa resulte de lo pactado, de la naturaleza de la operación generadora del crédito o de la buena fe, afirma FERNÁNDEZ URZAINQUI, los reembolsos son de exigibilidad inmediata, no obstante lo cual la posibilidad de su posposición a la liquidación final impide que pueda correr en perjuicio del patrimonio acreedor el plazo de prescripción del crédito reintegrable (420).

Observa GARCÍA GRANERO que los reembolsos o reintegros pueden materializarse mediante muy diversos actos —lo que determinará análoga variedad en los requisitos de forma— según la causa del desplazamiento económico y en razón del medio jurídico utilizado al efecto, entre los cuales, a título de ejemplo, cabe mencionar los siguientes: i) un simple pago (transferencia,

entre los cónyuges, sólo puede exigirse antes de la liquidación de la comunidad cuando así se hubiera pactado o cuando medie justa causa. Es siempre justa causa la disposición abusiva de capital común en beneficio propio».

(419) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 126.

(420) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, pág. 280.

ingreso en cuenta, entrega de dinero o signo que lo represente); ii) un reconocimiento formal de deuda (en documento privado o en documento público), con garantía especial o sin ella (hipoteca, prenda...); iii) una atribución de propiedad a un cónyuge con carácter privativo (en razón del dinero aportado para la adquisición); iv) una adjudicación de bienes en pago de créditos producidos a favor de uno de los cónyuges, o v) una liquidación o finiquito de cuentas pendientes, con establecimiento de saldo neto resultante (421).

No procederá el reintegro o reembolso reclamado por un consorte si éste no logra probar la inversión de bienes privativos en necesidades matrimoniales o familiares (STSJ de Navarra, de 21 de diciembre de 2002).

Por cuanto se refiere a los efectos de estos reembolsos o reintegros, establece GARCÍA GRANERO la siguiente distinción:

- Efectos entre los cónyuges: los propios términos de la ley 88 FN, el principio de libertad de contratación entre cónyuges (ley 76 FN) y, en general, la amplia autonomía de éstos para la ordenación del régimen de bienes (leyes 80, 82 y 83) permiten sostener la plena validez y eficacia de cualesquiera actos realizados para el reembolso o reintegro de lucros, ya los producidos entre los patrimonios privativos ya entre éstos y el de conquistas.
- Sin embargo, los reintegros no podrán perjudicar los derechos de terceros legítimamente adquiridos —por aplicación analógica de la ley 78 FN y por la doctrina general de los actos en fraude de acreedores (arts. 1.291 y 1297.3.º del Código Civil)—. Estos terceros podrán ser i) los hijos o descendientes de anterior matrimonio (conforme a lo dispuesto en la ley 77 FN, sus derechos quedan a salvo de «...*toda estipulación, disposición o renuncia hechas por los cónyuges de segundas nupcias entre sí o con terceros*»), y ii) los acreedores —tanto por razón de deudas de la sociedad conyugal de conquistas como de cualquiera de los cónyuges (422).

Precisa FERNÁNDEZ URZAINQUI que si bien en la fase liquidatoria de la comunidad conyugal los lucros sin causa habidos entre patrimonios desembozan, mediante su reconstrucción contable, en partidas del activo o pasivo de la sociedad disuelta (ley 89, párrafos segundo y tercero del Fuero Nuevo), el reintegro o reembolso que de ellos se efectúe en el curso de su vigencia comúnmente se materializará en la transferencia de numerario o de bienes dados *solvendi causa*, en pago de su valor, dependiendo la forma de la ope-

(421) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 127 y 128.

(422) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 128.

ración de las exigencias consustanciales a la efectividad de su transmisión patrimonial (423).

Señala GARCÍA GRANERO que, aun cuando el principio de actualización de valores en la liquidación de las conquistas se hallaba implícito en el Fuero Nuevo —en materia de colación, su ley 335 atendía al valor de los bienes al momento del fallecimiento del causante, con lo que resolvía el espinoso problema que en el Código Civil se suscitaba con respecto a la colación in natura—, debe estimarse un acierto de la última reforma la afirmación explícita de que el importe de los reembolsos sea actualizado al momento en que sean hechos efectivos, tanto durante la sociedad conyugal como a la liquidación de ésta: ante la ausencia de doctrina legal en cuanto a la forma de proceder al cálculo del valor actualizado, será preciso recurrir a los criterios económicos (índices oficiales de coste de la vida, de precios al consumo, de inflación monetaria u otros análogos) (424).

Los lucros sin causa entre masas patrimoniales se traducen —observa FERNÁNDEZ URZAINQUI— en «deudas de valor», concepto del que se derivan las consecuencias siguientes (425):

- El reembolso o reintegro ha de producirse en términos reales y no nominales.
- Queda excluido el devengo de intereses, legalmente asociado a las deudas dineradas (ley 491 FN), teniendo en cuenta —además— que la consorcialidad de los intereses procedentes de los créditos tanto comunes como privativos es argumento suficiente para justificar su improcedencia.
- No obstante la mención legal al reintegro de los lucros que se hubieren producido sin causa (ley 88 FN), el reembolso no tiene como referente el beneficio o provecho experimentado por el patrimonio privativo o consorcial con la adquisición, incremento o mejora obtenidos a costa del otro, sino el importe del desembolso realizado al efecto con cargo a éste, aunque con la oportuna actualización; la STSJ de Navarra, de 24 de julio de 2000 declara, a propósito de una construcción en terreno privativo efectuada con dinero de conquista, que los reembolsos deben referirse a las inversiones dinerarias realizadas, actualizadas no por referencia al valor actual de la adquisición realizada con ellas sino aplicándoles un módulo de actualización del im-

(423) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 280.

(424) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 129.

(425) FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 281.

porte invertido, que en el supuesto enjuiciado fue el índice del coste de la vida (426).

- Sin embargo, y como excepción a la regla general antes enunciada, tratándose del lucro obtenido por el patrimonio privativo de un cónyuge derivado de la enajenación forzosa de bienes comunes en ejecución de obligaciones privativas suyas, habrá de compensarse o reintegrarse a la masa consorcial tomando como referencia no ya el importe obtenido en vía de apremio por la realización de los bienes embargados, ni siquiera el de su actualización aplicando el índice de variación de la moneda en el lapso de tiempo transcurrido entre la ejecución y el reembolso, sino el que corresponda a esos mismos bienes al tiempo del reintegro o de la liquidación. Así parece desprenderse de lo dispuesto en el último párrafo de la ley 85 FN que, por razón de su especialidad, ha de prevalecer frente a la disposición general de la ley 88 FN; tal fue el criterio mantenido por la STSJ de Navarra de 11 de diciembre de 1993. El lucro derivado para el patrimonio consorcial de la ejecución en bienes privativos de obligaciones contraídas por un solo cónyuge en el cumplimiento de obligaciones legales comunes a ambos debería seguir en su reembolso, por razón de analogía, las mismas pautas establecidas en la ley 85 FN.

III. DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS HIJOS DE ANTERIOR MATRIMONIO EN LA SOCIEDAD CONYUGAL DE CONQUISTAS DE LAS NUEVAS NUPCIAS

Las leyes 105 y siguientes del Fuero Nuevo contemplan el supuesto de un consorte que contrae segundas o ulteriores nupcias sin practicar previamente,

(426) En el Fundamento de Derecho quinto de la STSJ de Navarra, de 24 de julio de 2000 (de la que fue ponente DE LA CUESTA CASCAJARES) puede leerse: «...la solución más justa que entiende esta Sala debe aplicarse a este caso ... y ello porque tanto la Ley 83, en su último apartado (partiendo de que la casa, o edificio en sí es de propiedad del marido, dueño del suelo, en virtud del núm. 8 del propio precepto, por lo que es el valor actualizado el que debe reembolsarse), como la Ley 88, apartado 2.º, hablan de los reembolsos (actualizados), que deben referirse a las inversiones dinerarias realizadas (es decir, la sociedad de conquistas, de la que parte el dinero, por lo ya dicho hasta aquí, es acreedora, frente al marido, es decir, tiene un crédito contra él, por ese dinero aportado, que hay que actualizar, no por lo que hoy valga la casa, en un sentido u otro — según lo que se dice, en las pretensiones de las partes...—, y puede encontrarse también un atisbo de esta solución en la sentencia de este Tribunal, de 28 de octubre de 1999, y en las del Tribunal Supremo, señaladas o recogidas en ella, entre otras, de 23 de diciembre de 1993, 18 de octubre de 1996 y 18 de septiembre de 1999, debiendo aplicarse, como módulo de actualización, sobre la inversión de capital producido (650.000 ptas. en 1970), el que se dispone para los casos de la revalorización de inmuebles, es decir, el de los índices de Coste de Vida».

con los hijos o descendientes de matrimonio anterior, la liquidación de la sociedad conyugal disuelta. En tales casos, estos últimos —sin perjuicio y además de la facultad que siempre tienen de exigir tal liquidación— participarán en un tercio de las conquistas obtenidas durante el nuevo matrimonio, aunque —como dice la ley 106— «...no les afectarán las pérdidas, si las hubiere».

Subrayemos que la participación de los hijos y descendientes de anterior matrimonio en las nuevas conquistas no es una consecuencia forzosamente derivada de la celebración de las nuevas nupcias sino de la omisión del deber de liquidar la comunidad patrimonial consorcial preexistente. La ley 89 del Fuero Nuevo ordena que, una vez disuelta la sociedad conyugal de conquistas, deberá procederse a su liquidación, aun cuando no señala plazo para cumplir tal obligación ni tampoco prevé sanción alguna para el supuesto de su omisión. La ley 105 reitera tal obligación en los supuestos que vamos a examinar y, esta vez sí, las normas que le siguen anudan ciertas consecuencias a la no observancia de tal deber, consecuencias que pretenden evitar un eventual enriquecimiento injusto, es decir, un posible lucro de los nuevos contrayentes a costa del haber de los hijos y descendientes habidos en el anterior matrimonio en el patrimonio consorcial preexistente, incremento favorecido por la confusión de elementos patrimoniales de uno y otro origen, fundamento que no excluye un cierto carácter sancionador respecto del consorte bínubo incumplidor del deber de partir, como ha señalado la STSJ de Navarra de 23 de febrero de 1994, dictada en el recurso de casación foral 31/93 (427) .

III.1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

Siguiendo la exposición de GARCÍA GRANERO (428), cabe señalar las siguientes fases en la evolución histórica de esta institución:

(427) Respecto del fundamento de las leyes 105 y siguientes del Fuero Nuevo, se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia en su sentencia de 23 de febrero de 1994 del modo siguiente: «...En este punto, no pueden aceptarse las tesis extremas en uno u otro sentido que han mantenido cada una de las partes litigantes, ya que la institución referida participa de ambas bases sustentadoras, sin que sea posible decantarse de modo absoluto por una en favor de otra, ya que la autodenominada tesis inversionista quebraría ante la no participación de los hijos en las eventuales pérdidas (último inciso del párrafo 1.º de la ley 106 del Fuero Nuevo), y el mantenimiento extremo de la tesis sancionadora o punitiva contendría tintes o ribetes de eventual inconstitucionalidad al establecerse una sanción que afectaría también a quien la norma no establece la obligatoriedad de liquidar y entregar los bienes correspondientes a las conquistas del primer matrimonio, situación en la que se encontraría el segundo o ulteriores cónyuges o sus herederos».

(428) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 365 a 388.

En los antiguos textos alto-medievales del Derecho navarro-aragonés, al fallecer uno cualquiera de los cónyuges, existiendo hijos del matrimonio, surgía tácitamente una comunidad continuada entre el padre o madre sobreviviente y sus hijos, en especial cuando éstos eran menores; el supérstite continuaba como gestor de ese consorcio. Por esta razón, en las fuentes más antiguas no hay apenas disposiciones relativas al deber del viudo de liquidar y repartir el patrimonio común del matrimonio disuelto ni tampoco respecto a la participación de los hijos en las ganancias de un nuevo matrimonio del sobreviviente (429). Más tarde se caería en la cuenta de los problemas que, en orden a la liquidación de ese consorcio conyugal continuado, surgían a causa del nuevo matrimonio del cónyuge supérstite.

Los Fueros de la Novenera contienen sólo un capítulo respecto a la forma en que debe ser hecha la partición entre el padre o madre sobreviviente y los hijos; el Fuero de Estella y el Fuero de Tudela se refieren a la madre viuda que quiera casar de nuevo y le imponen el deber de partir con los hijos, por mitad, todo cuanto ganó, mueble e inmueble, con su primer marido, pero sin determinar las consecuencias del incumplimiento de tal obligación de partir.

Es el Fuero extenso de Jaca (en sus redacciones aragonesas y navarras) el primer texto que prevé, como sanción a tal incumplimiento, la participación de los hijos de anterior matrimonio en las ganancias o conquistas del nuevo matrimonio del bínubo. Siguen este principio el Fuero de Jaca-Pamplona —que no determina la cuantía de esa participación ni el período de tiempo en que hayan sido hechas esas ganancias—, el Fuero de Viguera y Val de Funes —que impone el reparto de las heredades conquistadas durante las segundas nupcias una mitad para el nuevo cónyuge y la otra mitad, a dividir por partes iguales, entre el bínubo y sus hijos de primer matrimonio— y el Fuero General de Navarra —que refiere la regla al villano viudo y no al infanzón, que no concreta la cuantía de la participación de aquéllos sobre lo conquistado por el padre con la segunda mujer y que guarda tam-

(429) «Tiene interés el paralelismo que ofrecen el Derecho navarro histórico y el antiguo Derecho francés. Los países del Midi o de *Droit écrit* aplicaron, casi sin cambio, la legislación de las *Novelas de Justiniano* sobre las segundas nupcias, señaladamente las reglas establecidas por las leyes *Foeminae* y *Hac edictali*. Por el contrario, en los países de *Droit coututnier*, la mayor parte de las costumbres, en sus redacciones más primitivas, carecían de disposición alguna especial sobre las segundas nupcias. Pero en la segunda mitad del siglo XVI, un acontecimiento muy conocido (el matrimonio de Auné d'Alegré, viuda y madre de siete hijos) hizo lamentar la ausencia de una ley general protectora de los intereses de los hijos del primer enlace. Ello inspiró en 1560, bajo el reinado de Francisco II, el famoso *Édit des secondes nocces* (debido al canceller Michel de l'Hôpital), el cual, pocos años después, fue seguido por la *Ordonnance de Blois*, de 1579».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 364.

bién silencio sobre la aplicación de la norma a la mujer que contrae segundo matrimonio (430).

El Fuero Reducido (aprobado por las Cortes navarras en 1528 y 1530, pero que no llegó a obtener la sanción real) generaliza la participación de los hijos de anterior matrimonio en las nuevas conquistas —no sólo para los villanos sino para cualesquiera otras personas—, expresa la causa de dicha participación («...*porque antes que se casaría debía partir con ellos vel podía partir con ellos, y no lo hiço*») pero deja sin precisar su cuantía (431).

La ley 34 de Cortes de Tudela de 1558 se refiere a todo cónyuge que contrae nuevas nupcias sin haber partido con los hijos de anterior matrimonio los bienes comunes y fija la cuantía de la participación de éstos en un tercio de las nuevas conquistas, de modo que «...*lo conquistado, y amejorado durante el segundo matrimonio se comunique con las creaturas del primero, y*

(430) «Bien entendido que el problema y su solución no son algo exclusivo del Derecho navarro medieval, sino que, con distintas variantes, se encuentran también en otros ámbitos jurídicos de la época: en Aragón, el Fuero extenso de Jaca (en versión aragonesa) y la Compilación de Huesca; en Francia, diversas fuentes de los países de *Droit coutumier* (señaladamente la *Coutume de Paris*); y en Castilla, los fueros de la denominada familia Cuenca-Teruel (incluido el Fuero de Soria) y los textos del Derecho territorial (el Libro de los Fueros de Castilla y el Fuero Viejo de Castilla)».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 368.

(431) Explica GARCÍA GRANERO el confuso inciso final del capítulo 3,2,6 del Fuero Reducido («*Y lo mismo debe hacer el sobreviviente con los parientes mas cercanos y propinquos del muerto, quando el muerto muere sin hijos o creaturas, o las creaturas son muertas y el vivo caso sin haçerpartición*») del siguiente modo:

«...Si se entiende que la asimilación establecida en este último párrafo se extiende sólo a la obligación de partir con los parientes que son herederos del cónyuge finado, resulta, sin más, una norma correcta aunque sistemáticamente mal situada; pero si, por el contrario, se interpreta como equiparación de los parientes y los hijos del primer matrimonio en orden a la participación en las conquistas del segundo, entonces se trata de una grave confusión. En todo caso, la evolución posterior, reflejada en la ley 34 de las Cortes de Tudela de 1558, desautoriza por completo esta última interpretación, pues atribuye ese derecho tan sólo a los hijos del primer matrimonio, y guarda absoluto silencio en relación a los parientes del cónyuge difunto. Y ello es absolutamente lógico, pues cuando al cónyuge premuerto suceden sus parientes pueden, en cualquier momento, reclamar la partición al supérstite, porque entre aquéllos y éste no existe consorcio continuado y, por ello, carecería de toda lógica y razón atribuir a esos parientes derecho a participar en las conquistas que el viudo obtenga durante el segundo matrimonio. En definitiva, no creo que se trate de una igualación deliberada, sino, antes bien, de un descuido de los autores del Fuero Reducido al redactar el capítulo 3,2,6 donde hicieron una inhábil refundición y amalgama de los citados pasajes del Fuero General, el Fuero de Jaca-Pamplona y el Fuero de Viqueray Val de Funes, no clarificaron bien las cuestiones pendientes y suscitaron nuevos problemas. La situación quedó bastante confusa, lo que explica que, para tratar de resolver las cuestiones dudosas, fuese preciso que las Cortes del Reino sancionaran varias leyes nuevas».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 377.

que se repartan en tres partes iguales. La una para el que casó segunda vez: la otra para las creaturas del primero matrimonio: y la tercera parte para aquel, ó aquella, que casó con el que dexó de hacer la dicha participación con sus creaturas de el primer matrimonio», aun cuando dejó en duda si dicho porcentaje era también aplicable al caso de que el nuevo matrimonio fuese contraído por cónyuges que, de sus respectivas anteriores nupcias, tuviesen —uno y otro— hijos (432).

La ley 50 de Cortes de Pamplona de 1765-1766, que como nota común a la mayor parte de las leyes navarras aprobadas en Cortes del Reino no tiene carácter derogatorio, ni siquiera modificativo, sino, más bien, interpretativo o complementario del Derecho anterior, confirma que la participación de los hijos de anterior matrimonio en las nuevas conquistas no queda excluida por el mero hecho de que el bínubo hubiera formalizado, antes de reiterar nupcias, inventario formal de los bienes comunes de su primer vínculo matrimonial: «...no haciendo efectiva partición, y entrega de bienes, con los hijos del primero matrimonio el padre, ó madre, que casare segunda vez aunque reciban Inventario formal con todas las solemnidades necesarias, hagan suya aquellos la tercera parte de conquistas, que se ganaren en el segundo matrimonio». Además, dicha ley, fundamenta la participación de los hijos en las conquistas del segundo matrimonio —comunidad tripartita— en el hecho de que los bienes que a los hijos corresponde percibir en la sucesión de su padre o madre fallecido pasan a formar parte del patrimonio consorcial entre el viudo y el nuevo cónyuge y, por tanto, contribuyen a generar ganancias en las que es justo participen las tres partes interesadas.

La STS de 31 de marzo de 1892 reconoció, una vez promulgado el Código Civil, la vigencia en Navarra de la ley 34 de las Cortes de Tudela de 1558 (recogida en la Novísima Recopilación de Navarra 3,10,1) y de la ley 50 de las Cortes de Pamplona de 1765-1766.

El proyecto de *Fuero Recopilado de Navarra*, redactado en 1959 por la Comisión Oficial Compiladora del Derecho Civil de Navarra recogió esta

(432) «Merece ser señalada la coincidencia en la solución (división por tercios) entre esta ley de Cortes de Tudela de 1558 y el artículo 242 de la *Nouvelle Coutume de París*. La fecha más tardía de ésta (año 1580) excluye toda posible influencia sobre aquélla. Más bien hay que pensar en una evolución paralela, lo que no es infrecuente hallar en el estudio comparado del Derecho navarro histórico y el antiguo *Droit coutumier français*».

CLAUDE FERRIÈRE («*Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la Coutume de Paris*», 2.^a edición, París, 1714, pág. 606) —citado por GARCÍA GRANERO— consideraba que la *Nouvelle Coutume de Paris* (art. 242) era más equitativa, pues si los hijos de primeras nupcias contribuían a la comunidad con el sobreviviente de sus padres, y frecuentemente más que el segundo cónyuge, era justo que la comunidad fuese partida entre ellos igualmente.

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 384 y 385.

institución en sus leyes 301 y 302. También se hallaba en la Recopilación Privada de 1971 (Título X del Libro I, leyes 105 a 111), cuya ordenación —con ligeras modificaciones de estilo— pasó a las mismas leyes del Fuero Nuevo de 1973, luego retocadas —aun cuando no en lo sustancial— por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril.

III.2. PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LAS LEYES 106 Y SIGUIENTES DEL FUERO NUEVO

Son requisitos necesarios: 1. La reiteración de nupcias, 2. La existencia de hijos o descendientes de un matrimonio anterior con derecho a consentir la liquidación del patrimonio consorcial preexistente, y 3. La situación de pendencia en la liquidación de dicho patrimonio.

1. *La reiteración de nupcias*

Las leyes 105 y siguientes del Fuero Nuevo se aplican, según el tenor literal de las mismas, a los supuestos de repetición de nupcias por parte de cualquiera de los consortes.

¿Quid iuris acerca de las uniones de hecho?

GARCÍA GRANERO, ya vigente la Constitución, se muestra partidario de reconocer a los hijos de anterior matrimonio el derecho a participar en las ganancias obtenidas por el padre o madre que, en lugar de celebrar nuevas nupcias, opta fraudulentamente por vivir en situación de convivencia, en una unión marital de hecho. Considera que este criterio no es sino simple y directa aplicación de la doctrina del fraude de ley, consagrada en la ley 22 del Fuero Nuevo: «*Los actos realizados con intención de excluir injustamente el derecho de un tercero pueden impugnarse a la vez que se ejercita el derecho que se intentó defraudar*» (433).

(433) «...En esta cuestión, nuestro Derecho histórico ofrece un valiosísimo precedente, que guarda una evidente analogía, tanto en la razón de moral como en el fin de evitar el fraude. Hay que recordar que, según el Fuero General de Navarra, la fealdat o usufructo de fidelidad se perdía si el viudo casaba nuevamente, pero no si tuviera manceba o barragana. Pero más tarde, ya en 1398 (en Cortes reunidas en Olite), se dispuso que la viudedad se perdiese no sólo por casar, segunt fuero antigo, sino también por amigar; y esa misma disposición aparece luego, como capítulo 9, en el Amejoramiento de Carlos III el Noble, de 1418».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 394 y 395.

Hoy, tras la entrada en vigor de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, juzga MEZQUITA GARCÍA-GRANERO indiscutible que la participación que estudiamos también se dará no sólo cuando se contraiga un nuevo matrimonio sino también cuando se inicie una relación de pareja estable, pues negarlo implicaría vulnerar el principio de igualdad (matrimonio-pareja estable) con perjuicio de los hijos del matrimonio anterior: aun cuando el Fuero Nuevo se refiera exclusivamente a la sociedad conyugal de conquistas es evidente que por su *ratio* —escribe— quedan bajo su ámbito de aplicación todos los regímenes conyugales en comunidad de bienes, y deberá equipararse a éstos la comunidad de bienes pactada por pareja estable, por lo que excluir la participación de los hijos o descendientes de anterior matrimonio en dicha comunidad va contra la esencia de la institución (434).

En mi opinión, es a la institución de la analogía, por identidad de razón —y no tanto a una pretendida equiparación del matrimonio con las parejas estables— a la que debe recurrirse para fundamentar la aplicación de las leyes 106 y siguientes del Fuero Nuevo en aquellos supuestos de parejas de hecho posteriores, estables o no. Se dan todos los requisitos necesarios para hacer posible una aplicación analógica de las normas vigentes y entender que la convivencia marital de hecho debe equipararse a la reiteración de nupcias exigida por el Fuero Nuevo. Recordemos que la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, ni formula un principio general de igualdad de efectos jurídicos de las uniones que regula con el matrimonio ni modifica el contenido de las leyes 106 y siguientes del Fuero Nuevo —a diferencia del nuevo tratamiento que ordena respecto de otras instituciones del Derecho Civil navarro familiar y sucesorio (435).

No obstante, creo necesaria una reformulación legislativa del principio de protección de los hijos de anterior matrimonio y de sus concretas aplicaciones para adaptar aquél a situaciones de convivencia familiar no previstas por nuestro Derecho histórico ni por el Fuero Nuevo. Quizá la protección debe dispensarse hoy a todos los hijos, cualquiera que sea su filiación, frente a los eventuales perjuicios económicos, ciertos o previsibles, que un nuevo matrimonio o convivencia *more uxorio* del padre o de la madre pudieran ocasionar a aquéllos.

(434) MARÍA DOLORES MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra colectiva dirigida por Enrique Rubio Torrano, 2002, págs. 321 y 331.

(435) No debemos tampoco olvidar que en la reforma de 1987 del Fuero Nuevo, el legislador tuvo en cuenta la vida marital del viudo con otra persona y configuró expresamente dicha convivencia *more uxorio* como una causa de extinción del usufructo de fidelidad, modificando la redacción de la ley 272; por el contrario, guardó silencio en lo que se refiere a la aplicación, en dichas situaciones, de las leyes 106 y siguientes.

2. *La existencia de hijos o descendientes comunes con derecho a consentir la liquidación del patrimonio consorcial preexistente*

Ha de tratarse de hijos o descendientes, por tanto, que reúnan conjuntamente dos requisitos:

a) Ser hijos o descendientes comunes del matrimonio anterior

Quedan excluidos, por definición del supuesto de hecho y no por aplicación del principio de legitimidad familiar, los hijos no matrimoniales. Sufrayó que el legislador de 1987, vigente ya la Constitución, no consideró oportuna la supresión de esta exclusión. Insisto en mi propuesta de modificación legislativa para la protección de los hijos, cualquiera que sea su filiación, en los supuestos de nuevo matrimonio o convivencia marital del padre o de la madre.

Serán considerados hijos comunes, tal como resulta de la ley 73 del Fuero Nuevo (436) y tal y como subrayan tanto GARCÍA GRANERO como MEZQUITA GARCÍA-GRANERO los hijos adoptados por ambos cónyuges e incluso también, como afirma ésta última, el hijo de uno de ellos adoptado por el otro (437). De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 79 del Código Civil (438), serán comunes los hijos habidos de un matrimonio anulado.

(436) Ley 73 del Fuero Nuevo, párrafo tercero: «Los hijos adoptados con adopción plena tendrán los mismos derechos que los hijos de anterior matrimonio en el caso de que el adoptante contrajera nuevas nupcias».

«...El FN no contiene norma alguna que expresamente establezca la regla de equiparación entre filiación por naturaleza y por adopción, pero también es verdad que la regulación de la adopción que ofrece la *Compilación* procede de la Ley Foral 5/1987, dictada antes de que reformara el Código Civil y, por tanto, en un momento en el que todavía se admitían dos clases de filiación con muy diferentes efectos entre sí. De estas normas sí que se deduce claramente la regla de equiparación de los hijos adoptados plenamente a los hijos por naturaleza. En esta línea se sitúa la ley 73; en su párrafo I dispone que si la adopción se formaliza durante segundo o ulterior matrimonio, se aplicará a los hijos adoptivos lo dispuesto en esta *Compilación* respecto de los hijos de posteriores nupcias; y en el párrafo III, reconoce a los hijos adoptados en forma plena los mismos derechos que los hijos de anterior matrimonio en el caso de que el adoptante contrajera nuevas nupcias. Una vez que la adopción sólo puede ser plena, no hay inconveniente alguno en formular la regla de equiparación con alcance general».

JULIA RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 217 y 218.

(437) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 401.

MARÍA DOLORES MEZQUITA GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 321, 322 y 331.

(438) Artículo 79 del Código Civil: «La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe».

Opina MEZQUITA GARCÍA-GRANERO que la única interpretación constitucional de la ley 106 del Fuero Nuevo pasa por asimilar a los hijos matrimoniales con los habidos de una unión estable anterior, pues lo contrario implicaría vulnerar el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, discriminando negativamente a estos últimos respecto de aquéllos (439).

Han afirmado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones absolutamente equivalentes, sino realidades jurídicas distintas, por lo que, en principio, su tratamiento jurídico diferenciado y la diversa atribución de derechos y obligaciones no son contrarios al derecho fundamental a la igualdad que reconoce el artículo 14 de la Constitución (440). Tampoco es objetivo de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, establecer el mismo régimen para el matrimonio y la pareja estable. Por ello, es más prudente —a mi juicio— el recurso actual a la analogía para proteger los bienes de los descendientes de una anterior unión de hecho —estable o no estable— en los supuestos en que se inicie una nueva convivencia familiar del miembro de la pareja que no liquidó con aquéllos el disuelto patrimonio consorcial común (si lo hubiere), sin perjuicio de la propuesta de *lege ferenda* que antes he apuntado.

Nadie discute hoy, en cualquier caso, como GARCÍA GRANERO reconoce expresamente, que a la vista del principio constitucional de equiparación de la filiación matrimonial y no matrimonial consagrado en la ley 68 del Fuero Nuevo, tras su reforma por Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, debe interpretarse que los descendientes de un hijo de anterior matrimonio, subrogados en la posición jurídica de su progenitor por derecho de representación o por derecho de transmisión, a efectos de la aplicación de las leyes 105 y siguientes del Fuero Nuevo, pueden serlo tanto los matrimoniales como los no matrimoniales (441).

(439) MARÍA DOLORES MEZQUITA GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 321, 322 y 331.

(440) Pueden consultarse, entre otras, las STC 184/1990, 222/1992, 74/1997, 155/1998 y 180/2001, los Autos del mismo Tribunal 321/1996, 156/1997, 188/2003 y 204/2003, así como las STS de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992, 18 de febrero de 1993, 27 de mayo, 24 de noviembre y 30 de diciembre de 1994, 4 de marzo y 4 de abril de 1997, 10 de marzo, 4 de junio y 23 de julio de 1998, 6 de febrero de 2001, 27 de marzo de 2001 y 17 de enero de 2003.

(441) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 401 y 402.

- b) Tener derecho, por cualquier título, a participar en la liquidación de la comunidad conyugal disuelta

El supuesto más habitual, aun cuando no el único posible (442), se dará cuando el matrimonio se disuelva por muerte de un cónyuge dejando éste como herederos a aquéllos. Faltará este presupuesto, por ejemplo, en el caso a que se refiere el número 1 de la ley 107 del Fuero Nuevo, de acuerdo con el cual no será aplicable lo ordenado en las leyes anteriores si al fallecimiento de un cónyuge, el sobreviviente fuese único y universal heredero de aquél (443). La generalización en Navarra del testamento de hermandad por el que marido y mujer, en ejercicio de la amplia libertad de testar propia de nuestro Derecho (444), se instituyen mutua y recíprocamente herederos elimi-

(442) «...El supuesto de hecho contemplado por la norma es el de un viudo o viuda que se encuentra con sus hijos en una situación de comunidad, por cuanto éstos han sido instituidos herederos del todo o parte de la herencia del progenitor premuerto (o legatario de parte alícuota) y el padre o madre sobreviviente no ha liquidado todavía la sociedad conyugal. Idéntica situación se producirá cuando el matrimonio se hubiera disuelto por nulidad o divorcio, se hubiera aplazado la práctica de la liquidación a un momento posterior y uno de los ex cónyuges falleciera nombrando herederos a todos o alguno de sus hijos. Sea como fuere, debe producirse una situación de comunidad entre los descendientes y el padre o madre que desea contraer nuevas nupcias».

MARÍA DOLORES MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 320.

(443) «A los efectos que nos interesan, es preciso que al menos uno de los hijos habidos del cónyuge participe en la sociedad que se liquida, haya sido instituido heredero del todo o parte, o legatario de parte alícuota, de los bienes de conquistas del causante. Efectivamente, si la institución es únicamente en bienes privativos del cónyuge premuerto, el sobreviviente deberá entregar tales bienes al hijo heredero siempre que estén en su poder y no goce del usufructo, pero el hijo no puede exigir la liquidación porque no hay comunidad. Cabe resaltar que, aunque el padre sea administrador de los bienes de los hijos menores, percibirá y administrará como tal los frutos que produzcan dichos bienes y éstos podrán confundirse con las conquistas de su ulterior sociedad al ser reinvertidos en ella pero, en base a lo dispuesto en las leyes 105 y 106 FN, ello no otorga al hijo derecho a participar en el tercio de conquistas de la nueva sociedad».

MARÍA DOLORES MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 332.

(444) Recuerda GARCÍA GRANERO que la ley 105 del Fuero Nuevo arrastra, por tradición, los términos que figuran en las fuentes históricas navarras: el Fuero de Viguera y Val de Funes, el Fuero de Jaca-Pamplona, el Fuero General de Navarra, el Fuero Reducido y la ley 34 de las Cortes de Tudela de 1558.

«Todos los textos, escribe, partían del supuesto —indiscutible entonces— de un régimen hereditario de sucesión forzosa, al menos en relación al conjunto de los hijos; por lo cual, fallecido el padre o madre, necesariamente habían de sucederle los hijos, de donde lógicamente se deducía que la partición siempre tendría lugar entre dichos hijos y el progenitor sobreviviente. Pero ya la ley 14 de las Cortes de Pamplona de 1688 (Nov. Rec. 3.13.16), reconoció la más amplia libertad de testar a los padres que no fuesen de condición de labradores, y que la costumbre generalizó a todos los navarros sin distinción. A pesar de tan trascendental cambio en el régimen sucesorio del antiguo Reino, la

na, en la mayoría de los supuestos de la práctica cotidiana, este presupuesto —ya que es normalmente el consorte supérstite el único interesado en la liquidación de las conquistas—, lo que explica la escasa litigiosidad de la institución a la que nos referimos, no obstante su complejidad.

Como consecuencia de lo expuesto, no se aplicarán las leyes 106 y siguientes del Fuero —por ausencia de presupuesto subjetivo— a aquellos supuestos en los cuales, al tiempo de celebrarse las nuevas nupcias, se hubiera producido el fallecimiento de todos los hijos o descendientes legitimados para liquidar la comunidad consorcial disuelta.

3. *La pendencia de la liquidación de una comunidad patrimonial consorcial al tiempo de contraer nuevas nupcias*

Lo establecido en los artículos 105 y siguientes del Fuero Nuevo es aplicable a la ausencia de liquidación de cualquier régimen económico-matrimonial, legal o voluntario, de comunidad de bienes entre marido y mujer, sea esta comunidad absoluta sea la misma parcial (cfr. leyes 101.5, 105 y 111 FN) (445).

No se dará tal presupuesto cuando el régimen aplicable al anterior matrimonio fuera el de absoluta separación de bienes: no son instituciones asimilables la liquidación de un patrimonio común como la sociedad conyugal de conquistas o la comunidad universal entre consortes y la extinción de una comunidad pro-indiviso sobre uno o algunos bienes concretos. Tampoco

ley 50 de las Cortes de Pamplona de 1765-1766, sin duda por inercia, mantuvo el mismo presupuesto de que el bínubo partiría siempre con los hijos de anterior matrimonio, aun cuando no necesariamente tenían que ser éstos los sucesores del padre o madre difunto. Es a todas luces evidente que, en razón del actual sistema de total libertad de disposición mortis causa (FN, leyes 149 y 267-271), puede ocurrir que alguno o más de esos hijos, o incluso todos, se encuentren excluidos de la sucesión de su padre o madre fallecido y, en consecuencia, nada tiene que partir con ellos el progenitor que sobreviviere. Claramente se manifiesta en estos términos la ley 107 del propio Fuero, según la cual no será aplicable lo dispuesto en las leyes anteriores en los casos siguientes: 1. Si al fallecimiento de un cónyuge, el sobreviviente fuese único y universal heredero de aquél».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 399 y 400.

(445) Recuerda GARCÍA GRANERO que el régimen matrimonial según el Fuero de Jaca-Pamplona y el Fuero de Viguera y Val de Funes era el de comunidad de muebles y adquisiciones y que, conforme al Fuero General de Navarra, existiendo hijos en el momento de la disolución del matrimonio, el régimen de bienes era el de comunidad universal y que las leyes 34 de las Cortes de Tudela de 1558 y 50 de las Cortes de Pamplona de 1765-1766 se asentaban en el sistema de conquistas; a todos estos regímenes de comunidad venían referidas la obligación de partir y, en caso de incumplimiento, la participación de los hijos en los lucros del segundo matrimonio.

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 403.

existirá patrimonio común que liquidar, faltando el presupuesto para la aplicación de las leyes 106 y siguientes del Fuero Nuevo, cuando el régimen económico del matrimonio anterior fuera el convencional de participación en las ganancias —importado del Derecho alemán en la reforma del Código Civil de 1981— y a cuya disolución puede nacer un derecho personal de crédito contra el consorte (o sus herederos) cuyo patrimonio hubiera experimentado un mayor lucro.

Estima GARCÍA GRANERO, de acuerdo con los antecedentes históricos de esta institución y apoyándose en consideraciones teleológicas, que la participación de los hijos de anterior matrimonio en los lucros de las nuevas nupcias tiene, como necesario presupuesto —presunto y no declarado— la existencia de una comunidad continuada entre el padre o madre sobreviviente y sus hijos, especialmente por la menor edad de todos ellos, o cuando menos alguno, en el momento en que el supérstite contrajere nuevo matrimonio, ya que si todos los hijos de las anteriores nupcias son mayores de edad, escribe, no tiene sentido hablar de que el viudo debe partir previamente y, por lo tanto, carece de razón o fundamento que tales hijos participen en las conquistas que fuesen obtenidas durante el segundo matrimonio: si esos hijos no han recibido su parte en los bienes que les corresponden por la herencia de su padre o madre fallecido, será por su negligencia o por su propia conveniencia, al haber preferido seguir haciendo vida en común con el sobreviviente (446).

De acuerdo con la STSJ de Navarra, de 23 de febrero de 1994 (que interpreta el apartado núm. 2 de la ley 107 del Fuero Nuevo, que examinaremos), si no existen bienes económicamente apreciables comunes, queda liberado el sobreviviente de liquidar; la ley no impone una liquidación puramente formal o en vacío.

(446) «Según las fuentes del antiguo *Droit coutumier français*, la existencia de la comunidad continuada entre el cónyuge supérstite y los hijos y, por consiguiente, la participación de éstos en las conquistas del segundo matrimonio, tenían lugar sólo cuando, al fallecimiento de uno cualquiera de los padres, había hijos menores. Tal presupuesto se halla claramente determinado en el artículo 118 de la *Ancienne Coutume de Paris*... Igualmente en la *Nouvelle Coutume*, cuyo artículo 240 reproduce literalmente estos términos. Y como regla común a todo el Derecho consuetudinario se halla en las *Institutes Coutumières* de ANTOINE LOYSEL ... El mismo concepto —existencia de hijos menores de edad— se halla claramente expresado en el Fuero de Tudela ... Desde esa perspectiva, la lectura de los correspondientes capítulos del Fuero Reducido, así como de las antes citadas leyes de Cortes (34 de las de Tudela de 1558 y 50 de las de Pamplona de 1765-1766) permite deducir que el deber del viudo en orden a liquidar con los hijos y, caso de incumplimiento, la participación de éstos en los lucros de las nuevas nupcias, tienen como necesario presupuesto la existencia de hijos menores de edad en el momento en que el supérstite contrajere nuevo matrimonio».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 391 a 393.

Subsiste la situación de pendencia en la liquidación de la previa comunidad patrimonial consorcial en tanto no se haga a los hijos o descendientes del primer matrimonio una formal y efectiva entrega de los bienes que les correspondan en aquélla. El otorgamiento de la escritura pública de liquidación de la comunidad consorcial implica, salvo que de ella resulte claramente lo contrario, la tradición instrumental de los bienes (cfr. art. 1.462 del Código Civil). Por el contrario no es suficiente, a estos efectos, la mera formalización —aun cuando se haga mediante escritura pública— de un inventario. Observa MEZQUITA GARCÍA-GRANERO que la «formal y efectiva» entrega de bienes a la que ampulosamente hace referencia la ley 105 del Fuero Nuevo se queda, en muchas ocasiones, en una entrega meramente formal, como sucederá, por ejemplo, cuando el cónyuge o partícipe causante hubiera instituido al sobreviviente usufructuario de todos los bienes de conquistas, cuando el viudo conserve el usufructo vitalicio de todos los bienes heredados por sus hijos a pesar de la reiteración de nupcias (cfr. leyes 261.3 y 264.3 del Fuero Nuevo), o cuando, aun privado de este derecho, tenga —como normalmente ocurrirá— la administración de los bienes de los hijos menores de edad: en cualquiera de los supuestos anteriores la liquidación se reducirá, en la práctica, al otorgamiento de una escritura pública. Ciertamente que, liquidada la comunidad, los hijos saben ya cuáles son los bienes que les pertenecen, pero no hay que olvidar —escribe— que la realización del inventario no libera al viudo del deber impuesto por la ley 105 FN de realizar formal y efectiva entrega de los bienes, ni que cuando los hijos son menores aquella entrega formal no evita la confusión de los frutos y su inversión en la nueva sociedad conyugal, por cuanto el bínubo tiene la administración de los bienes de los menores (447).

III.3. CUESTIONES DE DERECHO INTERREGIONAL

Tanto el Fuero Nuevo como la jurisprudencia y la doctrina que lo interpretan guardan silencio sobre los eventuales conflictos de Derecho interregional que pueden presentarse en la aplicación de las leyes 105 y siguientes.

Pudiera pensarse que se trata de una cuestión sometida al imperio de la ley que rige las relaciones paternofiliales, debiendo observarse entonces lo dispuesto en el párrafo 4.º del artículo 9 del Código Civil: *«el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paternofilia-*

(447) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO considera, como veremos, que carecen de interés, quedando por tanto excluidos de la liquidación del tercio de conquistas, los hijos de matrimonio anterior cuando su padre gozara del usufructo de los bienes de conquista a pesar de contraer nuevas nupcias (ley 264.3 FN).

MARÍA DOLORES MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 324, 329 y 334.

les, se registrarán por la ley personal del hijo». Pero, como han señalado GONZÁLEZ CAMPOS, FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, la ley personal del hijo, por lo que se refiere a las relaciones paterno-filiales, determinará los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, los titulares de ésta y los modos de ejercicio, así como su privación o extinción, los supuestos de prórroga o rehabilitación, el cuidado de los hijos y el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos, instituciones todas ellas alejadas de la que es objeto de nuestro estudio (448).

El hecho determinante que fundamenta —al reiterarse las nupcias— el derecho de los hijos y descendientes de anterior matrimonio a participar en una parte de las ganancias o conquistas obtenidas por los nuevos consortes es el incumplimiento del deber de liquidar el disuelto patrimonio consorcial. Dicho de otro modo, es el Derecho Foral navarro el que anuda determinadas consecuencias —cfr. ley 106 FN— a la infracción de un deber que él mismo proclama con carácter general en la ley 89 y particularmente en la ley 105 del Fuero Nuevo. Estamos en presencia, por tanto, de una cuestión derivada del régimen económico-matrimonial navarro; sólo cuando los efectos patrimoniales del matrimonio disuelto se hallen sometidos al imperio del Derecho Civil navarro, por aplicación de los criterios de conexión establecidos jerárquicamente en el apartado número 2 del artículo 9 del Código Civil, deberán observarse las leyes 105 y siguientes del Fuero Nuevo.

Todo ello, con independencia de cuál sea la vecindad civil de los hijos o descendientes titulares del derecho a participar en las ganancias o la ley aplicable a la sucesión del cónyuge fallecido —éste no transmite el derecho al que se refieren las leyes 106 y siguientes FN— y cualquiera que sea la ley que rija los efectos patrimoniales del nuevo matrimonio contraído: recordemos que el último párrafo de la ley 106 del Fuero Nuevo ordena aplicar lo dispuesto en dicha ley «...sea cual fuere el régimen de bienes del nuevo matrimonio».

III.4. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE LIQUIDAR EL PATRIMONIO CONSORCIAL ANTES DE CONTRAER NUEVAS NUPCIAS

El incumplimiento del deber de liquidar el patrimonio consorcial anterior, cumplidos los demás presupuestos analizados, traerá como consecuencia el nacimiento de un derecho de los hijos comunes de las primeras nupcias a

(448) JULIO DIEGO GONZÁLEZ CAMPOS, *Comentario del Código Civil*, obra colectiva, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo I, pág. 87.

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS y SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1999 (reimpresión año 2000), pág. 462.

participar en un tercio de las conquistas obtenidas durante el nuevo matrimonio, sin que les afecten las pérdidas (ley 106 del Fuero Nuevo).

A juicio de GARCÍA GRANERO (449), el incumplimiento que se sanciona con la participación de los hijos o descendientes de anterior matrimonio en las nuevas conquistas es tan sólo el imputable al bínubo, por existir culpa o negligencia de éste en el retraso de las operaciones particionales.

El segundo párrafo de la ley 106 del Fuero Nuevo mantiene la participación de los hijos del matrimonio en las conquistas obtenidas en las nuevas nupcias cualquiera que fuere el régimen de bienes del nuevo matrimonio. Para GARCÍA GRANERO, el pacto capitular por el que el bínubo y su nuevo cónyuge convienen un régimen matrimonial distinto al de conquistas (separación de bienes, comunidad universal, participación u otro cualquiera) es perfectamente válido y surte plenos efectos entre ellos, pero es ineficaz en la medida en que pueda lesionar los derechos de los hijos de anterior matrimonio, pues, en relación a éstos, es *res inter alios acta*: no se trata de un supuesto de nulidad, sino, tan sólo, de ineficacia relativa —respecto a los hijos— y limitada, en el sentido de que, en cuanto a los mismos hijos, se tiene por inexistente en orden al cómputo o determinación del tercio en las ganancias, como obtenidas en un régimen legal de conquistas (450).

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO interpreta que, no obstante lo dispuesto en el segundo párrafo de la ley 106 del Fuero Nuevo, no parece que pueda ser sancionado el cónyuge del bínubo cuando los nuevos consortes pacten el régimen económico de absoluta separación de bienes: la ley 105 obliga a liquidar al bínubo pero no a su consorte y, además, la fusión o confusión de patrimonios no tiene lugar en estos casos. Por tanto, sólo sobre el progenitor que incumplió la obligación de liquidar podrá recaer la sanción de entregar a sus hijos un tercio de las ganancias que le corresponderían de entre las habidas durante el segundo matrimonio, puesto que sancionar también a su cónyuge o pareja estable podría vulnerar, escribe, el derecho a la tutela

(449) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 407.

(450) En definitiva, se trata de una aplicación concreta de la doctrina general que, respecto a las segundas nupcias, se halla formulada en las leyes 77 y 157 del Fuero Nuevo:

— Ley 77 FN: «Los derechos que esta Compilación reconoce a los hijos o descendientes de anterior matrimonio quedarán a salvo de toda estipulación, disposición o renuncia hechas por los cónyuges de segundas o posteriores nupcias, entre sí o con tercero».

— Ley 157 FN: «Los derechos de los hijos y descendientes de anterior matrimonio quedarán a salvo de toda disposición a título lucrativo hecha por los cónyuges de segundas o posteriores nupcias, entre sí o con terceros».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 411 y 412.

judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, dado que éste no habría infringido ninguna norma; sólo el incremento patrimonial obtenido por el consorte del bínubo a costa de las ganancias producidas por los bienes de la primera sociedad conyugal justifica lo dispuesto en la ley 106 del Fuero Nuevo —así parece entenderlo la STSJ de Navarra de 24 de julio de 2000— (451). Volveremos sobre esta cuestión posteriormente.

La STSJ de Navarra, de 20 de septiembre de 1997, ha interpretado que los descendientes del anterior matrimonio que sean mayores de edad pueden renunciar al derecho que les confiere la ley 106 del Fuero Nuevo. En todo caso, la renuncia deberá ser expresa: la STSJ de Navarra, de 24 de julio de 2000, precisa que la no solicitud de liquidación del patrimonio consorcial por parte de los descendientes del matrimonio anterior no puede considerarse como una renuncia a la participación en las nuevas conquistas que deriva de la ley 106.

Como explica GARCÍA GRANERO (452), a diferencia de las fuentes del antiguo Derecho francés consuetudinario, que hablan de una «comunidad tripartita», los textos históricos del Derecho navarro antes examinados (453) no son tan explícitos en orden al nacimiento de una comunidad, sino que más bien ponen el acento en la idea de participación de los hijos en las conquistas del segundo o ulterior matrimonio. Los hijos de anterior matrimonio, afirma, más que verdaderos miembros o consortes, son meros titulares de un derecho a participar en las ganancias: antes que cotitulares de un patrimonio común tienen un derecho de crédito, por el importe de un tercio de los resultados netos, contra el patrimonio de la nueva sociedad conyugal. En consecuencia:

- En las adquisiciones a título oneroso efectuadas por el bínubo y su nuevo consorte, conjuntamente ambos o separadamente uno solo de

(451) «*Todo ello sin perjuicio, naturalmente, de que si se enriqueció haciendo suyos frutos producidos por bienes ajenos (sean de su esposo o de sus hijos) tengan los titulares el derecho a exigir la restitución de los provechos*».

MARÍA DOLORES MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 326, 327 y 329.

(452) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 412 a 416.

(453) Fuero de Jaca-Pamplona, 39: «*...les filz de la primera muyller o del primer marit morí alcançaran part en tot quant aura gaynat lo payre o la mayre, moble et hereditat*».

Fuero General de Navarra, 2,4,23: «*...pueden demandar las primeras creaturas part en las heredades de la segunda muyller por razón de conquista*».

Ley 34 de las Cortes de Tudela de 1558: «*...se comuniquen con estos —se refiere a los hijos del primer matrimonio— lo conquistado en el segundo*».

Ley 50 de las Cortes de Pamplona de 1765-1766: «*...sus hijos de primero matrimonio, hagan suya la tercera parte de lo que se conquistare, y ganare en el segundo*».

ellos, la titularidad dominical del bien corresponde exclusivamente a los cónyuges. Los hijos de anterior matrimonio no son cotitulares de dichos bienes.

- En relación a tales bienes, los hijos de anterior matrimonio no tienen acción alguna para exigir que en el Registro de la Propiedad o en cualesquiera otros registros u oficinas se practique asiento alguno para constancia del derecho a participar en un tercio de las ganancias.
- Los hijos de anterior matrimonio podrán ejercitar la acción para exigir la liquidación y reparto e, incluso, en el caso de interposición judicial de la demanda, podrán pedir su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad (art. 42.1 LH). He de precisar que no comparto esta afirmación; de acuerdo con la doctrina expresada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus más recientes resoluciones (cfr. las de 24 de septiembre de 1991, 26 de mayo de 1997, 21 de julio de 1998, 11 de noviembre de 1998, 19 de mayo de 1999, 4 y 19 de abril de 2000, 30 de junio de 2001 y 2 de octubre de 2002), aun cuando el ámbito de la anotación preventiva de demanda ha sido ampliado a aquellas acciones no reales sino personales pero que implican una vocación o llamada al derecho real y, por tanto, a la modificación del contenido de los asientos del Registro que publican tal derecho, no puede extenderse la anotación de demanda cuando lo que se reclama es el cobro de ciertas cantidades de dinero.
- Los hijos de anterior matrimonio, por no ser cotitulares, no pueden intervenir en la gestión, ni su intervención o consentimiento son precisos en orden a la enajenación o gravamen de los mismos bienes, aun cuando sí podrán —simultáneamente al ejercicio de la acción para pedir la liquidación y partición— impugnar aquellos actos cuando los estimaren en fraude o perjuicio de sus derechos.
- El derecho de los hijos de anterior matrimonio a recibir el tercio de las ganancias pertenece, conjuntamente y por cuotas iguales, a todos los hijos del primer enlace: si alguno o más hijos hubieran fallecido antes de la celebración de las segundas nupcias, se dará el derecho de representación sucesoria a favor de sus respectivos descendientes, que recibirán como una sola stirpe la cuota que hubiere correspondido a su progenitor premuerto —volveremos sobre esta cuestión más adelante al interpretar el contenido de la ley 110 del Fuero Nuevo.
- La expresión legal «...pero no les afectarán las pérdidas si las hubiere» no significa que la participación en las nuevas conquistas de los hijos de anterior matrimonio sea un tercio del haber bruto, sin deducción de las deudas, sino que les exime de responsabilidad personal por las deudas cuando el debe excediere del haber: aquéllos quedarán afectados por el pasivo sólo en cuanto reduce el activo para determinar

el haber líquido repartible, pero sin responsabilidad personal por el pasivo que no pueda ser enjugado con las ganancias. Comparte también esta opinión MEZQUITA GARCÍA-GRANERO (454).

- Finalmente, el derecho de los hijos de anterior matrimonio no tiene carácter preferente o privilegiado respecto a los derechos de los acreedores de las sociedades conyugales, tanto la del primer matrimonio como la del segundo vínculo. Así lo imponen tanto la seguridad del tráfico como la naturaleza de su participación en las conquistas, que se refiere al tercio de los lucros netos, cuando los haya (sin perjuicio de la responsabilidad que aquéllos podrán exigir por una gestión culposa o negligente de la nueva «comunidad tripartita»).

La participación en las conquistas del segundo matrimonio se fija, por la ley 106 del Fuero Nuevo, en un tercio de las mismas. Los hijos y descendientes del matrimonio anterior tendrán en dicho tercio una cuota proporcional a la de su haber en el patrimonio consorcial de aquel enlace al tiempo de reiterarse las nupcias, derecho que una vez nacido juzgo libremente transmisible, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, a favor incluso de quienes no sean descendientes.

Por lo que se refiere a la duración de la participación de los hijos de primer matrimonio en las conquistas del ulterior, dispone la ley 108 del Fuero Nuevo —clarificando una cuestión que no resultaba determinada en los textos históricos navarros y que había dado lugar a diversas interpretaciones doctrinales— (455) que una vez efectuada la liquidación, con formal y efectiva entrega, de los bienes que correspondan a los hijos o descendientes de anterior matrimonio, cesará la participación de éstos en las conquistas que en lo sucesivo obtuvieren los nuevos cónyuges.

III.5. LA ACCIÓN PARA RECLAMAR LA PARTICIPACIÓN EN LAS CONQUISTAS DEL NUEVO MATRIMONIO

Cualquiera de los hijos y descendientes de anterior matrimonio podrá reclamar el pago de su derecho a la parte de las conquistas obtenidas en el nuevo matrimonio.

Ninguna disposición del Fuero Nuevo impone una liquidación conjunta de las conquistas del primer matrimonio y del tercio que corresponde en las

(454) MARÍA DOLORES GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil de Navarra*, obra citada, pág. 326.

(455) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 426 a 429.

conquistas del segundo a los hijos habidos en aquél (456). Recordemos, además, la diferente causa de pedir de una y otra acción; en la liquidación del patrimonio consorcial del primer matrimonio los hijos comunes concurren, como cotitulares, para poner fin a una situación de comunidad y, por el contrario, cuando exigen su participación en las conquistas del segundo o ulterior matrimonio, ejercitan una acción derivada de un derecho de crédito (457).

En la liquidación de las conquistas del primer matrimonio serán de aplicación las normas generales previstas en las leyes 89 a 91 del Fuero Nuevo.

El plazo de prescripción de la acción para exigir la participación en las conquistas obtenidas en el nuevo matrimonio será el general de treinta años [ley 39.a) FN], que comenzará a contarse desde la cesación de dicha participación (cfr. ley 108 FN), incluso aun en el supuesto de que la comunidad patrimonial del nuevo enlace no se hallare disuelta a dicha fecha. No obstante lo anterior, los hijos y descendientes del primer matrimonio podrán reclamar la participación del tercio en las nuevas conquistas, sin esperar a que se liquide la primera sociedad conyugal, una vez extinguido el segundo vínculo matrimonial.

La legitimación pasiva de la acción plantea mayores problemas. Se ventila en este procedimiento una acción para la exigencia de un crédito dinerario de cuantía indeterminada (no de cuantía inestimable, como acertadamente matiza la STSJ de Navarra de 23 de febrero de 1994), de origen legal, derivado del incumplimiento de una obligación del consorte que repite nupcias sin haber liquidado previamente, con hijos o descendientes del primer matrimonio, el patrimonio común de dicha unión. En consecuencia, no podemos considerar

(456) No parece entenderlo así GARCÍA GRANERO, para quien «...el bínubo puede, en cualquier momento, dar cumplimiento al deber de liquidar y partir con los hijos, quienes recibirán, junto con sus derechos en la primera sociedad conyugal, un tercio en las conquistas del segundo matrimonio. De este modo, y aunque sea con retraso, se logra el fin primordial perseguido por la ley 105: la liquidación y partición con los hijos de anteriores nupcias, para que éstos reciban los bienes que les corresponde».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 428.

(457) GARCÍA GRANERO se refiere a una «...liquidación parcial, limitada al tercio perteneciente a los hijos, y anticipada respecto al momento de disolución del matrimonio, en el que tendrá lugar la liquidación de la sociedad de conquistas entre el bínubo y su nuevo consorte, o sus respectivos herederos. Dicho de otro modo, hay una simple liquidación parcial solutoria en pago de los derechos de los hijos de primeras nupcias, quienes de este modo, para el futuro quedan totalmente excluidos de la expresada sociedad».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 428 y 429.

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO habla también de una «liquidación parcial» del tercio correspondiente a los hijos o descendientes de anterior matrimonio.

MARÍA DOLORES MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 331.

al consorte del bínubo como «deudor» de dicha participación: no ha contraído voluntariamente la deuda ni tampoco la ley se la impone claramente. Además, se trataría —de seguirse la tesis contraria— de un «deudor» que no puede liberarse de su obligación, ya que no está legitimado para partir el patrimonio consorcial anterior (cfr. ley 108 FN). Parece, en principio, que sólo sería posible demandar al bínubo o a sus causahabientes. Esta es la tesis que debe mantenerse, sin ulteriores matizaciones, cuando el régimen económico de las nuevas nupcias sea el de separación de bienes o el de participación en las ganancias.

Sucede, sin embargo, que cuando el régimen patrimonial del nuevo matrimonio sea el de comunidad de bienes, total o parcial, legal o voluntaria, la ausencia de liquidación de la primera sociedad conyugal puede provocar una confusión de elementos patrimoniales que contribuya a un enriquecimiento injusto ahora de ambos consortes a expensas de un patrimonio que, al menos parcialmente, corresponde a los hijos y descendientes del primer enlace. Recordemos que la STSJ de Navarra, de 23 de febrero de 1994, ha afirmado que la institución que estudiamos se apoya en dos bases sustentadoras: la que pone el acento en su carácter punitivo o sancionatorio y la que fundamenta su razón de ser en la inversión de los bienes de anterior matrimonio. En estos casos, puede afirmarse que ambos consortes son los obligados a la restitución de dicho enriquecimiento injusto (cfr. párrafo primero de la ley 508 FN), por lo que la acción debiera dirigirse contra ambos.

Incluso si se mantiene la tesis de que también en este caso es el bínubo el único deudor de la participación de los hijos y descendientes del anterior enlace, es claro que de dicha deuda responderán los bienes que integran el patrimonio consorcial común del segundo matrimonio, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 84.1.7 del Fuero Nuevo, conforme a la cual serán de cargo y responsabilidad de la sociedad de conquistas «...7. *Las obligaciones extracontractuales de los cónyuges derivadas de actuaciones realizadas en interés de la sociedad de conquistas o con beneficio para ella, en el ámbito de la administración de los bienes comunes*» (458). En consecuencia, si lo que se reclama —además del cumplimiento de la obligación— es un pronunciamiento favorable al carácter consorcial de la deuda y la consiguiente responsabilidad de los bienes de conquistas que no impida la ejecución sobre los mismos, sería necesario indudablemente dirigir también la demanda contra el cónyuge no deudor.

(458) Recordemos que, de acuerdo con lo dispuesto en el número 1 de la ley 84 del Fuero Nuevo, serán de cargo y responsabilidad de la sociedad de conquistas del nuevo matrimonio los gastos y obligaciones que tengan su origen en la alimentación y educación de los hijos de anteriores nupcias del bínubo, si éste no hubiere hecho la partición y entrega de bienes a que se refiere la ley 105 FN.

Aun en el supuesto de que los hijos y descendientes del primer matrimonio hubieran dirigido su acción sólo contra el consorte bínubo o sus causahabientes, en ejecución de la sentencia podrá decretar la autoridad judicial el embargo de bienes consorciales del nuevo enlace, embargo que deberá ser notificado al consorte del bínubo —de acuerdo con lo dispuesto en el apartado núm. 2 del art. 541 LEC— dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que, dentro del plazo ordinario, pueda éste oponerse a la ejecución. La oposición a la ejecución podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado y, además, en el hecho de que los bienes consorciales no deban responder de la deuda por la que se haya despachado ejecución. Si la oposición se funda en esta última causa, corresponderá al actor la prueba de la responsabilidad de los bienes consorciales —es decir, de la concurrencia de los presupuestos de aplicación de las leyes 106 y siguientes del Fuero Nuevo— (459). Si la ejecución se siguiera sobre bienes privativos del bínubo, tendrá éste derecho al correspondiente reembolso a cargo del patrimonio común del segundo matrimonio (ley 88 FN).

(459) La nueva LEC instauro un sistema de carga de la prueba sobre el que la doctrina había discutido anteriormente, como resume CARRASCO PERERA: «¿Cómo se articula procesalmente la posición del cónyuge notificado?... El artículo 1.373 parte de la ingenua creencia de que en un instante remoto y anterior al embargo ya ha sido determinado el carácter privativo de la deuda por la que se embarga, lo cual solamente podrá ser así cuando al embargo haya precedido un juicio declarativo plenario en el que, demandados marido y mujer, se haya establecido de modo definitivo el carácter consorcial o personal de la obligación. Pero esto no puede ocurrir cuando el embargo tiene lugar en el marco de un juicio ejecutivo, donde el título, o no expresa la causa de la deuda, o si la expresa no puede ser combatida la naturaleza de ésta por la limitada posibilidad de oposición del deudor. De esta forma, el cónyuge notificado de un embargo que se pretenda ejecutar por una deuda que se estime consorcial no estará, sin más, en el supuesto del artículo 1.373, con su correlativa facultad de sustitución, sino que previamente tendrá que haber combatido de otra manera la pretendida naturaleza consorcial de la deuda, para poder hacer uso de la facultad que el referido precepto le reconoce. ¿Quién corre en estos casos con la carga de la prueba de la naturaleza consorcial o personal de la obligación por la que se ejecuta? Después de la Reforma —Ley 13 de mayo de 1981—, la doctrina se ha visto embarcada en una polémica sobre el extremo de saber si en el Código existe hoy una presunción de ganancialidad de la deuda correlativa a la presunción de ganancialidad activa del artículo 1.361 del Código Civil. Lo afirmó ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA y lo negaron posteriormente TORRALBA y CÁMARA, entendiendo uno y otro que corría a cargo del ejecutante la prueba del carácter consorcial de la obligación. Por mi parte, estimo que no hay presunción de ningún tipo a favor o en contra de esta denominada «ganancialidad pasiva». La prueba de los hechos corresponde a quien alegue una pretensión (art. 1.214 del Código Civil), y sólo ante circunstancias muy excepcionales, que la ley se preocupa de señalar, el demandado está obligado a correr con la carga de la contradicción de los hechos alegados y no probados por el actor (cfr. art. 41 LH)».

ÁNGEL CARRASCO PERERA, «Comentario a la STS de 26 de septiembre de 1986», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, septiembre/diciembre, 1986, pág. 4015.

No será de aplicación lo dispuesto en el último párrafo de la ley 85 del Fuero Nuevo al embargo del patrimonio consorcial común del segundo matrimonio en el procedimiento que estudiamos —ya que aquella norma hace referencia a las facultades concedidas al cónyuge no deudor que ve embargados algunos bienes de conquistas por deudas propias del otro consorte, en defecto o por insuficiencia del patrimonio privativo de éste.

Como ha declarado la STSJ de Navarra, de 22 de octubre de 1994 —dictada en el recurso de casación 10/1994—, el ejercicio procesal de la acción resultante de las leyes 106 y siguientes del Fuero Nuevo no permite entender ejercitada con ella la acción de inoficiosidad derivada de las leyes 77, 157 y 272 de aquél.

Por lo que se refiere a la determinación del crédito dinerario de los hijos de anterior matrimonio por su participación en las conquistas del nuevo enlace, resume MEZQUITA GARCÍA-GRANERO del siguiente modo algunas peculiaridades que presenta su cuantificación (460):

1. Las ganancias de los hijos o descendientes del primer matrimonio no deben ser computadas, así como tampoco el haber que a ellos corresponde en la comunidad consorcial anterior, haber que no se transfiere al patrimonio de la nueva sociedad conyugal.
2. En la liquidación de las conquistas del primer matrimonio habrán de recibir aquéllos el cincuenta por ciento de los frutos producidos por la primera sociedad conyugal; cuando los descendientes de matrimonio anterior soliciten la «liquidación» del tercio después de haberse casado su padre o madre, habrá que abonarles un tercio de los frutos producidos desde que se constituyó la segunda hasta realizar la partición.
3. Integrarán la base de cálculo del porcentaje de los hijos del primer matrimonio en las conquistas del segundo las ganancias de los nuevos consortes o partícipes, así como también sus frutos, y en general los bienes que, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 82 del Fuero Nuevo, tienen el carácter de conquistas.
4. La participación en las nuevas conquistas de los hijos o descendientes del matrimonio anterior queda referida al haber partible, una vez deducidas las deudas. Pero de ningún modo puede entenderse que si los nuevos consortes han adquirido, por ejemplo, una finca hipotecada, los descendientes participen en un tercio de su valor sin descontar el de la carga.

(460) MARÍA DOLORES MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 326.

Tanto en la liquidación de la sociedad conyugal de conquistas del primer matrimonio como en la reclamación de la participación que a ellos corresponde en las segundas nupcias, los hijos menores de edad serán representados —por existir intereses contrapuestos con su progenitor bínubo— por un defensor judicial nombrado al efecto; por lo que se refiere a los demás descendientes menores de edad no emancipados, serán sus representantes legales quienes concurren en dichas actuaciones (leyes 64 y 66 y último párrafo de la ley 105 del Fuero Nuevo) (461).

III.6. EXCEPCIONES AL RÉGIMEN GENERAL

De acuerdo con lo dispuesto en la ley 107 del Fuero Nuevo, no será aplicable lo ordenado en las leyes anteriores en los supuestos siguientes:

1. Si al fallecimiento de un cónyuge, el sobreviviente fuese único y universal heredero de aquél. Más que a una excepción del régimen expuesto se refiere la norma a la ausencia de uno de sus requisitos. Faltará también el mismo presupuesto, en los casos que enumeran, a título enunciativo, tanto MEZQUITA GARCÍA-GRANERO (462) como GARCÍA GRANERO (463):

- i) Cuando el fallecido hubiera instituido herederos a terceros.
- ii) Cuando el causante hubiera nombrado a sus hijos herederos, exclusivamente, de bienes privativos, sin hacerles partícipes, ni siquiera como legatarios de parte alícuota, de sus conquistas.
- iii) Aun cuando la institución hereditaria entre los cónyuges no haya sido ordenada a libre disposición *monis causa*, sino bajo sustitución fideicomisaria, esta circunstancia en nada altera la situación, puesto que, durante la vida del fiduciario, y aun cuando éste contraiga nuevas nupcias, seguirá percibiendo íntegramente, para sí, los frutos

(461) La redacción originaria del Fuero Nuevo, anterior a la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, establecía lo siguiente: «Los hijos menores no emancipados serán representados por el tutor o, en su caso, por el defensor judicial».

«No es aventurado suponer que, en el origen de la institución, la comunidad continuada entre el padre o madre sobreviviente y los hijos se daría, en gran parte de los casos, cuando todos o parte de los hijos eran menores de edad, lo que explica el hecho natural de prórroga del consorcio, así como el problema que, a posteriori, surgiría al contraer nuevas nupcias. Pues bien, ese resabio histórico —la frecuente minoría de los hijos— pervive en la ley 105...».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 405.

(462) María Dolores Mezquita García-Granero, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 328 y 329.

(463) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 418 a 422.

de los bienes objeto de la sustitución, por lo que en caso alguno puede estimarse que tales frutos sean aportaciones de los hijos a las conquistas del segundo matrimonio.

- iv) Por el contrario, cuando el consorte instituido heredero universal deba entregar a hijos de anterior matrimonio un legado de cosa genérica, habrá que entender que el supérstite —antes de contraer matrimonio— estará obligado a practicar liquidación de la sociedad conyugal, como antecedente necesario para la entrega de dicho legado, y que el incumplimiento de tal deber llevará consigo las consecuencias previstas en la ley 106 FN en cuanto al hijo legatario. No comparto esta interpretación extensiva que hace GARCÍA GRANERO, porque los legatarios de cosa genérica no son partícipes de la sociedad conyugal disuelta.
- v) Si la institución hereditaria a favor del cónyuge viudo ha sido ordenada bajo condición resolutoria para el caso de que éste contraiga nuevas nupcias, el cumplimiento de la condición retrotrae la situación al instante en que tuvo lugar la apertura de la sucesión, a la que pudieran ser llamados —según los casos— los hijos del primer matrimonio, delación que —en el supuesto de ser aceptada— determinaría la aplicación de las leyes 105 y siguientes del Fuero Nuevo.
- vi) El bínubo que se halle autorizado a conservar el usufructo de fidelidad aunque contraiga nuevo matrimonio, no tendrá obligación de liquidar y partir con sus hijos de primeras nupcias (cfr. ley 261.1 y 264.3 FN).
- vii) Respecto del cónyuge que se halle investido, por testamento o contrato sucesorio, de facultades fiduciarias en la herencia de su consorte (cfr. leyes 281 y sigs. del Fuero Nuevo) y que conserve dicha cualidad —por pacto o disposición expresa— a pesar de la reiteración de nupcias, resulta evidente, escriben dichos autores, la improcedencia de llevar a efecto con los hijos de anterior matrimonio la liquidación de la disuelta sociedad conyugal, pues la legitimación de estos últimos para intervenir en la partición se halla supeditada a las disposiciones que el fiduciario pueda ordenar.

2. Si al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal no existieren bienes apreciables en base a los cuales se haya obtenido alguna ganancia durante el matrimonio posterior (464). La inexistencia de bienes apreciables se hará constar por el cónyuge bínubo en acta notarial o en acto de concilia-

(464) Nota a la ley 107 de la Recopilación Privada: «*No existiendo bienes, carece de fundamento la doctrina de las leyes anteriores. La inexistencia de bienes no debe entenderse de modo absoluto, sino en el sentido de bienes apreciables en base a los cuales se haya obtenido alguna ganancia durante el matrimonio anterior*».

ción, con notificación o citación de los interesados o de sus legítimos representantes: la oposición de éstos convierte la cuestión en contenciosa y deberá ser resuelta por la vía judicial (465). La STSJ de Navarra, de 23 de febrero de 1994, considera estos requisitos formales *ad solemnitatem* y no meramente *ad probationem* (es decir, su inobservancia hará nula la declaración de inexistencia de bienes apreciables hecha por el consorte o partícipe viudo); su omisión, antes de la reiteración de las nupcias, hará recaer la carga de la prueba de la existencia de bienes apreciables no sobre quien afirme tal existencia sino sobre quien la niegue (466) (cfr. STSJ de Navarra, de 24 de julio de 2000), prueba que podrá hacerse por cualquier medio en el procedimiento judicial en que se sustancie la existencia o inexistencia del derecho a participar en el tercio de las conquistas del matrimonio posterior —cfr. STSJ de Navarra, de 23 de febrero de 1994 y SAP de Navarra de 1 de octubre y de 8 de noviembre de 1999.

Subraya GARCÍA GRANERO que no se trata de una carencia absoluta de activo patrimonial consorcial sino de la inexistencia de bienes, apreciables en su cuantía y entidad, que al pasar a la nueva sociedad de conquistas, sean susceptibles de producir lucros o ganancias (467).

III.7. ALGUNOS SUPUESTOS PARTICULARES

1. *La concurrencia de hijos o descendientes de varios matrimonios anteriores*

La primera regla especial contemplada en el Fuero Nuevo, hace referencia a la liquidación de una sociedad conyugal de conquistas en la que estuvieron

(465) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 425.

(466) Observa GARCÍA GRANERO que, por tratarse de la prueba de un hecho negativo, no será exigible una certeza absoluta, sino que será suficiente la demostración de aquellas circunstancias de las que, racionalmente, se deduzca la convicción fundada acerca de la inexistencia de bienes apreciables y fructíferos, como certificaciones del Registro de la Propiedad, de las Oficinas Catastrales, certificados bancarios, declaraciones tributarias, certificaciones del libro-registro de socios, actas notariales de notoriedad...

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 425.

(467) Cita GARCÍA GRANERO la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección Segunda), de fecha 31 de julio de 1993, según la cual, «...apreciar como bienes aquellos que no son rentables —a efectos de lo dispuesto en la ley 107 del Fuero Nuevo—, resulta cuando menos discutible...».

De esta frase cabría deducir, incluso —escribe GARCÍA GRANERO—, la improcedencia de aplicar la ley 106 cuando, aun existiendo bienes de importancia, en razón de su naturaleza no fueren aptos para generar frutos o beneficios.

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 423 y 424.

interesados hijos de varios matrimonios anteriores —supuesto al que se refiere la ley 109 del Fuero Nuevo—. Se procederá entonces, por separado y sucesivamente, a la liquidación de cada una de las sociedades de conquistas. Los haberes de los hijos o descendientes de cada matrimonio se integrarán por los bienes que la ley 109 determina, estableciendo además esta norma un orden de preferencia para el cobro en el supuesto de que dichos bienes sean insuficientes para satisfacer los derechos de todos los interesados.

Los haberes de los hijos o descendientes de cada matrimonio se integrarán:

- a) Por los bienes que al tiempo de celebrarse las siguientes nupcias debieran haberles sido entregados por liquidación de la disuelta sociedad conyugal anterior, bienes sobre los que el Fuero Nuevo afirma que tendrán preferencia los hijos o descendientes del matrimonio más antiguo (ley 109, penúltimo párrafo).
- b) Y por su respectiva participación en las conquistas del siguiente o posteriores matrimonios. Concurrirán para el cobro de esta participación, sin preferencia alguna, todos los hijos o descendientes de matrimonios anteriores del cónyuge o cónyuges bínubos. En estos supuestos, la tercera parte de las conquistas se distribuirá, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 110 del Fuero Nuevo, por cabezas entre todos los hijos —aun cuando no procedan del mismo matrimonio—, con derecho de representación (es decir, por estirpes) en favor de los descendientes, matrimoniales y no matrimoniales del hijo premuerto (cfr. párrafo segundo de la ley 68 del Fuero Nuevo tras su reforma por Ley Foral 5/1987, de 1 de abril) (468). Subraya MEZQUITA GARCÍA-GRANERO que no se aplicará esta regla cuando sólo concurren los hijos del matrimonio actual cuya sociedad se liquida con los de un único matrimonio anterior de uno de los cónyuges, por la sencilla razón de que los primeros no participan en el tercio de conquistas y, por tanto, nada han de repartir éstos con aquéllos y matiza que los descendientes que representarán por estirpes al hijo de anterior matrimonio en el tercio de las conquistas del nuevo enlace —a

(468) Justifica la nota a la ley 110 de la Recopilación Privada la *ratio* de esta norma —en contra del criterio de distribución por estirpes aceptado por el Proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil de 1930, por el Proyecto de la Diputación Foral de Navarra de 1945 y también por el Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra de 1959:

«Esta Ley se refiere a la distribución de los bienes de la liquidación de la sociedad de conquistas, que debe hacerse conforme a la ley 109.

Se adopta el criterio de la distribución por cabezas y no por estirpes porque se considera más importante la limitación con que se sancionan las ulteriores nupcias que el reparto de bienes entre los hijos de anteriores matrimonios, siendo así que podría resultar injusta la distribución desigual cuando sea distinto el número de hijos de los anteriores matrimonios».

los que se refiere la ley 110 del Fuero Nuevo— son los del hijo fallecido antes de la reiteración de las nupcias (sin que quepa interpretar que el hijo o descendiente fallecido después de ese momento sólo pueda transmitir *mortis causa* su derecho a sus propios descendientes) (469). Resumen GARCÍA GRANERO y MEZQUITA GARCÍA-GRANERO los dos supuestos de hecho contemplados en la ley 110 del Fuero Nuevo (470):

- Viuda y viudo, ambos con hijos o descendientes de anterior matrimonio, y sin liquidar sus respectivas sociedades conyugales, que contraen matrimonio en régimen de comunidad: los hijos y descendientes de uno y otro participarán en el tercio de conquistas de la siguiente sociedad conyugal.
- Viuda o viudo con hijos o descendientes de varios matrimonios anteriores y sin liquidar las correspondientes comunidades de bienes en las que ha de estar interesado, como partícipe, al menos uno de los descendientes habidos en cada matrimonio. Siendo, por ejemplo, tres los matrimonios, los hijos o descendientes del primero participan en un tercio de las conquistas del segundo y en un tercio de las del tercero, pero los del segundo participan sólo en un tercio de las conquistas del tercero, mientras que los hijos del último matrimonio no tienen participación alguna.

2. *La sociedad familiar de conquistas*

La segunda y última particularidad, afecta a la sociedad familiar de conquistas regulada en el Capítulo II del Título IX del Libro I del Fuero Nuevo —comunidad de ganancias a título oneroso constituida en capitulaciones matrimoniales con donación de bienes o nombramiento de heredero por razón de matrimonio del donatario o instituido en las que se pacta la convivencia de donantes o instituyentes y donatarios o instituidos y que se rige, en lo no previsto por la ley, por la sociedad conyugal de conquistas (ley 100 del Fuero Nuevo)—. A ella también le será aplicable el régimen previsto en las leyes 105 y siguientes antes examinadas (ley 111 del Fuero Nuevo), siempre modalizado por la prevalencia de pactos o disposicio-

(469) MARÍA DOLORES MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, págs. 333 y 335.

(470) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 440 y 441.

MARÍA DOLORES MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, obra citada, pág. 333.

nes contenidas en el título de constitución de la sociedad familiar de conquistas (471).

Distingue GARCÍA GRANERO estos tres supuestos (472):

a) Segundas nupcias del instituyente o donante

Debido a la ruptura de la convivencia familiar que lleva consigo y por aplicación de las leyes 105 y siguientes, la reiteración de las nupcias constituye una causa de disolución de la sociedad familiar de conquistas. La liquidación debe practicarla el bínubo, de modo exclusivo, con el hijo que hubiere sido instituido heredero o donatario universal y con el cónyuge de éste, como miembros de la sociedad familiar; por incumplimiento de esta obligación, el tercio de las conquistas obtenidas en el nuevo matrimonio pertenecerá íntegramente al hijo instituido heredero o nombrado donatario universal.

b) Segundas nupcias del hijo instituido heredero o donatario universal

Subsistirá la sociedad familiar siempre que se mantenga la convivencia entre el bínubo y su nuevo cónyuge, de una parte, y los instituyentes o donantes de la otra. En la hipótesis de que estos últimos hubieren fallecido, la sociedad familiar de conquistas habría quedado transformada en una simple sociedad conyugal de conquistas entre el heredero o donatario universal y su cónyuge (ley 98 del Fuero Nuevo), por lo que se trataría de aplicar directamente las leyes 105 y siguientes del citado Fuero.

(471) Explica GARCÍA GRANERO la razón de la parquedad de la ley 111 de la Recopilación Privada de 1971, que luego reprodujo el Fuero Nuevo, al regular la aplicación de las normas sobre participación de los hijos de anteriores matrimonios en la sociedad familiar de conquistas: «...Al elaborar la *Recopilación Privada de 1971*, sus actores comprendieron la imposibilidad y, a la par, la inutilidad de intentar una regulación pormenorizada de esa cuestión. Y ello, por la sencilla razón de que el título constitutivo de la sociedad familiar de conquistas, esto es, el capítulo matrimonial con nombramiento de heredero o donación universal propter nuptias, con pactos de convivencia entre instituyentes (o donantes) e instituidos (o donatarios), ofrece gran variedad de previsiones contractuales que, según las circunstancias y en cada caso, ordenan diferentes aspectos de esas comunidades familiares, entre ellos los efectos o repercusiones de las segundas nupcias. Sin duda, por tales razones, la *Recopilación Privada*, en su ley 111, no pasó de una declaración general sobre aplicabilidad a las sociedades familiares de conquistas de lo que, respecto a la sociedad conyugal de conquistas, se determina en el Título X (Del régimen de bienes en segundas o posteriores nupcias) del Libro I».

JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, pág. 443.

(472) JUAN GARCÍA GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra citada, tomo XXXVI, vol. 2.º, págs. 445 a 447.

c) Segundas nupcias del cónyuge del donatario universal o heredero instituido

Se disolverá la sociedad familiar de conquistas sólo si se rompe la convivencia del bínubo con los instituyentes o donantes; pero incluso en estos supuestos, por lo general, la liquidación habrá de practicarse por el bínubo con los instituyentes o donantes, pero no con los hijos habidos en el matrimonio —salvo que alguno de éstos tuviera la calidad de miembro de la sociedad familiar de conquistas extinguida—, por lo que no serán aplicables las leyes 105 y siguientes del Fuero Nuevo.

ALFONSO RENTERÍA AROCENA
Registrador de la Propiedad
Notario