

El pasivo del régimen matrimonial legal aragonés

JOAQUIN RAMS ALBESA

Catedrático de Derecho civil

INTRODUCCION

I. El estudio de los antecedentes históricos y la preparación de los textos de la que sería Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967 sirvieron no sólo para una importantísima revitalización del Derecho civil aragonés, sino también para la renovación en no poca medida de los estudios sobre los regímenes económico-matrimoniales en toda España, en esta ocasión de la mano y por la obra (capital en este punto, como en tanto otros) de LACRUZ BERDEJO (1).

Por esta vía intelectual y por la enriquecedora anticipación a las corrientes sociales de la familia que la promulgación de dicho texto supuso respecto de las restantes regulaciones de los numerosos regímenes económico-matrimoniales operantes en nuestra patria, ha merecido ejercer una notabilísima influencia en la revisión, llevada a cabo en profundidad y las más de las veces con acierto, en su mayor parte, del régimen tradicional en el Código Civil: la sociedad de gananciales de 1981, sobre todo tras la fallida, aunque bien intencionada, reforma de 1975.

Esta saludable influencia se debe fundamentalmente, además de a lo ya apuntado, al equilibrio interno que ofrecía la comunidad legal aragonesa, así como a la claridad y concisión de expresión del mismo y, sobre todo, al apego demostrado a la realidad vivida a partir de la cual se construyen sus soluciones esenciales claramente distanciadas de las formulaciones abstractas, demasiado frecuentes en nuestros textos positivos, lo que convierte a la Compilación de 1967 en un modelo de técnica legislativa en materia de Derecho privado, en la que se respeta el gran principio

(1) J. L. LACRUZ: *El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963.

legislativo fundamental, a mi modo de ver la cuestión, de que la iniciativa debe corresponder a la sociedad con sus formas vitales de manifestación de lo que es o debería de ser Derecho.

Es, sin duda, por estos rasgos singulares por los que ha podido asimilar hoy, sin mayores traumas, con tan sólo ligeras modificaciones el advenimiento de un nuevo marco constitucional, e incluso el impacto de una interpretación literalizante de la Constitución de 1978, propia de políticos poco familiarizados, lógicamente, con el tratamiento legislativo ordinario que conviene a las libertades civiles constitucionales, de las que ha hecho siempre gala la tradición y la historia aragonesas.

Este literalismo propio de la mejor tradición *doctrinaria* no ha tenido una especial incidencia en la legislación civil aragonesa, aunque en cierto modo estuviese presente en la reforma de la Compilación de 1985, pues aunque la modificación de los artículos 48 y siguientes de la misma, así como del artículo 42, entre otros, suponen un cambio profundo en cuanto a la dirección del consorcio, la idea motriz del sistema se mantiene en toda su integridad, es mas, el reconocimiento de la existencia de una economía consorcial real sale incluso robustecida con la feliz redacción dada al artículo 48.1, en el que la expresión *economía familiar* trasciende la, tal vez corta, por indeferenciada de *comunidad*, que presidía su inmediato antecedente hoy derogado.

La adopción de esta fórmula sirve para realzar la función globalizadora que tenían y mantienen las masas privativas y la consorcial, como conjunto patrimonial que sirve de objeto al régimen legal, las primeras en tanto que generadoras de ingresos y gastos comunes, la segunda en cuanto se explicita la pertenencia a ambos cónyuges desde su adquisición (art. 45 Ca), sin tener que esperar a la adjudicación subsiguiente a la disolución del régimen.

II. La regulación de la gestión de la Comunidad y también las explicaciones funcionales de la misma se han ligado, a mi juicio, de una forma excesiva y un tanto artificiosa a la igualdad entre marido y mujer, implícita en algunos artículos de la Constitución (arts. 14 y 32 CE), ya que parece evidente que esta igualdad, vieja aspiración formal y presente desde hace tiempo en lo material para muchos matrimonios, es mucho más obra de una determinada sensibilidad social y de la intervención creciente de la mujer en actividades productivas extramuros del hogar, que fruto directo de la supernorma —como puede comprobarse en otras legislaciones en las que la más estricta igualdad constitucional entre hombre y mujer no impidió que, en su momento, se considerará plenamente constitucional que el varón fuera gestor y responsable de la comunidad conyugal, valorando de forma primaria la unidad de dirección sobre otros factores intervinientes, ni ha entorpecido que en un momento de esta acaalorada evolución se

hayan modificado por la vía de la equiparación de los cónyuges en la gestión u hoy se empiece a generalizar la gestión disjunta de marido y mujer obligando al consorcio, sin que para ello se requiera la modificación de sus respectivas Constituciones—.

La gestión en el régimen legal aragonés también ha experimentado un cambio en esta misma dirección, pues ahora viene encomendada «a ambos cónyuges conjuntamente» (art. 48.1 Ca), proyección explícita que antes tenía carácter extraordinario y por ello quedaba limitada a la enajenación voluntaria de inmuebles y establecimientos mercantiles (art. 51 Ca, hoy derogado).

La transformación operada en las normas de gestión no ha afectado excesivamente al conjunto del régimen, en primer lugar, porque las facultades de la mujer en Aragón, aun partiendo de una posición teórica de subordinación, eran mucho más amplias que las reconocidas en el Código Civil para el régimen de gananciales; en segundo lugar, porque en la reforma, como ya he hecho notar, se ha preservado e incluso se ha reforzado en cierto modo, aun dentro de la *diarquía* que se instaura, la unidad esencial del régimen, como forma de administración de una *economía familiar* globalmente considerada, y cabría pasar a una gestión disjunta absolutamente equiparada sin necesidad de excesivos ajustes en el texto.

Sólo la subsistencia o preservación de la idea rectora de una economía familiar, integralmente considerada como proyección de una vida con identidad de propósitos, podría justificar de algún modo la persistencia de regímenes económico-matrimoniales comunitarios, a la vista de las actuales tendencias hacia el igualitarismo; pues ni para los estudiosos del Derecho, ni para los juristas prácticos, ni tan siquiera para los particulares destinatarios de las normas, pueden pasar desapercibidas las dificultades teóricas y prácticas que supone esta nueva concepción, pues no puede negarse que las *diarquías* si son llevadas a sus últimas consecuencias presentan, de ordinario, más inconvenientes que ventajas.

Parece claro que la organización de una verdadera economía familiar integrada en cuanto a las decisiones importantes en materia de gestión, requiere algo más que una formulación normativa de la administración y disposición de los bienes consorciales, tiene ésta que adentrarse en el difícil terreno de la armonización de las tres masas patrimoniales presentes en todos los regímenes comunitarios, que, tratando de evitar a la vez la integración de estos distintos grupos de bienes (por su origen o por su destinación) desemboque en una comunidad universal operándose una confusión indeseable e indeseada de los mismos, mucho más cuando el régimen económico se asienta en un sistema matrimonial que admite el divorcio vincular, hecho capital en la moderna concepción del matrimonio

y para el que, en sus inicios, no fueron pensados los sistemas comunitarios, que hoy se vienen adaptando; no son dificultades a las nuevas situaciones económicas y sociales.

La referencia directa, en la norma, a la *economía familiar* no hace sino incorporar al propio texto la íntima *ratio* real del precepto. Es esta presencia de una economía compleja y familiar y su regulación la única razón que da sentido al propio régimen en el que varias fuentes generativas de ingresos o susceptibles de serlo son puestas al servicio de las necesidades colectivas, sin perder ni su cualificación jurídica ni su titularidad, pero no en la medida de la amplitud de éstas, como ocurre en los regímenes separacionistas, sino en toda su integridad, de forma tal que todo rendimiento (no sólo el beneficio neto) es común, de la misma forma que lo es todo gasto encaminado a tal fin.

Es esa *economía familiar* o, para ser más preciso, su gestión, el elemento que marca la pauta general del régimen, el que le presta los rasgos conformadores de su peculiar naturaleza jurídica; ello en mucho mayor medida que la propia dinámica intermasas, como podría parecer en una primera aproximación a la misma y que, en definitiva, no es más que su consecuencia necesaria.

Las relaciones entre las distintas masas patrimoniales, imbricadas entre sí, obedecen a un esquema normativo específico y propio como corresponde a un régimen que quiere ser respuesta a la configuración del matrimonio como *consortium totius vitae*; es decir, abarca todos los aspectos vitales de la convivencia familiar con contenido económico, los cuales deben tener y tienen reflejo en el régimen, pero no con el estándar personalista que es propio del Derecho de obligaciones, sino con la nota de globalidad propia de un régimen comunitario bien enraizado en el Derecho de familia.

De esta manera los reintegros y reembolsos entre las distintas masas patrimoniales no son, propiamente hablando, puras relaciones de deuda o crédito entre personas, sino saldos pendientes entre masas patrimoniales, por lo que su exigibilidad puede quedar pospuesta hasta el momento en que las masas dejan de serlo, por perder el denominador común de servir a la *economía familiar*. No obstante las debidas compensaciones o los consiguientes pagos pueden llevarse a cabo en plena vigencia del régimen; es por esto mismo por lo que los incrementos de valor que pueden experimentar los bienes de una masa privativa en tanto dura el consorcio no se comunican a la masa común, pues no son rendimientos al servicio de la *economía familiar*, salvo que estos incrementos traigan causa de una actividad específica encaminada a este concreto fin.

El aspecto más saliente en la contemplación global de un régimen económico-matrimonial comunitario, y de éste en particular, no viene determinado por el hecho de que sea a los dos cónyuges o a uno solo de

ellos a quien corresponda la administración y disposición de los bienes comunes, como con excesiva insistencia se viene señalando, pues la fijación de tal criterio puede obedecer en la práctica a un sinnúmero de causas que, en sí mismas consideradas, no resultan determinantes de su naturaleza, pues podría mantener tal caracterización comunitaria con una administración unipersonal, con una conjunta o con una disjunta.

Lo que sí resulta definitivo para esta concreta configuración es la subordinación de esas facultades gestoras a la existencia y presencia de una economía familiar propiamente dicha. Como ya expuse en otro trabajo (2), la actuación de uno de los cónyuges en el patrimonio privativo del otro puede deberse tanto a tener una posición contractual habilitante para ello (mandato representativo) como a la intervención, espontánea e incluso debida, mucho más corriente en la práctica de uno de ellos, a título de marido o de esposa, en defensa o en pura gestión de intereses que son propios del actuante, mas que en cierto modo relativo, en tanto en cuanto redundan en beneficio o en detrimento de la economía familiar de la que es partícipe pleno.

La economía familiar constituye una referencia real y tangible para el nivel de vida del conjunto familiar, para el crédito que individual o colectivamente merecen ante las instituciones de tal finalidad y, en definitiva, para el señalamiento efectivo del límite de la solvencia que merecen los cónyuges, individual o colectivamente considerados, frente a terceros, y no un mero recurso discursivo.

La idea de la existencia de una economía familiar, sin matices internos e indiferenciada, no ha planteado problemas en el mundo de la economía ni en el de sus directas aplicaciones. La referencia a las rentas familiares y a sus fuentes de producción ha venido siendo una constante en los trabajos y estudios sobre distribución de la riqueza, y ha sido utilizada, creo que abusivamente, incluso tras la reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el «extraordinario» sobre el patrimonio, en contradicción flagrante con la legislación civil, que debería primar sobre otro tipo de consideraciones puramente recaudatorias, y lo que es menos habitual con el propio *nomen iuris* del impuesto generando una innecesaria inseguridad jurídica.

La concreción jurídico-funcional de la idea de economía familiar, con aparente paradoja, presenta a la vez inconvenientes importantes en el plano teórico de la dogmática del Derecho civil, como en el terreno de la aplicación práctica, y ello por razones bien distintas.

En el plano teórico, porque la estructura en la que asienta la dogmática

(2) *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Zaragoza, 1988, págs. 614 y sigs.

está construida bajo un enfoque subjetivista e individualista, en el cual la concepción de una economía familiar sólo puede representar un elemento superestructural, en cierto modo una pura entelequia jurídica que se puede situar por encima o al margen de las relaciones concretas de deuda y responsabilidad, o de las de titularidad, que son los elementos que «de verdad», para algunos, interesan de esta realidad compleja que es el régimen económico-matrimonial que nos ocupa o en cualquiera otro. Es por estas razones por lo que ha interesado tanto a la doctrina tradicional el estudio de la naturaleza jurídica de la masa consorcial, en tanto que es presentada como elemento central y definitorio del régimen; mientras que, por el contrario, la función y posición de las masas privativas, en abierto contraste con el anterior análisis, fueron dejadas de lado, entendiendo que no presentaban matices dignos de estudio, y dando por sentado que su naturaleza era clara. Hoy este planteamiento, aunque no superado totalmente, como posición teórica, tiende a modificarse: no es fácil hablar de patrimonios individuales, en la acepción más relativa y menos técnica del concepto o de patrimonio colectivo —el consorcial— en el sentido que diera a los gananciales el profesor DE CASTRO (3), pues con ello la economía familiar sólo sería una descripción, una suma compleja o un balance entre masas, según la posición teórica de que partiese el intérprete. Es decir, según se valorase la economía familiar como descripción finalista del régimen, como situación mientras la comunidad subsiste, o como realidad compleja de titularidades no determinable hasta el momento de la liquidación tras la disolución de la comunidad. Para algunos la solución al problema vendría de la mano del reconocimiento de personalidad jurídica al consorcio, posición que ya tentó a la mejor y más fundada doctrina francesa (CARBONNIER y CORNU) para su régimen legal de 1965, pero esta solución que resolvería de raíz los problemas teóricos que plantea la existencia de una masa común o consorcial, dejaría intactos aquellos otros que hacen referencia y se originan en la función y situación de las masas privativas anteriormente consideradas y, además, casi todos los de índole práctico, que, a mi modo de ver y en este momento histórico de renovación del Derecho de familia, son los que más interesan.

En el aspecto práctico, porque tanto el valor acordado para el conjunto de la expresión como los términos mismos de *economía familiar* no han podido sedimentarse suficientemente ni recibir el tratamiento doctrinal adecuado para adquirir la caracterización de cualificantes del régimen. Ello es así, aunque se trata de una realidad subyacente en la dinámica funcional de todos los regímenes comunitarios (incluso de algunos que no

(3) F. DE CASTRO: *Temas de Derecho civil*, reimpresión, Madrid, 1972, págs. 65 y 66.

lo son) y del legal aragonés, en particular; pero se trata de una realidad que bajo el régimen formal del dominio del marido sobre la comunidad quedaba desvaída, desdibujada o incluso ajena al tratamiento jurídico que a la misma le ha otorgado la doctrina, excepción hecha de la atención que ya le venía prestando LACRUZ.

El aspecto que venía interesando a la mayoría era el estudio desde la perspectiva del régimen de titularidad de los bienes o desde la distorsionada visión que ofrecen, para el conjunto del régimen, la liquidación y partición del consorcio; en tanto que los términos de *economía familiar* sólo alcanzan una proyección real desde el ángulo que ofrece el estudio de la gestión del régimen, con independencia de que ésta sea individual, conjunta o disjunta, pero siempre que se considere su propagación hacia el pasivo consorcial y la responsabilidad por deudas.

Parece evidente que esta orientación puede llegar a tener claros efectos correctores de la doctrina nacida al amparo de los antecedentes legislativos del régimen, incluso a los de la propia Compilación, y que podría conducir, como en cierto modo ha ocurrido en Francia en la reforma de su Comunidad legal en 1985, a la incorporación de una gestión disjunta del consorcio todavía no prevista por el legislador, obligando ambos cónyuges con su actuación aislada el patrimonio consorcial en su integridad.

El tratamiento más racionalista de la gestión de la masa común desde el enfoque propio de la igualdad entre cónyuges no pasa necesariamente por la imposición legal de una gestión conjunta, sino presumiblemente por la disjunta coordinada y especializada por áreas de actividad, reforzando los mecanismos, hoy puramente verbales, de información y de configuración de los objetivos de la economía familiar.

En este punto, pese al avance que supone, la reforma de la comunidad legal aragonesa puede resultar insuficiente. La apelación normativa a la actuación conjunta de ambos cónyuges (por ser contraria al habitual *modus operandi* de la economía monetarista de nuestros días) no deja de ser un *dessideratum*, por ello hubiera sido preferible establecer pautas y supuestos concretos en los que el consentimiento dual es requerido formalmente para la validez y eficacia del acto o negocio de que se trate, dejando el resto a la intervención disjunta. Aunque hay que reconocer que, en la práctica vivida del régimen en este momento, la admisión de la gestión disjunta hubiera podido suponer una anticipación a las necesidades sociales sentidas y por ello contraria a una de nuestras mejores tradiciones legislativas.

La consideración de la *economía familiar* puede ser, creo que con el tiempo se convertirá para este caso, en un eficaz remedio corrector de las iniciativas individuales, tomadas aisladamente, pero no es por ello, ni lo va a ser necesariamente, una barrera que garantice la dirección consorcial

de las voluntades y de las actividades económicas de cada uno de los cónyuges, su virtualidad se encierra en su proyección de control *a posteriori* insuficientemente garantizado por un deber de información, más moral que jurídico.

III. La mayor parte de la doctrina ha puesto de manifiesto, con razón, las dificultades teóricas existentes para la admisión pura y simple de un pasivo consorcial en los regímenes comunitarios; precisamente por carecer la comunidad de personalidad jurídica. Como expone LACRUZ: «no siendo la comunidad persona jurídica no puede, ella misma, contraer deudas, pues no podría estar *representada*».

«En principio, el cónyuge que obliga a la comunidad se obliga en primer lugar a sí mismo, contrayendo una responsabilidad personal, que a la vez comprende los bienes comunes en virtud del poder que tiene para responsabilizarlos. *Obligado*, con todo, lo está sólo el cónyuge deudor, y por eso sólo contra él —eventualmente, contra ambos consortes— puede dirigirse la demanda: no frente a la sociedad. Pese a su carencia de subjetividad jurídica, tampoco sería correcto decir que los bienes de la sociedad responden por deuda ajena: el consorcio no tiene personalidad, pero representa un centro de intereses a cuya satisfacción se encaminan las deudas comunes de los consortes. A falta de deudor no hay deuda del consorcio, pero la obligación contraída por el cónyuge sujeta los bienes comunes *como si* fueran suyos, sin ninguna preferencia, ni aun posibilidad, de actuar *en nombre* del consorcio» (4).

Como puede apreciarse, en el discurso de LACRUZ, el planteamiento en su conjunto responde a dos elementos esenciales para el análisis jurídico y a una consecuencia teórico-práctica de primera magnitud.

Respecto del primer elemento esencial hay que preguntarse: *quién contrae el débito*; en tanto que para el segundo aspecto, de carácter procesal éste, es preciso dilucidar *¿en caso de incumplimiento a quién se demanda?*; y, por último, en cuanto a la consecuencia es necesario resolver: *qué bienes pueden ser objeto de embargo*, en caso de ejecución forzosa de la deuda.

El planteamiento general muestra una interrelación casi perfecta entre el *deber ser*, que es propia del pensamiento jurídico dogmático y la posición, también teórica, que los bienes ocupan en el consorcio: su naturaleza jurídica, en la que se inspiran las normas sobre el pasivo. Ahora bien, creo que cabe y debe preguntarse *si guardan, en realidad, pasivo y activo la correspondencia que desde ese plano teórico estricto deberían mantener*, o acaso y precisamente en función de la observancia de tales principios

(4) J. L. LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 422.

básicos, la pregunta que debería formularse sería: *¿se aplican distintos criterios de tratamiento al activo y al pasivo?*

Entiendo que incurriría por mi parte en el vicio de anticipación si pretendiera responder en este momento a las interrogantes abiertas, pero sí creo que puede afirmarse que las respuestas doctrinales y jurisprudenciales (dando este valor a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado a falta de Sentencias del Tribunal Supremo) que se han dado para la sociedad de gananciales y para la Comunidad legal aragonesa, no atienden suficientemente a los datos de los nuevos planteamientos sobre gestión, y que no existe, a mi juicio, en tales pronunciamientos, un pleno paralelismo, conceptual al menos, entre activo y pasivo, y hasta puede añadirse que, en cierto modo, no se han despegado en forma significativa y suficiente del planteamiento tradicional antecedente, es decir, de aquel en el que la gestión consorcial estaba encomendada tan sólo al marido.

LACRUZ pone el dedo en la llaga del problema real, referido a la sociedad de gananciales, pero enteramente transferible al consorcio legal aragonés, cuando nos dice «que si bien nuestro sistema de gananciales se basa en la comunidad de las deudas nacidas del gasto familiar; de la actividad, tráfico, profesión u oficio de cada cónyuge, y de la ordenada administración de sus bienes (correlativamente a la comunidad de los bienes ganados); sin embargo, el Código Civil, como sus precedentes, por respeto a las exigencias del tráfico, grava al patrimonio común, *frente a terceros*, con deudas que puedan no ser, en definitiva, de cargo del consorcio; mientras las obligaciones de los esposos que real y definitivamente han de recaer en la comunidad pueden ser hechas efectivas en un primer momento sobre el patrimonio personal del cónyuge que las contrajo» (5).

Las regulaciones del pasivo consorcial tienden a resolver tales cuestiones, pero sin dejar de lado los postulados excesivamente subjetivistas, a mi juicio, que aportó la dogmática bajo las anteriores regulaciones, así en el Código Civil y para la sociedad de gananciales la distinción entre gastos de cargo de la sociedad del artículo 1.362 y la responsabilidad consorcial del artículo 1.365.

En la Compilación del Derecho civil de Aragón (arts. 41 a 47) el tratamiento resulta algo menos complejo, probablemente debido a su concisión, ya que los epígrafes con que se enmarcan los artículos (que para mí tienen valor normativo o, como mínimo, son una interpretación sintética y auténtica de la declaración normativa a la que sirven de referencia) reconocen paladinamente la existencia de *deudas y responsabilidades co-*

(5) J. L. LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 422.

munes (arts. 41, 42 y 43 Ca) y, lo que es más, contraponen esta realidad a otra no menos evidente, la de la existencia de deudas privativas.

Ello ya era así en la versión del régimen aprobada en 1967, pese a la administración legal por el marido del consorcio, como ponía de manifiesto el progresista, comparativamente hablando; artículo 42 Ca (hoy derogado) (6).

El peso de una realidad socialmente sentida, a despecho de las formulaciones dogmáticas y de las declaraciones jurisprudenciales, explicitando la existencia de verdaderas deudas consorciales fue expuesta por CARBONNIER, en una obra bien temprana, su tesis doctoral defendida en Burdeos en 1932 bajo el título: *Le régime matrimonial sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*. Para él, bajo una legislación y una jurisprudencia que declaraban sin fisuras al marido *seigneur et maître de la communauté*, no cabe ninguna duda de que éste, el marido, generaba verdaderas deudas consorciales, aunque en sus actuaciones gestoras unas veces se obligaba a sí mismo y otras a la comunidad, y aunque ello careciera de verdadera relevancia para sus acreedores, sí la tenía para las relaciones internas del consorcio matrimonial, pues con ello abría la importante y siempre descuidada vía de las recompensas cuando el activo consorcial soportaba adeudos que deberían haber sido satisfechos, en teoría, con cargo a los bienes propios.

Esta conciencia diferenciada ora ha estado siempre viva en el sentir de los casados bajo régimen de comunidad, pero en Aragón trascendió el sentido de una mera vivencia para encarnarse en las normas, como ya he apuntado, mucho más hoy en el de la gestión consorcial corresponde a ambos cónyuges (conjunta o separadamente según los casos); pero como certeramente apuntara CORNU, hay una estrecha correlación entre el poder o capacidad para gestionar una u otra masa de bienes, y el de gravar cada una de ellas con deudas, ya que son los aspectos positivo y negativo de una misma realidad (7). Es decir, la capacidad para endeudar el consorcio se deriva de las facultades de gestión que, en cada caso, estén conferidas a cada cónyuge, presupuesto éste que, para el Derecho aragonés, ya anticipó LACRUZ al tratar conjuntamente la gestión y las deudas en un capítulo de su capital obra *El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón* (8).

IV. No es difícil constatar cómo las normas del activo y las del pasivo

(6) «1. El marido, en el ejercicio de sus facultades legales de administración, así como en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño de su profesión, obliga siempre, frente a tercero de buena fe, a los bienes comunes. 2. Igual responsabilidad alcanza a los bienes comunes por la gestión de la mujer que ejerza industria, comercio o profesión o legalmente administre.»

(7) G. CORNU: *Les régimes matrimoniaux*, pág. 355.

(8) Zaragoza, 1949, págs. 80 y sigs. Separata del ADA.

no guardan entre sí un exacto paralelismo, excepción hecha del aspecto externo de las mismas, ello a pesar del esfuerzo realizado en la construcción normativa *mare geometrico* del régimen.

El peso de la formulación teórica del pasivo, después de las últimas reformas, se ha venido cargando, a mi modo de ver exageradamente, sobre los gastos necesarios para la obtención de bienes y recursos netamente consorciales, por lo que los intérpretes de las normas que no siguen esta pauta encuentran, en consecuencia, una disfuncionalidad en el tratamiento sistemático del activo respecto del pasivo consorciales.

Desde otro punto de vista, el pasivo consorcial es contemplado también con exceso de concreción cuando se antepone a otros supuestos la adquisición de recursos ajenos (créditos monetarios) destinados a la explotación de bienes privativos o consorciales, pues la preocupación que emerge en este tratamiento hace referencia a los medios de ejecución que se ponen en manos del acreedor y, sólo en alguna menor medida, en los de defensa del cónyuge no deudor.

Todas estas vías de examen de la cuestión son, a mi modo de ver, insuficientes por parciales; y, en definitiva, lo son, porque no están suficientemente enraizadas en el contexto normativo del régimen en su conjunto: aquí se produce el conocido efecto de que la observación de un único punto en el horizonte favorece la desviación del rumbo correcto.

El pasivo no es necesariamente, ni en esencia, ni tan sólo la forma de atender los gastos generadores de ingresos, sino más bien el modo conjunto de hacer frente a la generalidad de las necesidades reales y legítimas de la economía familiar. Es la respuesta a la gestión y por ello es preciso no sólo técnicamente conveniente distinguir el pasivo provisionalmente consorcial del definitivo; de la misma manera que el activo es un tratamiento de la titularidad o de la pertenencia de los bienes (provisional o definitiva) a las distintas masas, sirviendo con ello de justificación a la gestión individual o conjunta según el tipo y pertenencia del bien de que se trate.

La atención del legislador no está dirigida, consecuentemente con lo anterior, a construir una fórmula de carácter contable, por partida doble, innecesaria por redundante, sino a fijar, en el caso del activo, criterios, lo más objetivos posibles, para reducir la presunción del artículo 40 Ca a aquellos bienes que no siendo posible la justificación de la privaticidad tampoco pueden tener la consideración legal de privativos *ex* artículo 38 Ca, ya que las reglas del activo no son una serie de normas encaminadas tan sólo a la fijación de «titularidades», sino de fijación y descripción de una serie bienes sobre los que corresponde ejercer una gestión conjunta o individualizada por el correspondiente titular.

En tanto que en las reglas del pasivo la señalización de deudas comunes y privativas es meramente circunstancial, en la medida en que hay que

distinguir cargas provisional o definitivamente comunes, a los efectos sobre todo de liquidación final del consorcio; Resulta esencial en esta regulación el aspecto relativo al deslinde de la responsabilidad que corresponda a cada masa frente a terceros acreedores (bien lo sean del consorcio, bien de uno solo de los cónyuges) y, eventualmente, frente al cónyuge no interviniente en la gestión concreta de que se trate.

Si en la configuración normativa del activo interesaba evitar la creación de una masa común por medios no previstos, bajo la pauta inicial de consorcialidad y favorecer la generación de un ámbito de gestión individualizada de cada uno de los cónyuges, sin perder de vista el carácter informador de la existencia de una economía familiar, en el pasivo lo que interesa es la defensa de la integridad patrimonial del cónyuge no gestor, sin que con ello se vean perjudicados o dificultados los intereses legítimos de los acreedores consorciales, e incluso de los acreedores individuales de cada uno de los cónyuges.

Se ha afirmado por algunos autores que en los artículos 41 a 47 Ca hay reglas que corresponden a la liquidación, con olvido que la liquidación del régimen resulta ser mucho más una operación de verificación de situaciones acreedoras y deudoras de cada una de las masas con relación a las restantes intervinientes que un acto preparatorio de la partición. Si esto es efectivamente así en todos los regímenes comunitarios, mucho más lo es en el régimen legal aragonés, para el cual el artículo 47.2 Ca prevé literalmente la posibilidad de liquidaciones parciales o globales, en plena vigencia del consorcio, seguidas de pago.

Hay que recalcar, como lo hace la propia norma, que los valores *deuda y responsabilidad* en el régimen legal aragonés no están disociados en su aspecto final, aunque pueden estarlo provisionalmente, en la misma medida en que se interrelacionan las masas patrimoniales en el seno de la economía familiar, pues ésta no puede prejuzgarse como sinónimo de una acertada gestión, ni es consustancial al régimen que cada masa tenga una gestión separada, sino todo lo contrario.

DEUDAS Y RESPONSABILIDAD CONSORCIALES

Cargas y **deudas comunes**

Artículo 41. Son cargas de la comunidad:

1.º Las intenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluso la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que sean menores de edad o, siendo mayores, convivan con el matrimonio.

2. ° *Los réditos e intereses normales devengados durante el matrimonio por las obligaciones de cada cónyuge.*

3. ° *Las atenciones de los bienes privativos propias de un diligente usufructuario.*

4. ° *Las alimentos legales debidos por cualquiera de los cónyuges. No obstante, los alimentos prestados a los hijos mayores de edad de uno solo de los cónyuges, habidos con persona distinta constante matrimonio y que no convivan en la casa, darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación.*

5. ° *Las deudas del marido o de la mujer, en cuanto redunden en beneficio común o hayan sido contraídas en el ejercicio de una actividad útil a la comunidad.*

I. ESTRUCTURA DEL PRECEPTO CON RELACIÓN A LA GESTIÓN

La estructura global del artículo 41 Ca (sobre todo antes de la reforma de 1985, pero incluso para el texto actual) responde a la idea de fijación del área propia de la *responsabilidad definitiva* y cabría la posibilidad de hablar incluso de *responsabilidad directa* de la misma masa consorcial, en claro contrapunto con la *responsabilidad provisional* pergeñada en el artículo siguiente, en incluso de la *indirecta* a la que se dedica, tan sólo en parte, el artículo 46 Ca.

Esta tripartición de la regulación de las distintas posiciones de responsabilidad patrimonial es, a su vez, consecuencia de la peculiar naturaleza jurídica del consorcio, de una parte; en tanto que de otra, responde a las distintas posibilidades de actuación que para cada uno de los cónyuges conjunta o separadamente se ofrecen en las reglas de gestión de la comunidad y de los bienes privativos, todo ello en el marco de una economía familiar de estructura compleja.

El mantenimiento en los aspectos básicos del modelo estructural del artículo 41 anterior a la reforma, a pesar de la importancia fácilmente perceptible de la adaptación-reforma de la Compilación respecto de los preceptos constitucionales en materia de *igualdad* (filiación y sexo), ha sido posible gracias a dos factores, formal uno y material otro.

Respecto del primero, porque la modernidad del texto ofrecido por el Seminario de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés (1957), como antecedente inmediato del que luego sería artículo 41 Ca, se anticipó de tal manera a su tiempo (incluso a los trabajos de reforma del Derecho de familia en el *Code civil* que saldrían a la luz en 1965) que puede absorber en su estructura y texto normativo las más audaces reformas en materia de equiparación de los cónyuges en el gobierno y dirección

de su economía matrimonial (9), amén de que su elasticidad conceptual permite al intérprete efectuar una valoración de los supuestos caso a caso, sin someterse a una catalogación que tan sólo puede ser enunciativa y sin encorsetamientos derivados de la protección de los legítimos intereses de acreedores terceros al consorcio que ya tienen garantizados sus créditos por el texto, sumamente favorable para ellos (como es lógico y conforme a los criterios de aplicación del Derecho conforme al *standard* fundamental de la buena fe), del artículo 42 Ca, del que nos ocuparemos más adelante.

Por cuanto hace al segundo de los factores, constituye un tradicional y justificado tópico de la doctrina patria el considerar que las mujeres aragonesas han gozado de un *status* jurídico matrimonial muy superior al de sus contemporáneas en todas las épocas, desde la Edad Media a nuestros días, pues siempre se ha requerido su consentimiento para la enajenación de sitios consorciales, y su presencia activa en la gestión interna de la economía familiar; hasta el punto de ser la cabeza directriz no sólo de la potestad doméstica, sino alcanzando también la propia jefatura de la casa en ausencia del marido o en estado de viudez (comunidad continuada), pues, como manifiesta LACRUZ (10), los cónyuges deben tomar en común las decisiones más importantes relativas a sus propias personas y al patrimonio.

El precepto, como ya quedó apuntado en el párrafo inicial de este apartado, parte de la existencia de unos gastos denominados, con sumo acierto por parte del epígrafe del texto legal, *cargas y deudas comunes*, que tienen, bien sea por función, bien sea por resultado, un neto carácter consorcial y que, en su consecuencia, son de responsabilidad definitiva del consorcio, es decir, que en la liquidación definitiva del régimen deben ser contabilizadas de cargo del consorcio y en la cuenta pasiva del mismo.

Empero, es preciso advertir que en él tan sólo se toman en consideración aquellos gastos cuya consorcialidad podría ser discutida (bien sea por los terceros, bien por los propios cónyuges), por lo que no figuran en él aquellos gastos que son de indiscutida naturaleza consorcial: adquisición, conservación y reparación de los bienes comunes; ejercicio de los derechos derivados de la tenencia de tales bienes. Sencillamente el legislador, con entero acierto, lo juzgó completamente innecesario, por obvio.

En otros muchos regímenes económico-matrimoniales de signo comunitario no se ha alcanzado un grado de acierto suficiente, a mi modo de ver, en la clarificación funcional contenida en los términos *cargas, respon-*

(9) A juicio de quien suscribe resultaría de gran utilidad la publicación íntegra de los informes del seminario.

(10) «El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón», ADA, 1946, pág. 93.

sabilidad y garantías patrimoniales en favor de los terceros acreedores sobre los bienes consorciales.

Ello es debido precisamente a que estos conceptos, esenciales para todo régimen comunitario, no han sido suficientemente deslindados entre sí en la redacción de las normas y a la identidad material de los distintos fenómenos (supuestos de hecho de la norma) sobre los que recaen tales conceptos; de ahí, por ejemplo, las diferentes posiciones teóricas que se dan en la doctrina en torno a los artículos 1.362 y 1.365 del Código civil para el pasivo de la sociedad de gananciales.

La idea de deuda común o consorcial, aunque acarrea tras de sí las dificultades formales derivadas de la introducción del principio de cogestión en el régimen legal, así como los debidos a la falta de autonomía frente a terceros de la propia masa consorcial, no modifica en esencia ni la caracterización externa ni varía la posición interna de las masas en el conjunto del consorcio.

La cogestión de la comunidad tan sólo abre el camino a que los cónyuges puedan endeudar o, más exactamente, puedan efectuar por sí o conjuntamente, según los casos, gastos de naturaleza consorcial, frente a la tradición secular de que sólo el marido obligaba al consorcio, pues la mujer en el ejercicio de la potestad doméstica actuaba a modo de delegada *ex lege* del marido. Parece preferible esta figura a la poco acertada, a mi juicio, por excesivamente compleja del mandato tácito, como se pone de manifiesto si se parte de un riguroso análisis de la irresponsabilidad de su masa privativa por tales gastos.

Las cargas contempladas en el artículo 41 Ca se reputan legalmente consorciales no en razón del sujeto que compromete al consorcio, sino que lo son por su naturaleza intrínsecamente familiar (apartados 1.º y 4.º) o, en su caso, lo serán por su finalidad: la de proveer de ingresos a la masa consorcial a través de las actividades profesionales privadas o de la explotación de los bienes privativos de cada uno de ellos (apartados 2.º, 3.º y 5.º).

La buena técnica legislativa, que presidió la redacción de la Compilación, a la que me he referido antes, llevó a sus autores a prescindir de la obviedad técnica de definir como cargas o deudas comunes las derivadas de la explotación de los bienes consorciales, pues, en el aspecto práctico, todas las posibilidades dudosas referidas a la actuación de uno solo de los cónyuges sin expresión de que su acción se dirige a la gestión de los bienes consorciales que le corresponda o tiene encomendada, que puedan ofrecerse están suficientemente tratadas con los criterios previstos en los apartados 2.º y 5.º de este artículo; pues aunque es evidente que el consorcio puede resultar deudor como consecuencia de una determinada relación jurídica que le afecta patrimonialmente, no lo es menos que no tiene en sí

mismo considerado capacidad para endeudarse, tiene que ser obligado por sus titulares, actuando conjunta o separadamente en el ámbito previsto por la norma.

Estas deudas, pese al calificativo de *comunes* no tienen por qué satisfacerse con efectivo o con bienes consorciales, bien porque no convenga en el momento preciso de su abono al conjunto de la economía familiar, bien porque sencillamente no se tengan en ese momento recursos de tal naturaleza, por lo que se abonarán o tendrán que satisfacerse, respectivamente, con recursos privativos, sin que por ello dejen de ser cargas consorciales o comunes.

Es esta situación la que conduce al establecimiento del concepto de *responsabilidad definitiva* (mucho más operativo que el vago por inconcreto de consorcialidad o ganancialidad pasiva), y que por ello no tiene relevancia para los acreedores terceros respecto de la comunidad. Su operatividad propia se concreta en el omnipresente sentido de equilibrio que deben guardar las distintas masas patrimoniales intervinientes en la economía familiar, de forma tal que estos gastos se tienen que asentar, bien en el momento de una de las liquidaciones parciales voluntarias, bien en el momento de la liquidación definitiva del régimen, en la cuenta pasiva de la comunidad como reintegro debido a la masa o masas privativas que soportaron el desembolso, pues es a la comunidad a la que corresponde hacerse cargo definitivo de las deudas y cargas comunes.

Desde esta perspectiva, la *responsabilidad definitiva* es un elemento esencial (si bien interno o sin relevancia externa) de la estructura de la comunidad legal en tanto que está integrada por masas patrimoniales separadas de distinta titularidad formal y concebidas con fines y propósitos diferentes, al tener la finalidad de impedir, en último término, que la comunidad legal se transforme por confusión de ingresos y gastos en una comunidad universal, desplazando paulatinamente la masa consorcial a las privativas o lo que sería más injusto a una sola de ellas.

La proyección preponderantemente interna de la *responsabilidad definitiva* y el carácter pactista de este régimen legal justifican que el legislador emplee en la redacción de este artículo términos de alcance más orientador que definidor de las deudas que se hacen comunes. La norma señala los ámbitos y las finalidades que o bien se deben atender directamente por el consorcio, o bien deben figurar como cargos contables del mismo, pero no los predetermina en su *quantum*.

Esta operación de cuantificación, por responder tanto a la formación del activo consorcial como a la especial estructura de la gestión de la economía familiar, es decir, del conjunto de todas las incumbencias económicas privativas y consorciales, queda a la libre voluntad concorde de los cónyuges en el ejercicio y toma de decisiones conjuntas sobre la economía

familiar (art. 48.1 Ca) o en caso de desacuerdo a la decisión de la Junta de Parientes o a la del Juez de Primera Instancia del domicilio familiar (art. 49.1 Ca).

En este plano de toma de decisiones donde debe dilucidarse desde la amplitud de la familia, hasta el grado en que son normales o anormales los intereses debidos, o el porcentaje en que una inversión de capital sobre bienes privativos debe gravitar sobre la masa consorcial que ha hecho suyos los mejores rendimientos de éste. Cuestiones éstas que por su peculiar y heterogénea dinámica y subjetiva apreciación, no resulta conveniente encasillar normativamente en términos absolutos (11), y para los que resulta sumamente adecuada la elasticidad orientativa que ofrece el artículo 41 Ca que ahora comentamos.

II. ANÁLISIS DE LOS APARTADOS 1.º Y 4.º: DE LAS CARGAS FAMILIARES Y PERSONALES DE CADA CÓNYUGE Y DE LOS ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

A) *Las atenciones familiares en la perspectiva de la reforma*

El artículo 41 dedica a las atenciones familiares dos apartados: el 1.º y el 4.º, de alcance, fundamentación, orientación y origen diversos, pero que en aras a la unidad temática y finalista los estudio en un único epígrafe, aunque no de forma conjunta, pues es preciso señalar y conveniente advertir, e incluso subrayar las diferencias y matices que caracterizan a cada uno de ellos.

Es más, las diferencias que en su momento hicieron notar los proyectistas de la Compilación, entre ellos singularmente LACRUZ y ALBALATE, se han visto incrementadas en la reforma de 1985; siendo precisamente esta diferenciación en el tratamiento, introducida por la reforma respecto de los criterios básicos en los que se asentó la primera redacción de la norma, la que aconseja este tratamiento simultáneo.

Es patente que la referencia específica en la versión hoy derogada del artículo 41.1.º Ca «... la crianza y educación de los hijos... legítimos de uno solo de los cónyuges» debía ser objeto de la necesaria modificación, pues resultaba a todas luces inconstitucional, por resaltar una clara diferencia discriminatoria respecto de los hijos denominados hoy extramatrimoniales contraria al espíritu y la letra del artículo 14 de la Constitución. Para esta necesaria armonización constitucional del precepto hubiera bastado con

(11) Este es uno de los inconvenientes no superados por la reforma del régimen de la sociedad de gananciales en su artículo 1.362 CC.

suprimir del mismo el inciso final, es decir, hubiera sido suficiente con prescindir de la explicitación «... la de los legítimos de uno solo de aquéllos» para que el artículo 41.1.º Ca cumpliera con las exigencias constitucionales de igualdad y no discriminación de los hijos por razón de nacimiento o, en su caso, como lo hizo la Comisión encargada del Anteproyecto de modificación al reproducir la orientación que en esta misma materia se había seguido con el artículo 1.362, 1.ª, inciso segundo, del Código civil.

La primera de estas soluciones, por su sencillez, hubiera resultado mucho más correcta en la línea de técnica legislativa empleada en la redacción de la Compilación, que la ahora adoptada por las Cortes de Aragón en la reforma. De parecida manera esta fórmula hubiera resultado en el plano *ético* (obsesión verbal de algunos legisladores) mucho más pertinente, y por ello mismo ajustada al principio constitucional invocado para emprender la reforma. Por último, en el plano puramente jurídico, el resultado hubiera sido más congruente con el conjunto de las disposiciones del régimen económico legal, y de éste respecto de los convencionales. Esto último también se hubiera alcanzado siguiendo el camino elegido por la Comisión General de Codificación para el régimen de gananciales.

La actual redacción, por cuanto se refiere al aspecto técnico-legislativo, al que he hecho referencia, tiene el inconveniente de poner de manifiesto la presencia de una clara incongruencia entre este apartado 1.º y el 4.º del mismo artículo a la vista de los supuestos de hecho contemplados.

Por el apartado 1.º son de cargo de la masa común las atenciones que reciban los hijos menores de edad de cada uno de los cónyuges, con independencia del dato de la convivencia con éstos, según se desprende de las manifestaciones de los enmendantes y de algunos de los comentaristas del texto definitivamente aprobado, y las que reciban los hijos mayores matrimoniales o extramatrimoniales, en este caso, dependiendo del dato objetivo de la convivencia.

Hay que reconocer abiertamente, al respecto y en este punto, que es mucho más perfecta la solución adoptada en el artículo 1.362.1.º, inciso segundo, del Código civil para idéntica materia (12), a la que ya he hecho referencia.

Los defectos técnico-jurídicos, por último, de la decisión adoptada son tan graves, a mi juicio, que llegan a incurrir en la misma inconstitucionalidad, pero a la inversa, que se trató de salvar con la reforma. Me explico:

(12) «La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos **derivados** de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación.»

si partimos del dato esencial para el Derecho aragonés (13) de que el régimen legal tan sólo es supletorio en primer grado en defecto de capítulos y que éste puede modificarse después de iniciado en cualquier momento, veremos con facilidad que la inclusión como carga familiar ordinaria de las atenciones para con los hijos (matrimoniales o extramatrimoniales) de uno solo de los cónyuges genera (o puede generar) una nueva desigualdad de trato de los hijos, esta vez no debida directamente a la filiación, sino a algo tan accidental para ellos, como es el régimen económico matrimonial de uno o de cada uno de sus progenitores; lo que no deja de ser un flagrante absurdo. Mucho más lo es que el cónyuge no progenitor tenga que proveer involuntaria y forzadamente a su sustento y demás gastos alimentarios por un puro mecanismo legal, respondiendo de ello incluso con sus bienes *privativos*; como se pone de manifiesto en el artículo 43.1 Ca, pensado para otra redacción mucho menos maximalista del precepto que nos ocupa.

A mi juicio, la norma, en este punto, peca de un defecto insalvable, cual es el de la irracionalidad, pues la defensa de los derechos del menor puede garantizarse, como ya hemos visto, por vías mucho menos traumáticas y sin menoscabar los derechos de cónyuge no progenitor.

En tanto que por lo previsto en el apartado 4.º son de responsabilidad definitiva del consorcio, aunque con derecho a un eventual reintegro, los alimentos legales debidos por uno de los cónyuges para con los ascendientes o hermanos de uno de ellos también con abstracción del dato de la convivencia, en tanto que para que tal efecto se produzca para con los hijos mayores de edad de uno solo de ellos sí se requiere el dato de la convivencia, de no existir ésta ha lugar también al correspondiente reintegro.

No es necesario un gran esfuerzo de exégesis para comprender que se ha incurrido en un exceso de verbalismo ético; es decir, se ha caído en un planteamiento claramente demagógico propio de alguien poco o nada versado en materia jurídica, pues curiosamente si sólo se hubiera procedido al retoque del apartado 1.º en el sentido apuntado y se hubiera mantenido el texto anterior para el apartado 4.º de este artículo 41, sé hubiera conseguido el mismo efecto deseado por los enmendantes, ya que los alimentos legales debidos por uno de los cónyuges, sin necesidad alguna de matización, eran de responsabilidad definitiva del consorcio.

La solución coherente con el planteamiento *ético* hubiera debido hacerse depender, en todo caso, de la presencia del dato objetivo de la convivencia, pues a este dato fáctico se le puede (y debe) aparejar la

(13) Hoy extensivo a la totalidad de los ordenamientos españoles.

presunción *iuris tantum* respecto de que el cónyuge no progenitor presta su consentimiento en hacer también suyos los gastos que de tal convivencia se derivan, pues es más que dudoso que haya lugar a reintegro en materia de cargas familiares, yo creo claramente que no; además, ello sería plenamente congruente con la autonomía de la voluntad conjunta de los cónyuges tal y como se predica para la toma de decisiones, en el régimen legal, sobre la economía familiar, en vez de haber adoptado una solución legal al problema que es a todas luces arbitraria, si ésta realmente coincide con lo manifestado por los enmendantes, en cuanto que parece imponer una solución que cercena la libertad de uno de los cónyuges, y es contraria a los planteamientos de efectiva igualdad entre los cónyuges, esencial en la reforma.

Además, es conveniente tener en cuenta que si socialmente sigue pensando en los hijos la condición de extramatrimonialidad (pese a las previsiones legales, constitucionales o debidas a convenios internacionales suscritos por España), esta situación de por sí penosa no se puede agravar indirectamente convirtiéndola en el núcleo de un absurdo problema económico matrimonial, que en la mayor parte de los casos influirá en la inestabilidad familiar del propio menor al que la ley equivocadamente trata de proteger.

Los deberes del cónyuge progenitor, en su aspecto meramente económico, se tienen que propagar, se quiera o no, a la economía del consorcio, bien sea por la vía de los menores ingresos para éste, bien por la de mayores gastos —según se dé el dato o no de la convivencia—. Pero esto no se puede ni debe transformar hasta el extremo de hacer responder directamente al activo consorcial, sin posibilidad de reintegro o, lo que es peor, responsabilizar el propio activo del cónyuge no progenitor por la mitad de los gastos en defecto de bienes consorciales, aun en el caso de no tener la menor oportunidad de participar en la cuantificación de tales gastos, por corresponder personalísimamente su fijación, en el caso de no convivencia, a los progenitores del menor.

Las frágiles razones de los defensores de la enmienda ponen de manifiesto, una vez más, aquello de que es más fácil predicar que dar trigo, pero lo más importante y triste es que las Cortes de Aragón manifiesten tan poco conocimiento de los fundamentos esenciales de nuestro Derecho y olviden que la *Casa* sigue siendo, aun hoy, el núcleo primigenio de nuestro ordenamiento peculiar y el fundamento de las más arraigadas especialidades jurídico-privadas del Derecho de Aragón.

La triste historia del texto reformado es que, además, no dice, en absoluto, aquello que los enmendantes se proponían, su deficientísima redacción, recordémosla: «..., incluso la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que sean menores de edad o, siendo mayores, convivan

con el matrimonio», impide que el dato de la convivencia en el hogar del matrimonio resulte irrelevante para que la atenciones a los menores sean de cargo definitivo del consorcio y desencadene el efecto secundario, pero importantísimo, de la responsabilidad personal de ambos, previsto en el artículo 43.1 Ca. Para que dicho efecto se produjese el precepto debió decir: «..., incluso la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que sean menores de edad o que siendo mayores convivan con el matrimonio»; y eso no es lo que efectivamente dice el precepto.

Bien es verdad que en su redacción actual el precepto puede querer significar cualquier cosa, como suele ocurrir cuando se redacta así de rematadamente mal, pero no es menos cierto que, con el sistema de integración de nuestro Derecho previsto en el artículo 1.º Ca, por tradición o costumbre, aplicación de los principios generales y sentido de la justicia general o del caso, el dato de la *convivencia* no es fútil, sino determinante para la consideración de estas deudas como carga consorcial y para el nacimiento de la responsabilidad personal solidaria de ambos cónyuges.

B) Cargas familiares y expensas personales

La finalidad explícita y tradicional del artículo 41.1.º Ca —al margen de los aspectos que he examinado en el apartado anterior y que en la práctica no serán demasiado frecuentes, pero cuya incidencia será gradualmente creciente, por lo que resulta aconsejable proceder a su revisión en un próximo futuro— es la de proveer de reglas para el levantamiento de las cargas del matrimonio.

La visión histórica de las cargas del matrimonio nos ofrece dos perspectivas: una, superada parcialmente por el nuevo enfoque de la economía familiar, la de qué masa patrimonial debe soportar tales gastos; y otra, también plenamente vigente y concorde con la tradición histórica, referente a qué gastos concretos constituyen *cargas consorciales*.

Antes de abordar por separado ambas perspectivas es conveniente explicitar que en nuestro Derecho el tradicional concepto de la *Casa* (al que hacía referencia al final del anterior epígrafe) está también presente en el régimen legal, aunque no en el mismo grado o en la misma intensidad al que se hace notar en alguna de las *instituciones familiares consuetudinarias* a que hace referencia el artículo 33 Ca (14) y que esa presencia presupone que la Compilación no toma partido, a la hora de contemplar la *familia*, por uno de los distintos modelos que ésta puede presentar, a

(14) Véase el comentario a este artículo en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, págs. 805 y sigs., del que es autor el Notario JOAQUÍN SAPENA.

diferencia de lo que acontece con las últimas reformas del Código civil. En el régimen legal de Aragón el término *familia* no tiene por qué coincidir con el modelo nuclear (padres e hijos menores o mayores convivientes), aunque en las nuevas formas de vida y dado el alto grado de urbanización del viejo Reino resulte ser este modelo el dominante. En la *familia* deben entenderse comprendidas, en consecuencia, **todas** aquellas personas que, bajo la nota genérica y amplia de la convivencia, dependen para su subsistencia y para su desarrollo humano de la economía familiar dirigida por los cónyuges titulares del consorcio.

Es indiferente al respecto que todos ellos guarden entre sí relación de consanguinidad o de afinidad e incluso que no formen parte de la familia en sentido parental estricto; el dato relevante es que formen parte de la *Casa*, o desde otro punto de vista y en abierto contraste con lo anterior, hay que tener presente que no forman parte de la misma quienes a pesar del dato fáctico de la convivencia en un mismo inmueble o de la existencia de lazos de parentesco próximos «mantengan y deban mantener la independencia en su vida y en sus negocios» en frase afortunada de ALBALATE (15), porque lo relevante para que exista *Casa* o se pueda aplicar directamente el artículo 41.1.º, primer inciso, es necesario depender o formar parte de la unidad de la economía familiar dirigida por los cónyuges.

Parece claro que no tiene excesivo sentido proceder a una enumeración pormenorizada de cada una de las clases y tipos de gastos que deben entenderse comprendidos en la referencia legal de «*las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge*». Al respecto se ha venido admitiendo pacíficamente que deben entrar todos aquellos gastos que se originan en el ámbito de una familia: manutención, alojamiento, vestido, transporte, comunicación, instrucción, cultura, liberalidades de uso, enfermedad, previsión, defensa jurídica de los intereses consorciales y personales y un amplísimo etcétera, precisamente porque la razón de ser de todo régimen económico-matrimonial, cualquiera que sea la naturaleza del mismo, es la de establecer una serie de reglas más o menos precisas tendentes a resolver económica y jurídicamente los problemas derivados del levantamiento de las cargas familiares, **requiriéndose** un mayor grado de concreción normativa cuanto menor sea el grado de comunidad que proporcione la naturaleza específica del régimen de que se trate.

Como aclara LACRUZ (16), el concepto de *carga del matrimonio* o el de *atención legítima de la familia* es más amplio que el de *deuda doméstica*, pues comprende a éstas —las conectadas con el tradicional concepto de

(15) ALBALATE: *Op. et loc. cit.*, pág. 273.

(16) LACRUZ-SANCHO: *Derecho de familia, Elementos...*, IV, pág. 114.

«potestad doméstica» de carácter históricamente restringido por predicarse del cónyuge (la mujer) al que no se le reconocía capacidad ordinaria de obligar al consorcio fuera de esta concreta esfera y era, a su vez, no responsable pasivo respecto de sus privativos por estos gastos—, a los gastos personales de cada cónyuge que tengan enlace directo con la idea de *sostenimiento de la familia* y aquellos otros con los que se atienden a las necesidades vitales de quienes integran el hogar.

El epíteto *legítimas*, que califica y concreta *las atenciones*, destaca con fuerza propia en la letra del precepto y ha sufrido distintos avatares en el período compilador; con él se hacía referencia tanto a las cargas familiares como a los gastos particulares de cada cónyuge. Tiene un sabor sumamente tradicional, ya que procede de la expresión *leyalment* que vimos en el Fuero de Jaca ya citado, por ello se ha mantenido en la mayor parte de los textos y para el que serviría de perfecto punto de referencia en texto del artículo 27, inciso primero, del Proyecto de GIL BERGÉS en cuanto afirma: «El marido está obligado a subvenir con los productos de los bienes del matrimonio a todas las atenciones *legítimas* de la sociedad, a las particulares de cada uno de los consortes y a las que sean consecuencia natural de la paternidad y la jefatura de la familia».

A mi personal juicio, la expresión *legítimas* tiene en el texto dos funciones enraizadas en la tradición del precepto que nos ocupa: una, importantísima en tiempos pasados y hoy irrelevante, relativa a la legitimación de la mujer casada para obligar a la comunidad dentro del ámbito específico de este precepto (ejercicio de la potestad doméstica y derecho a *litis expensas* incluso frente al marido o frente a la masa consorcial); y otra, tendente a la fijación de un límite estricto de finalidad familiar o decididamente personal para los gastos efectuados, que deben tener este carácter sin que de ellos deba redundar un beneficio material para la economía familiar, es decir, el carácter netamente consuntivo de tales gastos da pie a la norma para limitarlos a una esfera material estricta, de ahí la antigua presunción en favor del marido, que ya entonces había que entenderla extensiva a la mujer dentro del ámbito que era propio de la potestad doméstica, acerca de que tales gastos eran efectuados en *utilidad y beneficio del consorcio*.

Lo relevante de esta norma es que tales cargas forman parte del pasivo común definitivo, es decir, que deben atenderse con bienes consorciales, cualquiera que sea el cónyuge que se obligue y la masa patrimonial que inicialmente las haya atendido o soportado, como veremos más adelante al analizar y comentar el artículo 43.1.º Ca, pues estamos en presencia de una regla de contribución concebida en la dinámica propia de un régimen comunitario. Es decir, en el normal movimiento patrimonial entre masas, estos gastos son del pasivo definitivo consorcial: si los atendió la masa

común aunque haya favorecido a uno solo de los cónyuges no ha lugar a reintegro, si se cargó el gasto a una de las masas privativas, ésta ha de ser recompensada.

Los gastos de destinación familiar no suelen plantear más problema que los del *quantum* de los mismos y que se examinará a continuación; ahora bien, no ocurre lo mismo con los que tienen por objeto cubrir las necesidades particulares (atenciones legítimas) de cada cónyuge.

Es patente que en este régimen cada cónyuge está legitimado frente a terceros para realizar actos de «administración y disposición incluidos en el tráfico habitual de su profesión, arte u oficio» (art. 48.1.º, inciso segundo, Ca); además, constituyen ventajas los bienes de uso personal y los instrumentos profesionales, con la única limitación de tener «un valor no desproporcionado al patrimonio consorcial» (art. 57.1 Ca).

Ahora bien, ¿quiere ello decir que uno solo de los cónyuges está legitimado ante el otro, o lo que es lo mismo, ante el consorcio, para hacer estas adquisiciones o gastos con el carácter de *cargas de la comunidad*?

A mi modo de ver y entender el funcionamiento de la comunidad legal sólo cabe la respuesta afirmativa, si bien con el matiz siempre difícil de determinar del *quantum*.

Este esquema normativo, mucho menos casuístico que el fijado en el Código civil para la sociedad de gananciales, debería permitir el tratamiento de la adquisición de instrumentos profesionales en los apartados 2.º y 5.º de este mismo artículo (intereses y bienes de capital), pero no es ocioso adelantar aquí que, dentro del límite del *quantum* «proporcionado al patrimonio consorcial», la legitimación corresponde, esta vez ante el otro cónyuge, al que de ellos tenga la necesidad de efectuar tales gastos, y que éstos tienen no sólo el carácter de carga común, sino que deben ser atendidos conforme a la regla del artículo 43.1 Ca.

Mención expresa merecen las *litis expensas* (17). Este tipo de carga acordada tradicionalmente en favor de la mujer, y que hay que entenderla hoy en favor de ambos cónyuges. Como expone LACRUZ, para el régimen de gananciales esta carga tenía «un doble fundamento. De una parte, la genérica obligación de la comunidad de subvenir a las necesidades personales de sus miembros: si los ingresos procedentes del trabajo o de los bienes de éstos van a parar a la masa común, justo es que tal masa subvenga a los pleitos relativos a dichos bienes y sobre todo personas. De otra, la consideración de que si el marido, administrador de la sociedad conyugal, puede tomar de la masa ganancial los fondos precisos para sus

(17) Sobre el origen de éstas y tratamiento, puede verse ROYO MARTÍNEZ: *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, págs. 207 y sigs., y LACRUZ-SANCHO: *Elementos...*, IV, págs. 304 y sigs.

litigios, es equitativo que deba suministrarlos igualmente a la esposa para los suyos» (18); argumento deducido de la STS de 16 de agosto de 1886 sobre un supuesto precisamente de Derecho aragonés y trasladable al actual sin que requiera más modificación que la derivada de la igualdad de los cónyuges en la gestión del consorcio y su consecuencia en materia de responsabilidad patrimonial.

Su materialización alcanza a todos los procesos civiles, criminales, canónicos e incluso constitucionales en que uno de los cónyuges sea actor o demandado y a todos los gastos relativos al proceso o que guarden íntima conexión con él (Sentencia 5 marzo 1970).

La tradición científica y jurisprudencial liga las *litis expensas* de forma, a mi modo de ver, artificiosa con el beneficio legal de pobreza, ya que para la concesión de este derecho se parte de la consideración de la economía familiar globalmente considerada, lo que a mi juicio no es concorde con el espíritu del artículo 24.1 de la Constitución; entiendo que, para el Derecho aragonés y dentro del régimen matrimonial legal, estos gastos deben entenderse plenamente comprendidos dentro de las atenciones particulares de cada cónyuge, sin más limitaciones que las de proporcionalidad en la defensa del derecho de que se trate, las que se derivan del término «legítimas» que ya he examinado, y las de la propia finalidad del proceso, ya que si los derechos que jurisdiccionalmente se intentan proteger no tienen un carácter familiar ni afectan a áreas puramente personales habrá que estar, en caso de desacuerdo, a la demostración de la «utilidad común» a la que hace referencia el artículo 43.2 Ca para que o bien sea un gasto de cargo consorcial o de responsabilidad solidaria de los cónyuges.

El límite del *quantum* en las *litis expensas* no obedece a ningún mecanismo interno del consorcio, sino que debe ser fijado por los órganos jurisdiccionales que reconozcan tal derecho. No sería hoy de aplicación a esta cuantificación las soluciones jurisprudenciales de no haber lugar a las *litis expensas* cuando la mujer sea rica (Sentencias 4 abril 1900, 21 enero 1898, etc.) o cuando litigue en defensa de intereses propios o de hijos que no lo son a su vez del otro cónyuge (Sentencia 27 marzo 1914, a la que se adhirió una parte importante de la doctrina).

Los gastos de última enfermedad y enterramiento de uno de los cónyuges, a los que los textos históricos dedican bastante espacio, no ofrecen hoy ningún problema digno de mención no sólo porque la solución tradicional les otorgó el carácter de cargas consorciales, lo que en un planteamiento teórico puro es cierto para los primeros, pero no así para los segundos: ya que la muerte extingue el consorcio, solución ésta más propia de las ciencias exactas que del Derecho, sino también porque tales extre-

(18) LACRUZ: *Op. et loc. cit.*, nota anterior.

mos se resuelven adecuadamente por una aplicación normalmente extensiva de los derechos-deberes del cónyuge viudo sobre el patrimonio consorcial derivados del ejercicio de la jefatura familiar que se recogen en el artículo 53 Ca.

El problema del *quantum* está en relación directa con la legitimación de cada uno de los cónyuges para obligar aisladamente al consorcio o, en defecto de éste, a los privativos del otro por la mitad de la deuda en una relación de solidaridad frente a terceros, frente a la regla hipotética del consentimiento dual.

La fórmula tradicional de que las expensas deben hacerse *al haber y poder de la casa* tiene, en el contexto actual frente a su plenitud de sentido en el Derecho histórico tradicional, el peligro de ser equívoca, de igual manera que la apelación al *uso del lugar* (19).

El equívoco se debe a que esta cuantificación por modelos de conducta, en cuanto apropiados a una buena administración, se intenta trasladar al tratamiento del pasivo como límite objetivo (20). La cuantificación tradicional de rigurosa utilidad (mantenida por el texto de la Compilación en materia de *ventajas* y que puede mantenerse para el artículo 41.1.º que nos ocupa) se comporta con valor paradigmático cuando se toma como límite subjetivo, es decir, como regla de legitimación para la gestión conjunta de los cónyuges con facultad de obligar tanto respecto de terceros (art. 42 Ca) como respecto del consorcio y de los propios de los cónyuges (art. 43.1.º Ca).

Las cargas familiares y las expensas personales, para ser deudas comunes, que es la dimensión que ahora nos interesa, no están sujetas a una predeterminada cuantificación: *son tales o no lo son en función de la finalidad, sin límite cuantitativo alguno*.

Lo que a través del *quantum* se dilucida es rigurosamente un problema de legitimación subjetiva, como vengo diciendo, es una de las respuestas a la pregunta ¿quién puede obligar al consorcio en materia de cargas familiares?

Cualquiera de los cónyuges obliga al consorcio cuando atiende a las necesidades familiares y personales dentro de la esfera de actuación que tiene reservada por acuerdo capitular o extracapitular o por uso privado o local y sin rebasar los límites ordinarios de la misma o sus gastos resulten proporcionados al haber y poder de la casa. Es decir, y argumentando a contrario, es necesaria la voluntad conjunta de los cónyuges para

(19) Ver comentario al artículo 1.319 CC. de Díez-Picazo en *Comentarios a la reforma del Derecho de familia*, II, Tecnos, págs. 1503 y sigs.

(20) Este es el caso de SANCHO-ARROYO, interpretando a LACRUZ y a ALBALATE, sacando las ideas de éstos fuera del riguroso contexto en que se producen, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Edersa, t. XXXIII, vol. 1, pág. 465.

generar cargas familiares extraordinarias, bien sea por la excepcionalidad del gasto o por la elevada cuantía relativa del mismo.

En este sentido cabe afirmar que para los gastos contemplados en el artículo 41.1.º Ca la regla de gestión ordinaria es la legitimación disjunta y la excepción la actuación conjunta, pues de otra forma se produciría el colapso de la economía familiar.

La atribución de competencias funcionales en la gestión de estas incumbencias puede estar encomendada, como nos recuerda LACRUZ (21), a «uno solo de los esposos, sea por los usos locales, que previenen en cada comarca o país unos concretos ámbitos de actuación del marido y la mujer; sea por los usos familiares, y sobre todo por el acuerdo expreso o tácito de los cónyuges en el momento de iniciar su vida conyugal o más tarde... Ahora bien: la distribución interna de competencias, una vez realizada, exige respeto por parte de los cónyuges: uno no puede inmiscuirse en la esfera ajena. Por ejemplo, en el tipo corriente de matrimonio, el marido no podrá invadir competencias que pueden ser exclusivas de la esposa, como, en principio, la contratación de una empleada de hogar. Hoy por hoy la eventualidad de que el marido contrate por sí una empleada doméstica y la presente a la esposa es excepcional: habitualmente la esposa podrá oponerse a la presencia de tal persona en el domicilio familiar, y el gasto no será doméstico».

Con ser esto importante lo es más que esta distribución interna no tiene relevancia externa, ambos cónyuges obligan al consorcio *erga omnes*, salvo que traspasen manifiestamente los límites que se derivan del término «legítimas» a que antes me he referido.

Una larga tradición sitúa dentro de este concreto contexto a las donaciones efectuadas a los hijos, pero a mi juicio éste no es el lugar apropiado de tratamiento, salvo para las liberalidades de uso globalmente consideradas, como elemento propio de la vida social de la familia y por ello carga familiar ordinaria, su carácter extraordinario las saca de este concreto ámbito, su lugar de estudio es el de la gestión conjunta del consorcio.

C) Alimentos

Los alimentos debidos por uno de los cónyuges reciben en el artículo 41.4.º Ca el tratamiento adecuado a la tradición jurídica propia de los regímenes económico-matrimoniales de tipo comunitario, si bien es cierto que la mayor parte de las regulaciones positivas de los mismos silencia su régimen jurídico, salvo para los debidos a los hijos de uno solo de los

(21) LACRUZ-SANCHO: *Elementos...*, IV, pág. 293.

cónyuges. Tratados los derechos de éstos más arriba, me ocuparé aquí solamente de los debidos a los demás parientes acreedores a los mismos.

La Compilación del Derecho civil de Aragón sólo se ocupa de la deuda de alimentos cuando genera una responsabilidad con tratamiento especial y no como institución jurídico-familiar general, por lo que será aquí y a este concreto respecto aplicable la regulación del Código civil, en virtud de la remisión prevista en el artículo 1.2 de la Compilación (22). Es decir, la obligación de alimentos se regula por los artículos 142 a 152 del Código civil, en su redacción debida a la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

En aplicación de nuestro sistema de fuentes y su interpretación (23), estos artículos del Código civil en relación con el 41 Ca deben ser interpretados en la dirección y perspectiva que nos ofrece el régimen legal y el conjunto institucional del Derecho aragonés.

En este sentido, como ya he hecho notar antes, no constituye pago de deuda alimentaria los gastos que se derivan de las atenciones a los parientes convivientes en la casa que si vivieran fuera de ella serían acreedores por alimentos, pues en aquel caso nos encontramos ante el levantamiento de una carga familiar, ante una de «las atenciones legítimas de la familia» a que se refiere el artículo 41.1.º. El derecho de alimentos se genera en Aragón para las mismas personas y en idénticos supuestos contemplados en el Código civil, pero sólo cuando tales parientes no forman parte de la Casa, no integran el marco subjetivo de la economía familiar.

Esta y no otra es la razón de ser del tratamiento diferenciado de los alimentos en el marco de la regulación de la responsabilidad definitiva en el marco del artículo 41 Ca. El distinguir en materia de gastos por razón de la familia entre deudas consorciales y deudas privativas de uno solo de los cónyuges, sometidas a reintegro; aunque cuando unas y otras deudas se encuentren en el marco de la responsabilidad definitiva del consorcio específicamente fijado por la norma.

He dicho que la solución expresa aragonesa de introducir las deudas por alimentos a parientes dentro del ámbito de la responsabilidad definitiva del consorcio es la solución adecuada y tradicional de tratamiento de estos créditos en el seno de un régimen comunitario: se trata de una deuda personal del cónyuge pariente pero de responsabilidad definitiva del consorcio, sometida a reintegro si efectivamente es pagada con dinero común.

(22) Téngase en cuenta al respecto que el artículo 84, norma 4.ª, de la Compilación, más explícito que ningún otro de la Compilación en la materia, dispone: «La obligación de alimentos, con las condiciones y alcance con que las regula el Código Civil, se extiende para el viudo usufructuario a los descendientes no comunes del cónyuge premuerto.»

(23) Ver en el tomo I de esta obra, págs. 99 y sigs., el comentario de DELGADO ECHEVARRÍA al artículo 1 de la Compilación.

Es lógico que el pago de estas deudas se haga con dinero consorcial, porque todos los ingresos y frutos obtenidos por el cónyuge, en este caso, deudo personal (porque el régimen no tiene la virtud de transformar el parentesco) son consorciales (art. 37.2.º y 3.º Ca) y sería poco práctico, además ilógico, que se le obligase a pagar tales deudas con bienes privativos, pues ello sería tanto como descapitalizar al propio consorcio.

Al ser la deuda personal me parece que no hay duda de que el *quantum* del crédito alimentario deberá calcularse valorando las necesidades del alimentista y el patrimonio e ingresos del alimentante, no los del consorte de éste ni la cuantía de los comunes, creo que ni siquiera por el presunto porcentaje que al alimentante pudiera corresponderle en los mismos, pues la responsabilidad, aun definitiva, ampliada al consorcio no convierte a éste en deudor por propagación. Al consorcio le cumple con abonarlos ahora y esperar a la disolución de la comunidad para sobre el papel resarcirse.

Esta posición jurídica de neta separación entre deuda y responsabilidad definitiva en materia de deudas alimentarias llevó confundidamente a los legisladores aragoneses a tratar, dentro del contexto de este apartado 4.º, los alimentos de los hijos de uno solo de los cónyuges mayores de edad no convivientes, cuando lo más correcto, acaso, hubiera sido dedicar un apartado entero para la regulación de los alimentos a los hijos no comunes.

Ahora bien, y como ya he dicho, de esta división del tratamiento no se sigue que no estén sujetos a reintegro los alimentos prestados a un hijo menor de uno solo de los cónyuges que no conviva con éstos, pues cualquiera que fuera la intención de los enmendantes cuya versión prosperó en las Cortes de Aragón, el texto legal no contradice en ninguno de sus concretos términos la regla explícita de que el derecho de reintegro entre masas nace de todo lucro sin causa de una de las tres intervinientes respecto de otra u otras, y aquí es claro que la masa privativa del progenitor se lucra (por no disminución) sin causa, o mejor dicho, por causa totalmente ajena al régimen e injustamente respecto de su cónyuge por y en detrimento de la masa común.

III. ANÁLISIS DE LOS APARTADOS 2.º Y 3.º: DE LAS CARGAS USUFRUCTUARIAS

A) *Introducción*

El tratamiento y análisis conjunto de ambos apartados viene impuesto, en cierto modo, por una realidad práctica cual es la existencia de una

economía familiar única y por un principio de **justicia** conmutativa que se erige en razón de ser de estos apartados: si los frutos son por esencia, consustancial al régimen, bienes comunes, comunes igualmente deberán ser los gastos efectuados para la obtención de los mismos. No obstante, los supuestos de hecho en los que se fundamentan los dos párrafos, cuyo análisis pretendo efectuar, son más ricos y más problemáticos que la razón teleológica que acabo de exponer y que es la comúnmente esgrimida por la doctrina y la jurisprudencia.

Estos apartados 2.º y 3.º, observados desde la perspectiva funcional del régimen —la misma que tuvieron en cuenta los redactores de la Compilación al encararse con esta Sección 3.ª «pasivo de la comunidad»— responden a la necesidad primaria teórica y práctica de fijar el pasivo derivado de la gestión del conjunto patrimonial englobado en la economía familiar (consorcial más privativos) conforme al sentir del principio teleológico apuntado. Ahora bien, en la redacción de estos apartados se tuvieron los ojos puestos en la construcción de la responsabilidad definitiva de la masa consorcial y en los oportunos reintegros, cuando éstos procedan, y en el no menos importante dato técnico de la ausencia de personalidad jurídica por parte del consorcio. Es por ello por lo que cualesquiera que sean las matizaciones que efectúe la doctrina sobre la existencia de verdaderas deudas consorciales, en rigor técnico y lo que es más importante en el plano procesal: la comunidad no es deudora, lo son los cónyuges, o más precisamente, desde este último punto de vista, el cónyuge que efectivamente contrae la deuda.

Esta última razón es la que se hace evidente en la prudente separación por apartados efectuada por los legisladores, siguiendo la pauta del informe elaborado por el seminario, pues en tanto que el apartado 3.º se refiere exclusivamente a la gestión de los bienes privativos de cada cónyuge, el apartado 2.º acoge tanto a los intereses producidos por deudas contraídas en la gestión de la masa común o con finalidad consorcial, como a las puramente privativas de cada cónyuge, afectando unos y otros gastos a la responsabilidad definitiva del consorcio y siendo de cargo de éste.

B) *Intereses*

a) Examen del texto del apartado 2.º

La redacción nos pone de manifiesto dos aspectos sobre los que es preciso reflexionar para poder efectuar un correcto análisis del apartado que nos ocupa:

1.º La indistinción respecto de los créditos que originan el devengo de intereses, en radical y abierto contraste para con la responsabilidad en

materia de capital, para la que se establecen las distinciones recogidas en el apartado 5.º de este mismo artículo 41 Ca.

Esta aclaración de fondo ha sido redactada en respuesta directa a las dudas, cuestiones y casuística planteadas por la doctrina histórica, a las que ya he hecho mención, en su consecuencia son de responsabilidad y cargo del consorcio *todos los réditos e intereses* que se devengan constante el consorcio (24), cualquiera que sea la naturaleza de la deuda que los origine y, lo que es más definitorio del ámbito, del tiempo en que ésta se contrae.

2.º El calificativo *normales* que se predica para estos réditos e intereses, aspecto este último que a mí me produce una gran perplejidad que trataré de aclarar más adelante, en particular sobre si este adjetivo tiene una función puramente cualificativa de los intereses o si, como me temo, tiene un mayor alcance y sirve para indirectamente e incluso imprecisamente determinar no sólo el *quantum*, sino también la naturaleza y función de la propia deuda, para poder así fijar la privatividad de determinadas deudas de intereses, para las que no sería apropiado el término de «normales», en una acepción enteramente congruente con un sistema de economía familiar.

b) Tratamiento global de los intereses

La distinción en el tratamiento dentro de la responsabilidad definitiva del consorcio (art. 41.2.º Ca) entre aquellos intereses que proceden de deudas cuyo principal es de cargo del consorcio respecto de aquellos otros cuyo principal ha sido aplicado a la esfera de la actividad personal o patrimonial de uno solo de los cónyuges, sin prejuzgar si estos principales serán de cargo o no del consorcio conforme a la dinámica propia del apartado 5.º de este mismo artículo 41, como ya he apuntado, obedece (25) tanto al propósito puramente funcional de obviar las dificultades que podrían derivarse de la falta de personalidad del consorcio, por lo que técnica y procesalmente sólo es deudor quien efectivamente contrae la deuda, cuanto por la contemplación de la realidad estructural de que los patrimonios privativos *ex lege* (art. 37.2.º y 3.º Ca) carecen de rendimientos autónomos, pues éstos son siempre de naturaleza consorcial. Al respecto no podemos perder de vista que este artículo 41 no está pensado para

(24) La referencia que se hace en el texto al *matrimonio* constituye una concesión popularista impropia del rigor técnico que presidió la redacción de la Compilación.

(25) En este sentido es concorde la mejor doctrina desarrollada en torno a este concreto punto por LACRUZ, ALBALATE, etc.

declarar de forma manifiesta y directa cuales sean los débitos que deberán ser atendidos directa y definitivamente por la masa consorcial, sino el ámbito en el que se despliega la responsabilidad definitiva del consorcio respecto de tercero, con independencia de que la efectividad final de esta responsabilidad de lugar o no, según la naturaleza y destino de la carga, al correspondiente reintegro entre masas.

Es lógico que la doctrina tradicional prestase muy poca atención al abono de las deudas consorciales (principal más intereses), toda vez que de éstas aparecía como deudor único el marido como administrador y responsable también único de la masa común. El problema, si es que lo era, sólo se planteaba para con las actividades de la mujer y su masa privativa. Otra cosa es hoy, pues en el ámbito de la economía familiar en la que se dan gestiones patrimoniales enteramente separadas, en hipótesis, para los privativos y conjuntas o disjuntas, según los casos, para el ámbito que es propio del consorcio. No obstante, para el conjunto de las deudas comunes la utilidad del precepto es mínima, la derivada de señalar la responsabilidad definitiva y por tanto la posibilidad de designar por los acreedores bienes consorciales para el pago de intereses en vía de ejecución forzosa.

Donde el texto legal despliega toda su eficacia es en el terreno de las deudas privativas o en las discutiblemente consorciales, pues de él se deduce que los intereses *normales* son de cargo y de cuenta del consorcio, pues la hipótesis legislativa de trabajo parte de la consorcialidad bruta de los ingresos y rendimientos de la actividad profesional y de la fructificación de los privativos, y en su consecuencia de la consorcialidad no sólo de aquellos gastos necesarios para su obtención (a la que se dedica el apartado 3.º), sino también de aquellos gastos inherentes a la formación y conservación del capital privativo.

La idea motriz del sistema es dejar, en la medida de lo posible, intactos los bienes privativos del cónyuge que contrae, constante el consorcio, la deuda a través de la cual se obtendrán ingresos consorciales, por lo que es necesario admitir que parte, al menos, de los frutos y rendimientos se deben dedicar a tal finalidad. Aquí la indistinción del tratamiento debe entenderse exclusivamente respecto de la responsabilidad definitiva, es decir, frente a tercero, y no incondicionada respecto del pasivo propiamente dicho, entre los cónyuges, pues en algunos casos, los menos, debe dar lugar este abono de intereses al correspondiente reintegro al tiempo de la liquidación.

c) La calificación de *réditos e intereses normales*

Dar razón del alcance del calificativo *normal*, como he anticipado, resulta difícil, cuando menos complejo, pues este adjetivo del lenguaje popular resulta muy poco adecuado para la exégesis técnica del precepto, ya que para valorar de anormales los intereses excluibles de la responsabilidad consorcial definitiva, tanto puede acudir a la acepción de desproporcionados (en su *quantum*) como a su contracción contraria, en sentido amplísimo, a los intereses de la economía familiar en conjunto con relación al tiempo y a las circunstancias propias del débito, así como a la naturaleza de la deuda o de la inversión.

A la vista de los materiales legislativos, la cuestión se hace progresivamente menos espinosa.

En primer lugar, hay que tener muy en cuenta que en el texto preparatorio e inicial del proyecto del seminario este adjetivo *normal*, que ha pasado al texto positivo en este apartado, se predicaba también de las atenciones a la familia, se hablaba literalmente de *atenciones normales de la familia*, se modificó en el apartado 1.º con el fin de que no diese lugar al equívoco de que pudiesen quedar excluidos los gastos extraordinarios, aunque fueran necesarios o convenientes (26). Es decir, se operaba con un paralelismo inicial que se quebró al no seguirse la misma técnica con el párrafo 2.º, en este caso concreto el valor de *normal* era, hasta cierto punto, equivalente al de *legítimo*: lo que quiere decir que no hay referencia explícita al *quantum* de los intereses propiamente hablando, sino una apelación a las esferas de actividad legítimas encomendadas a cada cónyuge, bien sea por lo acordado en capítulos, bien por las áreas de actividad que les asignan las normas generales del régimen.

En segundo lugar, el tratamiento de este apartado en el informe del seminario resultaba sumamente revelador para conocer el supuesto de hecho del que se partió para su redacción; este interés se mantiene incluso para cuestiones de puro matiz, y si bien centra la problemática general del precepto, a mi personal juicio, no la agota. En él se explícita lo siguiente:

(26) «... se da acogida a la fórmula *atenciones legítimas*, en vez de la de *atenciones normales*, como se hiciera en alguno de los proyectos anteriores estudiados en el seminario. Con la segunda, tal vez pudiera crearse que los gastos familiares extraordinarios, pero necesarios o convenientes, no era carga de la comunidad. Llegose a discutir, a este respecto, la necesidad de anteponer la preposición al hablar de la economía del hogar y de las personas de los cónyuges, para dar idea de que sólo eran deudas, a los efectos de este artículo, las atenciones *legítimas*. Se compensa así la supresión de las palabras *no abusivas*, referidas a las atenciones particulares de los cónyuges, que se incluyeron en un anteproyecto anterior al propio seminario: ahora, la legitimidad exigida, explícita e inequívocamente, viene a ser lo mismo». «Informe del seminario», pág. 109.

«"Los réditos e intereses normales devengados durante el matrimonio por las obligaciones de cada cónyuge y los alimentos legales debidos por ellos".

"Se discutió en las sesiones del seminario la oportunidad de incluir en este precepto las *pensiones*, acogiendo el punto de vista adoptado por la doctrina francesa, y salvando al propio tiempo el defecto de traducción en que incurrieron los redactores de nuestro Código civil general. A propuesta del director doctor Lacruz Berdejo, se acordó suprimir la alusión y añadir, en cambio, las obligaciones alimentarias legales, acogiendo en cuanto a éstas el espíritu de nuestros Fueros y Observancias y la técnica del *Codice civile* italiano vigente, por entender que es más justo el que tales obligaciones legales graven los bienes comunes. Lo primero tiende a eliminar del ámbito de este apartado precisamente a las rentas vitalicias, ya que cuando se trate, por ejemplo, de pensiones censales, evidentemente cabe su aplicación analógica, y no es preciso manifestarlo expresamente. En cambio, no parece justo que las pensiones de una renta vitalicia cuyo capital se adquirió antes del matrimonio y que no se hizo común se paguen con cargo a bienes comunes, por cuanto supondría un enriquecimiento injusto del cónyuge deudor, es decir, un enriquecimiento legal —y por ello difícilmente reclamable—, pero no equitativo. Suprimiendo las pensiones del ámbito de este precepto, la cuestión de las rentas vitalicias queda abandonada en principio a la doctrina; pero sin duda existen en el articulado del apéndice datos suficientes para hallar la solución justa. Al hablarse en este apartado de réditos e intereses *normales*, cabe deducir que las pensiones de renta vitalicia se pagarán con bienes comunes en aquella parte que equivalga a réditos e intereses normales de los bienes que constituyen el capital de la renta, debiendo abonar el cónyuge deudor el resto con cargo a sus bienes privativos. La misma conclusión habría de deducirse del apartado último de este artículo, ya que la deuda contraída por el marido o por la mujer redundaría en beneficio de la comunidad en tanto en cuanto le proporciona determinados ingresos, por lo cual en esa misma proporción debe ser común. Es cierto que el artículo "A" parece destinado a regular las deudas postmatrimoniales, pero aparte de que ello no se dice en el texto, hay que tener en cuenta que los vencimientos de las pensiones tienen lugar constante matrimonio" (27).»

En tercer lugar y para las actuales circunstancias del régimen, a mi modo de entender la cuestión, es necesario o, como mínimo, conveniente enjuiciar el término *normal* bajo las perspectivas que aportan al régimen la *presunción de muebles por sitios* del artículo 39 Ca y la autonomía de

(27) «Informe del seminario», págs. 109 y 110.

cada cónyuge en la gestión y disposición sobre sus bienes privativos, en el contexto de una economía familiar entendida globalmente, es decir, en un régimen comunitario con multigestión, pero en el que la *vis atractiva* de la masa común debe ser contrarrestada para asegurar la pervivencia de las masas privativas, como mínimo, en las mismas condiciones de producción en que se aportaron.

Por ello entiendo que no cabe mantener, aquí y ahora, la misma orientación restrictiva que se observa en la literalidad del informe del seminario. La interpretación que creo le cuadra está cercana a la literalidad del precepto; es decir, son de cuenta y cargo de la masa común no sólo los intereses y réditos abonados por deudas que traen causa del ejercicio de la profesión y de la explotación regular de los negocios (argumento *ex* artículo 42 Ca), sino también los derivados de operaciones financieras para la mejora e incremento de las masas patrimoniales privativas *siempre que con ello no se perjudique la buena marcha de la economía familiar o se dé lugar a un lucro sin causa en perjuicio de la masa consorcial o de la privativa del otro cónyuge*, en cuyo caso habrá lugar a los correspondientes reintegros.

No se trata de dar a la materia de cargo de intereses el mismo trato que el que reciben las deudas de capital, para cuya diferenciación no se presenta la menor duda, sino de ir un poco más allá en la vía de permitir un desarrollo de las masas privativas siempre que ello no suponga un grave detrimento de los ingresos ordinarios —debería hablarse de ingresos *normales*— del consorcio, es decir, también serán de cargo del consorcio los intereses generados por las deudas *ordinarias* privativas.

Soy consciente de que este matiz y orientación se avienen mal con la interpretación tradicional, asentada ésta en la contemplación de una economía rural y una apreciación del mundo que veía con malos ojos la actividad comercial, pero me parece que ésta es la corrección interpretativa que mejor se compadece con la introducción de la presunción de muebles por sitios de las empresas o explotaciones, las cuales requieren de crédito abierto para subsistir rentablemente para su titular y para el consorcio; para los vehículos y máquinas cuya renovación por obsolescencia física o económica es estrictamente necesaria; e incluso para *mantener el valor en cambio* de los títulos-valores a que se refiere el apartado 3.º del artículo 39 Ca. Se trata de una consecuencia necesaria para el régimen legal derivada del dinamismo de la economía actual muy alejada de la estabilidad clasista en que se concibió nuestro Derecho en la Baja Edad Media y se perfeccionó en los siglos XV y XVI, o del fisiocratismo con que se interpretó en el XVIII o se fraguó, ya en el XX, el retardatario apéndice *foral*.

El problema de la *renta vitalicia* ha sido una de las preocupaciones que más se han dejado sentir en los redactores de los estudios antecedentes a

la Compilación, precisamente por su complejidad y la difícil diferenciación entre pensión debida y renta producida por el capital transferido, además pesaba sobre la cuestión la predicada comunidad *ex lege* de los bienes muebles, con su contrapartida de ser también comunes las deudas de dinero, siendo preciso para el deslinde de tales cuestiones una rigurosa argumentación.

La solución predicable hoy fue anticipada por ALBALATE en su tesis doctoral, cuando afirma: «sería muy equitativo *distinguir* si con los frutos de tales bienes se alcanzaba a cubrir el importe de las pensiones, para, en otro caso, que sería el más frecuente, cargar sobre el cónyuge la responsabilidad de su abono, bien directamente, bien dando lugar a repetición por parte de la masa común. El sistema tal vez puede estimarse excesivamente complicado; mas no cabe negar que permite, mejor que ningún otro, conservar el equilibrio entre las masas» (28), pues es evidente que la dificultad en el cálculo de lo que deba imputarse a frutos debe obviarse por la aplicación de los tipos de interés medio del mercado y el de la pensión por las reglas del cálculo actuarial, dejando que el *álea* recaiga tanto en favor como en contra de la masa privativa del cónyuge contratante. Todos los demás sistemas pueden generar, como apuntó certeramente ALBALATE, serios desequilibrios entre la masa común y la privativa del cónyuge deudor de la pensión. El sistema no puede considerarse inadecuado para un régimen que cuenta con el sistema de reintegros como elemento esencial del mismo; otra cosa es que éstos rara vez se efectúen, cuando la disolución se debe a la muerte de uno de los cónyuges.

C) Cargas usufructuarias

a) Introducción

Es este apartado 3.º del artículo 41 Ca, junto con los contenidos básicos del apartado 1.º de este mismo artículo, el que está más entroncado con la tradición jurídica de los regímenes de signo comunitario, por ello es el que plantea menos perfiles problemáticos: se trata de que los gastos necesarios para su producción sean de cargo de aquella masa que hace suyos los rendimientos, así como aquellas inversiones necesarias (en algunos casos igualmente las convenientes) para que tales bienes se mantengan productivos en lo sucesivo.

El texto positivo, en forma no exenta de belleza, declara que son cargas de la comunidad: *Las atenciones de los bienes privativos propias de*

(28) G. ALBALATE: *Op. et loc. cit.*, pág. 238.

un diligente usufructuario, es decir, se contemplan dos circunstancias para que tales gastos sean de cargo de la comunidad, que se trate de *atenciones*, palabra cuyo significado contextual es preciso desarrollar para medir su propio alcance, y que estas atenciones sean las que corresponden a un usufructuario que ejerce con diligencia sus deberes y derechos.

SANCHO-ARROYO, siguiendo en cierto modo los pasos de ALBALATE, advierte que se trata aquí de una remisión parcial a la disciplina del *usufructo*, si bien circunscrita a la extensión de la obligación para declararla consorcial (29); creo por mi parte que no puede dársele tal sentido al apartado 3.º del artículo 41 Ca, como veremos más adelante.

En el apartado que nos ocupa no podemos ver una remisión a un texto concreto, ni siquiera al conjunto de una institución: el usufructo, pues ni el propietario pleno de los bienes privativos puede verse reducido a la condición de un mero usufructuario, pues es éste quien tiene a su cargo la gestión total de los bienes propios; ni la comunidad usufructúa directa o indirectamente las masas privativas, se limita a hacer suyos los frutos. Se trata de trasplantar a otro contexto una figura paradigmática: la del usufructuario, pero en ningún modo su integral o parcial disciplina, tan sólo es aplicable el espíritu que anima la relación de derechos-deberes propia del usufructo, de una parte; en tanto que de otra, se está en presencia de una verdadera figura literaria, de un recurso retórico que permite servir vino nuevo en odres viejos, incardinándose en la tradición de los Fueros y de las Observancias, y de los comentarios de unos y otras, para plasmar una nueva figura generalizante y abstracta con un contenido real más amplio en lo material que el mantenido por los puntos de vista históricos que podrían servirnos de referencia, de ahí el término *diligente*. Se buscó una fórmula que, permitiendo excluir como carga consorcial (para este apartado al menos) aquellos gastos que estuvieran encaminados a transformar la forma y la sustancia de los privativos —la referencia al usufructo es, pues, mucho más conceptual que la normalmente sugerida—, resultara bastante más amplia que el restrictivo artículo 1.408.3.º del Código civil (derogado y no mucho más ampliamente sustituido por el vigente 1.362, causa 3.^a) y bastante menos confuso que el artículo 50 del apéndice, objetivo que fue satisfactoriamente alcanzado.

(29) Afirma este autor: «Pienso que también la Compilación es más rica que el CC al abordar la cuestión. No sólo por la expresa inclusión de los réditos e intereses de las deudas privativas, que parece de estricta justicia, sino por la forma de establecer el alcance de las atenciones que se deben prestar a los bienes privativos, asimilándolas a las propias de un diligente usufructuario. Queda así perfectamente establecido que serán de cargo de la comunidad las reparaciones ordinarias a que se refiere el artículo 500 del CC, así como las contribuciones y gravámenes de los frutos del artículo 504; quedando de cuenta del patrimonio privativo del dueño las reparaciones extraordinarias del artículo 501.» *Op. et loc. cit.*, pág. 470.

b) Ambito material de las cargas usufructuarias

Todos los ordenamientos reguladores de regímenes económico-matrimoniales comunitarios, con evidente unanimidad, admiten que son de cargo del pasivo común aquellos gastos que resultan necesarios (en algunos casos meramente convenientes) para la *regular explotación* de los bienes que integran las masas privativas y cuyos frutos o rendimientos se hacen por imperativo del sistema parte de la masa común, admitiendo una relación de efecto-causa de estricta y elemental justicia distributiva. Ahora bien, no se da esa misma concordancia de criterios en el momento de fijar, en concreto, qué gastos debe ser considerados cargas usufructuarias y, por tanto, de cargo y cuenta de la masa consorcial.

La clave histórica de esta divergencia de criterios reside en el grado de desconfianza (por cierto generalizada, alcanza en mayor o menor intensidad a todas las legislaciones) respecto de la consideración de qué tipo y clase de reparaciones constituyen mejora, una relación con un modelo de patrimonio agrícola y administrado exclusivamente por el marido (30). Estos parámetros propios de las estructuras social y económica del siglo XIX e incluso de la primera mitad del presente, se han venido manteniendo por pura inercia en la actualidad, pese al cambio radical de tales estructuras y de la equiparación (no siempre con la misma intensidad y grado) de marido y mujer en las funciones de dirección y administración del consorcio y del conjunto de la economía familiar; pese a ello ha pervivido una norma limitativa pensada para el supuesto de que el marido es administrador de los privativos de la mujer, haciendo recaer sobre esta masa las mejoras ordenadas por el marido.

La Compilación aragonesa optó por un criterio sanamente ampliativo (teniendo muy presente que en ella se reconocía a cada cónyuge capacidad plena para la gestión de sus bienes propios) y formuló el precepto en la forma más general posible, entendiendo los legisladores, con razón, que en esta concreta materia todo casuismo resulta siempre incompleto, mutable, limitativo y, en su consecuencia, estéril. Para tener plena conciencia de esta orientación basta con leer el párrafo correspondiente del informe

(30) GARCÍA-GOYENA, en su comentario al artículo 1.329.3.º del Proyecto de 1851, antecedente del artículo 1.406 —derogado— y en cierto modo del actual 1.362.3.º, por el que se declara que «son de cargo de la sociedad legal: Los reparos menores o de conservación ejecutados durante el matrimonio en los bienes peculiares del marido o de la mujer. Los reparos mayores no son de cargo de la sociedad», siguiendo al *Code* afirma: «En efecto, el usufructuario está obligado a ellas, según el artículo 456, porque se consideran cargas de los frutos y éstos ceden aquí en beneficio de la sociedad. Por la misma razón, supuesto el régimen puramente dotal, estos gastos serán de cuenta del marido, que, según el artículo 1.276, tiene los derechos y obligaciones del usufructuario». *Concordancias...*, Ed. Zaragoza, 1974, pág. 716.

del seminario, en el que se dice: «En un principio, siguiendo fielmente el texto de algunos de nuestros clásicos, se propuso la fórmula de "*reparaciones ordinarias hechas durante el matrimonio en los bienes peculiares del marido o de la mujer, cuando los menoscabos procedan del uso o de caso fortuito*". Pareció, sin embargo, más acertada una formulación más general. En el texto aprobado se estiman cargas de la comunidad los gastos que pagarían un usufructuario diligente; por consiguiente, no aquellos que estrictamente tiene que pagar todo usufructuario. Por ejemplo, los seguros son aquí carga usufructuaria y, sin embargo, nada obliga al usufructuario, en la regulación del usufructo en nuestro Código civil, a asegurar la cosa usufructuada, si bien caso de asegurarla tiene determinadas ventajas. No se trata en modo alguno de ver que es lo que obligatoriamente debe hacer un usufructuario, sino de ver si las deudas contraídas en atenciones de los bienes privativos son de las que pagaría el usufructuario diligente. Puede ocurrir que determinadas reparaciones no sean estrictamente obligatorias, y así tampoco tendrán los cónyuges obligación de realizarlas; pero, una vez hechas en bienes privativos, conforme al criterio sentado en este apartado, serán cargas de la comunidad» (31).

La generalidad de este específico tratamiento permite superar el modelo rural de PORTOLÉS, muy avanzado para su época, adaptándolo y ampliándolo a otros tipos de economía, pero aunque se puedan incluir las primas de seguro, por ejemplo, es evidente que deja enteramente en pie la vieja discusión respecto de la distinción entre reparaciones y mejoras.

Para plantearse en los debidos términos el problema de las reparaciones y de las mejoras es imprescindible tener muy en cuenta que, como advierte LACRUZ a propósito de los caracteres generales de la sociedad de gananciales (32), en el régimen se opera y se trata de *bienes determinados*, los que forman las respectivas masas, y no de los *valores* que éstos tengan o lleguen a tener en cualquier momento dado. En este sentido, no pueden reputarse de mejora, en modo alguno, los incrementos de valor que merezcan los bienes privativos como consecuencia de ser racional y correctamente explotados y mantenidos, pues ello es *consecuencia directa de la diligencia en las atenciones propias de su explotación*.

No sólo son incluibles, a mi juicio, como carga usufructuaria, en materia rústica, los gastos destinados al laboreo ordinario (preparación de tierras, abonado, siembra, lucha contra plagas, recolección, almacenamiento e incluso transformación de los frutos, gastos de riego, tributos, defensa de derechos y cualesquiera impuestos que recaigan sobre estos bienes, por seguir el esquema fijado por PORTOLÉS), sino también los de

(31) «Informe del seminario», pág. 110.

(32) *Elementos de Derecho civil*, IV, Derecho de familia, pág. 397.

nivelación y mejora de sistemas de riego; o en materia de inmuebles urbanos, la reparación de cubiertas, renovación de conducciones de todo tipo, instalación de medios sanitarios y un largo etcétera siempre que no sean de carácter puramente suntuario, amén para ambos de las primas de los seguros de incendio, robo y responsabilidad civil frente a terceros.

El límite no se encuentra en estos gastos (reparaciones y renovaciones), pues para ellos se fija el *standard* legal de la persona diligente, es decir, cuidadosa por encima del usufructuario medio a que se refiere el artículo 500, párrafo segundo, del Código civil, no se trata de la recomposición de las cosas en la medida en que se deterioran por el uso, sino que alcanza hasta aquella medida que de aplicarse supondría una modificación de la forma y la sustancia de estos bienes: conversión de secano en regadío, de tierra de cereal en viñedo u otras plantaciones arbóreas, edificación de un solar o ampliación de alturas, para cuyo correcto tratamiento en materia de pasivo común se introduce el apartado 5.º en este mismo artículo, pues estos cambios deben ser tratados como verdaderas inversiones u operaciones de capital.

La apelación a la diligencia hace insostenible, a mi parecer, que para la admisión de tales cargas como comunes se haya de estar a lo dispuesto en los artículos 500 y siguientes del Código civil, que tiene como paradigma de usufructuario al buen padre de familia, es decir, aquel que cumple con sus obligaciones y paga los impuestos; hay que recordar, una vez más, que estamos en presencia de la actuación de propietarios plenos que quieren obtener de sus bienes el máximo rendimiento, aunque éste se haga enteramente consorcial, pero sin detrimento, más bien con aumento, del valor intrínseco de la cosa. Es cierto que las plusvalías de los privativos sólo benefician a su propietario, pero no lo es menos que su incremento de valor, sin intervención de circunstancias externas a su naturaleza y condición, beneficia inmediata y directamente al consorcio por la vía de mayores ingresos.

ANÁLISIS DEL APARTADO 5.º: DEUDAS BENEFICIOSAS Y GASTOS ÚTILES

A) *Introducción*

SANCHO-ARROYO afirma, a mi modo de ver, equivocadamente que «este precepto constituye una absoluta novedad en el Derecho aragonés, y supone la ruptura con el sistema seguido hasta la entrada en vigor de la Compilación» (33). Entiendo que se trata de una orientación novísima de

(33) SANCHO-ARROYO: *Op. et loc. cit.*, pág. 474.

enfoque, pero en modo alguno de un precepto nuevo. Se trata, en parte, de generalizar una solución que se había pensado históricamente para sólo el marido, en sentido amplio, y en forma restrictiva para la mujer, a la vez que se fijan y concretan los supuestos de hecho a los que la regla resulta aplicable. Lo que sí son de todo punto nuevas para el Derecho aragonés son las perspectivas que la solución adoptada nos puede ofrecer en la práctica.

B) *Ámbito general de aplicación del apartado 5.º*

No podemos perder de vista que en este apartado 5.º se disciplinan, como mínimo, dos esferas de actuación generadoras de potenciales cargas comunes, con responsabilidad definitiva *erga omnes* del consorcio. Ya que, de un lado, se refiere la norma a la gestión de bienes privativos y, de otra, a las posibilidades de actuación disjunta en la realización de actividades que tienen a la masa consorcial como marco de referencia o como objeto de actuación.

He escrito «como mínimo» porque de la interpretación a contrario de este apartado cabe deducir una tercera esfera de actuación, algo que por obvio no requirió de manifestación legal positiva, a juicio de los legisladores, cual es la responsabilidad de la masa común por las actuaciones conjuntas del marido y mujer en cualquier ámbito de la economía familiar.

Tampoco conviene dejar de lado que este texto fue pensado en una fase de nuestro Derecho civil en el que la administración de los bienes consorciales, mejor dicho la gestión en sentido amplio, correspondía al marido (34), suponiendo en aquel momento, abril de 1967, un enorme avance para fijar las bases de la equiparación entre marido y mujer en el marco de un régimen económico comunitario, ya que situaba en este punto al régimen aragonés por delante de su tradicional marco de referencia la *comunidad legal* francesa entonces recientemente modificada (1965).

Hoy bajo el signo de la más plena equiparación entre marido y mujer bajo un régimen integrado de economía familiar no cabe sino una interpretación abiertamente ampliativa del significado funcional de este apartado.

El informe del seminario, tantas veces traído a colación, con su acos-

(34) Art. 48. «1. El marido es el administrador de la comunidad. 2. La mujer participa en la administración con las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar».

Art. 49. «1. El marido administrará los bienes privativos de la mujer, en tanto no se haya estipulado lo contrario o ella no recabe para sí la administración».

tumbrada precisión nos señala el ámbito inicial del precepto, cuando nos dice: «Con respecto a este género de obligaciones (las beneficiosas), se distinguen en el apartado que comentamos dos especies distintas: la constituida por aquellas que *de hecho* han redundado en beneficio común (extremo que habrá de probarse) y el de aquellas otras que, no habiendo dado lugar a tal provecho común, han sido contraídas en el ejercicio de actividades que, de suyo, objetivamente, son útiles a la comunidad. Los ejemplos están en la mente de todos» (35). O sea, los ámbitos iniciales sobre los que opera el apartado produciendo el efecto de ser las deudas generadas de cargo consorcial y de responsabilidad definitiva del consorcio son aquellas inversiones de capital que aplicadas por el cónyuge titular (el marido o la mujer) a sus bienes privativos generan de hecho un beneficio neto para la masa común o aquellas otras aplicadas, igualmente por cualquiera de los cónyuges, a las incumbencias comunes resultan útiles a esta misma masa patrimonial.

Es aquí la masa consorcial, en todo caso, la que se erige como punto de referencia objetivo y hace posible el nacimiento de una responsabilidad definitiva *erga omnes* de la misma, en todos los demás casos nos encontramos con la necesidad de aplicar la disciplina que es propia de los artículos 42 y 43 o bien del artículo 46 Ca.

C) *Deudas beneficiarías*

El primer inciso del apartado 5.º de este artículo 41, tal y como puso de manifiesto el informe del seminario, se refiere de modo preferente a aquellas inversiones que de hecho redundan en beneficio directo de la masa consorcial. Ahora bien, esta afirmación, a todas luces correcta, no resulta suficientemente ilustrativa de su potencial, aunque verdadero, alcance.

La naturaleza de la inversión, cuyo objeto material no puede ser otro que los bienes privativos o los medios profesionales, no debe ser de aquellas que sean calificables como carga usufructuaria —con independencia de que éstas den lugar indirectamente a incrementos de valor de los bienes privativos que reciban tales aportaciones—. Debe tratarse de una inversión dirigida de forma directa e inmediata a la transformación, mejora o reparación extraordinaria de determinados privativos que produzca, entre otros efectos económicos, un acrecentamiento mediato, directo y verificable (relación causa-efecto) de los ingresos de la masa consorcial proveniente precisamente de estos bienes; por ejemplo, los ingresos derivados de los alquileres de pisos construidos sobre solar privativo; los incrementos

(35) «Informe del seminario», cit., pág. 111.

de producción de una finca transformada de secano en regadío; los derivados de una plantación arbórea en un baldío, es decir, todas aquellas transformaciones de bienes que, habiendo sido objeto de una extensísima y compleja, por lo analítica, literatura jurídica, no encontraban un adecuado tratamiento dentro del amplio contexto de las denominadas cargas usufructuarias, porque evidentemente no lo son.

El desde siempre difícil y delicado tratamiento en justicia de las acciones en los regímenes comunitarios (36) queda resuelto, en el régimen legal aragonés y a mi modo de ver la cuestión, con el equilibrio interno que guardan entre sí, este inciso primero del artículo 41.5.º respecto de la doctrina general de los reintegros entre masas enunciada en el artículo 47.1.

Bajo esta orientación y tomando como punto de partida el supuesto de hecho más común, puede decirse que las inversiones de numerario consorcial efectuadas sobre bienes pertenecientes a la masa privativa de uno de los cónyuges, que presupongan, a la vez, un incremento del valor del bien objeto de la inversión y un incremento de los ingresos consorciales procedentes del mismo, están sujetas a reintegro en favor de la masa común, pero este reintegro no alcanzará, siempre y en todo caso, a la totalidad del incremento o a la totalidad del montante de la inversión efectuada en valor del tiempo de la liquidación, sino tan sólo en la medida residual del efectivo enriquecimiento de la masa privativa correspondiente, ya que debe correr a cargo y de cuenta de la masa consorcial aquella proporción de la inversión en que es cifrable el incremento porcentual de sus ingresos procedentes de este concreto bien, siempre que guarden la debida relación de causa-efecto respecto de la inversión efectuada.

Se objetará, no sin parte de razón, que esta lectura, resultante de la interpretación conjunta de los dos textos antes citados, complica sobremanera la aplicación de las normas de liquidación en materia de aplicación de reintegros; pero no es menos cierto que esta versión da una medida objetiva del lucro obtenido por la masa privativa que recibió la inversión. Además en el aspecto de técnica contable este procedimiento liquidatorio no resulta mucho más complejo que el de la doble valoración que se exige en la sociedad de gananciales en materia de construcción y mejoras de los artículos 1.359 y 1.360 del Código civil o el de la valoración del suelo en la derogada sucesión invertida.

El sistema apuntado tiene la ventaja esencial de adaptarse a los signos de la economía de nuestro tiempo amenazada constantemente por la en-

(36) No es aquí necesario citar, aunque tal vez sí conveniente hacer memoria de las ficticias soluciones adoptadas en diferentes momentos históricos de estas regímenes, en particular los diferentes tipos (total o porcentual) de accesión invertida.

demia de la inflación y la amenaza de la obsolescencia, pues nada hoy conserva su valor ni casi nada está concebido para durar.

El esquema operativo de las inversiones objetivamente beneficiosas, en su aspecto técnico-contable, obligaría a medir el diferencial de incremento de valor del bien respecto del crecimiento de los rendimientos proporcionados; lo que es posible aunque muchas veces puede resultar engorroso como objeto de prueba en juicio. Por ello entiendo que podría (tal vez, debería) introducirse, en esta materia un procedimiento habitual de la economía más elemental, cual es el admitir que de los rendimientos acrecidos y efectivamente percibidos por la masa consorcial, ésta debe considerar un porcentaje de los mismos con «tasa de amortización», lo que supondría que en el caso de producirse una liquidación de la comunidad, la masa privativa sólo es deudora por reintegro de la consorcial en la cantidad que reste por amortizar del nominal actualizado a que se elevó la inversión, pero sin intereses.

En esta línea de pensamiento podemos decir que una plantación o una renovación de utillaje, que no pueda calificarse de carga usufructuaria, debe ser valorada en términos de reintegro final por los años de vida media de las mismas, y en los casos de total transformación por las anualidades general y pacíficamente admitidas por las autoridades fiscales y judiciales para los balances de las empresas mercantiles. Soy consciente de que esta orientación requiere introducir en el ámbito del pensamiento jurídico una actitud más concorde con las orientaciones actuales del valor del dinero y de las situaciones de acreedor y deudor, pues el pensamiento actual de gran número de juristas en esta materia no sólo es anticuado y conservador, sino también potencialmente injusto para quienes intentan mejorar su patrimonio privativo sin detrimento del consorcial (37). El propio texto legal nos da la pauta a seguir, ya que califica de carga consorcial estas inversiones «en cuanto redunden en beneficio común», es decir, el requisito fáctico del beneficio o del acrecimiento de valor sirve al doble propósito de dar lugar a la responsabilidad definitiva del consorcio por la deuda beneficiosa y de fijar el *quantum* de la misma intermasas, no así respecto de terceros acreedores del consorcio por la inversión efectuada.

(37) Es ésta la actitud de SANCHO-ARROYO cuando afirma lo siguiente: «...una deuda, precisamente por serlo, difícilmente puede reportar *beneficio* por sí misma. La deuda es un *minus* y debe provocar, cuando sea satisfecha una disminución del activo. Por tanto, la norma debe entenderse en el sentido de que lo que habrá o no reportado utilidad no es, en realidad, la deuda sino la obligación de que dimana» (*op. et loc. cit.*, pág. 477); lo que es difícilmente sostenible en términos económicos actuales y desde luego analizando el texto que no contempla quien sea el acreedor, sino la responsabilidad de la masa común, muy bien la inversión puede ser de numerario privativo del propio cónyuge que efectúa la inversión.

Los acreedores pueden proceder contra la masa consorcial directamente en cuanto prueben que la inversión ha servido para incrementar los beneficios obtenidos por la masa consorcial, de lo contrario deberán considerarla como deuda privativa del cónyuge inversor.

Esta doble función del precepto aconseja, de *lege ferenda*, dedicar a esta importante y compleja materia un artículo separado y desgajado del contexto general de este artículo 41, pues como comprendió para su inmediato propósito e intuyó para el futuro el informe del seminario: «Tanto si han sido contraídas por el marido como si lo fueron por la mujer, es justo que los acreedores puedan ejecutar los bienes comunes y el cónyuge quede descargado de la deuda» (38).

Parece patente desde esta perspectiva que esta disposición (39), que si bien se concibió bajo el principio de corresponsabilidad de las cargas, se puede proyectar hoy en la más amplia y compleja problemática del equilibrio entre las masas, casi siempre insuficientemente reglado, y más concretamente en el de la corrección de la *vis atractiva* de la masa común que caracteriza como defecto general a todos los regímenes económico-matrimoniales de carácter comunitario.

C) *Las deudas contraídas en una actividad útil a la comunidad*

Este segundo inciso del apartado 5.º del artículo 41 Ca requiere de una aclaración de sus términos, como elemento previo de su análisis funcional, sobre todo teniendo en cuenta que sigue a otro supuesto de hecho —el anteriormente estudiado— que requiere para llegar a ser carga de la comunidad que la inversión a que se refiere resulte *beneficiosa* para la misma; lo que plantea un contraste, entre los dos aspectos componentes de la norma, verdaderamente rudo en una primera aproximación.

Las locuciones de *actividad útil* del texto legal o de *actividad objetivamente útil* del Anteproyecto aragonés provienen de un cultismo, que fue usual en el lenguaje del foro romano, los podemos encontrar repetidamente en el Digesto y en los discursos de Cicerón, entre otros textos y autores, con muy diversos significados respecto de los términos actuales castellanos, pero con idéntico valor signifiante de contexto: pueden servir para las actuales locuciones: actuación legal, actuación en interés de..., actividad

(38) «Informe del seminario», cit., pág. 110.

(39) No hay que perder de vista, al respecto, que este precepto nació en un régimen legal gobernado por el marido y por ello bajo el principio de corresponsabilidad de las cargas en defensa del patrimonio privativo de éste y del consorcial respecto de las inversiones efectuadas en los bienes privativos de la esposa.

necesaria, etc. (40) y podrían resumirse en torno a la frase «actividades legítimamente encomendadas». Es por ello por lo que puede afirmar LACRUZ con toda justeza: «El proyecto aragonés aclaraba que, aun sin beneficio común, bastaba que la deuda se contrajera ejercitando actividades *objetivamente* útiles al consorcio, y no parece que con la nueva redacción la interpretación deba ser diferente: no es preciso que la actividad haya producido real utilidad al común, sino que tendencialmente sea útil, aun cuando en el caso haya resultado perjudicial. Sería injusto que la condición común o privativa de las deudas contraídas dependiera azarosamente del resultado del asunto o de la operación en cuyo curso se contrajeron, y no de la intención y de la diligencia con que se emprendió: en definitiva, que si se gana las deudas fueran comunes, pero sí se pierde fueran privativas, quedando el cónyuge deudor en posición semejante a la del clásico sastre de Campillo» (41), comentario que resulta todavía mas esclarecedor, si cabe, situándolo como lo hace su autor en conexión directa con el texto que para el artículo 42 Ca previó el Anteproyecto aragonés: «*Las deudas que un cónyuge contrae aparentemente en el ejercicio de las facultades legales de administración de los bienes comunes o de los suyos propios, en la explotación ordinaria de sus negocios o en el ejercicio corriente de su profesión, obligan siempre ante tercero a la masa común, salvo si...*»

Parece claro que el ámbito material de este inciso segundo, por complementariedad respecto del otro que compone el apartado que analizamos, queda referido a aquellas actividades para las que el régimen legal, en el marco actual de economía familiar de gestión conjunta y equiparación de los cónyuges, prevé una legitimación disjunta para la gestión de intereses comunes de carácter consorcial, es decir, el ámbito propio del precepto es coincidente con el que queda enmarcado por el artículo 48.2 Ca, al que sirve de contrapeso interno de su generalidad legitimadora.

El precepto viene a subrayar que la legitimación frente a terceros del citado artículo 48.2 genera, en todo caso, la responsabilidad de la masa común por deudas de gestión prevista en el artículo 42 de la misma, pero que tan sólo resultan ser cargas de la masa consorcial, sin derecho de reintegro en favor de ésta sobre la privativa del cónyuge deudor, aquellas actividades generadoras de débitos encasillables en el grupo genéricamente denominable de actividades objetivamente útiles al consorcio.

La estrechez de miras con que se recibieron por la Comisión de Codi-

(40) *Legem vobis utilem*: una ley que os favorece; *Nostrie utilitates*: nuestros intereses; *utiliter*: legalmente; *actio utilis*: acción adecuada; todos ellos tomados de Cicerón.

(41) LACRUZ: «El Derecho de familia en la nueva Compilación aragonesa», *ADC*, octubre-diciembre 1967, pág. 742.

ficación algunos textos del Anteproyecto aragonés, entre otros el artículo 42 (hoy derogado y sustituido), hizo que el alcance del inciso que nos ocupa quedase, en la práctica, alicorto e incluso un tanto desvaído en el contexto del propio artículo 41, porque aunque cumplierse con su función primaria de «favorecer la solvencia de los cónyuges» (42), no lo hizo en la amplitud deseada por los autores del mismo, sino en la dirección predeterminada por la redacción claramente restrictiva para la mujer del citado artículo 42 (43).

Hoy el precepto se abre hacia una *tácita*, pero no por ello menos evidente y viva en la nueva redacción del régimen legal, *gestión disjunta* de aquellas incumbencias que son de interés común (que no es preciso ni conveniente ni aun posible enumerar detalladamente), que o bien quedan a la exclusiva atención de uno de los cónyuges, o bien se gestionan de forma indistinta por cualquiera de ellos; con él quedan despejadas muchas dudas sobre la legitimidad del endeudamiento y la responsabilidad primera de los bienes consorciales, ello hasta tal punto que, a mi personal modo de entender el precepto y ampliando los criterios básicos del informe del seminario, tan sólo quedan excluidos de la acción del precepto las deudas derivadas de actos de extraordinaria administración y los de obtención de crédito con garantía real, todo ello sobre bienes inmuebles, que requieren para ser de cargo y responsabilidad común directa la actuación conjunta de ambos cónyuges o la autorización expresa del cónyuge no actuante.

RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS DE GESTION

Artículo 42. *Cada cónyuge, en el ejercicio de sus facultades legales de administración, así como en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño de su profesión, obliga siempre, frente a terceros de buena fe, a los bienes comunes.*

(42) LACRUZ: *Op. et loc. cit.*, pág. 742.

(43) La Comisión de Codificación no tuvo en cuenta suficientemente los poderes naturales que venía desempeñando la mujer en el mundo rural, precisamente para el que estaba fundamentalmente pensado el régimen legal. No es preciso ser sociólogo para comprender que en el medio rural solían y suelen competir a la esposa las tareas de información y relación (incluso la jurídica) que tradicionalmente se reservaban al marido en el medio urbano (ella pagaba los impuestos, la alfarda o riego, los seguros, cobraba los frutos e incluso pedía adelantos sobre la cosecha, medida habitual del límite del crédito sin garantías reales a que tenían acceso los campesinos), porque ella, en el sentido material del término, era urbana, salvo en los momentos de recolección.

A) *Significado y función del precepto*

Con este precepto la Compilación aragonesa introdujo no sólo en su propio Derecho, sino en todo el conjunto patrio, la importante distinción entre *responsabilidad definitiva*: aquella que pesa directamente sobre el patrimonio consorcial porque las deudas son, en principio, comunes; y la *responsabilidad provisional*: la que sujeta a responsabilidad frente a terceros a la masa común, con independencia de que en la relación interna entre cónyuges deba, en última instancia, hacerse cargo del débito una de las masas privativas por la vía del reintegro, si se demuestra que el correspondiente débito no tenía el carácter de carga consorcial.

La responsabilidad provisional está pensada y concebida para favorecer el tráfico. Por ello beneficia a los terceros acreedores que contratan en las circunstancias legalmente previstas con uno solo de los cónyuges y ven abierta, para el caso de incumplimiento, la posibilidad de embargar, además de los bienes privativos del cónyuge contratante, los de titularidad consorcial; correlativamente, los cónyuges ven incrementada su solvencia externa con lo que se favorecen sus disponibilidades en el tráfico y el crédito para el ejercicio de sus respectivas profesiones y funciones, quedando, como decía antes, para la relación interna en exclusiva las repercusiones patrimoniales últimas que deban seguirse para cada una de las masas que integran un régimen de naturaleza y estructura comunitaria.

En más de un sentido, el contenido de este artículo 42 Ca (incluso en su redacción de 1967), en sus aspectos material y funcional, constituyó, para su tiempo, un positivo avance para la concepción de la gestión (ésta sólo trasciende en la medida en que la actuación de cada uno de los cónyuges genera responsabilidades patrimoniales) de un régimen económico-matrimonial comunitario. Ya que, de una parte y aunque el retoque formal del precepto por la Comisión de Codificación refiriéndolo a las normas de gestión marital del consorcio parecían reducirlo, equiparó a los cónyuges, en la práctica, en la capacidad de generar pasivo, mucho antes de que la igualdad formal de éstos constituyera un postulado constitucional, lo que posibilitó que el ejercicio de la gestión y disposición de los bienes propios de la mujer por ella misma fuera una realidad y no una mera declaración de principios, así como su verdadera independencia profesional respecto del marido.

De otra parte, el enunciado del artículo 42 generalizó (hasta el punto de prescindir aparentemente de la declaración) la presunción de buena administración, en interés de la economía familiar, de las actuaciones gestoras de cada uno de los cónyuges, sin necesidad de tener que acudir a la interpretación analógica extensiva, frente a la tradicional declaración formal de la presunción tan sólo en favor del marido.

Por último y para la estructura del régimen legal surgida de la reforma de 1985, este artículo 42 Ca, puesto en relación con los artículos 41.5, inciso segundo, 48.2 y 51 de la misma, posibilita en la práctica un amplísimo campo de gestión consorcial en la que es posible la actuación disjunta de los cónyuges, modelo que, a mi juicio, más le cuadra al régimen legal aragonés, aunque la valoración de las circunstancias sociales al tiempo de la reforma aconsejasen no hacerlo explícito e incluso enmascararlo en la adopción formal del *principio de gestión conjunta*, pero de marcado carácter residual y subsidiario, en defecto o duda sobre la legitimación individualizada para uno de los cónyuges y para una concreta gestión.

Todos estos extremos se hacían mucho más patentes en la redacción que para este precepto propuso el seminario que en la que alcanzó el rango de norma (incluso en la versión actual reformada en 1985), ya que en aquella se decía: «*Artículo B. Responsabilidad por deudas de gestión. — Las deudas que contrae un cónyuge aparentemente en el ejercicio de las facultades legales de administración de los bienes comunes o los suyos propios, la explotación ordinaria de sus negocios o el ejercicio corriente de su profesión, obligan siempre, ante tercero, a la masa común, salvo si el tercero conoció o debió conocer que la deuda se contrajo con intención de perjudicar a la comunidad o con grave descuido de los intereses de ésta*» (44). Esta redacción hacía explícitos todos los requisitos, que en el texto finalmente adoptado son en gran parte implícitos (45), para que haya lugar a la responsabilidad del consorcio por actuación de uno de los cónyuges más allá del marco específicamente señalado en el artículo 41 Ca, pues como manifiesta LACRUZ: «la redacción inicial no necesitaba de auxilio para su entendimiento, aunque gramaticalmente resulte menos elegante. En todo caso, lo cierto es que, a efectos normativos, no existe diferencia entre una y otra fórmulas» (46).

B) *Ámbito material del precepto*

El ámbito material del precepto es el de *la responsabilidad por deudas de gestión*, ahora bien, ese ámbito no se extiende a toda la gestión privada

(44) «Informe del seminario», Parte enunciativa.

(45) Art. 42. 1. El marido, en el ejercicio de sus facultades legales de administración, así como en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño de su profesión, obliga siempre, frente a tercero de buena fe, a los bienes **comunes**.

Igual responsabilidad alcanza a los bienes comunes por gestión de la mujer que ejerza industria, comercio o profesión, o legalmente administre.

(46) LACRUZ: «El Derecho de familia en la nueva Compilación aragonesa», ADC, octubre-diciembre 1967, pág. 743.

o a toda la consorcial ejercida por cualquiera de los cónyuges, se circunscribe precisamente a la tipificada y cualificada por la norma.

Las notas resaltadas en la redacción del precepto no constituyen, en modo alguno, una enumeración ejemplificativa, se trata de elementos específicamente enunciativos del alcance del precepto. El tercer acreedor por relación con uno de los cónyuges, para tener acción frente a los bienes consorciales en su conjunto, requiere que el negocio, que da lugar a la ejecución, se haya desarrollado dentro de los límites de las facultades de actuación sobre los bienes comunes que la norma reconoce para cada cónyuge aisladamente (en principio, los recogidos típicamente en el art. 48.2 Ca) o en el desempeño habitual de su profesión, arte u oficio, amén de no tener conocimiento de que el marco de actuación del cónyuge cocontratante ha sido restringido respecto del legal por convenio entre cónyuges o que el fin perseguido por el cónyuge es el de perjudicar al consorcio o se observa, en este último, una patente despreocupación, pues en estos casos el cónyuge no contratante puede impedir el embargo directo de los consorciales considerados en globo.

Como advirtiera LACRUZ, estamos en presencia de una buena fe del acreedor cualitativa, no basada en la mera ignorancia de una convención restrictiva, se requiere de una buena fe significativamente diligente, *activa*, «abarcando también el deber de conocer las circunstancias, aunque de hecho, crasamente, se ignorase», que es perfectamente exigible en quien sabe que contrata con una persona que responde con su patrimonio, acaso propio, pero también con otro que, al menos en parte, le es ajeno (47).

No tiene que conocer el acreedor el contenido individualizado de las facultades propias de cada cónyuge, su debida diligencia se limita a ser consciente de que su cocontratante no se sale del marco legalmente establecido para la generalidad o de la normalidad en el ejercicio de su amplia esfera privativa. «Nótese que se habla, en un caso, de la gestión *legal*, por lo cual sólo la que se contenga en los límites señalados por la ley podrá obligar a la comunidad: esto supone una referencia encubierta a los preceptos que tratan de la administración de los bienes comunes... Se habla asimismo de explotación *ordinaria*: no se quiso decir legal precisamente para no comprender entre las deudas comunes las multas y sanciones que pudieran surgir llevando normalmente, es decir, con una diligencia media y con un respeto medio a la ley, en la forma corriente y según se practica por la mayoría una explotación agrícola, ganadera, industrial o mercantil; lo mismo podría decirse del ejercicio de una profesión» (48).

Los requisitos, limitativos en cierto modo, para el nacimiento de un

(47) LACRUZ: *Op. et loc. cit.*, pág. 743.

(48) «Informe del seminario», págs. 111 y 112.

derecho frente a la masa común actúan de contrapeso y de estabilizador de la función de la norma, ya que por ella se amplía la solvencia del cónyuge contratante, lo que opera en favor directo de sus acreedores.

Con idéntica visión del problema se regulan en el Código civil belga algunas limitaciones para los acreedores en aquellos casos en los que no se dan los requisitos exigidos para que la deuda sea de responsabilidad consorcial, a este respecto en el artículo 1.411 se dispone: *Le payement des dettes provenant de l'exercice par un des époux d'une profession qui lui a été inter dite par application del article 216* (aquellas que de ejercerse por uno de los cónyuges dan lugar a la modificación previa convencional o por resolución judicial del régimen económico-matrimonial legal, por afectar a intereses morales o materiales del otro) *ou d'actes que l'un des époux ne pourvail accomplir sens le concours de son conjoint ou Vautorisation de justice, ne peut être poursuivisur le patrimoine commun que dans la mesure du profitqu'il a tiré de cette activité ou de ces actes. La preuve du profit, qui incombe au créancier, peut être faite par toutes voies de droit, témoignages et présomptions compris.*

Esta regulación puede servir para ilustrar, hasta cierto punto, la posibilidad de una aplicación negativa de este artículo 42 Ca, cuando en la relación crediticia no concurre alguno de los elementos objetivos previstos en el mismo, pues a estas deudas no podría, en buen criterio, aplicárseles, sin más, la disciplina que es propia de las deudas privativas, ya que la mala fe del acreedor debe ser aquí objeto de sanción civil, consistente en la limitación de la responsabilidad de la masa común al efectivo provecho que para ella supuso el negocio de que se trate.

a) Actuaciones comprendidas (49)

El ámbito que le es propio a la responsabilidad privisional de la masa común no se genera extramuros del que hemos predicado como también propio de la responsabilidad definitiva —en nuestro caso fuera del contenido material previsto en el artículo 41 Ca como cargas consorciales, pues

(49) [La progresiva acefalia que se ha venido generando en las relaciones familiares internas y la decidida orientación de las normas hacia un modelo de gobierno diárquico para el matrimonio, manteniendo, a su vez, contra la lógica más elementos los regímenes comunitarios o recreándolos, como en el caso de Italia, exigía literalmente desmontar, en materia patrimonial, toda la estructura de gestión-responsabilidad que se basaba fundamentalmente en la presunción de buena administración en favor del marido, único gestor de la comunidad y para quien se predicaba una especie de inconcreto señorío pleno sobre los bienes comunes. Esta orientación si se quiere atenuada se daba en Aragón con el Apéndice y de alguna manera mucho más matizada en la Compilación de 1967.

la provisional se genera también dentro del ámbito genérico de los supuestos que, de ordinario, dan lugar al nacimiento de deudas comunes; pero para establecer esta diferenciación entrambas responsabilidades, muy sutil en la práctica jurídica, el legislador procede por la vía del desplazamiento de los cónyuges del primer plano de la relación para situar en él al acreedor. Opera con la técnica que es propia de la presencia de un tercero a la relación interna y, por tanto, ajeno al específico juego de afecciones que rigen en una comunidad concreta y en sus individualizadas especialidades en materia de gestión; es por ello por lo que la conexión requerida por la norma no discurre por el terreno de lo efectivo y real, sino por el de la *apariencia* como preveía el texto del Anteproyecto aragonés, con inusual precisión en la redacción de las normas.

La generalidad de la fórmula de fijación de la responsabilidad provisional adoptada en el artículo 42 Ca —mucho mejor en el Anteproyecto— es paradigmática al respecto. El campo material de esta responsabilidad no suele estar integrado por otros negocios y asuntos que los también ampliamente contenidos en los apartados 1.º, 3.º y 5.º del artículo 41, sin necesidad, por parte del acreedor, de conocer si tales cargos y deudas deben ser, en la liquidación definitiva, de cargo del consorcio o no, le basta con *saber* que, en el terreno de los principios, suelen serlo para la generalidad conforme a la medida legal o normal, según los casos, del tipo específico de gestión de que se trate.

Esta formulación genérica del artículo 42 tiene, sin duda, ventaja sobre aquellos preceptos que propenden a la descripción por casos de responsabilidad —como ocurre con el artículo 1.367 Cc, para la sociedad de gananciales—. Si la finalidad última de la introducción de la responsabilidad provisional en los regímenes comunitarios es la de ampliar la solvencia del cónyuge que, sin su consorte, contrata con un tercero, declarando la norma afectos los bienes comunes al efectivo cumplimiento de las obligaciones contraídas; los preceptos que la crean deben tener una interpretación restrictiva compensatoria de la ampliación misma, pues con ella se invaden, en principio, intereses ajenos en *potencia* —los del cónyuge no

El tratamiento *more geometrico*, verdadera obsesión de un pretendido racionalismo jurídico que seguimos en cierto modo padeciendo, de un régimen económico-matrimonial comunitario que se encaminó primero hacia una progresiva equiparación y después se reconstruye sobre la base de la declarada igualdad entre marido y mujer «demandaba» la exigencia de una actuación conjunta de los cónyuges o la expresamente delegada de uno de ellos en el otro para obligar a los bienes comunes; pero ello, como a nadie avisado escapa, es contrario a la más elemental exigencia de una actuación económica racional, con el resultado de paralizar en la práctica todo posible tráfico, ajustado a la norma, realizado por los esposos bajo régimen comunitario, por ello se buscaron soluciones alternativas, más o menos rigurosas, que paliasen los efectos directos del principio mantenido de la gestión conjunta sobre los bienes comunes.]

contratante o simplemente no obligado— que también demandan la protección del ordenamiento jurídico.

Así, en el caso del artículo 1.367 Cc, para la sociedad de gananciales, los supuestos en que se abre la responsabilidad provisional de la masa común, por la actuación aislada de uno de los cónyuges, están tasados, sin posibilidad de ser considerados por el intérprete como una relación meramente ejemplificativa; en tanto que en este artículo 42 tan sólo puede entenderse que lo que acota la norma son ámbitos de legitimación del cónyuge interviniente, en tanto no los traspase se genera responsabilidad provisional de la masa consorcial de forma automática.

Aunque en la aplicación práctica de ambos preceptos las diferencias serán mínimas, por cuanto se refiere a los negocios generadores de tal responsabilidad, éstas se agrandan de forma considerable cuando se analiza el aspecto procesal de la carga de la prueba que pesa sobre el acreedor ante la oposición al embargo de bienes comunes por el cónyuge no obligado, ya que no es lo mismo probar la finalidad negocio causante de la deuda —lo que se requiere en la sociedad de gananciales— que demostrar una apariencia a través de fijar en juicio que el cónyuge contratante se desenvolvía dentro del ámbito que es legal o habitual, según los casos, para el negocio de que se trate y para la generalidad de los casados aragoneses con régimen legal. Ya que como puso de manifiesto certeramente el informe del seminario, tantas veces citado, «el artículo B del Proyecto (que ha sido transcrito más arriba) enumera determinadas actividades que se presumen útiles para la comunidad». *A contrario*, se deduce que en las restantes habrá que demostrar esa utilidad, no el *beneficio*. En suma, *la presunción abarca a la gestión de bienes y el ejercicio de la profesión o negocio*, es decir, *a las actividades normalmente lucrativas de los cónyuges* (50).

El ejercicio de la actividad mercantil por uno de los cónyuges, una de las limitaciones históricas de la capacidad de la mujer casada, no plantea hoy más especialidad que la de alumbrar una adicional limitación para la responsabilidad provisional del consorcio. Bien es verdad que los artículos 6 a 12 del Código de Comercio, producto de la reforma de 1975, tenían y tienen como horizonte intelectual de aplicación a la sociedad de gananciales y no el marco específico de los restantes regímenes comunitarios españoles, pero, ello no obstante, es igualmente cierto que tales preceptos no plantean dificultades de aplicación en el contexto de estos regímenes.

El Código de Comercio parte del supuesto realista de que la masa común de todos ellos por su carencia de personalidad no puede ser comerciante en ningún caso, otra cosa bien diferente es que el comercio se funde

(50) «Informe del seminario», cit., pág. 114.

con fondos comunes, pese a la inversión de bienes comunes no hay posibilidad teórica de plantearse un ejercicio consorcial del comercio, aunque ambos cónyuges sean comerciantes, lo serán siempre a título personal, por lo que la amplitud de la responsabilidad prevista en el artículo 6 CCo queda inalterada en su sustancia; el ejercicio profesional y la gestión de negocios a que se refiere el artículo 42 Ca no son los de naturaleza comercial aunque impliquen actos de comercio aislados.

b) La presunción de obrar en interés del consorcio

En el régimen legal histórico dirigido por el marido, éste gozaba de la amplísima presunción de que las deudas se contraían en beneficio común, salvo prueba en contrario (art. 50, párrafo tercero, del Apéndice foral); en contrapartida, estas deudas no afectaban a los sitios privativos de la mujer ni a la mitad de los consorciales que le pertenecían; en el actual régimen dual de plena equiparación de los cónyuges, la presunción, pese a no estar explicitada en el texto legal, no ha desaparecido totalmente, más bien se ha hecho extensiva a las actuaciones generadoras de deudas por parte de ambos cónyuges, lo que sí ha cambiado profundamente es su extensión material, pues sólo quedan afectas a ella las actividades regladas, como vengo diciendo.

De esta forma, en la nueva regulación no es preciso tampoco demostrar que de la actividad generadora de la deuda se ha seguido un beneficio para el consorcio, pues la utilidad de aquélla se presume; pero sí es preciso que se haya desarrollado dentro de una esfera determinada por *standard* y dentro de una específica legitimación; sólo entonces se presume que las deudas se han contraído en interés del consorcio y responde el activo consorcial, no por la mitad según el modelo histórico, sino en su integridad.

c) La posición del tercero acreedor: la buena fe

LACRUZ dejó bien establecido, y hoy es aceptado por la totalidad de la doctrina, que el artículo 42 se escribió pensando en la tutela del tercero que contrató con el cónyuge fiado en la apariencia, ampliando el ámbito patrimonial histórico de la responsabilidad provisional, por lo que la buena fe exigible debe ser activa, abarcando el deber de conocer las circunstancias.

Se dan aquí dos planos diferentes en el tratamiento de la buena fe del tercero al consorcio, que en la redacción oficialmente aprobada quedan

oscurecidos, mas no por ello hay que pensar que han desaparecido, y que eran patentes en la redacción del Anteproyecto aragonés.

Para uno de estos planos, tal vez el más importante, se da implícito un deber de cooperación en el acreedor, por lo que la carga de la prueba se desplaza hacia él, por ello LACRUZ denomina esta buena fe *activa*; para el otro, el contenido de la buena fe coincide plenamente con el que es propio del principio general del ejercicio de derecho en nuestro sistema jurídico, consistente en el desconocimiento de que la deuda se contrajo por el cónyuge contratante con el propósito de perjudicar a la comunidad o con descuido tal, por parte de éste, que debió ser patente para el tercero; correspondiendo la prueba de esta mala fe a quien la alegue.

Para poder examinar con el debido fundamento los especiales perfiles que presenta, en este artículo 42, la alusión expresa a la buena fe me parece conveniente, más bien necesario, hacer mención, aunque sea de forma sucinta, de la posición en la relación crediticia del denominado aquí *tercero*.

La denominación de tercero que se le da al acreedor de uno de los cónyuges, porque evidente lo es si tomamos, como lo hace la norma, la referencia específica de las relaciones económicas consorciales o internas de la economía familiar, no lo convierte en un sujeto al que el ordenamiento deba proporcionarle una especial protección, por su posición de alienidad respecto del consorcio. La posición de los acreedores es sencillamente especial, derivada de que el ordenamiento quiere potenciar la solvencia de los cónyuges y, en lógica contrapartida, los acreedores ven mejorada su posición con una ampliación de la responsabilidad patrimonial del deudor, para un determinado ámbito negocial, si bien bajo precisas circunstancias.

Esta posición favorece a ambas partes contratantes: el cónyuge por el incremento de su solvencia; el acreedor ampliando sus posibilidades de hacer efectiva la deuda en el caso de tener que acudir a la ejecución forzosa.

Ahora bien, estos acrecimientos de la solvencia-responsabilidad que operan ex artículo 42 no son automáticos, pese al tenor actual del precepto. No todo aquel que está en posición de acreedor respecto de un casado, bajo el régimen legal aragonés, tiene como garantía de su crédito la entera masa consorcial, para que ello se produzca tiene que contratar con lo que LACRUZ ha denominado, y tras él toda la doctrina foralista, *buena fe activa*, es decir, con un grado de diligencia media que le lleve al conocimiento de que la actividad del cónyuge contratante se desarrolla dentro de la *legitimación legal* para cubrir las atenciones de la familia y la administración de los consorciales o tales operaciones son las propias, *normales* según el texto legal, de la gestión de sus negocios o del ejercicio de su profesión. O dicho *a contrario*, el acreedor que no puede probar este

mínimo de diligencia, realmente lo es, pero que ha contratado con una buena fe *standard* —no cabe hablar propiamente de mala fe en ausencia de la buena fe *activa*—, puede ver como prospera la oposición del cónyuge no contratante al embargo de los consorciales si éste excede de la mitad de los mismos, pues por su conducta, o mejor por su falta de diligencia, se sitúa este acreedor en la posición que corresponde a los acreedores privativos de uno de los cónyuges, es decir, la prevista en el artículo 46.1 Ca, que examinaremos más adelante.

El segundo plano de la buena fe requerida al denominado tercero, a la que ya he hecho referencia, se desarrolla en la dimensión habitual de ésta, se requiere, en su manifestación mínima, que el acreedor ignore que el cónyuge deudor actuaba con dolo —con intención de perjudicar a la comunidad, en expresión del Anteproyecto *aragonés*— o con culpa grave —según el mismo texto—, es decir, con grave descuido de los intereses de la comunidad.

La contravención de esta *buenefe ordinaria*, no cualificada, que podríamos, por contraposición con la otra versión, llamar *pasiva*, entiendo puede dar lugar a la oposición del cónyuge no deudor al pago con bienes consorciales o al embargo de los mismos, salvo en la medida de lo efectivamente lucrado por esta masa, en el negocio de que se trate.

No puede haber lugar a instar la nulidad o la anulabilidad del contrato afectado por este vicio por carecer el consorcio de personalidad y no ser parte en el contrato; el cónyuge que puede oponerse, precisamente el no contratante, si bien en el caso en que probase la existencia de un *consilium fraudis* entre acreedor y cónyuge deudor, el no deudor podría instar la reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, si se siguió daño para su patrimonio o incluso para su nivel de solvencia.

Es éste, no obstante, uno de esos puntos en los que la defensa de los intereses del cónyuge, verdadero tercero en la relación crédito-deuda, no está suficiente garantizada; es más, creo se trata de un tema irresuelto por haberse mantenido una regulación que era propia del sistema en el que el marido era el único gestor de los intereses consorciales e incluso de los privativos de la esposa, éste es un problema general de los regímenes comunitarios y desgraciadamente el aragonés no constituye una excepción a la regla.

RESPONSABILIDAD POR DEUDAS COMUNES

Artículo 43: 1. Los cónyuges, en defecto de bienes comunes, responden solidariamente por las deudas enunciadas en el apartado 1.º del artículo 41, si *bien* en la relación interna contribuirá cada uno por la mitad.

2. En igual supuesto responde cada cónyuge por las restantes deudas comunes que contrajo; pero podrá repetir del otro la mitad de lo pagado si demuestra que la deuda redundó, efectivamente, en utilidad común.

A) Estructura del precepto

El propio epígrafe del precepto —que constituye materia legislativa propiamente dicha, pues no se trata de una mera *addenda* doctrinal para facilitar su lectura e interpretación, sino de un texto interpretativo aprobado por el legislativo formalmente— nos aclara una cuestión capital, que su disciplina material abarca exclusivamente a las deudas comunes y que lo hace desde la perspectiva propia de la responsabilidad personal (51).

O sea, se disciplina la posición y alcance de la responsabilidad de los cónyuges por *deudas comunes*: las del artículo 41 Ca, con un tratamiento bien diferenciado en sus efectos y naturaleza de la responsabilidad personal (las del apartado L° respecto de las generadas en los demás supuestos contemplados en los restantes apartados), pero siempre bajo una misma circunstancia: en defecto de bienes comunes.

La separación del precepto en dos párrafos obedece a la plasmación de la idea, dominante en el seminario en que se fraguó el Anteproyecto (52), de separar lo más netamente posible las que podemos denominar *cargas familiares* de las restantes deudas comunes, pues como se expone en el informe: «Podría hablarse de *deudas comunes privilegiadas* y de *deudas comunes simples*. Las primeras, que suponen un beneficio directo para la familia y por eso afectan tan decididamente al patrimonio del otro cónyu-

(51) Creo al respecto que SANCHO-ARROYO, en su comentario de este artículo, no acierta a ver la verdadera dimensión de este artículo 43, cuando en el mismo PLANTEAMIENTO de su escrito afirma: «El artículo ahora comentado tiene un contenido complejo. Por una parte, establece la forma de contribuir al pago de una deudas de muy especial naturaleza, tanto que su normación excede de lo que es estrictamente el marco de la comunidad conyugal; por otra, plantea la cuestión de la cuantía de la contribución de cada cónyuge y determina las facultades de repetición y, por otra, sienta el principio de la responsabilidad privativa del cónyuge que contrae una deuda común, con la correlativa exoneración del otro frente al acreedor», *op. et loc. cit.*, pág. 466.

(52) En el informe tantas veces citado leemos: «Desde las primeras reuniones del seminario prevaleció el criterio del director (LACRUZ) favorable a que las atenciones familiares implicaran una responsabilidad más extensa que las demás deudas comunes, e incluso se separaron en un artículo distinto, en el epígrafe *gastos familiares*. Más tarde, se prefirió enunciar estas deudas familiares conjuntamente con las demás deudas comunes, si bien asignándoles una responsabilidad especial, de modo que **pudieran** ser percibidas sobre el patrimonio de cualquiera de los cónyuges, una vez hecha exclusión del común, y respondieran los cónyuges por mitad en la relación interna, sin necesidad de prueba alguna», págs. 114 y 115.

ge. Las segundas, que afectan en principio sólo a los bienes comunes, y que pueden percibirse sobre el patrimonio del otro cónyuge en casos excepcionales, es decir, demostrando que ha existido una utilidad de la que directamente se ha aprovechado ese otro cónyuge» (53).

El artículo 43 Ca no sólo mantiene, con la reforma de 1985, la redacción original de 1967, sino que también se puede afirmar de él que conserva una finalidad concorde con el pensamiento que lo alumbró y al que acabo de hacer referencia. Ahora bien, tras el profundo cambio que han sufrido el artículo 41.1.º y los preceptos relativos a la gestión del régimen, no parece o es más que dudoso que pueda afirmarse de este precepto que igualmente conserva su funcionalidad originaria e incluso el mismo alcance material.

Al respecto es preciso hacer resaltar, antes de iniciar el análisis de cada uno de los párrafos del precepto y sus respectivos supuestos de hecho, que el marco operativo partía de la existencia, de una parte, de una coincidencia, suficientemente generalizada, entre *atenciones legítimas de la familia y personales de cada cónyuge* y las denominadas de modo general *cargas del matrimonio*, al menos en cuanto se refiere a los sujetos que realizaban el gasto y los destinatarios del mismo normalmente convivientes bajo la misma dirección de *la casa*, recuérdese que la norma exigía la *legitimidad* de los hijos que lo fueran de uno solo de los cónyuges; de otra parte, por una gestión consorcial presidida por el marido [antiguo art. 48 Ca (54)], responsable ante terceros, que es a su vez y de ordinario administrador de los privativos de la mujer [antiguo art. 49 Ca (55)].

Estos cambios radicales en los supuestos de hecho en los que se funda el precepto tienen que dar lugar, por fuerza, a consecuencias mucho más matizadas respecto de la interpretación del precepto anterior a la reforma y desde luego más problemáticas.

Creo que es posible adelantar que, en el nuevo contexto, nos encontramos con un precepto que refuerza la posibilidad de una actividad de gestión realizada de forma *disjunta* por uno de los cónyuges con legitimación para obligar a la masa común, pues la verdaderamente obligada es esta masa aunque bajo la circunstancia, que sirve de hipótesis fáctica general del precepto, de no poder hacer frente ésta (*en defecto de bienes comunes*) a las obligaciones comunes corrientes.

No parece que deba plantear mayor problema el significado de la frase

(53) «Informe del seminario», pág. 115.

(54) Art. 48. 1. El marido es el administrador de la comunidad. 2. La mujer participa en la administración de la comunidad con las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar.

(55) Art. 49. 1. El marido administrará los bienes privativos de la mujer, en tanto no se haya estipulado lo contrario o ella no recabe para sí la administración.

en defecto de bienes comunes, pues es claro en la dinámica propia de las deudas comunes, sólo a éstas se aplica el precepto, hace referencia tanto a la ausencia de bienes como a la insuficiencia de los mismos para hacer frente a las deudas, por lo que es necesario acudir al patrimonio privativo del cónyuge que se endeudó —no puede, por principio, hacerlo el consorcio— o a los de ambos cónyuges, según se trate del supuesto segundo o del primero, respectivamente. En todo caso, debe entenderse que el pago de estas *deudas comunes* —tanto en vía voluntaria como en la forzosa— constituye un anticipo respecto de la masa común y para reembolsarse el cónyuge pagador no tendrá que esperar necesariamente al momento de la liquidación del consorcio, tanto si contribuye uno solo como si lo hacen ambos, podrá efectuarse en el momento en que haya *numerario o bienes comunes disponibles* [en contra, SANCHO-ARROYO (56)].

B) *Análisis del apartado 1.º: responsabilidad personal de los cónyuges por las cargas familiares*

a) El levantamiento de las cargas familiares

Los deberes de ayuda y socorro que se deben entre sí los cónyuges (arts. 67 y 68 CC, de aplicación directa a los aragoneses) se materializan en el deber genérico de prestarse alimentos (arts. 142 y 143 CC) y, en el contexto concreto de los regímenes matrimoniales, en el deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, conforme a los rasgos específicos del régimen concreto que rija para él (57).

La contribución al levantamiento de las cargas familiares, como elemento fundamental en el tratamiento del pasivo, adquirió en la Compilación de 1967 niveles muy adelantados —podríamos calificarlos, con lenguaje a la moda, de *progresistas*— respecto de los restantes regímenes de carácter comunitario vigentes en el resto de España, se reflejaba con ello, como viera CORNU para el régimen legal francés surgido de la reforma de 1965, «de una parte, el nuevo reparto de poderes entre los esposos; de otra,

(56) SANCHO-ARROYO: *Op. et loc. cit.*, pág. 491.

(57) Es preciso al respecto tener en cuenta que lo que caracteriza fundamentalmente a un concreto régimen y sirve para determinar su naturaleza jurídica: comunitaria, separatista o *participativa*, no es, como se suele exponer con excesiva simplificación pedagógica, el régimen de atribución de bienes lucrados o activo y su postrer reparto, sino la *interrelación* entre ese mismo activo colectivo o individual y la satisfacción de los gastos necesarios para la convivencia y para la obtención misma de nuevos bienes. Esta interrelación ha ganado, si ello cabe, relevancia desde que, por la vía de la igualdad entre marido y mujer, se contempla, como normal, que ésta sea contribuyente y responsable de los gastos consorciales.

equilibrada la nueva composición del activo de la comunidad» (58), que veía como se atenuaba, en contemplación de las circunstancias sociales y económicas muy disímiles a las que inspiraron el régimen en sus primitivas versiones, la anterior comunidad de muebles y adquisiciones, con la regulación de «la presunción de muebles por sitios» del artículo 39 Ca.

El levantamiento de las cargas del matrimonio, las más genuinas de todas las deudas comunes previstas en el régimen, se debe efectuar, por principio, con recursos comunes, cualquiera que sea el cónyuge que contraiga la deuda de esta específica naturaleza. Ahora bien, si estos bienes no existen (en todos los matrimonios al inicio del régimen) o si no bastan para poder hacer frente a las mismas deben contribuir ambos, por ello la norma liga bajo el régimen de *solidaridad* a los cónyuges frente al acreedor: las dos masas privativas pueden ser agredidas, en caso de impago, con independencia de cuál de los cónyuges contrajo el débito. Aquí la solidaridad obligacional es un reflejo de la solidaridad familiar, manifestación, de una parte, de la ética propia de la relación familiar, y de otra, de la regla de división por mitad que se predica del activo consorcial, por ello los efectos del pago son repercutibles asimismo por la mitad en el cónyuge que no participa directamente en la satisfacción de la misma.

La idea de deber fundamental que tiene el levantamiento de las cargas matrimoniales y el visible apego que muestran algunos autores a la particular estructura introducida en la reforma de 1981 del Código civil para los regímenes matrimoniales, más allá de la requerida por el sistema de fuentes, han llevado a SANCHEZ-ARROYO (59) a entender que este artículo 43.1.º Ca tiene un carácter imperativo y de orden público, que cumple las funciones propias del régimen primario (del que afortunadamente carece la Compilación) para los restantes regímenes económico-matrimoniales posibles en Aragón, ello con cita de una manifestación incontestable de LACRUZ, pero traída aquí fuera de su natural contexto y por lo tanto desvirtuada.

Lo imperativo, a mi juicio, es el deber de ayuda mutua, pero no el modo de prestarla. La idea que tengamos de la equidad para esa prestación no es ni general ni autónoma, depende por completo del tipo de régimen elegido por los cónyuges. Es igualmente admisible, en el plano de la equidad y de la justicia del caso, la igualdad en el reparto del pasivo, propia del régimen legal que nos ocupa; como el de responsabilidad exclusiva del marido, en el dotal con separación de bienes; como un sistema de proporcionalidad con el montante del patrimonio privativo o de los ingresos separados de cada cónyuge, en un régimen de participación.

(58) G. CORNU: *Les régimes matrimoniaux*, PUF, París, 1974, pág. 354.

(59) SANCHEZ-ARROYO: *Op. et loc. cit.*, pág. 488.

El carácter de legal que tiene el régimen de comunidad de muebles y ganancias no lo eleva por encima de los otros posibles regímenes en Aragón, aunque esta misma opinión haya formado parte del desinformado conocimiento que sobre el mismo tenían quienes formularon y aprobaron la enmienda al artículo 41.1.º Ca en su reforma de 1985.

b) Problemas derivados de la reforma del artículo 41.1 Ca

La letra del artículo 43.1 es terminante, sin excepciones, impone que las deudas comunes, derivadas de los supuestos previstos en el apartado 1.º del artículo 41 y en defecto de bienes comunes, *obligan a ambos cónyuges solidariamente*, incluso en el supuesto de los gastos ocasionados por las atenciones recibidas por los hijos menores de uno solo de los cónyuges que no convivan con los obligados.

Para efectuar una primera aproximación a las consecuencias de esta afirmación podemos poner un ejemplo, nada insólito si vemos las frecuentes reclamaciones por impago de pensiones alimenticias. Clara, médico de prestigio y con ingresos conocidos, divorciada de Juan, ingeniero en paro y sin bienes propios conocidos, *reclama en vía judicial* de María, propietaria rústica por herencia de su difunto anterior marido, de profesión sus labores, esposa desde hace tres meses de Juan, sin haber convenido incautamente capitulaciones matrimoniales pactando la oportunísima, en el caso, separación de bienes y madre de cinco hijos de aquel que la favoreció en su testamento, el abono de 150.000 pesetas que le adeuda Juan, por la pensión alimentaria de Luis, hijo matrimonial de ambos y por el que fue condenado a abonar a la madre de éste 50.000 pesetas mensuales en concepto de alimentos, para lo cual traba embargo preventivo de los bienes rústicos de María.

¿Es posible que el Juez, en aplicación taxativa del artículo 43.1 Ca ordene la vuelta en pública subasta de tales bienes para que cobre la demandante su crédito por alimentos?

Con el texto y a la vista de las afirmaciones que al respecto se hicieron en las Cortes de Aragón, evidentemente sí. Ahora bien, el resultado sería no sólo grotesco, sino también injusto, antijurídico e incluso inmoral, por lo que parece que el espíritu de la ley hay que buscarlo en otra interpretación menos desaforada.

Ya he puesto de manifiesto con ocasión del comentario y estudio del artículo 41.1.º, cual creo que el alcance real del precepto y el papel que en él juega el dato, para mí, esencial de la convivencia y de la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges para delimitar el marco y la amplitud de lo que debe considerarse como familia, manteniendo el concepto *Casa*

como parámetro propio y tradicional del Derecho aragonés, para definir, a través de él, en la práctica, a qué tipo de familia resulta ser aplicable el artículo 41.1.º Ca y en su consecuencia directa el artículo 43.1 de la misma.

En todo caso, aunque se admitiera, **contra** esta posición, la versión maximalista de los enmendantes con éxito del repetidamente citado artículo 41, para dar lugar a la responsabilidad personal solidaria del cónyuge no progenitor del menor no conviviente, el acreedor por estas deudas debería de haber agotado, sin éxito material, todas las posibilidades de responsabilidad patrimonial que, en una regular aplicación del Derecho, se reviven de la sentencia, bien de divorcio, bien de reconocimiento de la filiación, que fije el deber y la cuantía de los alimentos debidos y se hayan perseguido los bienes de los natural y legalmente obligados a prestarlos. De lo contrario, y como he venido apuntando, se **habría** legalizado una injusticia material e incurrido en manifiesta inconstitucionalidad por violación de los artículos 14 y 39.3 de la Constitución de 1978.

c) Relación externa (solidaridad) y relación interna (contribución) de la responsabilidad personal prevista en el artículo 43.1

Es patente que **no** teniendo la masa común capacidad de relación jurídica autónoma, no puede ésta, en consecuencia, ser sujeto pasivo de una relación crediticia, aunque, como vengo repitiendo, no por ello deja de haber deudas que son comunes o consorciales y que deberían ser satisfechas con los bienes comunes. Esta caracterización es compartida por todas las deudas que se enumeran en el artículo 41. Ca y por las contraídas en la gestión de los bienes consorciales; ahora bien, las contenidas en el apartado 1.º del citado precepto, por tratarse de deudas relativas a los más elementales y primarios gastos de cada cónyuge y de la familia (*atenciones personales y cargas familiares «strictu sensu»*: las que requieren la mayor solvencia familiar conjuntamente considerada) el artículo 43.1 acrecienta la responsabilidad personal de los cónyuges ligando **solidariamente** a ambos, con independencia de quien contrajo efectivamente la deuda, si bien este fenómeno expansivo de la solidaridad legal tan sólo se da en defecto de bienes consorciales con lo que hacer frente al **adeudo**.

La estructura lógico-formal del precepto se desenvuelve en dos planos diferenciables: el del punto de vista que es propio del acreedor y el de la relación interna del matrimonio, si bien éstos tienden a confundirse.

El acreedor, parece en principio, debe dirigirse al cónyuge formalmente deudor para obtener la satisfacción de su crédito, y sólo en caso de no resultar satisfecho por él, con bienes propios o consorciales, podría agredir

indistintamente los bienes que pertenecen a la economía familiar, los de cualquiera de los cónyuges, porque la existencia y suficiencia o no de los consorciales es un dato perteneciente a la operativa interna del precepto y de la relación intramatrimonial.

En estos gastos la *solidaridad* nace tan pronto como se deja de cumplir voluntariamente, para el tercero acreedor se trata de una deuda verdaderamente solidaria de marido y mujer, con independencia de quién entró en relación crediticia con él, como señaló LACRUZ (60).

El hecho habitual de que un suministrador, normalmente de bienes y servicios de consumo, otorgue crédito no suele obedecer a la solvencia que merezca el cónyuge individualmente considerado que se acerca a su establecimiento, sino por el que le merece el conjunto de la economía familiar, en su apariencia externa, y en ello se ha basado y se basa el funcionamiento ordinario de la potestad doméstica. Ya que *no le incumbe* al acreedor desvelar la suficiencia o insuficiencia de los bienes comunes para atender a estas necesidades, éste es un dato interno de la economía familiar en el que un tercero al consorcio no puede ser obligado a tal conocimiento, le tiene que bastar la apariencia de solvencia externa que presenta el conjunto de la familia, su nivel de vida externo y la tipología del gasto que generó la deuda, datos éstos que sí pueden ser relevantes, pues *sí le incumbe* al acreedor demostrar que se trata de verdaderas y auténticas atenciones personales y familiares, precisamente por ello emplea el artículo 41.1.º el epíteto de *legítimas* referido a estas atenciones, es decir, debe saber si tales gastos se corresponden con el nivel económico y social de la familia tomada en su conjunto, si son calificables, para el criterio medio de apreciación, de *extraordinarios*, no cabe hablar con propiedad de ilegítimos, en este caso la posición del acreedor no será la derivada de la aplicación del artículo 43.1, sino la que corresponde a un acreedor privativo (artículo 46.1 Ca).

La relación interna, interconyugal, está expresada en el texto del precepto de forma tal que no ofrece la menor duda: *contribuirá cada uno por mitad*. Estamos en presencia de una respuesta directa de la norma a la estructuración en masas de los regímenes comunitarios ordinarios y a la propia razón de ser finalista de éstos; ya que en ellos la masa común no es propiamente un patrimonio acumulado de ganancias, lo será si arrojo superávit en la liquidación final, más bien se trata de un fondo para atenciones, precisamente a las que se refiere en términos generales el artículo 41.1.º Ca, funcionando como una cooperativa de consumo, por ello cuando este fondo carece de los recursos necesarios para hacer frente a tales gastos necesarios, se precisa la *contribución* extraordinaria de los

(60) LACRUZ: *Op. et loc. cit.*, pág. 742.

consocios con cargo a sus privativos y a partes iguales, pues estos gastos, aun las atenciones personales de cada cónyuge, no se individualizan ni por la vía de quien contrae la deuda ni por la de quien resulte ser el efectivo consumidor de los bienes y servicios adquiridos.

Ambos cónyuges están llamados por la norma a contribuir de forma directa e inmediata, pues ellos son el consorcio y así hubieran respondido si la deuda hubiera podido ser satisfecha con bienes comunes. Es indiferente, a este respecto, que atendida con bienes de uno éste reclame del otro la mitad que le corresponde antes de hacer el pago o contribuyan en la práctica en distinta proporción, ambos están sujetos y en idéntica medida al levantamiento de las cargas del matrimonio sin distinción de bienes y de posición económica individual, y ambos podrán repetir de la masa común, si ésta obtiene los ingresos necesarios.

Creo que en la relación interna, no obstante lo anterior, deberían tomarse en consideración la dedicación al hogar y a los hijos (atribuidas estas funciones de ordinario a la mujer) valorándolos como una auténtica contribución al levantamiento de las cargas familiares, con el fin de mantener con ello una verdadera igualdad económica entre los cónyuges.

C) Análisis del apartado 2.º: responsabilidad personal por las restantes deudas comunes

a) Encuadramiento y aspectos generales

La responsabilidad personal por las deudas comunes no contenidas en el artículo 41.1.º **Ca** plantea al intérprete tres interrogantes básicos: el de la fijación del supuesto fáctico sobre el que debe operar de ordinario el precepto; el del régimen de los otros supuestos posibles a los que se puede y debe aplicar el precepto; y, por último, el de cuándo procede la repetición sobre los privativos del cónyuge no interviniente en la relación generadora de la deuda.

El apartado 2 de este artículo 43 se construye simétricamente sobre los supuestos contemplados en el artículo 41 como cargas y deudas de la comunidad, salvo las ya tratadas del apartado 1.º del mismo; es decir, los supuestos de responsabilidad personal derivada de la contracción de débitos declarados comunes en los apartados 2.º, 3.º, 4.º y 5.º, los de este último con matices especiales derivados de su especial naturaleza, todos ellos del artículo 41 **Ca**. O sea, se contemplan, como punto de partida, aquellas actividades individualizadas de uno de los cónyuges propias de la gestión ordinaria de sus bienes privativos y del ejercicio de su profesión, el supuesto singular de las deudas por alimentos legales, amén de los

derivados de las actividades típicamente útiles al consorcio. Pero hay que tener en cuenta también que éstos no agotan, como es patente, ni los posibles supuestos generadores de cargas consorciales ni, en su consecuencia, las fuentes de responsabilidad personal de los cónyuges.

b) Régimen tipo de la responsabilidad personal

Este inciso primero del artículo 43.2 Ca se limita a establecer la afectación del patrimonio privativo del cónyuge que se obliga por deudas comunes en la hipótesis general del precepto de carencia o insuficiencia de activo de igual naturaleza; si bien, con el propósito claro de servir de pauta para todos los demás casos de deudas comunes.

La insuficiencia de bienes comunes de que parte el precepto no es, en modo alguno, presupuesto necesario para el nacimiento de la responsabilidad personal del cónyuge formal o materialmente deudor, no puede haber deuda consorcial sin que uno al menos de los cónyuges sea a su vez deudor, resulta este hecho más bien marco de contemplación de la *no propagación de esta responsabilidad personal al otro cónyuge*, salvo en las circunstancias específicas ya examinadas para el apartado 1 de este artículo.

El precepto no desvirtúa el principio general de que de las deudas consorciales responde el propio activo consorcial y el personal del cónyuge deudor; por ello el acreedor no tiene que señalar, en el caso de ejecución forzosa, para embargo primero los bienes consorciales y en su defecto los privativos del cónyuge deudor, ni investigar o probar la insuficiencia de los consorciales, puede proceder según le parezca o resulte más conveniente contra unos y otros bienes, lo que no puede hacer, de ninguna manera, es proceder contra los bienes privativos del cónyuge no deudor, cuya responsabilidad frente a tercero se limita a la mitad de los bienes comunes, si existieren.

Lo que tendrá que probar el acreedor, en el caso de que exista oposición por parte del cónyuge no deudor para el embargo de los bienes comunes o más allá de la mitad de los mismos, es que su crédito tiene la naturaleza de carga o deuda común por haberse generado dentro del ámbito contemplado en los apartados del artículo 41 Ca que ahora nos interesan, por ello el dato inicial de la inexistencia o insuficiencia de bienes comunes está contemplado en el precepto desde la perspectiva de las relaciones internas del consorcio y no desde las que son propias de los acreedores del consorcio (61).

(61) Es por ello errónea la posición de SANCHO-ARROYO, cuando afirma que «la

Esta manera de proceder del legislador enteramente lógica es consecuencia, una vez más, de la especial naturaleza jurídica de la masa consorcial y de su carencia de personalidad jurídica distinta de la personal de los cónyuges.

El cónyuge interviniente, en los supuestos tipo a los que responde directamente la letra del precepto, lo hace en la esfera de actuación que le es propia y para la que está legitimado con consecuencias positiva y negativamente consorciales, pero la consorcialidad del resultado no se propaga al patrimonio privativo del no interviniente, pues propiamente hablando y desde el punto de vista del sujeto *no hay deudas consorciales*, en este punto la *ratio* de la norma aragonesa no difiere en nada de la sentada en el artículo 1.369 CC para la sociedad de gananciales (62); lo que sí hace aquélla es abrir una importante vía para el restablecimiento inmediato del equilibrio entre las masas privativas de ambos cónyuges, regulando el marco y la posibilidad de repetición respecto del otro, lo que contribuye a hacer más relevante el carácter intrínsecamente comunitario de la economía familiar del régimen legal aragonés.

c) Otros supuestos de aplicación

- La responsabilidad personal derivada de la gestión conjunta

Como he hecho notar reiteradamente, en el tratamiento del pasivo del régimen legal no se ha contemplado directamente el endeudamiento del consorcio por la actuación conjunta de ambos cónyuges, sin duda por entender los legisladores, con razón, que este supuesto fáctico no requería de un específico tratamiento normativo, pues es evidente que obligándose conjuntamente, la responsabilidad se extiende a todo el conjunto de la economía familiar, o sea a las tres masas intervinientes.

Ahora bien, parece que no está suficientemente aclarada la naturaleza de la obligación nacida de esa actuación conjunta, cuestión sumamente importante en teoría y sobre todo en la práctica.

Para SANCHO-ARROYO este tipo específico de relación genera, sin ningún género de dudas, una *obligación solidaria*, porque la deuda le sería exigible a cada cónyuge por entero (63), sin duda influido por la redacción

formulación en el caso concreto no sería "siempre que no haya bienes comunes, puede al acreedor dirigirse contra los privativos del cónyuge que contrajo la deuda", sino "aunque no existan bienes comunes...", *op. et loc. cit.*, págs. 493 y 494.

(62) «De las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad responderán también solidariamente los bienes de ésta».

(63) «Si ambos cónyuges se obligaron conjuntamente, entiendo que externamente,

no muy afortunada por cierto, desde el punto de vista propio de la dogmática jurídica, del artículo 1.369 CC, y sin tener demasiado en cuenta que lo que en él se denomina *solidaridad* no se corresponde con los rasgos esenciales propios de la figura dogmática de las obligaciones solidarias propiamente dichas, ni en su estructura ni, en lo que aquí es más importante, en sus efectos; ya que se trata más bien de una extensión legal del patrimonio afectado o embargable por estos débitos, incluso si se quiere de una norma encaminada a impedir que el cónyuge no deudor pueda excepcionar al embargo solicitado por el acreedor por su mitad en los bienes comunes, dado que la naturaleza de la deuda era también común.

En el Derecho aragonés, en mi opinión, lo que está expresado en la norma es precisamente lo contrario a la conclusión a que llega SANCHO-ARROYO, en él no hay más supuesto de solidaridad que el previsto en el artículo 43.1 Ca; en los supuestos del número 2 de ese mismo artículo *no hay solidaridad*, ya se obligue uno solo de los cónyuges, ya lo hagan los dos expresamente, ya lo haga uno de ellos con el consentimiento expreso del otro. La directamente obligada, en todos los casos, es la masa consorcial y en su defecto (inexistencia o insuficiencia) las masas privativas de ambos por mitad de la deuda y hasta el límite de esa mitad, ya que el acrecimiento de la responsabilidad no se predica de las masas privativas, sino, en todo caso, de la consorcial, sin que el principio interno de contribución juegue en favor del acreedor, ya que este fenómeno legal sólo es predicable en favor del cónyuge deudor individual y para la relación interna, de otra forma carecería de sentido práctico distinguir entre relación externa e interna.

La diferenciación en la norma entre los números 1 y 2 del artículo 43 no se agota con la distinción en torno a la necesidad de demostración o no de la utilidad material en favor del consorcio derivada del desembolso efectuado por uno de los cónyuges por el pago de la deuda común, sino también en el tipo de ligazón solidaria en un caso e inexistente o mancomunada, según los casos, en el otro. La calificación de común que reciba la deuda no tiene la virtualidad de modificar la forma en que los sujetos efectivamente se obliguen, ni la de convertir la prestación debida en razón del objeto en una *obligación «in solidum»*, si aceptásemos como admisible este especial tipo obligacional entre nosotros.

No sólo es argumentable aquí que la relación de solidaridad tampoco se presume en el Derecho aragonés, como en los restantes Derechos patrios o de nuestro entorno jurídico-cultural, lo que tiene su propio peso nada desdeñable en la argumentación, es que además, y como ya he dicho, la

en la relación ante el acreedor, ambos serán deudores solidarios, ya que la deuda le sería exigible a cada uno de ellos por entero», *op. et loc. cit.*, pág. 493.

solidaridad en el precepto está predicada para otros supuestos que no son los que ahora nos ocupan. Si las obligaciones contraídas no son, en principio, solidarias, tampoco lo será la responsabilidad derivada de ellas, en su consecuencia los cónyuges responden por mitad respecto de aquello que no se pudo pagar con bienes comunes, a no ser que otra cosa se haya establecido en el título generador de la obligación.

Moviéndonos dentro de la lógica interna del precepto, debemos pensar que si la medida de *contribución*, en el caso del cónyuge no contratante, es la de la mitad del lucro efectivamente alcanzado por el consorcio, en el caso de intervenir ambos se podrá prescindir de la idea de utilidad en la relación interna, no cabe duda; pero no se puede deducir de ello que se borre el límite establecido de la mitad, de ninguna manera podría hacer suyo otro porcentaje distinto, por ello debe responder por la mitad dicha y no en ninguna otra proporción, mucho menos por el *todo*, pues el acreedor aquí si es tercero respecto de la relación interna derivada de la responsabilidad personal de los cónyuges por deudas comunes.

- Responsabilidad derivada de la actuación gestora de un cónyuge en la esfera privativa del otro

No es infrecuente que un cónyuge actúe en relaciones obligacionales que, en el puro terreno de la norma, corresponden al otro, y como ya manifesté, a propósito del comentario del artículo 24 Ca (contratos entre cónyuges), estas actuaciones no se pueden reconducir simple y llanamente al ámbito que es propio del mandato o de la gestión de negocios ajenos, porque en una economía concebida familiarmente la actuación no es la de un mandatario —no suele haber *contemplatio domini*— y mucho menos la de un gestor de negocios ajenos, pues hará suyos, por la vía de comunes, los gastos y los rendimientos, sino la que es tradicional y propia de un marido o de una mujer, más frecuentemente se dará la actuación del primero (64), por lo que cabe encontrarnos, aun hoy y pese a la redacción del artículo 51, inciso primero, Ca, con más frecuencia que la que cabe pensar en el medio urbano en el que nacen hoy las normas, a un marido agricultor, por ejemplo, que no se limita a labrar los campos privativos de su mujer, sino que decide personalmente (ante sí y por sí) su laboreo, es decir, los *gestiona*; y entonces es lógico preguntarse *quién responde* por las

(64) Es conveniente recordar aquí que el derogado artículo 49 Compilación disponía: 1. *El marido administrará los bienes privativos de la mujer, en tanto no se haya estipulado lo contrario o ella no recabe para sí la administración.* 2. *El poder de administrar lleva consigo el de realizar cuantas actuaciones judiciales y extrajudiciales exija su normal ejercicio.*

deudas derivadas de esta gestión en las específicas circunstancias de insuficiencia de los bienes comunes de que parte el artículo 43 Ca, bajo las normas actuales y en concreto dada la redacción de la disposición transitoria segunda de la Ley de 21 de mayo de 1985, que dice: *Serán aplicables los preceptos de la presente Ley sobre responsabilidad, gestión y disposición de los bienes consorciales y los privativos y sobre disolución de la comunidad legal, cualquiera que fuese la fecha de celebración del matrimonio.*

A mi juicio y en coherencia con la previsión legal de verdadera existencia de una economía familiar, la solución de estos problemas depende del comportamiento del cónyuge gestor no titular de los bienes administrados. Si la gestión generadora de la deuda se adecúa a la actividad que debe observar un buen labrador —en el caso del ejemplo de que partimos— conforme a los usos y circunstancias de los propios bienes y del lugar, habrá que convenir, conforme al espíritu del propio régimen, que la responsabilidad personal, en defecto de bienes comunes, *corresponde al cónyuge propietario privativo del bien*, pues sólo la masa común y sus propias tierras serían las directa o indirectamente favorecidas con un adecuado cultivo, sería absurdo recurrir al reintegro por enriquecimiento injusto para restablecer el inicial equilibrio entre las masas privativas; correlativamente será responsable el cónyuge gestor cuando no ha observado la conducta que cabría esperar de él, pues ese *standard* forma parte integrante de la *buena fe exigible*. Es decir, nos encontramos ante una materia en la que la responsabilidad personal por deudas comunes en ausencia o insuficiencia de bienes de este tipo depende de una prueba de hecho, aunque se parte de la presunción *iuris tantum* de que se ha administrado conforme a la buena fe, por lo que la prueba de la mala administración corre a cargo del cónyuge titular privativo.

d) La relación interna: contribución

La norma condiciona el derecho a repetir del otro cónyuge, por deudas comunes ordinarias, a que el cónyuge deudor *demuestre que la deuda redundó efectivamente en utilidad común*, a diferencia de lo previsto en el supuesto del número 1 de este artículo para el que no se requiere demostración alguna respecto de la utilidad, ésta se presume, es decir, para poder oponerse eficazmente el cónyuge requerido de contribución habrá de demostrar cumplidamente la *ilegitimidad* del gasto.

Es conveniente poner de manifiesto que los términos *utilidad común* de este artículo 43 no tienen el mismo valor jurídico que la expresión *actividad útil a la comunidad* del artículo 41.5.º Ca. En este precepto la

utilidad, remarcada y mediatizada por el adverbio *efectivamente*, es sinónima de provechosa, es decir, se requiere que haya producido ingresos reales y efectivos para el consorcio y no que se trate de una de las incumbencias propias del gestor con efectos presumiblemente beneficiosos para el consorcio. Se trata de que a pesar de producirse ingresos en la masa común, éstos son insuficientes para cubrir los gastos que sobre ella gravitan, por lo que es necesaria la contribución del cónyuge no deudor para restablecer el equilibrio entre las masas e impedir el empobrecimiento injusto, en este caso, de la masa privativa del deudor, porque los ingresos de la actividad generadora de la deuda entraron efectivamente en comunidad.

Cabe preguntarse en estas específicas circunstancias si la contribución exigible tiene como verdadero montante la mitad de la deuda sin más, como parece deducirse en una primera lectura del precepto, o si esta contribución debe matizarse, de un lado, a no sobrepasar la mitad total del débito, en tanto que de otro, a que a su vez no rebase la mitad también de los ingresos efectivos del consorcio en razón de la deuda. Es decir, teniendo siempre presente la utilidad contable.

Aunque parece lógico que sea esta segunda acepción la que más cuadra a la lógica interna del precepto, la dureza de la conclusión es, a mi juicio, contraria a las exigencias de existencia de una economía familiar. Opino, por el contrario, que la llamada de la norma a la utilidad común viene referida a la actividad en su conjunto seguida de aprovechamiento, pero no a la cuantificación de éste. Se quiere enmarcar y distinguir, según veo el problema de fondo, lo que de privativo pueda haber en el endeudamiento, es decir, separar el régimen de aquellas relaciones crediticias que deben disciplinarse por el artículo 46 Ca (*deudas privativas posteriores*), respecto de aquellas otras que deben disciplinarse conforme a las pautas comunitarias del artículo 43.2 Ca.

En consecuencia, creo que lo que se requiere demostrar para que haya lugar al derecho de contribución es que la deuda no sólo era de naturaleza común, sino que produjo beneficios para el consorcio, y que esta contribución debe cifrarse, por su carácter común, en la mitad del débito y no del beneficio obtenido por el consorcio. Me parece que, en esta materia, los casos más frecuentes de discrepancia procederán como consecuencia de aquellas inversiones en las que los aspectos *privativos* y comunes se encuentran fuertemente entremezclados, en los que administración ordinaria y extraordinaria se superponen, y que será aquí donde la regla de efectivo beneficio directo para la masa común cobre especial relevancia, por ser ésta y no otra la razón de ser de la norma.

DEUDAS EXTERNAS A LA RELACION CONSORCIAL

Deudas por razón de sucesiones y donaciones

Artículo 44. Las deudas y cargas de las sucesiones y donaciones se hacen comunes hasta donde alcance el valor de los bienes heredados o donados que recaigan en la comunidad.

Deudas anteriores al matrimonio

Artículo 45. Las deudas de cada cónyuge anteriores al matrimonio sólo gravan los bienes comunes hasta donde alcance el valor de los aportados por él a la comunidad.

A) Aspectos generales comunes a ambos artículos

El tratamiento conjunto de ambos preceptos se ve favorecido por la estructura conjunta que nos muestra esta *Sección 3.^a*, en la que como hemos podido comprobar prima el aspecto gestorial (subjetivo si se quiere) sobre el puramente patrimonial, aunque esta orientación resulta atemperada, en todo caso, por el resultado finalista, conforme al tratamiento ético que se deriva del principio contenido en el brocardo *ubi emolumentum, ibi onus* que realmente se encuentra en la base del mismo.

Esta conveniencia, ahora meramente sistemática y pedagógica, estuvo clara en todo momento para los autores aragoneses (65) de los Anteproyectos de Compilación que propusieron el siguiente texto:

«Las deudas de cada cónyuge anteriores al matrimonio sólo gravan los bienes comunes hasta la concurrencia de los aportados por él al casarse.

Las cargas y deudas de las sucesiones y donaciones son deudas comunes hasta donde alcancen los bienes heredados o donados que recaen en la comunidad.

La responsabilidad del fondo común no excluye en ningún caso la responsabilidad subsidiaria del cónyuge deudor.»

No resulta fácil dar razón hoy de la división operada posteriormente en dos preceptos separados y mucho menos de la supresión del párrafo

(65) Anteproyecto del seminario artículo 109 y de los de la Comisión de jurisprudencia aragonesa, artículo 113 (julio 1962) y artículo 110 (julio 1963).

final del artículo proyectado, en el que, como puede verse, quedaba mucho mejor perfilada la separación posicional entre deuda y responsabilidad en estos concretos supuestos.

El actual planteamiento, válido tanto para el tratamiento conjunto propiciado por los Anteproyectos aragoneses como para el separado previsto en los Anteproyectos del Poder central y de la norma aprobada hoy vigente, tiene en su configuración normativa dos fundamentos esenciales: uno, el de equiparar absolutamente a los cónyuges en materia de cargas (lo que no ocurría en los antecedentes históricos sobre todo desde que se generalizó una interpretación literal de la manifestación de que el marido es *dueño y señor de los muebles*); y otro, el de evitar enriquecimientos sin causa en favor del consorcio o, si se quiere y con mayor precisión, evitar empobrecimientos injustos de las masas privativas de los cónyuges que resulten deudores.

Es por ello por lo que cabe afirmar que la aplicación directa de los artículos 44 y 45 Ca depende de que se den conjuntamente en el supuesto de hecho de que se trate dos notas: una, la actuación individualizada del cónyuge deudor en su propio interés, y la otra, más capital, que se produzca ingreso efectivo de bienes en el activo consorcial procedentes de tal negocio.

En los textos proyectados y en el aprobado, el aspecto que se debe destacar es el de la responsabilidad y no precisamente el de deuda, pese a la letra del artículo 44 Ca que nos dice que «*las deudas... se hace comunes...*», lo que induce fácilmente a error (66), ya que no hay en ningún momento una novación subjetiva en la relación obligatoria originaria, sino más bien un efecto modificativo de la responsabilidad encaminado a mantenerla inalterada. En el texto de los Anteproyectos aragoneses se dice que «*son deudas comunes hasta...*» por mimetismo tal vez inconsciente del artículo 51 del Apéndice que se trataba de derogar: aquí sí había novación parcial, porque quien tenía que pagar era el marido aunque la deuda fuese de su mujer —en el texto son constantes las referencias al cónyuge deudor—, esto ahora no ocurre, sigue debiendo quien debiere antes de la vigencia del régimen matrimonial legal herede, aunque pague con bienes que se han hecho automáticamente consorciales; transformar la relación de crédito-deuda traería otras muchas consecuencias que jamás se han tenido ni tan siquiera en cuenta por los mejores especialistas en la materia.

(66) SANCHO-ARROYO nos dice: «Si se hacen comunes es porque, en un principio no lo son; pero pueden serlo porque los bienes muebles no comprendidos en la enumeración que recoge el artículo 39, se hacen también comunes aunque hayan sido adquiridos por uno solo de los cónyuges antes del matrimonio o, con posterioridad a su celebración, a título gratuito». *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales*. Edersa, t. XXXIII, vol. 1.º, pág. 500.

En la formulación de los Anteproyectos aragoneses, siguiendo sólo hasta cierto punto el sentido último en que se inspiraba el artículo 51 del Apéndice (67), la responsabilidad inmediata recae en primer lugar sobre la masa consorcial enriquecida y en segundo lugar sobre la masa privativa del cónyuge deudor; para los textos vigentes puede resultar dudosa, como mínimo, la primacía de la responsabilidad de la masa consorcial sobre la privativa del cónyuge deudor. Dos posiciones podrían construirse a la vista del contexto en que se desenvuelve el tratamiento del pasivo en esta Sección 3.^a: una, con inspiración directa en el régimen de las deudas privativas constante la comunidad (art. 46 Ca), por la que se haría responder en primer lugar a la masa privativa del cónyuge deudor; además, la masa consorcial, en caso de insuficiencia de la anterior, respondería directamente hasta el límite del valor del enriquecimiento que para ésta se ha derivado de la relación de la que resulta la deuda; y, por último, el acreedor podría agredir esta misma masa, también en el caso de insuficiencia para cubrir su crédito, hasta el límite de la mitad que corresponde en ésta al cónyuge deudor. La otra, inspirada en la interpretación analógica *a contrario* del régimen de responsabilidad personal que se predica para las deudas comunes (art. 43 Ca), aquí la responsabilidad se basaría en la relación de solidaridad entre la masa privativa del deudor y la consorcial hasta el límite del enriquecimiento de ésta, apareciendo una responsabilidad subsidiaria de la masa consorcial, en caso de insuficiencia de las primeramente responsables, también limitada a lo que en ella corresponde al cónyuge deudor, es decir, sin perjudicar, en modo alguno, los intereses directos del cónyuge no deudor en el consorcio.

La primera solución —que pudo estar en la mente de los redactores del Anteproyecto de la Sección especial de la Comisión de Codificación por su relativa similitud con la solución aportada por el antiguo artículo 1410 CC (68) para la sociedad de gananciales— está ciertamente en contra de los antecedentes históricos aragoneses (69), aunque éstos no hayan sido del todo estables y 'hayan sufrido una deformación paulatina

(67) Art. 51 Apéndice: «Incumbe al marido satisfacer las deudas anteriores al matrimonio suyas o de su mujer...».

(68) Art. 1410, párrafo primero, CC: «El pago de las deudas contraídas por el marido o la mujer antes del matrimonio no estará a cargo de la sociedad de gananciales».

No obstante, en caso de abono con cargo a los gananciales por insuficiencia de los parafernales habrá lugar a reembolso al tiempo de la liquidación (párrafo tercero del mismo artículo).

(69) Al respecto hay que tener en cuenta, como veremos más adelante, que ninguna de las soluciones mantiene las oscuras, difíciles y poco pacíficas soluciones históricas, sobre todo por los cambios sociales en la valoración del papel de la mujer en el contexto de la economía consorcial.

en cuanto a su interpretación crecientemente favorable al refuerzo del papel preponderante del marido en el consorcio, pero sobre todo resulta esta interpretación contradictoria con la sistemática general del tratamiento del pasivo en la Compilación. Además, para que fuera válida tal postura interpretativa no era preciso mantener normas específicas para las deudas derivadas de sucesiones y donaciones y para las antenupciales, más bien todo lo contrario, habría bastado con remitirlas al tratamiento general de las deudas privativas postnupciales previsto en el artículo 46 Ca.

Es más bien la segunda interpretación la que entiendo correcta. La *vatio* interna de los dos preceptos se encamina a dejar claro, frente a las oscuridades del Derecho histórico y las complejidades innecesarias del Apéndice, en primer lugar, la privatividad del débito, éste no se hace común por el efecto automático de la consorcialidad de los muebles que era propio del régimen y sigue siéndolo aunque de forma atenuada y, en segundo lugar, a manifestar la responsabilidad directa pero limitada de la masa consorcial, en la medida misma de su enriquecimiento.

No puede verse, en modo alguno, en ello un efecto anticipado de las relaciones intermasas, porque tales débitos normalmente satisfechos con numerario consorcial dan lugar a los correspondientes reintegros, en caso de exceder al enriquecimiento medido en valor de la aportación efectuada a la masa consorcial.

Los preceptos pretendían en su redacción originaria, parece claro que ahora también lo pretenden mantener, pese a la supresión desafortunada, a mi juicio, del párrafo tercero proyectado, la solución a la que apuntó en su día GIL BERGÉS inspirador directo del artículo 51 del Apéndice, pero obviando con la nueva redacción los inconvenientes formales y materiales que para el mismo y para sus antecedentes históricos pusiera de manifiesto y denunciara, con lujo de detalle, ALBALATE (70).

No se trata de revivir sin más la vieja y más que dudosa regla generalizada en el *Coutumier de la France de qui épouse le corps, épouse les de lles* que se creyó convenía a todos los regímenes económico-matrimoniales de comunidad de muebles y adquisiciones (71), en virtud de la cual no quedaban excluidos de la comunidad prácticamente ninguno de los bienes muebles habidos en la economía familiar, aunque éstos fueran pasivos; se trata, por el contrario, de adoptar el sistema más sencillo posible de deslinde de responsabilidades, desdeñando los históricos inconvenientes de la borrosa distinción tradicional entre deudas mobiliarias y deudas inmobiliarias, se adopta en consecuencia una solución que se man-

(70) G. ALBALATE GIMÉNEZ: «El pasivo de las masas patrimoniales en la comunidad conyugal aragonesa...»

(71) POTHIER: *Traite de la Communauté*, núm. 233.

tiene atenta a la justicia del caso, ya que favorece el equilibrio entre las masas; la responsabilidad consorcial se extiende hasta la medida en que esta masa se enriqueció, es decir, responde por aquello que, en principio, no tenía por qué entrar en ella, objetivada por su cómputo en *valor*, criterio ciertamente paradigmático en los principios básicos de la Compilación para el régimen económico-matrimonial.

No puede afirmarse de modo general, como lo hace SANCHO-ARROYO (72), con referencia a los trabajos de BATALLA, que la aplicación «ha de ser forzosamente muy escasa, ya que los bienes muebles que *necesariamente* han de recaer en la comunidad no podrán ser de valía muy grande, puesto que todos aquellos que pudieran tener alguna relevancia caen dentro de la presunción muebles por sitios, establecida en el artículo 39, quedando, por tanto, excluidos de la comunidad», pues hay que tener presente que, en primer lugar, la disposición transitoria primera de la Ley de 8 de abril de 1967 establece que la disciplina propia de este artículo 39 no es de aplicación para los matrimonios contraídos con anterioridad a la entrada en vigor de la Compilación, por lo que la comunidad de muebles es mucho más extensa e importante hoy por hoy de lo que se deduce del texto del citado comentarista; en segundo lugar, hay que tener también presente que la presunción de muebles por sitios admite pacto en contrario y éste no tiene por qué ser capitular, sirve el acuerdo formal para un bien o grupo de bienes en concreto tomado en el momento de la adquisición; y, en tercer lugar, debe tenerse en cuenta que pese a la amplitud con que se concibe la prueba documental sobre la *privatividad* del dinero, será frecuente la confusión de éste en la masa consorcial —entre otras razones para protegerse de la presión fiscal desmesurada, cuando no injustificada, en materia de donaciones y sucesiones— y hay que tener en cuenta la posibilidad de existencia de documentaciones defectuosas sobre las deudas antenupciales que nos ocupan. Por todo ello el papel de estos preceptos, que podrá ser progresivamente menor en el futuro, es hoy relevante, sobre todo en el momento de la liquidación del régimen.

El acreedor de uno de los cónyuges por una relación de crédito antenupcial o derivada de una sucesión o donación puede perseguir, en caso de ejecución forzosa, el conjunto de bienes pertenecientes a la masa privativa del cónyuge deudor, desde luego, y los consorciales, sin que el cónyuge no deudor pueda oponerse a la traba de los mismos, sino cuando rebasen éstos en el valor de la mitad de la masa consorcial que al otro corresponde incrementada precisamente con aquello que se hubiera enriquecido por la relación que da lugar ahora a la ejecución forzosa.

(72) SANCHO-ARROYO: *Comentarios...*, Edersa, t. XXXIII, vol. 1, págs. 500 y 501.

B) Tratamiento de las deudas por razón de sucesiones y donaciones

a) Antecedentes históricos del artículo 44 de la Compilación

Como apunta ALBALATE (73) no hay en el Derecho positivo histórico aragonés fuero alguno que se haga eco de este problema que es más entrevisto que propiamente enfocado por las observancias: en concreto, las 33 y 47 *de iure dotium* (74), siendo esta última la que, de forma más bien parcial, trata de aportar alguna solución directa al problema, aunque para ello se sirva de la vía indirecta de reafirmar que los inmuebles donados o legados no entran en la comunidad, por lo que las cargas (donaciones o legados modales) serán de cuenta del donatario o legatario, y si éstas se satisfacen con bienes consorciales, el cónyuge no beneficiario de la liberalidad modal tiene un crédito pagadero a la disolución del consorcio por la mitad del importe de la carga o sobre la mitad de los bienes lucrados.

La solución de la observancia 47 *de iure dotium* es seguida por ANTICH DE BAGES, MOLINO y PORTOLÉS y contestada en cuanto a la opinión por MARTON y SANTAPAU, en cuanto prescinden, creo que con buen criterio, de la posibilidad de tener el cónyuge no beneficiario del lucro derecho a la mitad de los bienes lucrados por el otro, pues, a mi modo de ver, lo que pretende resolver la observancia en cuestión es el problema liquidatorio, como la trata DIESTE (75). Todo ello inclina a pensar que la cuestión de hecho efectivamente resuelta por la observancia 47 *de iure dotium* consiste en un negocio mixto de compra con donación al que apunta el comentario de NOUGUÉS, el cual advierte que para que el bien sitio sea propio del cónyuge adquirente tiene que reintegrar, en el momento de disolución del

(73) G. ALBALATE: *Op. et loc. cit.*, pág. 211.

(74) 33. «Si legatum pecuniae relinquatur uxori, maritus habet ius in illo legato, videlicet medietatem; quia est mebilis, & in aliis debitis quae debantur uxori; & poterit petere illud legatum maritus, etiam invita, & reclamante uxore, medietatem ratione suae partis quam habet, & medietatem ratione administrationis quam habet, cum maritus sit dominus, & administrator rerum mobilium, & ita est ius sibi acquisitum in illa medietate ratione administrationis; & ita etiam potest petere proprietatem rei immobilis ratione viudetatis, quam in eis habet tenere, & sic servatur in quamcumque alia remibili, & immobili, licet non sit legata, si proprietas pertineat ad uxorem ex quamcumque causa, quia maritus eam potest vindicare, etiam post mortem uxoris, licet eam non possiderit constante matrimonio inter eos, & sic est idem in uxore».

47. «Si pro legato, aut donatione rei immobilis facia viro aut uxori cum onere solvendi certam quantitatem pecuniae, alter earum de bonis communibus dictam quantitatem solverit, & sic rem a acquisiverit, soluto matrimonio illius, cui non est facia donatio, vel legatum, habebunt medietatem illius pecuniae vel rei, quam maluerit dare elle, vel haeredes illius oui facta fuerit donatio vel legatum. Idemsi res aliterius coniugum cum pecunia communi fuerit redempis».

(75) DIESTE: *Op. et loc. cit.*, pág. 556.

consorcio, la mitad de lo efectivamente pagado por el consorcio. La liberalidad, en el caso, marca el destino del bien —la masa privativa del atributivo de la liberalidad—, pero sin que ello sirva para empobrecer en nada la masa consorcial. Es por ello por lo que la solución de hacer responder a la masa consorcial en la misma medida de su enriquecimiento, como regula el precepto, viene a esclarecer el verdadero tratamiento histórico de la cuestión.

El actual artículo 44 Ca, que carece de otros antecedentes históricos que los reseñados, pues de esta materia no se ocupan ni los Proyectos de Apéndice ni el propio Apéndice, se inspira en el antiguo régimen económico-matrimonial legal francés con el que el nuestro guardaba una estrecha relación de identidad de propósito, y cuyos artículos 1.411 y 1.412 (modificados por Ley de 22 de septiembre de 1942 (76) y hoy derogados) disponían:

«1.411. *Les dettes des successions purement mobilières qui son échues aux époux pendant le mariage sont, pour le tout, à la charge de la communauté*», y

«1.412. *Les dettes d'une succession purement immobilière qui échoit à l'un des époux pendant le mariage ne sont point à la charge de la communauté, sauf le droit qu'ont les créanciers de poursuivre leur paiement sur les immeubles de ladite succession*».

La comunidad no tiene por qué soportar más deudas sucesorias que las que se derivan de la propia medida de su enriquecimiento en términos de valor efectivamente recibido.

b) Bienes que pueden perseguir los acreedores

No cabe hoy diferenciar los supuestos en que sea atributivo de la liberalidad el marido respecto del caso en que lo sea la mujer que mantuvo durante mucho tiempo ocupada la doctrina, para dejar bien sentado que siendo beneficiario el marido no podrán agredirse por los acreedores los bienes raíces de la mujer ni la mitad de los consorciales inmuebles que a

(76) Esta ley resumió en un solo precepto todos los supuestos tratados en los artículos 1.411 a 1.418 originales, en el que se disponía: «*Les dettes des successions échues aux époux pendant le mariage sont à la charge de l'époux qui succède dans la mesure où les biens de la succession lui demeurent propres, et à la charge de la communauté dans la mesure où celle-ci les recueille.*»

Si une partie seulement des biens compris dans la succession demeure propre à l'époux qui succède, tandis que l'autre partie entre en communauté, la charge de dettes de la succession se partage entre l'époux et la communauté, proportionnellement à la valeur des biens recueillis.»

ella le correspondan, con la inconsecuencia de poder embargar todos los muebles, por la aplicación, a todas luces abusiva, de la convicción de que el marido es dueño de los muebles consorciales. El tratamiento actual para ambos cónyuges es, en cierto modo, similar al que resultaba aplicable con la legislación anterior para el caso en el que era la mujer atributiva de la liberalidad.

Resulta conveniente, pues, distinguir en esta materia el supuesto de la herencia con deudas respecto de los del legado y la donación modales, toda vez que conforme al artículo 138 Ca de las deudas hereditarias tan sólo se responde con el caudal relicto, sin que para ello se requiera la formación de un inventario, o lo que es más importante para el caso que nos ocupa: «la confusión de patrimonios no se produce en daño del heredero ni de quienes tengan derechos sobre el caudal relicto».

Los acreedores de una herencia que haya beneficiado a uno de los cónyuges pueden dirigirse contra los bienes heredados inmuebles (y, por tanto, privativos del heredero) o contra los bienes consorciales comunes hasta el valor de los bienes muebles heredados que hayan entrado a formar parte de la masa consorcial, quedando libres de tal responsabilidad los privativos no hereditarios del cónyuge no heredero y todos los consorciales restantes. Desde luego si las cargas hereditarias se levantan con numerario o bienes consorciales, por decisión conjunta de los cónyuges y a conveniencia de la economía familiar, la masa consorcial deberá ser reintegrada de tal pago deducido el valor de los muebles confundidos o ingresados en la masa consorcial procedentes de la herencia.

Los acreedores de cargas con que se hayan gravado legados y donaciones pueden hacerlas efectivas sobre los bienes privativos del beneficiario o sobre bienes consorciales, hasta el límite de lo lucrado por el consorcio, si bien en caso de hacerse efectiva la deuda en su integridad con bienes privativos del beneficiario, éste tendrá derecho de reembolso frente a la masa consorcial por el importe íntegro si es menor su valor al de los muebles convertidos en bienes consorciales o hasta el límite de su valor si el *quantum* satisfecho con privativos fuere mayor.

No existiendo afortunadamente en el ordenamiento regnícola un precepto equivalente al artículo 1.353 CC y estando hoy plenamente equiparados en el régimen legal marido y mujer carece de interés específico el estudio de las liberalidades que tengan como beneficiarios a ambos cónyuges, pues en este caso la masa consorcial responderá hasta el límite de lo recibido en valor y cada una de las masas privativas en la proporción en que cada cónyuge haya sido favorecido por la liberalidad.

C) *Tratamiento de las deudas antematrimoniales*a) *Antecedentes históricos del artículo 45 de la Compilación*

ALBALATE subraya con tintes negros la oscuridad de los antecedentes en la materia con estas palabras: «Ni el Derecho aragonés histórico ni el actualmaente vigente (el Apéndice) son precisamente, a este respecto, un dechado de claridad. En general, se observa con bastante nitidez que el Apéndice ha seguido las orientaciones que se pueden clasificar de clásicas en nuestra legislación tradicional. Mas, pese a esta fidelidad histórica, la actual legislación aragonesa no puede ni debe mantenerse. No es suficiente, pues, una nueva aclaración de los puntos oscuros que ofrecen los artículos 51 y 57, regla tercera, de nuestro Apéndice. Se impone, por el contrario, una revisión a fondo, que los ponga más de acuerdo con las presentes circunstancias económicas, sociales y jurídicas, tan distintas a las que se daban en los tiempos de los fueros y de las observancias» (77). Programa que se cumplió con la promulgación de la Compilación.

El propio ALBALATE ha puesto de manifiesto la presencia en los vestigios históricos de radicales diferencias de tratamiento de las deudas antenupciales: la de VIDAL DE CANELLAS (78) y la que nos ofrece ANTICH DE BAGES (79). Para el primero las deudas antenupciales de la esposa no son carga consorcial, en tanto que para el segundo, con repercusión directa de su opinión en la observancia 22.^a *De rerum amotarum*, sí hay responsabilidad de los bienes consorciales, aunque resulte discutible el grado en que ésta se materializa. Analizando estas soluciones, al menos aparentemente, contradictorias LACRUZ llega a la conclusión, para el Derecho antiguo, de que «las deudas contraídas con anterioridad al matrimonio deben equipararse a las delictuales y pueden ser hechas efectivas por los acreedores sobre los bienes privativos de cada cónyuge y sobre la mitad que les compete en los muebles y en los inmuebles comunes» (80).

Es bajo la recepción de las técnicas de tratamiento y análisis del Dere-

(77) ALBALATE: *Op. cit.*, pág. 12.

(78) «aquestas espensas, con las deudas ensemble que marido e muller fizieron demientre que biuieron, deuen seer treitas ante la particion, asi empero que, si non son otros bienes en casa ont aquestas espensas puedan seer pagadas, *deuen seer pagadas d'aquellos bienes que deue prender en avant part aquel qui remanece biuo*», edición de G. Tilander, n. 222.

(79) «*maritus, pro debitis contractis per uxorem ante matrimonium tenetur et est perurgendus solvere, vel medietatem mouilierum et locrorum omnium tenetur dare in solutum creditoribus et remuntiare iure viduitatis in bonis quae habere debebat*», ms. 166, Biblioteca Univ., Zaragoza, fol. 216.

(80) LACRUZ: «El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón», separata ADA, 1949, pág. 113.

cho común europeo en nuestro reino, cuando de la mano de JAIME DEL HOSPITAL se llega a afirmar que las deudas antenupciales de la esposa deben pagarse de los bienes comunes porque los muebles se hacen comunes. Esta es la orientación que se materializa en el texto de la observancia 2.^a *De rerum amotarum*: «Item, si mulier ante contractum matrimonium contra xerit a *liqua* debita, pro illis: potest fieri executio in bonis mobilitus comunibus, sivi et viro suo cum pro post contra xerit matrimonium» y se afirma asimismo que la mujer está obligada a pagar las deudas antematri-moniales del marido o deberá, en su defecto, abandonar los bienes de éste (Observancia 16.^a *De iure dotium*).

Estas divergencias de tratamiento llaman la atención de los comentari-stas y señalan la desigualdad de tratamiento entre marido y mujer que este régimen impone, afirmando que es básicamente contrario a la regla *vir et uxor licet de foro non debent iudicari ad imparia* (fuero único. *De reus quas mortis prima uxore*) y a las tradiciones jurídicas regnícolas. En esta línea se sitúan MOLINO, PORTOLÉS, DE LA RIPA y MOLINOS, mani-festando éste que debe aplicarse al caso el Fuero 7.^o *De homicidio*. «Si autem pro debitis viri fiat executio, et mulier non sit obligata, dabitur mulieri provisio de bonis, et habet dotes suas, et et bono sua salva, nec ha-bebit partem mobiliu» y la Observancia 31.^a *De iure dotium*: «Si aliqua res mobilis duerit obligata per virum, mortuo viro, uxor tenetur solvere medietatem debiti, licet non fuerit obligata, si vult illius rei mobilis habere medietatem, alias nihil habebit».

DIESTE nos hace ver como acaba materializándose, desde la perspectiva precedente, una radical desigualdad entre marido y mujer en materia de deudas antenupciales, basta para ello con contraponer estas dos afirma-ciones: primera, «no es deuda propia de sólo el marido, sino común, la contraída por éste antes del matrimonio, cuyo producto o capital existiere al tiempo de la división. La mujer está obligada a pagar las deudas con-traídas por su marido antes del matrimonio; o de lo contrario, a hacer cesión de los bienes de aquél, aun cuando no le queden bienes propios suficientes para su subsistencia» (81). Segunda, «por las deudas contraídas por la mujer antes del matrimonio, pueden ser ejecutados los bienes mue-bles comunes. Los bienes sitios comunes no pueden ser ejecutados en perjuicio del dominio que el marido tiene en la mitad y de la viudedad que le compete en la otra mitad» (82).

En la explicación que al respecto nos dan MARTON y SANTAPAU queda claro que aunque las deudas antenupciales no forman parte del pasivo consorcial, pueden hacerse efectivas sobre los bienes muebles, con-

(81) DIESTE: *Diccionario...*, pág. 541.

(82) DIESTE: *Diccionario...*, pág. 542. Los subrayados son del autor.

sorciales por definición, según se sigue de la doctrina de las Observancias 57.^a y 64.^a *De iure dotium*.

Por su parte ISABAL, en pleno proceso de adaptación del Derecho histórico aragonés a la Codificación civil del Derecho castellano, se plantea si el contenido de la Observancia 2.^a *De rerum amotarum* para con las deudas antenupciales de la mujer debe ser aplicable a las de igual naturaleza del marido y lo resuelve diciendo «estimo razonable la aplicación de la observancia igualmente a las deudas del marido que a las de la mujer» (83).

El Apéndice, siguiendo a GIL BERGÉS, resolvió en su artículo 51 que «*incumbe al marido satisfacer las deudas anteriores al matrimonio, suyas o de su mujer, y a ello destinará preferentemente los bienes comunes de naturaleza mueble. La carencia o deficiencia de éstos se suplirá con los raíces o inmuebles que el deudor haya aportado al matrimonio o con los que haya adquirido durante éste a título lucrativo, aunque darles tal aplicación perjudique la viudedad expectante del otro consorte. Si el cónyuge deudor carece de bienes inmuebles y los hay comunes, únicamente contra la mitad que de éstos corresponde a aquél se podrá proceder para el pago de las deudas, y se dejará a salvo el derecho expectante de viudedad a favor del otro consorte*», aunque con este texto se resuelve el problema de la desigualación de trato entre cónyuges debida al Derecho histórico último, como pone de manifiesto ALBALATE el texto sigue hasta en sus más elementales deficiencias de las soluciones históricas ya apuntadas, y sigue sin resolver los problemas de fondo que se plantean en la materia, lo que le merece este atinado comentario: «...ni siquiera puede advertirse sin dificultad en el precepto ... una distinción entre pasivo mobiliario e inmobiliario que,..., tanto simplificaría las cosas en el momento de su aplicación práctica: y, más todavía, tratándose de deudas de la mujer, las dificultades pueden multiplicarse si no se hace constar que, dada su posición en la comunidad, es necesario probar que las obligaciones fueron contraídas precisamente con anterioridad a la celebración de las nupcias, ya que en otro caso, se desvirtuaría el principio general que le prohíbe obligar durante el matrimonio el activo común» (84).

PALA MEDIANO puso el dedo en la llaga respecto de las limitaciones intrínsecas y de las contradicciones que suponía el artículo 51 del Apéndice construyendo un ejemplo a través del cual destaca la disminución de las garantías que para los acreedores de ambos cónyuges supuso la limitación de la responsabilidad sobre los inmuebles comunes por deudas antenup-

(83) M. ISABAL: *Exposición y comentario del cuerpo legal. Fueros y observancias del Reino de Aragón*, Zaragoza, 1926, pág. 486.

(84) ALBALATE: *Op. cit.*, pág. 25.

ciales bajo el Apéndice (85), y concluye: «Ciertamente que la regla del Derecho antiguo se halla establecida en beneficio del cónyuge no deudor, a quien su cónyuge puede engañar acerca del estado de su fortuna y singularmente de su pasivo. Pero, si merece protección el cónyuge no deudor, su interés, opuesto ... al de los acreedores de su consorte que tienen un derecho y un interés anterior, debe ceder en beneficio de estos últimos».

b) Análisis del artículo 45 de la Compilación

La materialidad del texto compilado atiende de forma fundamental a la superación de los problemas que, en su día, detectara PALA para el artículo 51 del Apéndice. La responsabilidad por las deudas antenupciales de cada cónyuge recae básicamente sobre sus privativos, pues tales deudas no son en modo alguno parte del pasivo consorcial, y sólo alcanzan a la masa consorcial de forma directa en la medida y valor en que ésta se haya enriquecido por la aportación de bienes por el cónyuge deudor.

Ello no quiere decir que los acreedores no puedan, en vía de ejecución forzosa cobrarse con bienes consorciales, pues a este respecto es de aplicación a esta clase de débitos lo dispuesto con carácter general en el artículo 46.1 Ca para las deudas privativas que es el carácter que en definitiva les conviene. El texto se encamina de forma expresa a dejar eficaz constancia de que, frente a las deficiencias del Derecho histórico esclarecidas por PALA, LACRUZ y ALBALATE, los derechos de los acreedores antenupciales sobre los bienes aportados por el cónyuge deudor a la comunidad son anteriores y preferentes a los de ésta y a los que pudieran corresponderle sobre los mismos bienes al cónyuge no deudor.

El texto tiene el acierto de no distinguir entre bienes muebles y sitios aportados, aunque en el sistema de comunidad específico de este régimen legal serán de ordinario bienes de naturaleza mueble.

Para los restantes aspectos nos remitimos al comentario conjunto que para el precepto que nos ocupa y para las deudas derivadas de donaciones y sucesiones (art. 44 Ca) hemos efectuado más arriba.

(85) PALA MEDIANO: «Posibles aplicaciones del principio de igualdad jurídica entre los cónyuges en una nueva ordenación del Derecho aragonés», *ADA*, 1949-50, pág. 37. «Uno de los cónyuges posee al tiempo de contraer matrimonio valores, créditos, etc.; en suma, bienes muebles de cierta importancia que en el régimen legal de la comunidad se harán comunes. Si después de contraído matrimonio se invierten tales bienes o el producto de su venta en la adquisición de inmuebles, éstos tendrán la consideración de comunes, y la mitad de ellos no responderá de las deudas del cónyuge aportante anteriores al matrimonio.»

DEUDAS PRIVATIVAS

Deudas posteriores privativas

Artículo 46. 1. Las deudas posteriores privativas gravan los bienes del cónyuge deudor y, siendo éstos insuficientes, al patrimonio común, a salvo siempre el valor que en él le corresponde al otro cónyuge, así como los preferentes derechos de los acreedores por deudas comunes.

2. Lo pagado a costa de los bienes comunes se imputará en la participación del cónyuge deudor, hasta que los reembolse, y se tendrá en cuenta para las ulteriores reclamaciones de acreedores privativos.

A) Introducción

Con la formulación de este precepto en el régimen legal aragonés, que carece de antecedentes directos en su Derecho histórico, como ocurre en los restantes regímenes económicos comunitarios tradicionales gestionados por el marido, la Comisión compiladora del Derecho foral aragonés trató con este precepto de hacer frente y resolver dos problemas singulares que se entrelazaban íntimamente.

Uno de ellos histórico, encaminado a rescatar los bienes muebles, dada su creciente importancia económica, para el cálculo de la mitad del valor de la masa común que corresponde al cónyuge no deudor, para a continuación poder poner a esta mitad a salvo de los embargos por las deudas privativas del otro cónyuge, respecto de las cuales el cónyuge no deudor es rigurosamente tercero y debe ser tratado como tal, corrigiéndose así uno de los aspectos más criticados por la doctrina (86) respecto del artículo 50 del Apéndice, que ya nació claramente desfasado en esta materia, pues es claro que en los años veinte de este siglo ya no podía admitirse, en modo alguno, el adagio *res mobilis, res vilis*.

El otro problema a resolver era rigurosamente contemporáneo, la reforma del Derecho histórico aragonés que quería introducir la Comisión a través de la Compilación suponía, entre otras muchas, la contemplación de que ambos cónyuges (ya no sólo el marido) podían gestionar sus propios privativos, por lo tanto contraer deudas también privativas, por lo que en principio deberían ser estos específicos bienes los que respondieran inmediata y directamente de estas deudas, ya que los comunes, por exigencia estructural del régimen están destinados, muy en primer lugar, a hacer frente a las cargas familiares y a las restantes deudas comunes.

(86) PALA, LACRUZ y ALBALATE, entre otros.

Es este espíritu el que queda fielmente reflejado en el informe del seminario cuando dice: «*Se ha tratado de respetar al máximo el interés de los acreedores, sin perjudicar en lo más mínimo al cónyuge no deudor, y con una fórmula dogmáticamente correcta y congruente con el resto del articulado y con la naturaleza jurídica de la comunidad conyugal que dicho artículo presupone*» (87).

Es evidente que, en un sistema comunitario de economía familiar en el que se quieren respetar al máximo posible las capacidades de actuación de cada cónyuge sobre sus respectivos privativos y, a su vez, mantener el sistema general de responsabilidad patrimonial universal propio del artículo 1.911 CC, sólo cabía afectar los propios privativos a tal género de deudas e incluir en tal afección la parte que el deudor ostenta en los bienes comunes, dejando siempre a salvo los intereses del cónyuge no deudor en estos últimos y respetando, a su vez, los intereses de los acreedores preferentes por deudas también comunes; por ello se adoptó enteramente la tesis que ALBALÁTE había sustentado en su memoria doctoral en este mismo sentido, la cual traducía a términos concretos, con redacción en forma quasinormativa, los postulados que LACRUZ y PALA habían ido manifestando reiteradamente en sus críticas y comentarios a la concepción, aplicación y efectos del debatido y criticado artículo 50 del Apéndice.

B) *Ámbito material y estructura del precepto*

Algunos autores con ocasión de tratar la responsabilidad patrimonial derivada de las deudas privativas de uno de los cónyuges critican, más o menos duramente, la ausencia de una regulación general o al menos la presencia de una enumeración de las deudas que deban tener tal consideración, aunque ésta tuviera carácter meramente ejemplificativo.

No parece que esta solución sea la adecuada y mucho menos resulta la más práctica, es patente, por lo que se refiere al Derecho aragonés, ya que el contenido material de los artículos 41 y 42 Ca —como sucede, por otra parte, a la generalidad de los regímenes comunitarios— se extiende a la mayor parte de las actividades que son propias y caracterizantes de una economía familiar, por lo que las relaciones jurídicas que pueden dar lugar a deudas privativas se presentan por la vía del análisis residual y normativamente recibe una configuración negativa, pues ésta se viene a corresponder con el ámbito no comprendido en los citados artículos o con las actividades que refiriéndose a tales finalidades de ordinario consorciales no reúnen los requisitos objetivos para recibir tal cualificación, lo que las

(87) «Informe...», cit., pág. 117.

hace muy conflictivas en su tratamiento, las más de las veces, aunque tal conflictividad se suele plantear en el complejo entramado de las relaciones internas de contribución o de aplicación de los reintegros y reembolsos entre masas.

Es conveniente advertir aquí que estos contenidos potencialmente conflictivos quedan reducidos en la práctica a la valoración jurídica de aquellas actuaciones que suponen *extralimitación* en las facultades legales de administración o supongan *irregularidad* en la explotación de los negocios o en el ejercicio de la profesión, como se puede deducir de la regulación general del artículo 42 Ca interpretado *a contrario*; ya que los supuestos del artículo 41 Ca se describen mucho más explícitamente en la norma, salvo en el caso del inciso primero del apartado 5.º que es cuestión en la que hay que estar al resultado de la prueba, por lo que la fijación del marco propio de las deudas privativas en el régimen legal aragonés no suele presentar caracteres excesivamente problemáticos en la práctica.

Por lo que hace a la estructura interna, el precepto ha querido proteger (88) los contrapuestos intereses puestos en juego en esta específica relación necesariamente multilateral. Es decir, trata de coordinar múltiples intereses. Los del acreedor de uno de los cónyuges, subrayemos por una deuda reputada privativa, para poder hacer efectivo su crédito pese a la insuficiencia de bienes de titularidad privativa de su deudor. Los del cónyuge no deudor, que de otra forma podría verse privado de su parte en la masa común, que no por inconcretada deja por ello de ascender a la mitad del valor de los bienes consorciales. Además, también se tienen en cuenta los intereses de los acreedores que lo sean por deudas comunes, que el precepto congruentemente con el sistema y la naturaleza del régimen no duda en calificar de preferentes. Todo ello sin dejar de hacer compatibles estos intereses protegidos por la norma con la ampliación de la solvencia individual de los cónyuges, a través de hacer actual, y no meramente virtual, su participación real en la masa común.

Por último, el precepto se ocupa, en párrafo aparte, de la repercusión de la responsabilidad hecha efectiva sobre la liquidación del consorcio y en los casos de concurrencia con otros acreedores privativos.

Como puede observarse, en el precepto no hay referencia alguna a los aspectos de carácter procesal que de forma sobresaliente se plantean en la materia, lo que sí, de una parte, favorece la inteligencia y coherencia del

(88) En mi particular opinión *lo ha logrado* pese a las dificultades procesales con que se ha encontrado el precepto en su aplicación, producto, sin duda, del dogmatismo procesalista en que incurren con excesiva frecuencia los órganos jurisdiccionales en detrimento de la aplicación del derecho material a todas luces más relevante.

contenido de puro derecho material que tiene el mismo (89); de otra, ha provocado un literal desconocimiento por parte de los Tribunales de la defensa de los intereses del cónyuge no deudor, extremo éste que es claro, patente y terminante en la global concepción de la norma (90). Tampoco quisieron los autores del precepto forzar la disolución de la comunidad, como medio extremo de defensa de los intereses del cónyuge no deudor (91), porque lo que se trataba de defender eran los intereses de todos aquellos que son rigurosamente terceros a la relación crediticia, incluido el cónyuge (92).

Tal vez el precepto padezca una excesiva carga espiritual, incluso voluntarista, para una estructura excesivamente endeble por faltarle el soporte procedimental, lo que siempre ha sido más que discutible y hoy abiertamente contrario a la Constitución, por vulneración flagrante de su artículo 24.1. No es ni puede ser suficiente para cumplir con el precepto constitucional citado y evitar la indefensión decir en la sentencia que los derechos del cónyuge no deudor a su parte en los consorciales debe plantearse en otro pleito, limitado a la reclamación contra el cónyuge deudor (acción de reembolso), porque el acreedor de éste ha cobrado o se intenta cobrar con bienes que tal vez, esa es la posición de que parte el cónyuge no deudor reclamante, exceden de la mitad del valor de los comunes, cuota únicamente abierta a la agresión del acreedor, en cuyo caso creo que sí cabe la vía de la tercería de dominio, como lo estaba con el derogado artículo 50 del Apéndice (93), porque la efectividad de los derechos del cónyuge no deudor (aquí la mujer) sobre la masa común, no queda referida en modo alguno al momento de la disolución del matrimonio. Si este artículo 46 Ca sustituye, moderniza y amplía el contenido del derogado artículo 50 del Apéndice y no precisamente en contra del cónyuge deudor, sino todo lo contrario, es preciso concluir que lo que era procedente en

(89) GARCÍA CANTERO, en su redacción del tít. V, vol. I, de Castán (pág. 414), no ha dudado en criticar la mezcla de aspectos procesales y materiales que se dan en el artículo 1.373 CC de idéntica finalidad e inspiración a este artículo 46 Ca, porque con ello se entorpece la inteligencia y alcance del mismo.

(90) Ver en este sentido la S. del TS. de 2 de julio de 1984, comentada por DELGADO ECHEVARRÍA en CCJC, 6, págs. 1935 y sigs.

(91) En el tantas veces citado informe del seminario se lee: *Se ha prescindido de la liquidación provisional de la comunidad, o de la segregación de bienes determinados de la misma, para vender la mitad y atribuir la otra mitad, como privativa, al cónyuge no deudor*, pág. 117.

(92) Alguno de los autores del precepto cuando trasladaron el espíritu del mismo a la disciplina de la sociedad de gananciales no dudaron en acoger la disolución de la comunidad en el artículo 1.373 CC como vía aparentemente más eficaz de defensa.

(93) El Tribunal Supremo la admitió, con éxito para la demandante, en su S. de 26 de mayo de 1962.

este sentido bajo el Apéndice es, como mínimo, procedente también hoy (94).

La idea de equilibrio de intereses que se lleva a la redacción del precepto tal vez tenga el inconveniente formal de acumular en el mismo texto la defensa de los intereses de todos los que son terceros a la relación de crédito-deuda privativos (cónyuge no deudor y acreedores del consorcio) y el no menos importante inconveniente de no expresar a quién debe corresponder la iniciativa procesal de probar que con el alcance del embargo solicitado no se lesionan los restantes intereses y derechos, conducta que en el informe del seminario se presumía pesaba, en pura lógica, sobre el acreedor privativo demandante: «*Los acreedores tendrán que probar, ante su simple afirmación de que los bienes no son suficientes para que puedan cobrar la deuda sin perjuicio suyo, que realmente está libre de todo perjuicio (el cónyuge no deudor). Para ello no se hará una liquidación provisional del consorcio, sino un simple balance*» (95).

Creo que esta ligerísima explicación se debe a que en la mente de ALBALATE, autor de esta recapitulación, seguía presente que en el texto que él mismo propuso no figuraba la protección de los acreedores consorciales y se explicitaba la carga de la prueba sobre el acreedor privativo que pretendía hacer efectivos sus derechos sobre la masa común. Decía aquel texto: «*Las deudas privativas gravan los bienes del cónyuge deudor y, siendo insuficientes, el patrimonio común, pero respetando siempre el valor que corresponde al otro cónyuge. La prueba de este último extremo incumbe a los acreedores*» (96).

C) Alcance de la responsabilidad por deudas privativas

En la práctica totalidad de los regímenes económico-matrimoniales comunitarios se procura que las deudas privativas (por haber sido contraí-

(94) Estoy íntimamente convencido de que si, en el caso de la sentencia citada, el cónyuge demandado hubiera sido el demandante, por ser la esposa la deudora privativa, el resultado del pleito hubiera sido muy otro: el de la aplicación más o menos correcta del artículo 46 Ca, desconocido por los juzgadores al menos en cuanto su espíritu y en gran medida en cuanto a la misma letra y no por antifeminismo de los juzgadores, de ningún modo, sino porque el resultado hubiera entroncado con la visión del marido-administrador y responsable (dueño y señor) de los bienes comunes que deben ser preservados. Lo que ocurre es sencillamente que, en primer lugar, se sitúa a la ley rituaría por encima de la ley material y, en segundo lugar, que no se ha entendido la configuración específica del pasivo (en todos los regímenes matrimoniales) porque no se entiende o **no** se acepta su peculiar naturaleza jurídica de comunidad actual y no deferida.

(95) «Informe...», cit., pág. 117.

(96) ALBALATE: *Op. et loc. cit.*, pág. 128.

das en el único interés del cónyuge deudor, o sin contemplar los fines consorciales propiamente dichos, o por contravenir las normas fijadas para que el endeudamiento sea común) sean satisfechas sin que se vea afectada la masa consorcial, es decir, a cargo de la masa privativa del propio deudor.

Ahora bien, en casi todos ellos, pese a que se dan claras posiciones doctrinales en favor de la intangibilidad de la masa consorcial por tales deudas (97), se posibilita el acceso de los acreedores privativos, para hacer efectiva su legítima pretensión, a la ejecución sobre bienes de la masa consorcial en mayor o menor grado (98). Desde esta perspectiva se puede afirmar que la mayoría de tales regímenes establecen para la garantía de las deudas privativas una *responsabilidad directa e inmediata*, la de la masa privativa del deudor, y otra *subsidiaria y mediata*, la de la masa consorcial en la medida en que queda afectada por insuficiencia de la privativa.

El sistema adoptado por el Derecho aragonés, en este artículo 46 Ca, puede ser calificado, conforme a los tipos señalados por R AGEL, como de *comunicación limitada cuantitativa de masas patrimoniales*, siguiendo el espíritu del modelo de responsabilidad patrimonial universal acuñado por el artículo 1.911 CC, directamente aplicable a Aragón.

Ahora bien, dentro de este específico sistema del artículo 46 Ca cabe preguntarse si al acreedor le basta alegar la mera insuficiencia de la masa privativa de su deudor o si será preciso demostrarla e incluso intentar cobrar primero con los privativos y consecuentemente, sólo provocar el embargo y realización de consorciales en la medida comprobada que nos proporciona la insuficiencia real cuantificada. Para SANCHO-ARROYO «la facultad que se confiere al acreedor de agredir los bienes comunes por deudas privativas es excepcional y se configura como un refuerzo de la *garantía* del cónyuge que contrajo la deuda, a fin de proteger en la mayor medida posible los intereses legítimos de aquél... Hay que concluir, por

(97) F. CORSI: *Il regime patrimoniale della famiglia*, pág. 59.

G. GARCÍA CANTERO, en la revisión y puesta al día del *Derecho de Familia*, de Castán, pág. 414.

(98) L. F. RAGEL SÁNCHEZ, en su obra *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, clasifica las distintas soluciones adoptadas en el Derecho comparado bajo los siguientes tipos: a) *Incomunicación de masas patrimoniales*; b) *Incomunicación atenuada de masas patrimoniales*; c) *Comunicación limitada cualitativa de masas patrimoniales*; d) *Comunicación limitada cuantitativa de masas patrimoniales*, y e) *Comunicación de masas patrimoniales*. Es de hacer notar al respecto que el tipo señalado con la letra a) sólo se adoptó para el régimen italiano de comunidad convencional, siendo entonces el legal en aquel país el de separación de bienes y el que se corresponde con la letra e) sólo está vigente en los Países Bajos, en el contexto lógico de un régimen de comunidad universal.

tanto, que la facultad que el precepto confiere al acreedor privativo es excepcional, y por ello debe interpretarse en términos restrictivos» (99); no creo que sea exactamente así, aunque tal vez hubiera resultado conveniente tal orientación a la vista de su aplicación jurisprudencial nada respetuosa para con el texto legal.

Para el régimen efectivamente establecido, entiendo que al acreedor le basta con alegar razonadamente en su demanda la insuficiencia de los privativos conocidos del deudor para poder pedir el embargo de los consorciales hasta la mitad de su valor, porque aunque no creo que sea correcta la posición que sustenta la Sentencia de 2 de julio de 1984, en su Considerando cuarto, cuando afirma: «... porque el artículo 46 al prevenir que las deudas posteriores privativas gravan los bienes del cónyuge deudor y, siendo éstos insuficientes, al patrimonio común, a salvo siempre el valor que en él corresponde al otro cónyuge, sitúa la cuestión litigiosa, aceptando la tesis de la parte recurrente de que la deuda contraída por su marido, origen de la demanda ejecutiva, era privativa de éste, en términos de los que claramente resulta la procedencia del embargo trabado sobre bienes del patrimonio común, habida cuenta de que la insuficiencia de los bienes privativos del marido para responder de la deuda por el mismo contraída *era prueba*, no efectuada, *que correspondía a la esposa demandante*, tras realizar la pertinente alegación en tal sentido...»; sí lo es que la *prueba de la suficiencia* de los bienes privativos corresponde al cónyuge no deudor que se oponga al embargo de consorciales, pues la *subsidiariedad* no implica aquí la existencia de un derecho previo de excusión en favor de la masa consorcial, ni la afección resulta condicionada a la demostración de insuficiencia por parte del acreedor, sino que se trata de una mera gradación que, como arma suplementaria, se brinda al cónyuge no deudor y a los acreedores consorciales en defensa de sus derechos y no en ninguna otra medida, para el acreedor basta la declaración general del artículo 1.911 CC, pues la mitad del valor de los consorciales forma parte de los *bienes presentes* de su deudor.

Para que el acreedor pueda llegar al embargo de bienes consorciales, al menos en la inteligencia que dio lugar a la redacción del precepto y a pesar de la posición, más que discutible, adoptada por las tres instancias jurisdiccionales que acabaron en la repetidamente citada Sentencia de 2 de julio de 1984, no es bastante la alegación por éste de la insuficiencia de los privativos del deudor, se requiere asimismo que pruebe, ahora sí, que queda indemne la mitad en valor que corresponde en la masa común al cónyuge no deudor.

No me parece suficiente al respecto el que se haya prescindido en el

(99) SANCHÓ-ARROYO: *Op. et loc. cit.*, pág. 508.

precepto del inciso que requería tal prueba para aducir que no se trata de un requisito esencial para el ejercicio del derecho reconocido al acreedor en la norma, como se deduce del discurso del informe del seminario, redactado después de haber procedido a tal supresión.

Parece claro que la expresión «*a salvo siempre el valor que en él corresponde al otro cónyuge*» no tiene otro destinatario que el acreedor privativo, se trata, en definitiva, de un presupuesto para el ejercicio de su acción que no puede ser abandonado a la eventual defensa por el demandado, lo que sería improcedente; además, su supresión radical conduce al cónyuge no deudor, en principio, a una patente indefensión y a una privación ilegítima de sus derechos a la defensa de su dominio, bien sea representado por una cuota ideal en valor, lo que lo hace más protegible por su intangibilidad.

D) *Prelación entre los intereses protegidos por el artículo 46 de la Compilación*

El acreedor privativo tiene la posición que se corresponda con su crédito (ordinaria o privilegiada) respecto de los bienes privativos de su deudor, pero cede su puesto respecto de la masa consorcial ante los acreedores por deudas comunes; esta anteposición no puede considerarse como un privilegio de estos acreedores, sino que se trata más bien de un efecto reflejo de la propia naturaleza de destinación a las atenciones comunes que, por esencia, caracteriza a la masa consorcial, como ha venido destacando tradicionalmente la mejor doctrina y la jurisprudencia.

Por lo que se refiere a la específica posición del cónyuge no deudor no resulta dogmáticamente correcto hablar de prelación. Su posición de defensa no se corresponde con la derivada de una típica relación crediticia que ostente frente al otro cónyuge o frente a la masa común, sino con la de una titularidad que puede resultar mecánicamente desconocida, primero, y perjudicada, después; precisamente por serlo de una cuota indeterminada sobre bienes concretos, por ello nos encontramos ante unas medidas dictadas para la defensa de su integridad patrimonial ante una perturbación por hecho o por una relación crediticia a la que resulta ser de derecho ajeno a la misma. Su posición tan sólo podría considerarse de relativo privilegio cuando resulte ser acreedor de la masa común por recompensas, pero eso sí tan sólo en el momento de la liquidación del régimen (argumento ex art. 56.1.º Ca).

E) *Medios de defensa del cónyuge no deudor*

Al cónyuge no deudor para defender la integridad de su participación consorcial ante la agresión de la masa común por el acreedor de su cónyuge por deudas de éste contraídas con el carácter de privativas se le ofrecen (al menos en el plano teórico) dos vías de oposición: una, la de demostrar la suficiencia de los bienes privativos de su cónyuge para hacer frente al adeudo y, otra tradicional, la de interponer frente a su cónyuge y al acreedor de éste la correspondiente *tercería de dominio*, ya que la acción de regreso no es propiamente una vía de defensa de su integridad patrimonial, sino más bien un remedio frente al empobrecimiento injustificado sufrido de muy difícil y dudosa reparación, ya que se partió precisamente de la insuficiencia de bienes privativos del deudor.

Es evidente y notorio que la legislación procesal no sólo desconoce este problema, uno de los más frecuentes en una sociedad como la nuestra en la que la mayor parte de las economías familiares se mueven dentro de las normas propias de un régimen económico comunitario, sino que, sencillamente, ni tan siquiera ha preocupado al legislador, como puede comprobarse a través de su inercia en la materia pese al importante número de iniciativas legislativas que sobre el Derecho de familia ha tramitado el Poder legislativo en los últimos años.

Ahora bien, estos inconvenientes formales, como ya he apuntado, no pueden desembocar, como es patente ocurre en la Sentencia de 2 de julio de 1984, en una flagrante indefensión del cónyuge no deudor, ni una irracional y antijurídica inversión de la carga de la prueba sobre la indemnidad de la mitad en valor que corresponde en los comunes al no deudor que corresponde a quien deba alegarla, es decir, al acreedor.

La tesis dialécticamente impecable y agudísima que DELGADO ECHEVARRÍA propone en su comentario a la sentencia citada (100), aunque a mi personal juicio el artículo 1.373 CC, pese a su filiación material e inspiración aragonesas, que comparto por ser patente, no es directamente aplicable al régimen legal aragonés, porque en la idea y en la dicción del artículo 46 Ca no sólo se obvia, sino, en más, se quiso conscientemente excluir el mecanismo de la disolución automática de la comunidad ante la oposición judicial al embargo de consorciales por parte del cónyuge no deudor, por ser excesivamente radical y hasta puede decirse que formalista en exceso, pues entre nosotros es posible proceder a una liquidación sin que de ella se derive la disolución del régimen —argumento *ex* artículo 47.2 Ca—. Lo que sí hace la tesis sostenida por DELGADO es traer luz

(100) CCJC, núm. 6, págs. 1935 y sigs. Por cierto, esta tesis la hace enteramente suya SANCHO-ARROYO sin la menor cita al autor de la misma.

suficiente al problema como para abordarlo desde el ayuno procesalmente del artículo 46 Ca y bosquejar una solución al mismo coherente con su letra y con su espíritu.

La necesidad de notificación al cónyuge no deudor del señalamiento para embargo de bienes consorciales por deudas privativas de su cónyuge no puede ser negada, por tratarse de un puro presupuesto de defensa y no ser un requisito sobreañadido por la ley para el caso aislado del artículo 1.373 CC, ya aunque se trate de un procedimiento ejecutivo. La falta de notificación provoca la indefensión del cónyuge no deudor y hace que los actos procesales seguidos sin ella incurran en tacha de inconstitucionalidad procesal que puede y debe dar lugar a interponer y progresar el correspondiente *recurso de amparo* ante el Tribunal Constitucional (101), pues es necesario y de estricta justicia posibilitar que el cónyuge no deudor pueda contradecir la declaración del acreedor sobre la insuficiencia de los privativos de su deudor y probar, en su caso, la suficiencia de los mismos. Y, en todo caso, para exigir que el acreedor pruebe, como le corresponde, que en el señalamiento para embargo de bienes consorciales, en caso de insuficiencia de los privativos (o a falta de prueba de la suficiencia de los mismos), queda indemne la mitad en valor que al no deudor le corresponde en los mismos y que no puede ser agredido, sin más, por deudas privativas del otro cónyuge.

La negativa a la admisión de la tercería de dominio por parte de los órganos jurisdiccionales en el caso de la sentencia aludida presupone una decidida marcha atrás no sólo en la interpretación jurisprudencial del precepto, sino en la inteligencia de la propia naturaleza jurídica del consorcio (extensible; al menos desde la reforma de 1981, a la sociedad de gananciales), con vuelta sin razón alguna a la jurisprudencia anterior a 1981 para los derogados artículos 1.408 y 1.410 CC, que negó reiteradamente la posibilidad de interponer una tercería de dominio por parte de la mujer, porque se negaba que ésta tuviera un dominio real, bien que porcentual, sobre los bienes comunes.

Contra esta posición debo recordar se alzó la crítica argumentada de LACRUZ, en los siguientes términos: «*El no conocerse el importe exacto de las ganancias no puede ser obstáculo para salvaguardar el valor ganancial que, en un momento dado, parezca corresponder a un cónyuge no frente a los "acreedores consorciales", sino a los "acreedores particulares" del otro esposo, que cobran sobre la masa ganancial por simple concesión del Derecho positivo, sin haber ingresado en ella como contrapartida de la*

(101) A esta misma conclusión llega RAGEL SÁNCHEZ con respecto al artículo 1.373 CC y para la misma cuestión que nos ocupa, con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 1965.

deuda valor alguno real o presunto, y todo en atención a la cuota que sobre bienes gananciales corresponda al cónyuge deudor. Precisamente por esta última circunstancia el período final del artículo 1.410 debe entenderse como un límite de su aplicación: para poder repetir por las multas y condenas pecuniarias contra el patrimonio común, es condición previa que verosíblemente, y sobre todos los datos que se poseen en el momento, quepa en la parte del deudor el importe que se reclama, pues si la agresión de los acreedores privativos contra los gananciales es un sucedáneo de la imposible ejecución sobre la cuota correspondiente al cónyuge deudor de ellos, no puede resolverse en un perjuicio irreparable de tercero. La solución de posponer el derecho del otro cónyuge ante el acreedor, so pretexto de que no se sabe si habrá o no ganancias en su día, es tan injusta como lo sería rechazar del todo al acreedor» (102).

El texto transcrito es nada menos que de 1963, es decir, anterior a todo el movimiento legislativo de equiparación de los cónyuges, pero parece que esté dictado ante la lectura naturalmente a contrario de la Sentencia de 2 de julio de 1984. Si esto era así, desde la perspectiva lógica del sistema, para la sociedad de gananciales anterior a la reforma del 81, mucho más lo será para el régimen legal aragonés, en el que el reconocimiento del dominio actual de ambos cónyuges sobre los bienes consorciales nunca ha sido puesto en duda (al menos para los inmuebles y desde la Compilación para muebles y sitios) por la doctrina y la jurisprudencia admitió ya la interposición de la tercería de dominio por parte del cónyuge no deudor en los supuestos que nos ocupan bajo la vigencia del Apéndice foral (art. 50).

La tercería de dominio, como medio extremo de defensa de los intereses sobre los bienes comunes del cónyuge no deudor, es admitida plenamente aun hoy por RAGEL SÁNCHEZ para la nueva disciplina del artículo 1.373 CC, en los siguientes términos: «Contra la resolución judicial que deniegue al cónyuge no demandado la solicitud planteada de previo y especial pronunciamiento, podrá el interesado formular recurso de apelación en un solo efecto (arts. 743 y 785 LEC). También podrá iniciar los trámites de una tercería de dominio cuando pretenda la reducción del embargo a la mitad del valor del activo consorcial o al alzamiento del embargo por habersé embargado bienes privativos del tercerista» (103), porque para el nuevo sistema de equiparación de los cónyuges, en la gestión y administración de los bienes comunes, no existe la menor duda de que a ambos corresponde un dominio actual sobre los mismos.

SANCHO-ARROYO, por el contrario, entiende, conforme a los razona-

(102) LACRUZ: *El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág. 525.

(103) RAGEL SÁNCHEZ: *Op. cit.*, pág. 216.

mientos (mejor cabría hablar de ausencia de motivación racional) de la Sentencia de 2 de julio de 1984, que aunque «frecuentemente se ha recurrido, en la práctica, a la formulación de tercerías de dominio por parte del cónyuge no deudor para dejar a salvo el valor que pudiera corresponderle en el consorcio. Sin embargo, entiendo que no es ése el medio correcto de plantear el problema porque, de acuerdo con la exposición de ALBALATE..., es el consorcio el que paga, sin liquidación de ningún género, sin que haya lugar a practicar una liquidación provisional de la comunidad o la segregación de bienes determinados de la misma» (104), las dos premisas en que se funda este autor, la potencialidad del «pudiera corresponderle» y el argumento de autoridad puesto en el pensamiento de ALBALATE, resultan, como mínimo, infundadas.

Respecto de la primera premisa, la de la titularidad potencial sobre los consorciales en valor, no repara este autor en algo obvio, cual es que el propio artículo 46 Ca responde inapelablemente a esta cuestión en su propia letra, dice: «*a salvo siempre el valor que en él* (en el patrimonio común) *corresponde al otro cónyuge*», se trata de una declaración imperativa: para todo caso, y en tiempo presente, no en futuro o futuroble. El acreedor no puede satisfacer su crédito a costa de bienes que *son del otro cónyuge*, que no es deudor suyo, como tampoco lo es el consorcio.

Respecto del argumento de autoridad, aunque es cierto que ALBALATE llevó al informe del seminario el siguiente argumento: «Se ha prescindido de la liquidación provisional de la comunidad, o de la segregación de bienes determinados de la misma, para vender la mitad y atribuir la otra mitad, como privativa, al cónyuge no deudor. Ahora es la comunidad la que paga, sin liquidación de ningún género. El cónyuge deudor pierde, por lo pronto, con esto, los frutos que producirían para la comunidad los bienes destinados a pagar. Pero si se tiene en cuenta que la deuda produce intereses, y que tales intereses deben ser abonados siempre con cargo a los bienes comunes, se comprenderá que el perjuicio no existe; y ya que no hay otra pérdida para el cónyuge que no se obligó. *Los acreedores tendrán que probar*, ante su simple afirmación de que los bienes no son suficientes para que puedan cobrar la deuda sin perjuicio suyo, *que realmente está libre de todo perjuicio*. Para ello no se hará una liquidación provisional del consorcio, sino un simple balance» (105). Es preciso efectuar aquí, a mi modo de ver, varias e importantes precisiones:

Primera.—El argumento, como se deduce claramente de su texto, está orientado a justificar la posibilidad de agresión de los consorciales para el

(104) SANCHO-ARROYO: *Op. cit.*, pág. 510.

(105) «Informe del seminario», *cit.*, pág. 117.

pago de deudas privativas de uno de los cónyuges, significando que el no tratamiento de la masa común como patrimonio radicalmente separado (ya hemos visto que hay opiniones en defensa de esta eventualidad jurídica) no tiene por qué perjudicar en nada al cónyuge no deudor.

Segunda.—Se parte en todo momento de que el acreedor tiene que probar tanto la insuficiencia de privativos como que no se agrede en absoluto y se respeta la mitad en valor que corresponde a quien no es, en modo alguno, deudor suyo.

Tercera.—No se puede emplear como argumento de fondo una licencia de lenguaje. ALBALATE, vista y estudiada su importante obra *El pasivo de las masas patrimoniales*, jamás pensó, o pudo pensar, que quien paga es la comunidad, para ello debió, al menos, reivindicar, cosa que nunca hizo, el reconocimiento de personalidad jurídica para la masa consorcial. Aquí lo que importa es precisamente que no llegue a pagar quien no debe, por la vía de la indefensión ante el embargo de los consorciales; el que haya o no lugar a la liquidación provisional o definitiva del consorcio es cuestión interna de los cónyuges, que no interesa ni al acreedor ni a la jurisdicción que entienda de la reclamación por impago de una deuda privativa.

Creo que en esta materia, sea por la vía sugerida por DELGADO ECHEVARRÍA de entender que el artículo 1.373.1 CC puede formar parte del Derecho aragonés, sea por la vía aquí explicitada de que el cónyuge no deudor puede defender su integridad patrimonial en los consorciales: probando la suficiencia de los privativos de su consorte; obligando a que el acreedor puebe cumplidamente que queda a salvo su mitad en valor; por último, instando (tal vez contra pronóstico) la tercería de dominio. No obstante, parece a todas luces necesario proceder a la revisión del precepto para reintroducir en el mismo la declaración sobre la carga de la prueba que pesa sobre los acreedores privativos, como figuraba en los textos proyectados, y, de otra parte, iniciar un proceso legislativo que, en aspiración de DELGADO comúnmente compartida, alumbre «una posible norma procesal autonómica aragonesa (art. 149.1.6 de la Constitución y 35.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón) que resuelva definitivamente la coordinación entre el Derecho sustantivo y las normas de procedimiento».

F) *Medios de defensa de los acreedores consorciales frente al embargo por acreedor privativo*

Los acreedores consorciales que vean en peligro la integridad de sus créditos con el embargo de los bienes comunes por el acreedor privativo de uno de los cónyuges pueden instar en defensa de sus créditos, declarados

preferentes respecto de la masa consorcial por este artículo 46 Ca, una *tercería de mejor derecho* ante el Juzgado que entienda de la ejecución, sin que ello presuponga el planteamiento de un verdadero concurso de acreedores, se trata de obtener una declaración de preferencia para hacer efectivo íntegramente su crédito sobre bienes de la masa común. Para ello es preciso probar que la deuda es común, es decir, derivada de una de las actividades del consorcio prevista en el artículo 41 Ca e interponer la acción antes de que se haya efectuado el pago al acreedor privativo demandante en ejecución forzosa, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.533 LEC (106).

Además de esta acción derivada del carácter privilegiado de su crédito, estos acreedores pueden ejercer todas las acciones descritas en el apartado anterior y que corresponden al cónyuge no deudor, por la vía de la acción subrogatoria del artículo 1.111 CC, creo que con independencia de que el sujeto pasivo de la relación crediticia sea uno u otro cónyuge. Por supuesto, esta vía de la acción subrogatoria está abierta igualmente para los acreedores privativos del cónyuge no demandado.

G) *Las medidas de carácter liquidatorio contenidas en el precepto*

El artículo 46.2 Ca viene a poner de manifiesto de forma contundente y reiterada que la agresión de los bienes comunes por parte del acreedor privativo de uno de los cónyuges no puede ir más allá de la mitad en valor de los mismos y a subrayar, además, que no es preciso, para asegurar la indemnidad de esta cuota, recurrir a la liquidación y, aun menos, a la disolución del régimen.

El cónyuge que haya satisfecho su adeudo privativo con bienes consorciales deviene en deudor del consorcio hasta que reembolse, y si no lo hace se considera *ope legis* que tiene recibido parte ó todo lo que en él le corresponde, es decir, este abono es tratado, desde la vertiente interna del régimen, como si de un anticipo de tesorería consorcial se tratase.

El sistema tiene, a pesar de los absurdos inconvenientes procesales que presenta, una indudable ventaja normativa sobre el de disolución automática de la comunidad, sobre todo para aquel cónyuge cuya función consorcial puede ser calificada con el carácter de ahorrativa, pero que no aporta ingresos consorciales directos, consistente en que la posibilidad de existen-

(106) Véase en esta materia, si bien referida a la problemática del artículo 1.373 CC, coincidente en éste punto con la que nos ocupa, la obra citada de RAGEL SÁNCHEZ, págs. 237 y sigs.

cia de deudas privativas sucesivas es tomada en cuenta expresamente por la norma para mantener en términos reales la indemnidad de su cuota en valor, pues ésta sólo queda afectada a las responsabilidades generadas por débitos comunes y por los privativos propios del cónyuge considerado como titular (potencial) de la misma.