

El régimen de participación en el Derecho español

SUMARIO: I. *Sistemas Matrimoniales*.—II. *Sistemas Mixtos*.—III. *Sistemas de Participación*.—IV. *Sistemas de Participación en el Derecho español*.—V. *Concepto y caracteres*.—VI. A) *Nacimiento*. B) *Patrimonio Inicial*.—VII. *Funcionamiento*. VIII. A) *Extinción*. B) *Patrimonio Final*.—IX. *Liquidación*.—X. *Cálculo del crédito de nivelación*.—XI. *Pago del crédito de participación*.—XII. *Conclusión*.—XIII. *Bibliografía*.

En el año 1980, cuando la Ley de 13 de mayo de 1981 era solamente un proyecto, escribí un ensayo sobre el régimen de participación que tuvo, por la novedad del tema, una favorable acogida.

No tenía intención de volver de nuevo a mi minimonografía o folleto, como lo calificó con cierto gracejo el ilustre profesor y publicista LACRUZ. Animado por unos amigos he decidido convertir mi ensayo en un concierto, escuchado por DÍEZ PICAZO, que lo califica de estimable y apto para su publicación, que me mueve una vez más a asomarme a las páginas de esta Revista.

I. SISTEMAS MATRIMONIALES

Los fines del matrimonio, como señalaba el canon 1.013 del Código de Derecho Canónico (año 1917), recientemente derogado, se clasificaban en primarios (*procreatio atque educatio prolis*) y secundarios (*mutuum adiutorium et remedium concupiscentiae*), por tanto, de carácter extrapatrimonial, constitutivos de la unidad espiritual que debe presidir los matrimonios. Por influencia de algunos canonistas (LECLERQ) y la postura de la mayoría de los teólogos que intervinieron en el Concilio Vaticano II se convino posteriormente que fuera redactado el *Schema novi iuris matrimonialis* (Roma, 1975), destinando a esta disciplina los cánones 242 al 361. En este proyecto se suprime la vieja distinción anteriormente apuntada, aunque el espíritu se mantiene en el canon 298, indicándoles

a los cónyuges que van a contraer matrimonio que éste es *consortium permanens inter virum et mulierem ordinatum ad prolem, cooperatione aliqua corporali, procreandam*. Hoy el canon 1.096 del nuevo Código de Derecho Canónico de Juan Pablo II recoge literalmente lo expuesto.

Del matrimonio, sin embargo, nacen otras realidades económicas y jurídicas que justifican la necesidad de una organización para determinar cómo deben ser satisfechas las cargas y gastos que se derivan de la citada comunidad. Así nacen los distintos regímenes económicos que constituyen con el matrimonio una unidad inescindible.

Es difícil, como apunta SIMO SANTONJA, clasificar unitariamente las múltiples manifestaciones de los sistemas económico-matrimoniales. La doctrina suele partir de distintas bases, siendo muy conocida la clasificación de CASTÁN TOBEÑAS, que atiende al origen (convencionales y supletorios) y a sus efectos, tomando como baremo la liquidación.

Esta vieja clasificación tuvo gran importancia porque el pensamiento del autor fue, sin duda, poner de manifiesto los distintos regímenes existentes en nuestra Patria, en una época en que todavía no habían sido publicadas las Compilaciones forales, encajando cada uno de éstos dentro de los sistemas de separación o de comunidad, absolutas y relativas, peanas en las que descansa su clasificación.

Apoyándonos en ella esbozaremos un problema peculiar de nuestra legislación, que consiste en determinar, por la coexistencia de la sociedad de gananciales con otros regímenes forales, el sistema que se deberá aplicar cuando el matrimonio se celebra entre un español aforado y una súbdita extranjera.

El punto de arranque se encuentra en la fundamental sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1965. Se había celebrado en Tánger un matrimonio entre mallorquín y una súbdita norteamericana, declarado nulo por nuestro más Alto Tribunal, debiendo calificar la naturaleza de una casa adquirida constante matrimonio. La sentencia, en su penúltimo considerando, aplica el régimen mallorquín de separación absoluta de bienes (art. 3.º, 2, de la Compilación de Baleares de 19 de abril de 1961), aunque por no probarse la privatividad del dinero estimó que el bien pertenecía al matrimonio, conforme al mismo artículo en su párrafo 3.

Esta sentencia fue objeto de críticas de ambos signos, siendo el máximo representante de la línea favorable el profesor MIAJA DE LA MUELA, que sostuvo «que si una interpretación literal del artículo 1.325 (1) con-

(1) Artículo 1.325: «Si el casamiento se contrajere en país extranjero entre español y extranjera..., y nada declarasen o estipulasen los contrayentes relativamente a sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales...».

duciría a la aplicabilidad de la sociedad de gananciales, cuando el marido esté sujeto no al Código Civil, sino a un Derecho foral, 'la solución lógica' cuando el varón sea aforado es su fuero el que debe regular el régimen matrimonial».

Tras la reforma del título preliminar del Código Civil el 17 de marzo de 1974, el argumento lógico de MIAJA se convertirá en legal si alegamos como razonamientos en cascada los siguientes preceptos:

Artículo 9.º, párrafo 3: «Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos, se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional.»

Habrà, por lo tanto, que acudir a la ley que regula las relaciones personales; en este sentido, el artículo 9.º, párrafo 1, que dice que «la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad...»

Esta ley personal para resolver los conflictos internacionales será la ley determinada por la vecindad civil (art. 16, 1), en concordancia con el artículo 12, que en su regla 1.ª determina que la calificación para encontrar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española.

A estos argumentos legales habrá que añadir otro posterior, cuando por Ley de 2 de mayo de 1975 se redacta el artículo 21, que establece que el matrimonio por sí solo no modifica la nacionalidad de los cónyuges, precepto de enorme importancia al no adquirir la súbdita que contrae matrimonio con español nuestra nacionalidad.

Por tanto, los artículos transcritos son perfectamente aplicables al caso que nos ocupa, porque al no adquirir la extranjera la nacionalidad española el problema se enmarca dentro del Derecho internacional privado, y éstas son las normas que tratan de resolver los conflictos de esta índole

La extranjera, por tanto, si se casa con un español, así como en otros países le bastará que conozca la nacionalidad de su esposo, en el nuestro debe de conocer la vecindad civil del mismo, ya que si no otorga capitulaciones matrimoniales se puede ver sorprendida por un régimen distinto de la sociedad de gananciales.

Esta solución legal no nos convence en absoluto, porque rompe el principio de igualdad que preside el matrimonio, sin que deba tener preferencia ninguna ley nacional o personal del esposo, tan digna de tenerse en cuenta como la ley nacional de la esposa. Por ello sería más lógico

buscar nuevos puntos de conexión que podrían ser, en defecto de pacto u opción, la residencia habitual que los cónyuges deben de fijar tras la celebración del matrimonio y, en último término, la ley donde el matrimonio se hubiera celebrado o contraído.

Reviste mayor novedad la clasificación francesa, que responde a un REGIMEN PRIMARIO, contraponiéndolo a los SECUNDARIOS, denominación que obedece a los trabajos realizados para elaborar la Ley 75/570, de 13 de julio de 1965, aceptada en la exposición de motivos de la citada ley, avalada por la totalidad de la doctrina científica, al frente CORNU y SAVATIER. Precisamente este autor calificó las disposiciones generales contenidas en los artículos 214 al 226 como «subestructura o estatuto fundamental de todo régimen económico», sin que por sí solo sirva para el gobierno de los cónyuges, que deben acogerse al sistema que estimen conveniente, salvo que quieran acoplarse al régimen legal supletorio. En la reforma de nuestro Código, antes citada, se introduce este sistema primario enmarcado en los artículos 1.315 a 1.324.

La clasificación que propusimos y seguimos manteniendo obedece a la triple clasificación de sistemas matrimoniales: forzosos, convencionales y supletorios.

a) El sistema forzoso se caracteriza por la inexistencia de capitulaciones matrimoniales, no jugando papel alguno el principio de la autonomía de la voluntad. El régimen se impone obligatoriamente, teniendo carácter inalterable; se aplica en el Código soviético de 1926, así como en todos los países satélites, incluido el Código chino (1 de mayo de 1950) y el cubano de Fidel Castro (8 de marzo de 1975), que responden a sistemas de tipo comunitario por su conocida filosofía.

b) El sistema convencional se caracteriza porque los cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio, pueden elegir libremente o «sin tasa» el régimen que estimen por conveniente: de comunidad o de separación, ambos con formas absolutas o relativas, o sistemas mixtos, combinación de los dos anteriores. Si el sistema es «cerrado» la elección sólo es posible dentro del *numerus clausus* que el legislador predetermina. Este es el caso de Chile (separación), Alemania Federal (separación o comunidad) o de Noruega (comunidad, separación, participación o indivisión).

c) Por último, el sistema supletorio tiene lugar cuando la ley, ante la pasividad de los cónyuges, que no han previsto el sistema de funcionamiento económico de su matrimonio, suple este vacío fijando un régimen subsidiario, de primer o segundo grado. La implantación legal es fruto casi siempre de una realidad cuajada a lo largo de la historia, aunque influyan en otras ocasiones factores sociales y económicos que justifican

alteraciones o cambios en los textos legales. En este sentido podemos citar las reformas modernas en muchos países a raíz de la segunda guerra mundial.

De todos los sistemas citados vamos a tratar únicamente de los llamados sistemas mixtos.

II. SISTEMAS MIXTOS

Todo sistema económico tiene unas reglas de liquidación que son consecuencia de sus reglas de funcionamiento. Cuando convencional o supletoriamente el funcionamiento y la liquidación sufren una desviación el sistema se denomina MIXTO, combinación de dos diferentes, dentro del mismo o de distinto grupo.

Antecedentes de estos sistemas los encontramos en el Ordenamiento jurídico español asomándose al Fuero de Baylío y al de Vizcaya de 1527. Damos por sentado que el primero se halla vigente en ciertos pueblos extremeños, cuya práctica consuetudinaria consiste en liquidar la sociedad de gananciales vigente durante el matrimonio por el sistema de la comunidad absoluta de bienes entre el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto (sentencia de 8 de febrero de 1982 y Resolución de 19 de agosto de 1914).

En cuanto al Fuero de Vizcaya, en virtud de la ley 1.^a del título XX, hoy artículo 49 de la vigente Compilación vizcaína de 30 de julio de 1959, en el régimen de comunicación universal, si a la disolución del matrimonio no quedaren hijos, la liquidación se verifica a través del sistema ganancial, recogiendo la vieja norma que «la mujer y el marido sale cada uno con lo que truxo y con la mitad de los mejoramientos». Ambos fueros, por tanto, son manifestaciones del sistema mixto, pero dentro del mismo contexto comunitario.

Los modernos sistemas mixtos tienen otro fundamento y punto de partida. El régimen inicial es siempre de separación absoluta de bienes. Su liquidación se ventila por las reglas de la comunidad diferida.

Resulta sugestivo el sistema de separación absoluta de bienes, de manera particular para la esposa, que ve compensada en parte las cargas maternas por un peculio propio que administra, usufructúa y dispone como si fuera soltera, sobre todo cuando en Europa, a partir de la Ley italiana de 1919, desaparece la licencia marital, propia, como dice MARTÍNEZ SARRIÓN, de países subdesarrollados. Con enorme retraso, como siempre, llegará a nuestro Derecho común, a través del artículo 49 de la Compilación catalana de 1960, la supresión de las limitaciones a la capacidad de la mujer casada (Ley 14/1975), el principio de igualdad entre

los esposos en la Constitución vigente y al Código, tras la reforma de 1981, en que se lee: «Ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiese sido conferida» (art. 71) y «el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges» (artículo 62 ant.).

A pesar de ello las corrientes separatistas tan en boga en épocas pasadas se encuentran en franca crisis, porque, como apunta RENAULD, este sistema puede ser desfavorable cuando alguno de los cónyuges carece de fortuna personal o no ha podido trabajar durante la etapa matrimonial (amas de casa, incapacitados, situaciones de paro, etc.), que tendrá que sobrevivir cuando el matrimonio cesa por causa de muerte exclusivamente de la legítima que la ley le asigne en cada caso. Este es el fundamento, y no otro, de los cambios operados en los distintos países, buscando refugio en los viejos sistemas comunitarios o hacia formas de participación en las economías logradas durante el matrimonio.

A estos SISTEMAS MIXTOS se les conoce con distinta terminología; así, CORNU la califica de COMUNIDAD POSTUMA; BOULANGER, de COMUNIDAD RETROACTIVA; SIELEMANN, de COMUNIDAD DE AUMENTOS, y de COMUNIDAD DE BENEFICIOS, ZAJTAY. Nosotros en nuestro ensayo propusimos como terminología de estos sistemas el de COMUNIDAD DIFERIDA, que engloba las diversas ramificaciones que del sistema pueden surgir:

a) Liquidación universal, que atribuye al cónyuge sobre todo el patrimonio del otro un derecho de crédito de participación denominado derecho matrimonial (AVIO-OIKEUS) en el Código finlandés, el más representativo de este sistema.

b) Liquidación en ganancias, esto es, los beneficios netos de las masas de cada cónyuge, como sanciona el Código de Familia costarricense de 21 de diciembre de 1973, se reparten en la mitad del valor neto (artículo 41). Sigue este mismo régimen el vigente Código noruego de 25 de mayo del mismo año.

c) El sistema de participación, propio del BGB (Alemania Federal), a raíz de su reforma de 18 de junio de 1957, de carácter legal supletorio, del Código Civil francés y del español a raíz de las leyes complementarias de 13 de junio y 13 de mayo de 1965 y 1981, respectivamente, de los que tendremos ocasión de tratar en su momento oportuno, por la interdependencia que existe entre ellos.

Con PATARIN-MORIN este régimen se caracteriza «par l'indépendance des patrimoines des époux, par l'absence de toute masse commune pendant la durée du régime et par le droit de participer soit en argent, soit

en nature, lors de la dissolution du régime, á la valeur des biens dont s'accru le patrimoine du conjoint au cours du régime. En revanche, le régime dotai est supprimé».

El origen de los SISTEMAS MIXTOS es muy oscuro. Los continuadores de la obra fundamental de CASTÁN TOBEÑAS (GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, *Derecho de Familia*, 9.^a ed.) se limitan a decir que «parece» tuvieron su origen en el Derecho consuetudinario húngaro. Critiqué esta afirmación por falta de fundamento, aunque conocemos el interesante trabajo publicado en la *Revista de Derecho Internacional Comparado* (año 1949) del jurista magiar ZAJTAY, que pone de manifiesto que en su país, a principios del siglo XVI, las clases campesinas gozaban de un régimen distinto (el mixto) al de las clases elevadas, tesis que ponen en tela de juicio otros autores, afirmando que las familias medievales centroeuropeas en aquella época vivían bajo el régimen comunitario. Lo que sí es cierto es que esta costumbre no se ha incorporado al Código húngaro vigente de 1974. Ni hay vestigio ni rastro alguno en los Códigos anteriores.

El origen habrá que buscarlo haciendo un examen comparativo entre los Códigos. Tras un detenido análisis del Derecho comparado, hemos llegado a la conclusión que el viejo Código de Costa Rica de 1888 y el vigente hondureño de 1 de marzo de 1906 fueron los primeros que de modo rudimentario ensayaron la combinación de los sistemas de separación y comunidad (2).

Trasladando el problema al Derecho europeo, a principios de siglo hubo deseos por parte de los juristas escandinavos de crear una legislación común para poder unificar su Derecho. A tal efecto, se formó un comité para elaborar una propuesta de ley, que tendría que ser ratificada por sus diferentes Parlamentos nacionales. Se propuso la creación de sistemas matrimoniales inspirados en la igualdad de los esposos, dejando a cada país (Suecia, Dinamarca, Islandia, Noruega y Finlandia) libertad absoluta para tomar el camino con arreglo a su idiosincrasia.

Los Códigos sueco de 11 de junio de 1920, danés de 18 de marzo de 1925 y noruego de 20 de mayo de 1927 establecieron su régimen legal en base a principios comunitarios; no así el finlandés de 13 de junio de 1929 (donde creemos nace el sistema mixto europeo), que articuló un régimen legal supletorio en el que cada cónyuge conserva la propiedad de todos los bienes que tiene antes de casarse y los que adquiriera constante matrimonio (art. 34), teniendo cada cónyuge un derecho matrimonial so-

(2) Según MORIN, el Código de Colombia, cita que no resulta cierta, al implantarse el sistema mixto por Ley de 1932.

bre los bienes del otro cónyuge cuando se produce la disolución del matrimonio, tomando la mitad del valor total de los bienes de los mismos (artículo 35) (3).

III. SISTEMAS DE PARTICIPACIÓN

Como apuntamos anteriormente, este régimen se aplica como legal en Alemania y como convencional en Francia y España. El primero de ellos se denomina *Zugewinnngemeinschaft*, «comunidad de ganancias», regulado ampliamente en los artículos 1.363 y siguientes.

Dice LACRUZ que este régimen de participación no parece haber tenido influencia decisiva en la redacción del proyecto español, y añade que cuando el mismo se disuelve por muerte de un cónyuge la regulación alemana es harto compleja.

Estamos de acuerdo en que la influencia no ha sido decisiva, pero sí relativa, si pensamos que nuestro sistema procede del Derecho francés, y éste, como afirma HAMIAUT, del Derecho alemán. En cuanto a la complejidad del mismo, no justifica la omisión de su estudio; al menos debemos señalar las líneas maestras del mismo.

A raíz de la derrota de Alemania en la segunda guerra mundial, la sociedad alemana tardó poco tiempo en mentalizarse de que la crisis económica sólo puede superarse con un esfuerzo común. El régimen matrimonial anterior, semejante al sistema dotal con bienes reservados, no encajaba con la transformación operada en el clásico matrimonio de «mujer en casa-mujer para la casa». Para premiar el esfuerzo común de los esposos sustituyó el legislador el régimen anterior por el de participación, calificado por DÖLLE como una comunidad de destino.

La Comisión jurídica del Bundestag elaboró el proyecto el 18 de diciembre de 1953, aceptado sin oposición, cuyo régimen, *Zugewinnngemeinschaft*, pasa a formar parte del BGB en los artículos citados.

Distingue este Código dos supuestos distintos de disolución del matrimonio: por causa de muerte o por motivos distintos, como nulidad, divorcio, contrato o decisión judicial anticipada.

En el primer caso, la liquidación del régimen en favor del sobreviviente, aunque hubiera obtenido la mayor ganancia, o incluso si el premuerto no incrementó su capacidad inicial, se traduce en un aumento de su porción hereditaria en una cuarta parte. Esta nivelación tácita o plus hereditario resulta muy difícil de justificar, como pone de manifiesto VAZ FERREIRA.

(3) PATARIN y otros se pronuncian a favor del Código sueco.

Si el cónyuge supérstite renuncia a la herencia recibirá la legítima sin el citado aumento, descargándose de la obligación de ocuparse de la formación de los hijos del premuerto y además, en la forma que a continuación exponemos, las ganancias pertinentes a las otras causas de disolución reseñadas.

La liquidación de esta comunidad especial, compuesta de dos masas en cada una de ellas, existe un patrimonio inicial (*Anfangvermögen*) y otro patrimonio final (*Endvermögen*), y se practica de la siguiente manera: deducidas en cada una de las ramas las deudas propias de los cónyuges, si hay beneficios se compensan y la mitad del neto obtenido se entrega al cónyuge que obtuvo el menor beneficio.

En Francia, el régimen de participación llamado «société d'acquêts» fue propuesto por primera vez en el año 1922 por HENRI CAPITANT, y diez años más tarde, con viva resistencia notarial, RENOULT presentó un nuevo proyecto al Senado que, como el anterior, no obtuvo su aprobación. Fue después de la liberación cuando el proyecto FOYER, entonces ministro de Justicia, se plasmó en la Ley de 13 de julio de 1965 vigente, de la que podemos resaltar los siguientes caracteres: unifica las causas de disolución, sin distinguir, como hace el BGB, entre la muerte y otros supuestos; calidad técnica en su articulado, por haber sido confiada su redacción al profesor CARBONNIER, y su carácter legal supletorio, por demasiado complicado y contrario a la tradición francesa (sesión plenaria de la reforma del Código Civil francés, año 1950), entrando en la propia legislación con carácter experimental. Así se pronuncia la exposición de motivos, que dice textualmente «al menos por cierto tiempo su lugar está en el banco de pruebas de los regímenes convencionales», afirmación ésta que puede confirmarse, según CORPECHOT, quien cita el proyecto de ley MARIGNE, depositado en el Senado, en el que se pide la supresión de su regulación legal (que no ha prosperado) y la encuesta realizada entre más de doscientos Notarios del país galo, que califican el régimen de teórico, incomprensible, escasamente realista y de difícil aplicación en caso de divorcio (GARRIDO PALMA).

Los artículos 1.569-1.581 regulan este régimen de participación. Salvo la métrica más corta en nuestro Código y algunas omisiones graves, pasan a nuestro sistema legal hasta tal punto que el profesor LACRUZ dice literalmente que «la versión francesa ha sido tenida 'muy en cuenta' por los autores de nuestro proyecto».

IV. SISTEMA DE PARTICIPACIÓN. DERECHO ESPAÑOL

La reforma llevada a cabo el 13 de mayo de 1981 sobre «filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial» provocó la desaparición de figuras tan añejas como la dote, sistema dotal, parafernales, etc. Era necesario taponar los múltiples artículos desaparecidos, utilizando el método del desdoblamiento (antes de la reforma a los bienes gananciales se destinaban siete artículos; hoy, dieciséis, o sea del 1.346 al 1.361). Quedaban, sin embargo, numerosos agujeros sin cubrir. Aplicar el sistema del suprimido (*vide* arts. 176-952-953) de manera reiterada no hubiera sido especialmente correcto. Se pensó en buscar «algo» que pudiera resolver el problema. Hubiera sido una buena ocasión para modernizar nuestro Código, tipificando figuras vivas en la realidad social y en la mente de todos. Por desgracia, se buscó añadir un sistema convencional tan desconocido en la opinión pública que incluso en el propio foro pensaron que la figura que se implantaba tenía «carácter mercantil».

Dice LACRUZ que en la comisión de codificación encargada de redactar el proyecto del sistema algunos vocales solicitaron, él entre ellos, que fuera el régimen de participación el que se estableciera como legal, si bien en parte esta petición estaba motivada no por aversión al sistema tradicional de gananciales, sino precisamente por temor a que no pudiera funcionar dicho sistema... al romperse la tradición de la administración solidaria o conjunta de la comunidad.

No me explico por qué el citado profesor aragonés intenta justificar su voto en contra de nuestro sistema tradicional. Lo que hubiera sido lamentable es su desaparición, su sustitución por un régimen sin ningún arraigo histórico, totalmente desconocido por las personas que van a celebrar el matrimonio o por los que jurídicamente les podrían aconsejar.

Los artículos del proyecto (1.411 al 1.434), como puse de manifiesto en su momento oportuno, pasaron por ambas Cámaras sin objeción ni enmienda alguna, aprobados por el método de la «lectura rápida».

La exposición de motivos de la Ley de 13 de mayo de 1981 intenta enunciar las razones que condujeron al legislador a recoger este sistema como legal supletorio. Su regulación aparece recogida en el libro IV, título I, capítulo V, artículos 1.411 al 1.434, como centrales, teniendo que agregar además otros preceptos dentro y fuera del Código (esfera registral) que iremos exponiendo cuando encajen con las materias que luego desarrollaremos.

V. CONCEPTO

No hay concepto legal de este régimen, limitándose el artículo 1.411 a decir que «en el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo que dicho régimen haya estado vigente».

Agrega el artículo 1.413: «en todo lo no previsto en este capítulo se aplicarán durante la vigencia del régimen de participación las normas relativas al de separación de bienes».

Ello nos obliga a buscar un concepto doctrinal satisfactorio. Entresacamos como más interesantes los siguientes:

Para FERNÁNDEZ CABALEIRO es «hábil combinación de los sistemas de separación y comunidad sin ninguno de sus inconvenientes, que permite el amplio desenvolvimiento de la iniciativa individual de los cónyuges».

LACRUZ lo define como «tipo intermedio entre los regímenes de comunidad y de separación, siendo su finalidad el conjugar las ventajas del régimen de separación de bienes, caracterizado por la absoluta independencia de los cónyuges, con el régimen de comunidad de bienes, que se traduce en la solidaridad económica que debe regir en la relación patrimonial entre los esposos».

Nosotros propusimos como definición «régimen mixto de separación y comunidad que atribuye al cónyuge que haya obtenido la menor ganancia un crédito del valor neto libremente estipulado».

Caracteres

Los rasgos del régimen de participación que iremos analizando son, entre otros, los siguientes:

1) Tiene carácter legal supletorio, siendo las capitulaciones matrimoniales otorgadas antes o después del matrimonio el origen de su nacimiento.

2) El régimen así pactado tiene a su vez como normas legales supletorias las reglas que gobiernan el régimen de separación de bienes.

3) Los cónyuges deben contribuir al levantamiento de las cargas matrimoniales en la cuantía que determinen por convenio o en proporción a sus respectivos recursos económicos.

4) Constituye una combinación del sistema de separación de bienes y del de comunidad, cuyo tránsito del uno al otro lo califica MORIN como un supuesto de metamorfosis jurídica.

5) Ninguno de los regímenes aludidos que sirven de soporte a este

régimen se acoplan a sus normas estrictas, al sufrir cada uno de ellos constantes desviaciones.

Así, en el régimen de separación de bienes no se puede concebir que por una mala administración o conducta, desorden en sus negocios, irregular o falsa contabilidad en los bienes propios, se pueda solicitar como medida de sanción la liquidación anticipada del régimen matrimonial.

Tampoco en el régimen citado, e incluso en los regímenes de comunidad, es posible intervenciones del otro cónyuge en las donaciones y demás actos que aquél pueda realizar.

Como estas injerencias tienen lugar en el régimen de separación de bienes, no dudamos en calificar la separación durante su funcionamiento de relativa y no absoluta.

En cuanto a la liquidación, los sistemas de comunidad se caracterizan por la adjudicación a cada uno de los cónyuges de bienes que constituyen o forman parte de la masa común. En el régimen de participación se opera con las ganancias netas que se traducen en la obtención de un valor o crédito dinerario en favor de uno de los cónyuges.

6) Para el perfecto funcionamiento de este régimen es necesario siempre jugar con valores reales. Aumentar el patrimonio inicial indebidamente o disminuir el patrimonio final, buscando obtener uno de los cónyuges menores ganancias para resultar titular del crédito de nivelación, supondría burlar el sistema que la ley debe tratar de impedir.

7) Por último, y en concordancia con lo dispuesto en el párrafo anterior, toda ley que regule este sistema debe incorporar los medios de prueba para justificar la existencia real de ambos patrimonios inicial y final.

Estos medios a citar como preferentes serán, sin duda, el inventario público en las mismas capitulaciones o documentos privados firmados por ambos cónyuges. A falta de éstos se podrá acudir a otras pruebas escritas, como certificaciones registrales, títulos de adquisición, papeles privados, etc., e incluso a pruebas testificales cuando sea imposible presentar estos escritos.

En ausencia de prueba, el patrimonio inicial debe ser considerado como nulo, entendiendo esta nulidad no en cuanto al todo patrimonial, sino en relación con aquellos bienes cuyo dominio no se ha podido demostrar.

VI. A) NACIMIENTO DEL RÉGIMEN

Al tener carácter convencional el régimen de participación, su nacimiento sólo es posible a través de las capitulaciones matrimoniales, que

para su validez, como reza el artículo 1.327, deben constar en escritura pública, forma que tiene carácter constitutivo.

Estas capitulaciones podrán otorgarse antes o después de la celebración del matrimonio (art. 1.326). Si se otorgan antes, el régimen quedará sin efecto si el futuro matrimonio no se celebra dentro del plazo de un año (art. 1.334). Celebrado el matrimonio, en nuestro Derecho no existe el límite previsto en el Derecho francés, por el cual no se puede modificar ningún régimen hasta transcurridos dos años desde su implantación, y siempre que lo exija el interés familiar. Cuando la sustitución se opera no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (artículo 1.317).

Junto a estas disposiciones de carácter general debemos examinar algunas reglas particulares que afectan al sistema de participación.

En relación con la CAPACIDAD para otorgar este contrato, el artículo 1.329 dispone: «El menor que con arreglo a la ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones matrimoniales antes o después de la boda, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación.»

Agrega el artículo siguiente que «el incapacitado judicialmente sólo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de su representante legal y, en su caso, autorizado por el consejo de familia».

Estas capitulaciones, en cuanto a sus requisitos de fondo, no podrán contener estipulaciones contrarias a las leyes o a las buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge» (artículo 1.328).

Serán válidos, entre otros, los pactos que:

- a) Determinen la proporción en que los cónyuges deben de contribuir a las cargas del matrimonio (art. 1.438).
- b) Confíen la administración de los bienes propios al otro cónyuge.
- c) Prevean la satisfacción *in natura* del crédito de participación.
- d) Acuerden participaciones distintas de la mitad del incremento patrimonial.
- e) En caso de enajenaciones gratuitas, si el cónyuge no quiere o no puede prestar el consentimiento, se pueda acudir supletoriamente al Juez con el fin de no incluir el valor del bien donado en el patrimonio final.

Son nulos los pactos que:

- 1) Excluyan los bienes de los cónyuges de la contribución de las cargas matrimoniales (art. 1.318).
- 2) Alteren los plazos de impugnación de las enajenaciones a que se refiere el artículo 1.433.

3) Convengan una participación que no sea por mitad si existen descendientes no comunes, tal como previene el oscuro precepto 1.430, que tendremos ocasión de examinar posteriormente.

El Derecho francés exige la formación de inventario del patrimonio inicial, acudiendo a una doble fórmula: que se realice en escritura pública o bien en documento privado firmado por ambos cónyuges. Las consecuencias jurídicas de su omisión las sanciona el legislador, considerando este patrimonio como inexistente (nulo).

En nuestro Derecho no hay ni un solo precepto que de manera directa se refiera al inventario. Sin embargo, este pensamiento late en el Código si tenemos en cuenta que el artículo 1.421 dispone que «los bienes constitutivos del patrimonio inicial se estimarán según el estado y valor que tuvieran al empezar el régimen o en su caso al tiempo que fueron adquiridos». Creemos que las capitulaciones matrimoniales serán el vehículo idóneo para relacionar los bienes que componen este patrimonio, del que hablaremos, incorporándolos a la escritura o testimoniándolos al final de la misma, atribuyéndoles a cada uno de los bienes su valor, fijado por los propios cónyuges o, en su defecto, en caso de discordancia, por peritos nombrados para ello.

Se aconseja, si se quieren evitar gastos, que al menos figure el inventario en documento privado firmado por las partes, que constituirá en el momento de la liquidación prueba inequívoca de la existencia de los mismos.

Nos resta estudiar, para concluir esta fase de nacimiento, la PUBLICIDAD de las capitulaciones matrimoniales en el campo del Registro Civil y del Registro de la Propiedad.

En cuanto al Registro Civil, las reglas generales vienen contenidas en el artículo 1.333, cuyo párrafo primero dispone que «en toda inscripción de matrimonio se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hayan otorgado, así como los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio».

Esta norma sustantiva debe ser complementada con el artículo 77 de la Ley del Registro Civil y el artículo 264 de su reglamento, que ordenan hacer constar mediante una «indicación marginal en el folio en que consta la inscripción del matrimonio el régimen de participación de bienes, la escritura pública de capitulaciones, expresando el Notario y fecha que la hubiera autorizado, así como la persona que solicitó el asiento».

En relación al Registro de la Propiedad, el artículo del Código Civil anteriormente citado finaliza diciendo que «si aquéllos o éstos afectaren a

inmuebles se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria».

En el Reglamento Hipotecario de 1947 nos encontramos con el artículo 7.º, que permite la inscripción «de cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique desde luego o en lo futuro alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o derechos reales».

Por Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, vigente el régimen de participación, el legislador se preocupa del nuevo sistema instaurado, dedicándole las siguientes disposiciones:

El párrafo primero del artículo 91 dice: «Cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio para la inscripción del acto de disposición que recaiga sobre inmueble que constituya la vivienda habitual de la familia deberá constar el consentimiento del otro cónyuge, a no ser que se justifique que no tiene tal carácter o que el disponente lo manifestare así.»

Este artículo no constituye una regla particular del sistema de participación. Es una norma primaria consagrada en el 1.320, que reza: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.» Su *ratio*, de inspiración germánica, tiende a proteger los bienes necesarios para el sostenimiento de la vida cotidiana de la familia y garantizar el patrimonio de los esposos, con vistas al reparto de los bienes en el momento de la disolución.

El Reglamento Hipotecario orilla toda referencia a los bienes muebles, por no tener éstos reflejo registral.

Constituye una omisión grave la no referencia a la autoridad judicial supletoria por negativa, justificada o injustificada, del cónyuge no propietario.

No se exige consentimiento ni autorización judicial para los actos que luego expondremos en los siguientes supuestos:

- 1.º Si la vivienda se encuentra alquilada.
- 2.º Las viviendas en construcción.
- 3.º Los solares, locales de negocio, fábricas y garajes.
- 4.º Viviendas destinadas exclusivamente al ejercicio de una profesión.
- 5.º Cuando se justifique que la vivienda se ocupa temporalmente, por no tener carácter habitual (casas de recreo, veraneo, etc.), denominadas segundas residencias.
- 6.º Que el disponente así lo manifieste, entrando en juego en este

caso lo dispuesto en el artículo 1.320 *in fine*, protegiendo al adquirente de buena fe de las manifestaciones erróneas o falsas sobre el carácter de la vivienda.

Los actos o contratos que exigen el consentimiento del cónyuge no titular o la autorización judicial supletoria son, entre otros, los siguientes:

a) La transmisión de la propiedad, tanto a título oneroso como gratuito (el art. 1.320 no hace distinciones), así como las disposiciones de partes indivisas de las mismas.

b) La constitución de derechos reales como el usufructo, uso, habitación, servidumbres e hipotecas, y muy dudosa si versa sobre el derecho de superficie y el derecho de levantar o ahondar.

c) Constitución de arrendamientos.

Creemos que no debe exigirse el consentimiento:

1) Cuando se enajena la nuda propiedad y se reserva el cónyuge el usufructo.

2) La hipoteca en garantía del precio aplazado de la vivienda que se adquiere.

3) Las llamadas operaciones neutras, como las agrupaciones, segregaciones, divisiones y agregaciones.

El párrafo segundo del artículo 90 establece que «los bienes adquiridos por ambos cónyuges sujetos a cualquier régimen de separación o 'participación' se inscribirán a nombre de uno u otro en la proporción indivisa en que se adquieran, conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario».

De la simple lectura del mismo se colige que el legislador contempla únicamente las adquisiciones de los cónyuges durante el matrimonio de manera individual o conjunta. En estos casos con el documento adquisitivo tendrán que presentarse las capitulaciones matrimoniales, que cumplirán un doble objetivo: inscribir el inmueble a nombre del adquirente, rompiendo la presunción a favor de la sociedad de gananciales (art. 1.316), y expresar en el fondo del asiento el régimen por el que se gobiernan los esposos durante el matrimonio.

Iguales reglas se aplicarán cuando de la adquisición nace una copropiedad entre marido y mujer, situación prevista en el artículo 1.414 (si los casados en régimen de participación adquieren conjuntamente algún bien o derecho les pertenece en proindiviso ordinario). En estos casos se indicarán las cuotas que a cada uno de ellos les pertenece, porción abstracta o ideal fijada con datos matemáticos, que permitan conocerla indudablemente, sin que se cumpla este requisito si la determinación se hace

con referencia a unidades de moneda, de medida superficial u otra forma análoga (art. 54 del Reglamento Hipotecario).

Si las capitulaciones matrimoniales se presentan con el fin de reflejar en el registro los bienes que los cónyuges aportan al matrimonio como propios será muy conveniente, tras la descripción de los mismos, proceder a su justa valoración, manifestando si están incluidos en sus diferentes patrimonios iniciales. En su día el Registro de la Propiedad, a través de la certificación que puede expedir el Registrador, puede servir para los contratantes y sus herederos un eficaz medio de prueba en cuanto las declaraciones que en ella se contemplan (art. 1.218 del Código Civil).

Adolece de una desafortunada redacción el párrafo tercero del artículo que estamos analizando. «Si el régimen económico matrimonial vigente fuera de participación se hará constar el consentimiento del cónyuge del disponente, si resultare del título y la disposición fuere a título gratuito.» El alcance del consentimiento en las escrituras de donación tiene un significado totalmente diferente del que se exige para disponer de la vivienda habitual, sin el cual se provoca la nulidad del negocio. El que sea conveniente el consentimiento, como veremos, no justifica que el legislador le atribuya el carácter de necesario.

Por último, cerrando el capítulo de la publicidad, agregamos que los cónyuges pueden acudir al Registro Mercantil, como dispone el artículo 12 del Código de Comercio, tras la reforma de 2 de mayo de 1975, cuando alguno de ellos ejerza el comercio, para determinar en las capitulaciones matrimoniales la responsabilidad de los bienes, por las deudas que pueden contraer por el ejercicio de su actividad mercantil.

B) PATRIMONIO INICIAL

Si tomamos al pie de la letra el párrafo primero del artículo 1.418, que estima constituido el patrimonio inicial «con los bienes y derechos que pertenezcan a cada cónyuge al empezar el régimen», tendríamos que concluir que todos los bienes propiedad de los mismos, inmuebles, muebles, semovientes, créditos, frutos, etc., formarían parte del patrimonio inicial. Sin embargo esto no es exacto, porque este patrimonio inicial es «un valor numérico» de posible determinación a lo largo de la vida matrimonial, hasta la extinción del mismo. De lo contrario, no tendría sentido el párrafo segundo del artículo citado, que incluye en este patrimonio «los bienes adquiridos después a título de donación, herencia o legado».

Creemos perfectamente válido el pacto de exclusión de bienes del patrimonio inicial, de manera particular los frutos, tal como recoge el Código Civil francés, que los elimina *ex lege* del patrimonio inicial.

Estos bienes y frutos así excluidos servirán para ir formando el patri-

monio final, sometidos al régimen de separación de bienes, como establece el artículo 1.413, teniendo, por tanto, los cónyuges una mayor capacidad de maniobra en relación con los actos de administración y disposición que puedan realizar.

Hay, sin embargo, unos bienes que por su configuración tienen un tratamiento especial, que obliga a incluirlos en el inventario dentro no del haber, sino del debe, procediendo posteriormente a reajustes si se producen los condicionamientos legales.

Citaremos entre otros supuestos, no únicos, por considerarlos de más interés, los siguientes:

A) Bienes reservables.

Si alguno de los cónyuges tuviera la consideración de reservista, por haber adquirido los bienes de su difunto consorte por testamento, sucesión intestada u otro título gratuito (reserva matrimonial) (4) o por ministerio de la ley, del descendiente, siempre que los bienes los hubiera adquirido de otro ascendiente o hermano por título lucrativo (reserva semi-lineal o troncal, art. 811) (5), como la ley marca la trayectoria de los mismos en beneficio de los parientes reservatarios, aunque la propiedad pertenece al reservista, deberán relacionarse en el inventario, exclúyense del mismo cuando los bienes hagan tránsito a los beneficiarios. Sólo en los supuestos que podemos llamar anormales de renuncia a la reserva (artículo 970) o la premoriencia al reservista deberán incluirse en el patrimonio inicial por ser bienes adquiridos por título de herencia.

B) Otro supuesto especial puede provocarlo el artículo 639 cuando «se reserve el donante la facultad de disponer de alguno de los bienes donados o de alguna cantidad con cargo a ello; pero si muriere sin haber hecho uso de este derecho pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado».

Los bienes donados que estén excluidos de la facultad de disponer formarán parte del patrimonio inicial. Por el contrario, los que pueden

(4) Artículo 968: Además de la reserva impuesta en el artículo 811, el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales.

Artículo 969: La disposición del artículo anterior es aplicable a los bienes que, por los títulos en él expresados, haya adquirido el viudo o viuda de cualquiera de los hijos de su primer matrimonio, y los que haya habido de los parientes del difunto por consideración a éste.

(5) Artículo 811: El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden.

ser enajenados por el donante seguirán la misma suerte que los bienes reservables, teniendo que esperar a la muerte del disponente, que eliminará la actitud que ha podido adoptar desde la fecha de la donación.

C) Bienes sometidos a recobro *mortis causa*.

Son muy frecuentes las donaciones entre ascendientes y descendientes. Entre los múltiples efectos que éstas pueden provocar destaca el supuesto contemplado en el artículo 812: «Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió.»

El donatario, en nuestro caso el cónyuge, es un pleno propietario, con todas las facultades que la ley atribuye; pero no se puede asegurar que el donante fallezca antes que el donatario, ni que el cónyuge muera con posterioridad. Por tanto, estos bienes deben figurar como los anteriores en el inventario, con la posibilidad de incluirlos en su día en el patrimonio respectivo.

D) Por último, puede el cónyuge tener la condición de fiduciario, al que la ley obliga a conservar y transmitir los bienes al segundo llamado, a través de las sustituciones fideicomisarias (6), regulada en los artículos 781 y siguientes de nuestro primer Cuerpo legal.

Estos bienes, en principio, tampoco deben de figurar en el patrimonio inicial, porque, como dice la mejor doctrina, el fiduciario es un propietario *ad tempus*. Sin embargo, no podemos olvidar que el fideicomiso se puede purificar bien cuando la sustitución fideicomisaria es de tipo condicional y ésta no se cumple, por incapacidad de los mismos para suceder al tiempo de la delación del fideicomiso, o por renuncia de los fideicomisarios a la sustitución, tal como declaró la Resolución de la Dirección General de Registros de 22 de febrero de 1943.

El patrimonio inicial está íntimamente unido al problema de sus deudas y cargas a que hace referencia el Código en los artículos 1.419 y 1.420. Dispone el primero que «se deducirán las obligaciones del cónyuge al empezar el régimen y, en su caso, las sucesorias o las cargas inherentes a

(6) Artículo 781: Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivían al tiempo del fallecimiento del testador.

Artículo 784: El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos.

la donación o legado, en cuanto no excedan de los bienes heredados o donados».

Si las deudas son anteriores, pero exigibles, por ser líquidas y estar vencidas, se rebajarán del patrimonio inicial para fijar su valor neto. Pero si las deudas tienen que satisfacerse en un futuro próximo deberán también descontarse *a priori*, al ser más conveniente satisfacerlas con el patrimonio inicial que posteriormente con el patrimonio final.

Lo que parece absurdo es la postura que adopta la ley en el artículo 1.420, que determina «la inexistencia del patrimonio inicial cuando el pasivo fuera superior al activo». Esto supone desconocer el párrafo segundo del artículo 1.418, que permite satisfacer las mismas con los bienes que posteriormente se pueden adquirir por título gratuito.

En cuanto a las cargas, el legislador alude a las que pesan sobre los bienes adquiridos por herencia, donación o legado, que se deducirán en cuanto no excedan de los bienes adquiridos por estos títulos. En cambio, elude toda referencia a las que puedan gravar los bienes aportados al matrimonio

Estas cargas son aquellos gravámenes de naturaleza perpetua, temporal o redimible que afectan a los bienes directamente impuestos sobre los mismos, que tendrán necesariamente que rebajarse, previa su capitalización, tomando como módulos los medios que la legislación final establece. Se deducirán, por tanto, los usufructos, tanto temporales como vitalicios; el uso, la habitación las rentas vitalicias y los censos en todas sus manifestaciones. Esto es así porque los gravámenes citados disminuyen el valor real de los bienes.

Por el contrario, si los bienes están sujetos a hipotecas u otros gravámenes análogos, su tratamiento debe ser diferente, porque no disminuyen realmente el valor de la finca, sin perjuicio que la deuda que garantizan habrá de deducirse formando parte del capítulo de deudas, procediendo de la manera anteriormente expuesta.

VII. FUNCIONAMIENTO

Señalaremos una vez más que el régimen de participación atribuye «a cada cónyuge la administración, disfrute y libre disposición tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio como de los que pueda adquirir después por cualquier título» (art. 1.412).

Aunque la diferencia fundamental entre el sistema de participación y el régimen de separación de bienes (*vide* art. 1.437) se centra en la liquidación, también durante el funcionamiento existen rasgos típicos muy acusados, porque al decir de BAR «los cónyuges mueren en comunidad». Por eso en el régimen de participación existen interferencias de un cón-

yuge en el patrimonio del otro, cuya justificación reside en la necesidad de practicar una partición real, simplificando sus propias reglas, y proteger a cada uno de los esposos de las disposiciones arbitrarias de los bienes.

Dentro del Derecho comparado estas injerencias no tienen el mismo alcance. Así, en el BGB se prohíbe disponer del patrimonio entero y de los muebles del hogar (*Hausrat*) sin el consentimiento del otro cónyuge o ratificación posterior. La jurisprudencia alemana se ha encargado reiteradamente de interpretar de manera extensiva el artículo 1.365 de su ley, considerando como disposición de patrimonio entero las enajenaciones de un bien o varios cuando su valor comprenda la totalidad o la parte más importante del patrimonio del disponente.

En el Código Civil francés el alcance del consentimiento se reduce considerablemente, al quedar limitado a las enajenaciones a título oneroso, a cuenta de renta vitalicia o a fondo perdido, y a las donaciones intervivos realizadas por uno de los cónyuges, ambas consideradas como fraudulentas, a las que hay que agregar como norma imperativa primaria la disposición del alojamiento familiar, del ajuar doméstico.

Trasladando este punto a nuestro Derecho positivo se comprenden como únicas limitaciones las disposiciones a título gratuito, salvo si se tratase de liberalidades de uso, y a los actos realizados por uno de los cónyuges en fraude de los derechos del otro (arts. 1.423-1.424).

No nos satisface que nuestro legislador utilice en dichos preceptos la expresión «consentimiento», como tampoco estaríamos conformes si se hubieran expresado los términos de autorización o licencia. Quizá hubiese sido más correcto utilizar, como lo hace el legislador con frecuencia, expresiones como intervención o beneplácito.

Pensamos así porque este consentimiento provoca como únicos efectos los siguientes:

- 1) Un alcance «interpartes». Con o sin consentimiento los acreedores podrán ejercitar la acción revocatoria o pauliana si las donaciones hubieran sido realizadas en fraude de sus derechos (art. 1.291, 3).
- 2) La posibilidad de impugnar estas enajenaciones cuando el crédito de participación no pueda ser cubierto con los bienes del patrimonio del deudor (art. 1.433).
- 3) Incluir la donación no sólo en el patrimonio inicial, sino su valor en el patrimonio final (art. 1.423).

Estas reglas se aplicarán a los actos realizados fraudulentamente en perjuicio del otro, porque la ley, con buen acuerdo, aplica el mismo tratamiento por la inexistencia en ambos supuestos de contrapartidas económicas.

Podemos plantearnos si este consentimiento debe recaer sólo cuando se efectúen donaciones o actos fraudulentos de las ganancias obtenidas que disminuirán el patrimonio final o también sobre los bienes del patrimonio inicial, sobre cuyos bienes el cónyuge del esposo enajenante no tiene ningún derecho. Al no hacer ninguna distinción el Código, la solución debe ser idéntica para ambos supuestos, más cuando las mejoras y plusvalías de los bienes propios se consideran ganancias y se tienen en cuenta, como veremos, en el patrimonio final.

VIII. A) EXTINCIÓN

El régimen de participación se extingue en los casos prevenidos para la sociedad de gananciales, aplicándose lo dispuesto en los artículos 1.294 y 1.395 (art. 1.415).

Son estas causas:

- 1) Cuando se disuelve el matrimonio: por muerte, declaración de fallecimiento y por cualquiera de las causas de divorcio que recoge el artículo 86.
- 2) Cuando el matrimonio sea declarado nulo. Si se hubiera celebrado en forma civil, por haber incurrido en alguno de los cinco supuestos que señala el artículo 73, remitiéndonos al Codex de 25 de enero de 1983, los cónyuges hubieran celebrado el matrimonio en forma canónica.
- 3) Cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges.
- 4) Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto.

También se considerarán causas de extinción cuando concluya por decisión judicial el régimen de participación a petición de uno de los cónyuges en alguno de los casos siguientes:

1.º Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia.

Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial.

2.º Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.

3.º Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar.

4.º Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas.

En cuanto a la remisión que hace el artículo 1.415 a los artículos 1.394 y 1.395, es totalmente equivocada si tenemos en cuenta que el primero de los citados es totalmente inaplicable al régimen de participación. Tiene, en cambio, gran interés el artículo 1.395, que reza: «Cuando la sociedad de gananciales se disuelva por nulidad del matrimonio y uno de los cónyuges hubiera sido declarado de mala fe podrá el otro optar por la liquidación del régimen matrimonial según las normas de esta sección o por las disposiciones relativas al régimen de participación, y el contrayente de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte.»

Este precepto apunta de manera clara al matrimonio putativo del viejo artículo 69, hoy refundido en el artículo 79, que declara válidos los efectos ya producidos respecto de los hijos y de los contrayentes o contrayente de buena fe. La buena fe se presume. Creemos que cuando ambos cónyuges han procedido de mala fe, supuesto no contemplado por el legislador, debe procederse como si ambos hubiesen obrado con buena fe, compensándose sus culpas, sin que sufra desviación alguna el régimen de participación, que será el aplicable en estos casos.

Por último, el artículo 1.416 contempla un supuesto más de extinción del régimen «cuando la irregular administración del otro comprometa gravemente sus intereses».

La gestión de los bienes propios no obsta a que cada uno tenga frente al otro la pretensión de una leal administración, porque irregularidades en la misma, dilapidando bienes, empobreciéndose sin justa causa, repercutirá en la participación que el otro consorte pueda percibir.

Al no ser posible interponer demanda solicitando una mayor prudencia en la administración, es lógico que el legislador corte estas irregularidades, permitiendo la extinción del régimen, siempre que ante la jurisdicción ordinaria se demuestre que la gestión resulte «gravemente perjudicial».

B) PATRIMONIO FINAL

Podemos definir el patrimonio final como una masa heterogénea de bienes y derechos valorados según el estado y valor que tuvieran en el momento de la terminación del régimen, deducidas las deudas de su titular.

El contenido bruto de este patrimonio comprende los siguientes elementos:

a) Todos los bienes del patrimonio inicial no enajenados con arreglo al valor que tuvieran en el momento de la liquidación. Por tanto, las plusvalías son consideradas como ganancias.

- b) Los bienes de toda clase adquiridos durante el matrimonio, con su correspondiente revalorización.
- c) Los frutos de toda especie, separados, almacenados y no consumidos.
- d) El metálico, en cualquier establecimiento en que se encuentre.
- e) Los créditos que uno de los cónyuges tenga frente al otro, por cualquier título, incluso por haber atendido o cumplido obligaciones de aquél.
- f) Las rentas vitalicias capitalizadas y los seguros, siempre que el beneficiario sea uno de los cónyuges.
- g) El valor de los bienes de que uno de los cónyuges hubiese dispuesto a título gratuito, sin el consentimiento de su consorte, salvo si se tratase de liberalidades de uso.
- h) El valor de los bienes que uno de los cónyuges haya realizado en fraude de los derechos del otro.

Los comprendidos en el apartado g) y h) tienen como especialidad que forman parte de los dos patrimonios, del inicial con el valor que tenían al comenzar el régimen o cuando fueron adquiridos (art. 1.421), y del patrimonio final, con el valor al tiempo de su enajenación, o que hubieran tenido si se hubiesen conservado hasta el día de la terminación (artículo 1.425). Es la justa sanción que el legislador impone a los cónyuges por no haber requerido el consentimiento de su consorte en las donaciones y en las enajenaciones y actos por haber obrado fraudulentamente.

Los actos fraudulentos pueden plantear problemas graves por la dificultad que supone aislar su concepto.

Basta pensar en el Código Civil, que alude con frecuencia al fraude con distinto significado y alcance. Así, en el nuevo artículo 6.º, párrafo cuarto, del título preliminar se consideran ejecutados en fraude de ley «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el Ordenamiento jurídico o contrario a él». El fraude en este caso supone un ataque indirecto a la norma. En otras ocasiones nos referimos, entre otros a los artículos 1.111 *in fine* y al 1.291, párrafo tercero; el fraude es sinónimo de lesión patrimonial, que al ser perjudicial a los acreedores la ley les protege con el posible ejercicio de la acción revocatoria o pauliana. También el fraude se emplea como equivalente del vicio del consentimiento; basta leer, entre otros artículos, el 673, que declara nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude, o el 756, que declara indigno de suceder al que con amenaza, fraude o violencia obligare al testador hacer testamento o a cambiarlo (párrafo quinto).

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha realizado notables esfuerzos para distinguir el fraude de otras instituciones distintas; piénsese en la fundamental sentencia de 3 de abril de 1968, que alude al abuso del derecho, introducido por nuestra jurisprudencia al amparo del artículo 1.902 del Código Civil, como una manifestación de culpa extracontractual que tiende a impedir que en el ejercicio de un derecho se produzcan daños o perjuicios a un tercero, bien deliberadamente utilizando aquellos derechos en una finalidad antijurídica, o por ejercitarse de una forma incivil y desconsiderada; de la mala fe, que consiste en no respetar las normas de conducta colectiva que son propias de toda conciencia honrada y leal, cuyo principio contrario, la buena fe, va implícitamente exigido en todo negocio jurídico para su normal desenvolvimiento

Se trata de averiguar el significado del fraude que emplea el legislador en el artículo 1.424. Desde luego, rechazamos la equiparación de acto fraudulento con enajenación gratuita (art. 1.425), por ser la regla general en el Código, como expresa el artículo 1.297, «que presume como actos fraudulentos los celebrados por el deudor a título gratuito».

Opino que la voz fraude no debe salir de la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, donde se lee que es «engaño, inexactitud consciente, abuso de confianza, destrucción u ocultación que produce daño».

Sus manifestaciones durante el matrimonio más o menos duradero de los cónyuges pueden ser múltiples, pero no caeremos en la tentación de citar ejemplos de parvulario, aludiendo, como hacen otros autores, a los manidos cuadros, joyas, pulseras de brillantes, ventas a bajo precio o irregularidades en la administración de los bienes. Lo importante es que estos actos, por ser fraudulentos, escondan en el estado psicológico del que lo realiza una clara intención de perjudicar, augurando frecuentes intervenciones judiciales por las posibles desavenencias que puedan surgir en el momento de la liquidación.

En el patrimonio final, por último, deberán ser EXCLUIDOS los bienes de carácter personalísimo, como las indemnizaciones por causa de muerte, pensiones, derechos pasivos, beneficios de las Mutualidades, que no suponen ganancias en sentido técnico, así como los llamados derechos en formación, como donaciones todavía sin aceptar, ofertas de contrato y las que pueden nacer en algunas ocasiones de la Ley de Propiedad Intelectual e Industrial.

Tampoco forman parte de este patrimonio las liberalidades de uso a las que también se refiere el Código en el artículo 1.378, que pueden entenderse como los tradicionales regalos módicos del viejo y desaparecido

artículo 1.334, regalos, como dice CANO TELLO, frecuentes en la vida social por razones de cortesía, cuantía que debe ser calificada en función de los usos y costumbres vigentes en el ámbito social en el que se mueven los sujetos, y principalmente en relación con la posición económica del donante, de tal modo que un mismo objeto puede constituir un regalo módico en unos supuestos y no en otros.

Se excluyen del patrimonio final las donaciones entre los esposos, hoy permitidas por el artículo 1.323, cualquiera que sea su cuantía, cuya aceptación del cónyuge donatario implica el consentimiento que debe prestar al cónyuge donante.

No hay plazo en el Código para la realización del inventario del patrimonio final, a diferencia de la legislación francesa, que concede a los cónyuges el plazo máximo de nueve meses, tiempo suficiente para aportar todos los medios de prueba para su determinación.

IX. LIQUIDACIÓN

Extinguido el régimen de participación por las causas anteriormente señaladas, procede la liquidación, que constituye, sin duda alguna, el momento fundamental del régimen, que justifica su existencia. Se desdobra en dos operaciones, encaminadas, la primera, a la obtención del CALCULO DE LAS GANANCIAS, mediante el análisis paralelo del patrimonio inicial y final de cada uno de los cónyuges, que tienen como punto de unión las deudas que pueden existir en los respectivos patrimonios brutos; la segunda consiste en comparar los patrimonios netos de cada cónyuge para determinar el CALCULO DEL CREDITO, quién lo debe satisfacer, cuantía y demás problemas que serán analizados posteriormente.

La liquidación nos lleva al estudio de las personas que tienen que intervenir en el proceso divisorio.

Si la causa de extinción del régimen tiene lugar por acto inter vivos, el análisis del inventario inicial, las respectivas valoraciones, pago de deudas y determinación de los patrimonios netos deberán recaer en los cónyuges o sus representantes con poder expreso; en caso de desavenencias posibles podrán nombrar un árbitro o recabar el auxilio de la autoridad judicial.

Se pueden presentar en la práctica algunos supuestos que deben resolverse de la siguiente manera:

Si los cónyuges son menores de edad (necesariamente habrán tenido que casarse con la correspondiente dispensa; *vide* art. 48) podrán por sí mismos efectuar todas las operaciones, al no estar entre las restricciones que señala el artículo 343, que hace solamente referencia a tomar di-

nero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles o establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor. Al ser la emancipación una mayoría de edad anticipada, el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado, de manera reiterada, vienen interpretando restrictivamente este artículo, en el mismo sentido que lo hizo con su antecedente, el artículo 317 de la legislación anterior. Por lo dispuesto en el artículo siguiente las posibles dudas se disiparían cuando alguno de los cónyuges sea mayor de edad.

Si alguno de los cónyuges estuviera incapacitado la liquidación tendría que ser autorizada por el consejo de familia, por aplicación analógica del artículo 269, 7. Así se pronuncia para proceder a la división de la herencia u otra cosa que se poseyera en común.

Si el tutor fuese el otro cónyuge (caso de locura: art. 220) existirían intereses contrapuestos, lo que daría lugar a la intervención del protutor.

Si el proyecto de Ley de 11 de mayo de 1982 se aprueba, sin novedades sustanciales, la autorización del consejo de familia se suplirá por los Jueces de familia, al sustituir el nuevo texto la vieja tutela familiar por la tutela de autoridad, nombrándose defensor judicial cuando existan intereses contrapuestos, al desaparecer el cargo de protutor.

Si alguno de los cónyuges está legalmente declarado ausente debe de intervenir su representante legal, liquidación que deberá obtener la aprobación judicial si el representante es persona distinta del cónyuge, hijos o ascendientes, como recogen los artículos 1.041 y 1.043 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuando la liquidación tiene que practicarse por causa de muerte o declaración de fallecimiento estas operaciones deberán realizarse por el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto, salvo que no existiese unanimidad entre ellos, lo que daría lugar al juicio de testamentaria o *abin-testato*, según las normas de la LEC.

Si el testador nombró contador-partidor (art. 1.057) o albacea especialmente nombrado para ello (art. 901) serán éstos los encargados de practicar la liquidación. No vemos diferencias esenciales entre la liquidación de la sociedad de gananciales y la comunidad diferida que representa este régimen de participación, actos preparticionales, en definitiva, que se realizan como permite la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo entre el cónyuge supérstite y el contador (sentencia de 11 de diciembre de 1912).

Parece más dudoso la aplicación del párrafo segundo del artículo 1.057, que establece que, no habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Juez, a petición de los herederos y legatarios que representen al menos el 50 por 100 del haber hereditario y con

citación de los demás interesados, si su domicilio fuese conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

LACRUZ, en las escasas líneas que dedica a esta materia, bajo el título de «Cuestiones de procedimiento», no comparte nuestra postura.

Dice el maestro que cuando no se pongan de acuerdo los cónyuges para hacer el cálculo podrán nombrar un arbitrador (especie de contador-partidor), un árbitro o, a través del Juez, expertos o peritos para que elaboren un proyecto de liquidación, sin que en ningún caso tengan la condición de 'partidor', al no tener nada que partir, quedando luego la discusión de los cónyuges o a la compulsión de los Tribunales el pago de la deuda final.

Encadenar al contador-partidor o comisario o al arbitrador, hoy contador dativo, a la realización de meros proyectos como base para futuras discusiones nos parece desnaturalizar este cargo e ignorar las complejas funciones que se les reconoce constantemente por la jurisprudencia. Podrá, por tanto, hacer, con terminología médica, el recuento y fórmula, esto es, inventariar los bienes y su correspondiente avalúo para poder partir las ganancias netas, con arreglo a operaciones aritméticas muy simples que responden a la siguiente fórmula:

Del patrimonio final bruto se deducirán las obligaciones todavía no satisfechas (art. 1.422), y del patrimonio neto se restará el valor numérico del patrimonio inicial.

Esta operación tiene que realizarse en cada una de las ramas matrimoniales. Al restar del patrimonio bruto las deudas se obtendrán las ganancias, en tanto en cuanto la cantidad resultante sea superior al patrimonio inicial. Si se produce el fenómeno contrario, esto es, la cantidad neta es inferior al patrimonio inicial, éste habrá que computarlo con valor cero, ni positivo ni negativo, liquidándose el régimen con arreglo a las directrices del artículo 1.428, que luego expondremos, de lógica justificación, pues sería injusto que el cónyuge que con su esfuerzo a lo largo de su vida matrimonial ha obtenido beneficios tenga que cubrir las deudas del que por cualquier circunstancia, al cesar el matrimonio, su patrimonio fuera negativo o dañoso.

X. CÁLCULO DEL CRÉDITO DE NIVELACIÓN

Mientras funciona el régimen de separación ninguno de los cónyuges es titular de un derecho de crédito, por dos razones elementales: la pri-

mera, porque este derecho personal nace una vez practicada la liquidación definitiva; la segunda, porque este derecho está sometido a dos condicionamientos: que existan ganancias y que uno de los incrementos sea superior al otro para que el de menor entidad sea favorecido por la nivelación.

Esto no quiere decir que al pactar el sistema no surja incardinado en el mismo una obligación futura, *ex lege*, de realizar el crédito en la forma pactada por los cónyuges. Así se pronuncia la legislación francesa, que atribuye a los esposos, como garantía inicial, la posibilidad de acudir a la hipoteca legal expresa, pudiendo, por tanto, hipotecar cada uno de los cónyuges los bienes del otro en garantía del crédito que pueda nacer.

Es evidente la ventaja de esta hipoteca legal, si pensamos que el crédito de participación tiene la consideración de común; al estar reforzado con este tipo de garantía se convierte en singularmente privilegiado, con todos los beneficios que se derivan de dichos créditos, de manera particular si en algún proceso de ejecución concurren con otra clase de acreedores.

Desconozco si la Comisión de Codificación se planteó la posibilidad de admitir en nuestro Derecho esta figura para garantizar el crédito de nivelación. Su exclusión merece nuestro aplauso, porque las hipotecas legales constituyen un peso muerto en la legislación hipotecaria desde hace varios lustros. Como prueba de lo dicho tenemos la vieja Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de enero de 1918, de la que entresacamos las siguientes frases: «el deplorable estado de las hipotecas legales»; «el lamentable desuso en que ha caído la institución y la inobservancia práctica de las mismas». Con estos antecedentes mal podríamos exigir la creación de una nueva hipoteca legal, más cuando a raíz de los profundos cambios operados recientemente en la organización familiar hipotecas de contenido semejante, por razón de bienes dotales y parafernales, han sido derogadas.

No queremos decir que esta obligación futura no pueda garantizarse *a priori* acudiendo a otras garantías previstas por la ley. Así, el Código permite, en el artículo 1.825, prestar fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea conocido, que grava al fiador desde su constitución, y la Ley Hipotecaria regula la constitución de hipoteca en garantía de obligaciones futuras (art. 142), permitidas cuando existe posibilidad o probabilidad de su existencia, que surten efecto contra tercero desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse.

Estas hipotecas, llamadas de seguridad, presentan, sin embargo, grandes inconvenientes. El titular de la finca hipotecada encontrará graves obstáculos para su libre circulación, al ignorar los adquirentes la certeza

y la cuantía de la deuda; por su parte, el acreedor hipotecario puede encontrar serias dificultades en la formación del ulterior título ejecutivo, si surgen problemas para concretar el crédito de nivelación. A fuer de ser sinceros, no aconsejamos esta medida previa de garantía, porque, como gráficamente apunta ROCA SASTRE, las hipotecas de seguridad son las que menos seguridad producen.

El artículo clave y general para la determinación del crédito de nivelación responde al número 1.427 del Código, que dice literalmente: «Cuando la diferencia entre los patrimonios final e inicial de uno y otro cónyuge arroje resultado positivo, el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge.» Los artículos siguientes no son más que reglas especiales, como también, aún sin articular, la inaplicabilidad del régimen de participación, cuando los dos patrimonios arrojen saldo negativo o las ganancias obtenidas por ambos cónyuges sean de igual cuantía.

Comentando LACRUZ el artículo anteriormente citado, ciñéndose a su letra, practica una serie de operaciones aritméticas innecesarias, al sumar las ganancias de ambos patrimonios, que posteriormente divide por mitad, restando del patrimonio del menor incremento su ganancia obtenida, resultando así el crédito que debe satisfacer el otro cónyuge en la forma que luego exponremos. Es mucho más simple la solución francesa, que, previa la compensación de las ganancias de ambos patrimonios, la mitad de la cantidad resultante se entrega al cónyuge que obtuvo el menor incremento. Si alguno de los cónyuges es deudor del otro, en su patrimonio se realizarán las oportunas rectificaciones (art. 1.427), para la obtención del crédito final.

Reglas especiales:

Cuando únicamente uno de los patrimonios arroje resultado positivo, el derecho de la participación consistirá, para el cónyuge no titular de dicho patrimonio, en la mitad de aquel incremento. Este artículo, el 1.428, tiene su campo de aplicación cuando las deudas de uno de los cónyuges son iguales o excedan del patrimonio inicial.

Un análisis superficial del artículo puede provocar el espejismo de encontrarnos ante una liquidación semejante a la sociedad de gananciales al adjudicarse el titular del patrimonio negativo la mitad del incremento.

Defendí que el régimen de participación no era más que una comunidad diferida y definida por unos rasgos que la separan del sistema ganancial

En efecto, si al cesar el régimen las masas patrimoniales se unieran formando una unidad, las deudas de uno y otro cónyuge tendrían que ser satisfechas por el todo resultante, solución que el precepto rechaza.

Además, en el régimen de participación, las plusvalías reales de los bienes de cada uno de los consortes forman parte de las ganancias, frente al sistema ganancial, que los incrementos de los bienes privativos tienen esta misma consideración.

Por último, en la sociedad de gananciales, las adjudicaciones en caso de división se atribuyen normalmente *in natura*, a diferencia, como veremos, del crédito de nivelación, cuyo pago en principio se efectuará en dinero.

En los dos preceptos examinados el Código se refiere a los incrementos, a diferencia de los que a continuación exponemos, cuyos pactos se refieren exclusivamente a las ganancias.

Cualquiera que sea la naturaleza de los mismos, estarán sometidos a las dos limitaciones siguientes:

Que sean recíprocos y de igual proporción, con el fin de que ambos esposos tengan iguales oportunidades y no se rompa el esquema del régimen de participación. Así se pronuncia el artículo 1.429, que establece que «al constituirse el régimen podrá pactarse una participación distinta de las que establecen los dos artículos anteriores, pero deberá regir por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y en favor de ambos cónyuges.

Interpretando restrictivamente este artículo, estos pactos sólo tendrían cabida en el momento de la constitución del sistema, aunque, dado el contenido del artículo 1.325, es posible su nacimiento en capítulos complementarios posteriores.

Podíamos preguntarnos si es posible el pacto de atribución íntegra de las ganancias a uno solo de los esposos. La contestación, si se respeta la limitación de reciprocidad, no puede ser otra que la afirmativa. Es más: creemos que esta cláusula es conveniente cuando el régimen de participación cesa por causa de muerte y no existieran hijos en el matrimonio.

Sólo existe la excepción que recoge el artículo 1.430, «al no poderse convenir una participación que no sea por mitad si existen descendientes no comunes».

Ni la legislación alemana ni la francesa recogen un precepto tan incongruente, cuya *ratio* es difícil descifrar.

Está claro que el nivel de participación no podrá rebasar el 50 por 100; que el pacto se refiere necesariamente a la ganancia total de cada cónyuge y no al exceso de la del uno sobre la del otro; que la ley intenta atribuir a los descendientes no comunes, causantes de la limitación, algún especial beneficio.

Descendientes no comunes, llamados por la ley en otras ocasiones hijos de vínculo sencillo (art. 947), son los que «aporta» alguno de los

cónyuges al matrimonio: por haber nacido de otro matrimonio anterior (artículos 115 al 119: filiación matrimonial); cualquiera de los que tengan la condición de extramatrimonial (arts. 120 al 126), y los hijos adoptados plenamente por uno de ellos antes de la celebración del matrimonio. Los hijos adoptados simples no creemos estén incluidos dentro del contenido del precepto.

Si pensamos que la terminación del régimen de participación por causa distinta de muerte, el crédito de nivelación engrosa el patrimonio del cónyuge menos favorecido, nunca a los descendientes comunes o no comunes, parece que el precepto debe moverse dentro del campo sucesorio, y únicamente para el supuesto que por lógica muera o fallezca el cónyuge con descendiente no común y sea el titular del crédito de participación.

La reforma actual trata de manera evidente de proteger a los descendientes no comunes, asegurándoles la mitad de las ganancias obtenidas a modo de compensación sucesoria o medio de subsistencia, fundamento que no puede ser otro que evitar todo tipo de pacto que intenten perjudicar a estos beneficiarios de filiación a veces dudosa que por lógicas presiones podrían recibir participaciones mínimas o irrisorias que la ley, consecuente con el principio de igualdad de cualquier tipo de filiación, con buen tono trata de evitar.

XI. PAGO DEL CRÉDITO DE PARTICIPACIÓN

De acuerdo con la lógica de un sistema de separación, el crédito de participación deberá ser satisfecho en dinero (art. 1.431). Los cónyuges, sin embargo, son soberanos para sustituir el metálico por cualquiera de sus equivalentes: entrega de pagarés, letras de cambio u otros documentos mercantiles, acciones, participaciones, etc. (art. 1.170).

Pueden satisfacerlo en el acto, así como aplazarlo en todo o en parte, pactando intereses a distinto tipo del legal.

Pueden fijar todo tipo de garantías personales, reales y tabulares, esto es, acudiendo al embargo en caso de litigio, entregar bienes como dación en pago. Así se desprende del artículo 1.432, que alude al acuerdo de los interesados.

Sólo en el caso de desavenencias entrarán en juego las reglas supletorias del Código a través de la intervención del Juez, mediante el procedimiento para los incidentes que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Estas reglas son las siguientes:

Artículo 1.431, 2: «Si mediare dificultades graves para el pago inmediato, el Juez podrá conceder aplazamiento, siempre que no exceda de

tres años y que la deuda y sus intereses legales queden suficientemente garantizados.»

Las dificultades graves deben ser justificadas por el cónyuge deudor, que aun siendo solvente puede carecer de liquidez.

No puede el Juez, por ningún concepto, conceder aplazamientos que excedan de tres años ni elevar el interés legal del dinero.

En cuanto a la prestación de garantías, las anteriormente señaladas, el criterio del Juez debe ser ponderado, escogiendo la más adecuada según las posibilidades del deudor y los intereses del acreedor.

El crédito de participación, según recoge el artículo siguiente, 1.432, podrá pagarse mediante la adjudicación de bienes concretos por acuerdo de los interesados o si lo concediese el Juez a petición fundada del deudor.

Esta forma especial de pago deberá aplicarse cuando el deudor justifique la inexistencia de numerario o dificultades para obtenerlo, correspondiendo al deudor el ofrecimiento de bienes concretos cuya elección incumbe al Juez, previa audiencia del acreedor.

Sin duda alguna, el artículo de mayor interés del régimen de participación es el artículo 1.433, conforme al cual «si no hubiese bienes en el patrimonio deudor para hacer efectivo el derecho de participación en ganancias el acreedor podrá impugnar las enajenaciones que hubieren sido hechas a título gratuito sin su consentimiento y aquellas que hubieren sido realizadas en fraude de sus derechos».

Este artículo parece chocar con los anteriores examinados, pues si el deudor es el cónyuge que ha obtenido la mayor ganancia parece inexplicable que no tenga bienes suficientes para satisfacer la deuda.

La interpretación, sin embargo, es lógica, porque estamos en presencia del contenido de un patrimonio positivo, pero sus ganancias se componen exclusivamente de aquellas enajenaciones gratuitas o fraudulentas que realizó el cónyuge sin el consentimiento del consorte acreedor, lo que nos obliga al estudio de:

1) Naturaleza jurídica de esta acción.

Estamos en presencia de una acción pauliana con ciertas singularidades que permiten calificarla de especial o *sui generis*, comprendida dentro del párrafo quinto del artículo 1.291.

Su estructura material y formal sigue la trayectoria de la acción rescisoria, de la que resulta:

a) Están legitimados activamente para ejecutar esta acción el acreedor, en este caso el cónyuge favorecido con la nivelación, sus herederos, sus representantes legales y, siguiendo la opinión dominante, los acree-

dores, a través de la acción subrogatoria, si se cumplen las exigencias del artículo 1.111.

b) Están legitimados pasivamente el donatario o el adquirente fraudulento, sus herederos y representantes, así como contra los terceros adquirentes, salvo, siguiendo las directrices del artículo 1.295, 2, que su adquisición haya sido a título oneroso y de buena fe (art. 1.434 *in fine*). La acción contra terceros no puede ejercitarse independientemente, sino al mismo tiempo que contra el deudor y con carácter subsidiario (Tribunal Supremo).

El problema se plantea si son varias las donaciones que se trata de impugnar. Se pregunta la doctrina cuál es el sistema más conveniente: ¿el de libertad de elección, pudiendo el acreedor dirigirse contra cualquier donatario?, o ¿seguir un orden preestablecido de impugnaciones?

El profesor LACRUZ, alegando que el precepto no distingue, y siguiendo las reglas de la rescisión por fraude de acreedores, sostiene que el acreedor podrá elegir entre las donaciones o enajenaciones fraudulentas la que desea impugnar, sin acoplarse a ningún orden preestablecido.

Una serie de consideraciones nos inclina a mantener la postura contraria, atacando las donaciones por el orden inverso de fechas.

En primer lugar, porque la acción que estamos analizando, como indicamos, tiene ciertas peculiaridades que la separan de la acción revocatoria en general, lo que es lógico si pensamos que en el fondo no es lo mismo un acto fraudulento que las donaciones que pueden hacer los cónyuges de sus bienes propios, aun sin consentimiento del otro cónyuge.

Por otra parte, cuando se efectúan varias donaciones fraudulentas, es lógico que el acreedor pueda elegir cualquiera de ellas, porque el plazo para el ejercicio de la acción se cuenta desde la realización del acto engañoso. En cambio, en el régimen de separación el plazo de ejercicio arranca desde el día que el régimen queda extinguido, resultando absurdo que viejas donaciones estuvieran en el mismo plano que las más recientes, donde el peligro de fraude es mayor.

Pero sobre todo aportamos como argumentos básicos los dos siguientes: diferenciamos perfectamente la legítima del heredero forzoso y el crédito-ganancia del cónyuge beneficiario; pero ambas figuras inciden en un punto común, porque las donaciones efectuadas tratan de burlar derechos que la ley protege, constituyendo la reducción de donaciones y la acción que estamos examinando manifestaciones claras de una rescisión parcial. Si la reducción, tal como establece el fundamental artículo 655, se ataca por el orden inverso de fechas no vemos ningún inconveniente aplicar el criterio analógico.

Por último, si nuestro Código Civil, como expusimos, toma directa-

mente el régimen de participación del Código Civil francés, debe aplicarse la misma solución de su artículo 1.577, que aplica como criterio «les aliénations les plus récentes».

c) La acción que estamos analizando tiene carácter subsidiario, para el acreedor, al no poder ejercitarla, salvo que el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, y por parte del deudor la posibilidad de paralizarla si opta por la indemnización de daños y perjuicios (art. 1.077).

2) El cambio cronológico de los presupuestos y el plazo de caducidad son las dos peculiaridades más sobresalientes que imprimen carácter especial a esta acción. El Tribunal Supremo y la unanimidad de la doctrina afirman que para el ejercicio de la acción pauliana son necesarios dos requisitos: un titular de un crédito, premisa mayor, y la realización de actividades por el deudor, premisa menor, con el fin de disminuir fraudulentamente su patrimonio. Por este motivo la acción se llama en fraude de acreedores. En la acción de impugnación referida al régimen de participación los presupuestos anteriores se permutan. En efecto, las enajenaciones gratuitas y fraudulentas tuvieron lugar durante el matrimonio y el crédito de participación nacerá con la liquidación del régimen. Por esto, en puridad de doctrina, no se puede hablar de fraude de acreedores, sino de acreedores por fraude.

En cuanto al plazo de caducidad, el legislador cierra el capítulo V con otra incongruencia más, señalando «que las acciones caducan a los dos años de extinguido el régimen», rebajando dos años el plazo legal de la acción rescisoria, que, como señala el artículo 1.299, es de cuatro años.

Una vez más, el Código Civil plagia el Derecho francés, que sanciona el mismo plazo de caducidad, sin tener en cuenta que en este Derecho se señala como plazo de liquidación un período de tres años. Es completamente lógico que en un sistema con plazo de liquidación las acciones de impugnación revistan un plazo menor para poder incorporar a la masa deudora los bienes que en ella deben de figurar y poder satisfacer la deuda contraída. Omitida por nuestro legislador esta circunstancia, creemos un desvío innecesario reducir el plazo general de la acción rescisoria, considerando excesivamente corto el plazo fijado, que puede provocar una lesión más al derecho legítimo que se trata de amparar.

XII. CONCLUSIÓN

1) Se van a cumplir dos años desde la incorporación del régimen de participación en nuestro Derecho. Los Notarios y Registradores pueden

dar buena cuenta, de momento, del fracaso de este nuevo sistema matrimonial totalmente desconocido en el mundo vivo del Derecho.

Las clases modestas no suelen otorgar capitulaciones matrimoniales, porque nada tienen que nivelar. La clase media acomodada necesita sistemas sencillos y ágiles, sin acumular nuevos problemas a los que en sí crea el matrimonio, convirtiendo sus patrimonios en hojas de debe y haber, preocupándose de inventariar los bienes, determinar su valor, comparar los patrimonios para obtener los cálculos de ganancias y el crédito de nivelación, todo ello sin perder de vista que este régimen para su mediano funcionamiento debe ajustarse a valores reales, con las posibles repercusiones fiscales que pueden entrañar los reconocimientos de deuda y las daciones en pago al realizarse el crédito. No perdemos la esperanza de encontrar algunos matrimonios valientes que quieran iniciar esta complicada aventura.

2) Hubiera sido preferible adaptar este sistema mixto al estilo español, manteniendo en lo posible la coordinación entre el régimen de separación de bienes y el sistema ganancial. Tomaríamos del primero su esencia, evitando toda injerencia entre los esposos en la administración y disposición de los bienes propios, coadyuvando al levantamiento de las cargas, porque el matrimonio constituye una empresa en común.

Del régimen ganancial, el reparto igualitario de los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, que infundiría, sin duda, tranquilidad matrimonial, advirtiendo que las deudas de los esposos tendrían que satisfacerse con los bienes propios, y la participación que le correspondiese en dicha comunidad, previamente liquidada. De esta manera, quizá el nuevo sistema podría prosperar en las uniones tan frecuentes de «mixta legislación».

Respetamos la opinión de los autores que alaban el sistema de participación, porque cada uno es libre de mantener su criterio. Sin embargo, no parecen muy correctas las afirmaciones del profesor LACRUZ, que dice, entre otras cosas, que el régimen de participación es mucho más perfecto que la sociedad legal, por la mayor realidad de su concepto de ganancias y pérdidas. Contra esta afirmación podemos oponer como argumento legal el artículo 1.435, 2, porque si los cónyuges pactan en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, si el sistema de participación fuera tan perfecto como se alega, éste debería ser supletorio, y sin embargo el precepto se inclina por el de separación de bienes.

Por otra parte, alega que si el nuevo régimen de participación ofreciera el cúmulo de cuestiones dudosas o insolubles difícilmente podría

haber sido encerrado en un conjunto de preceptos muy inferior en número y extensión al de la sociedad de gananciales.

Nunca hemos creído que el criterio numérico fuere elemento interpretativo de claridad; siguiendo esta misma línea el sistema de participación resultaría mucho más diáfano, sencillamente, si el legislador lo suprimiera.

ELADIO BALLESTER GINER
Registrador de la Propiedad

BIBLIOGRAFIA

- BACH: *Droit Civil, Régimes matrimoniaux*, Ed. Sirey, 1978.
BEIZKE: *Revista de Derecho Internacional Comparado*, 1958.
BOULANGER: *Régimes matrimoniaux*, 1957.
CANO TELLO: *Sociedad de gananciales*, 1983.
CARBONNIER: *Droit Civil. La famille*, 1977.
CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho de Familia*, 1.ª y 9.ª edición.
CORNÜ: *La réforme des régimes matrimoniaux*, 1966.
DE LOS MOZOS: «El régimen económico del matrimonio», Valle de los Caídos, 1980.
DÖLLE: *Igualdad del hombre y de la mujer*, 1953.
FERNÁNDEZ CABAILEIRO: *El régimen económico matrimonial legal en Europa*, 1969.
GARRIDO DE PALMA: *El nuevo derecho de familia español*, 1982.
HAMIAUT: *Les réformes des régimes matrimoniaux*, 1965.
LACRUZ: *Derecho de Familia*, 3 fascículos, 1981-1982.
MARTÍNEZ CALCERRADA: *El nuevo derecho de familia*, 1981.
MARTÍNEZ SARRIÓN: *Revista de Derecho Privado*, 1967.
MELÓN INFANTE: *Anuario de Derecho Civil*, 1969.
MIAJA DE LA MUELA: *Derecho Internacional Privado*, 1982.
MORIN, G.-MORIN, M.: *La réforme des régimes matrimoniaux*. Tomo II: *Repertoire du Notariat Defrenois*, 1977.
PATARIN-MORIN: *La réforme des régimes matrimoniaux*, tomo I.
ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 1948.
SAVATIER: *La séparation de biens en Droit français*, 1973.
SIMÓ SANTONJA: *Regímenes matrimoniales en el mundo de hoy*, Ed. Aranzadi, 1978.
VAZ FERREIRA: *Tratado de la sociedad conyugal*, 1959.
ZAJTAY: *L'évolution récente du régime matrimonial*, 1965.

Agradezco la colaboración prestada a María José Reyes López, cuya tesina «El régimen de participación en el actual Derecho europeo» (1982) ha sido un instrumento muy útil para realizar este trabajo, y a mi hija Concha y M. Nikolai por las traducciones de los Códigos que se citan en esta obra.