

La Libertad capitular y los artículos 1.328, 1.320 y otros del Código Civil

PLANTEAMIENTO GENERAL

La pretendida fórmula igualitarista del nuevo artículo 1.328, así como la finalidad proteccionista del 1.320, y la presunta eficacia extensiva general del capítulo primero, título III, libro IV —Del régimen económico matrimonial: disposiciones generales— han movido a una interpretación creo errónea a mi compañero de distrito Juan Alvarez Sala (1).

Subraya la existencia de una serie de limitaciones tras la reciente reforma del Código Civil. Acierta en el planteamiento y elección del tema, pero, sin embargo, de todo su trabajo se deduce una propensión al mantenimiento de una interpretación imperativista bastante dudosa o, al menos,

(1) Su trabajo *Aspectos imperativos de la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular*, tal y como me fue circulado por la Comisión de Cultura del Colegio Notarial de Baleares.

En el presente trabajo no se han usado los precedentes parlamentarios por dificultad en conocerlos en las fechas de redacción del trabajo. Tampoco las conclusiones del Congreso de Derecho Foral de Zaragoza, pues la parte afecta estaba redactada con anterioridad.

Ha adquirido especial desarrollo el tratamiento de los regímenes de separación y participación, por la práctica profesional diaria y la magnífica construcción dogmática del nuevo régimen de separación en el Código Civil. Sería interesante hacer un estudio comparativo, que excede de mi capacidad, entre el régimen de separación en el Código Civil —basado en la gestión de negocios ajenos sin mandato, que hace innecesaria la referencia a la legitimación para actuar por el 1.439, que la permite a cualquier cónyuge— y el nuestro balear de separación de orientación dotal romana, que podría permitir el juego de los artículos 1.438 y 1.441 en Mallorca, pero no del 1.442 y dudosamente del 1.439. A ello no alcanza ni mi conocimiento del *ius comune* ni el del sistema romano de separación, precedente del mallorquín.

matizable. El problema debe de centrarse en si existen esos límites tras las profundas modificaciones de algunos artículos que pudieran incidir en una interpretación que vacíe de contenido o, al menos, liberalice la inteligencia del 1.328, que le preocupa.

También en línea de principios se le podría reprochar que si bien ciertas novedades recientes tienen un marcado acento constitucional, la interpretación de los nuevos textos ha de hacerse con referencia a los diferentes regímenes económicos matrimoniales que el legislador ha previsto. En lugar de proyectar las pretendidas prohibiciones indiscriminadamente, habrá que examinar si cuadran en cada régimen económico, según su tipo y flexibilidad.

Aparte de que una vez introducidas en el Código han de ser interpretadas dentro de su sistema. La referencia del 1.315: «... sin más limitaciones que las establecidas en este Código», indica que las prohibiciones sólo son las del Código, y, además, que han de interpretarse, si no restrictivamente, como creo, de acuerdo con el sistema del propio Código, sin acudir a la norma constitucional, sino como un elemento más entre los interpretativos de los nuevos textos prohibitivos.

1.º CONSTRUCCION CONSTITUCIONALISTA DEL 1.328

Es cierto que el autor intenta una interpretación coherente del 1.328, que podría resumirse, a lo que entiendo, así:

Se preocupa por descartar que el 1.328 se refiera únicamente a relaciones puramente familiares, a cualquier potestad exclusiva de un cónyuge sobre el otro. Y alude, dentro de su línea interpretativa, a la Constitución, artículo 32, al equiparar hombre y mujer en cuanto a derecho a contraer matrimonio.

Hasta aquí logra su propósito, como no podía menos. Pero ya estaba conseguido antes de la reforma, al haberse suprimido la licencia en la dirección potestad marido sobre mujer y con la modificación del artículo 57. El concepto estaba claro en la vieja redacción del 62-1.º, que nos dará la clave interpretativa que sostendremos.

Sin embargo, el 1.328 no puede referirse sino a hombre y mujer «casados entre sí», en cuanto matrimonio sujeto necesariamente a un régimen económico matrimonial (1.316). La interpretación de «igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge», del 1.328, debe ser referida al artículo 14 de la Constitución, relativo a la no discriminación entre las personas por el sexo, y 32, plena igualdad jurídica. Significará que el «estado» de esposo no atribuye ninguna especial facultad, legitimación, titularidad o poder en el consorcio matrimonial. Algo que en término de

legitimación —entendida ampliamente— el viejo 63 ya daba por sentado, y en término de facultades imponía ya el 57 del Código Civil desde 1975.

En contra no podía alegarse el antiguo 59, porque este sólo señalaba en un sistema de administración unipersonal quién sería el administrador, permitiendo el pacto en contrario, por lo que imponía imperativamente —antes de 1975— un *status* privilegiado del marido.

No es preciso interpretar literalmente el 1.328, referido a «derechos». En todo caso, «igualdad de derechos» no puede referirse sino a equiparación de ubicación de hombre-marido y mujer-esposa en el esquema estático y dinámico de organización legal del consorcio conyugal actuante. Pero una equiparación abstracta, en cuanto formulación o traducción al Código Civil de un precepto constitucional, sujeta al juego de los artículos referidos a cada régimen, implica elevar de rango al 1.328, pero al propio tiempo permite su interpretación «elástica», pues es conocida la eficacia «última» de todo precepto «constitucional» no vulnerado directamente por otra norma vigente no declarada anticonstitucional.

Obsérvese que el artículo 14 habla de igualdad ante la ley abstracta; hace referencia a sujetos iguales —españoles— ante algo igual —la ley—. Pero de esta igualdad no puede deducirse un igualitarismo en el Código Civil al regular los diversos regímenes económicos matrimoniales, cuando un interés exterior a esa relación bilateral se mezcle; así, por ejemplo, la protección jurídica de la familia (39-1). Se deduce claramente del 53-1 de la Constitución, que sólo por ley se regula el ejercicio de tal derecho de igualdad.

No vale alegar contra ello, en pro del igualitarismo, que el artículo 39-1 no está en el capítulo II, sino en el III, Principios rectores, mientras el 14 está en el II, Derechos y libertades, porque el propio 53-1 de la Constitución habla de que su ejercicio se tutelará por ley que recoja los principios esenciales del artículo 14. Ninguna duda cabe de que el artículo 1.328 los recoge, pero no excluye la libertad de normación de las partes en los capítulos, ya que el Código Civil declara la libertad (1.315-1.317) con una construcción legal supletoria que respeta el contenido esencial del 14 de la Constitución, autorizando por el artículo 39-1 de la Constitución la autonomía de la voluntad para la protección del interés de la familia en cada caso concreto a través de la libertad capitular.

El 1.328 reclama su paternidad de los 14-32 constitucionales, pero el 14, por la vía del 53 de la Constitución, devuelve la interpretación última de tal igualdad al Código: cobra con ello plena fuerza las «establecidas en este Código» del 1.315, al prohibir indiscriminadas y generales referencias a la Constitución, ya que el propio Código respeta y desenvuelve las libertades constitucionales.

La referencia a plena igualdad jurídica del 32 tampoco debe de traer-

se a colación, para una interpretación «igualitarista» del 1.328, por ir su aplicación por la misma vía del 53-1, lo que permite interpretarla según el Código Civil, a salvo el recurso de inconstitucionalidad, de más que dudoso éxito, al igual que el de amparo, ya que en el caso que tratamos estaríamos ante un pacto que ha de admitirse por «el libre desarrollo de la personalidad —10-1—, dentro de la igualdad legal —14 de la Constitución—, en respeto de la libertad —art. 1 de la Constitución.

2.º CONSTRUCCION CIVILISTA DEL 1.328 DEL CODIGO CIVIL

Se trata de simple igualdad abstracta ante la ley, de la que no puede deducirse sin más un igualitarismo a ultranza, y menos en el régimen económico capitular, objeto de este trabajo.

El artículo 1.328 no es sino la versión del Código Civil de los 14 y 32 constitucionales.

No se encuentra en el capítulo I, Disposiciones generales, sino en el II, Capitulaciones matrimoniales. Si se hubiese querido elevar a principio general de todo régimen económico matrimonial, se hubiese incluido en el capítulo I, Disposiciones generales, aun siendo más que dudosa la aplicación de este citado régimen económico matrimonial, dado su variopinto contenido.

Habría un principio general a deducir de otros preceptos aplicables a todo régimen económico, pero expresamente formulado para el caso de régimen económico matrimonial capitular, ilógico, absoluto.

Habría así un principio de igualitarismo absoluto deducido de una prohibición de estipulaciones concretas en régimen capitular, que impediría matizar la presunta y general igualdad, y que siendo directamente establecido con este fin impregnaría todo régimen económico.

Claro que ubicar tal igualitarismo en el capítulo I hubiera chocado demasiado frontalmente con el artículo 1.319, «encomendadas a su cuidado». Tenemos relaciones exteriores a la familia, las necesidades (1.319), que sitúan a los cónyuges en lugares distintos. Obsérvese situación desigual tanto en el ámbito interno, potestad, como en el externo, al legitimar la actuación unilateral de uno de los cónyuges frente a terceros extraños. No serán las únicas. En el interior de la familia pasa lo mismo con la titularidad de los bienes.

Se podría pensar que se trata de imponer y señalar el criterio igualitarista para los casos de régimen de participación y separación, como señala el autor comentado al referirse al 1.429 y 1.435; pero aparte de que régimen de separación puede haberlo sin capítulos, en la interpretación de dichos preceptos disintimos. El no encontrarse en el capítulo I,

nos permitirá prescindir del 1.328 con mayor libertad al interpretar dichos regímenes.

No es la finalidad del 1.328 declarar la nulidad de cualquier estipulación capitular que limite la igualdad de derechos patrimoniales entre los cónyuges, o no lo es del todo. Ni tampoco del todo exacto referido a las estipulaciones que integran el contenido estatutario de los capítulos, aunque esto sea algo más. No tiene un contenido patrimonial directo. No es sino la fórmula proveniente desde la primitiva supresión de la licencia conyugal, a la declaración de que el matrimonio no restringe la capacidad, a través de la supresión de los «fines del matrimonio» y la supresión por anticonstitucionales de toda «autoridad» o «potestad» siguiendo el *iter* temporal de textos vigentes y proyectos. La referencia a «fines del matrimonio» debía de ser eliminada por sus pretendidas connotaciones confesionales. Evidentemente, sobraba la referencia a «autoridad» con la Constitución en la mano. Respecto a la «potestad» sobraba mantenerla: por su posible connotación personal y porque referida a capacidad de obrar estaba suficientemente desarrollada en el 1.319-1.º y el 1.384, ambos desarrollando la capacidad de obligar sin titularidad del actuante, y con ella, el 1.384. Ante esto, el legislador tradujo civilmente la modificación constitucional mediante una declaración pragmática, que había de ser interpretada en el contexto de la capitulación, y en defecto de claridad de ésta por el régimen adoptado en ella, o declarado expresamente en ella supletorio a efectos interpretativos o integradores, y, en último término, por el régimen de separación de bienes: 1.435-2.º y 3.º del Código Civil.

Una formulación igualitarista hubiera dicho «que corresponde a cada cónyuge». El uso del subjuntivo, en lugar del presente de indicativo, implica una igualdad abstracta por referencia a cada tipo de régimen económico matrimonial; es éste el que define la igualdad. El indicativo situaría una relación con plena eficacia igualitaria inmediata (2).

Obsérvese que el viejo 1.316, antes de 1975, hablaba de autoridad que corresponde —en indicativo—. Señalaba, pues, los ámbitos de actuación. Se suprime —aunque sólo en este artículo (no del régimen general del Código Civil tras 1975, 59, 1.312)— en 1975, manteniéndose con otros textos igual señalamiento de «competencias». Renace en 1981, pero referido a la igualdad que corresponda —en subjuntivo—. Ciertamente que han desaparecido los artículos que apoyaban una interpretación por competencias conyugales, pero al regularse los diversos regímenes económicos, ya netamente dibujados, tal «corresponda» del 1.328, ha de referirse necesariamente a cada régimen:

(2) Recuerdo merece la sabrosa cuestión del subjuntivo «constituyan» del Congreso último de Zaragoza entre CARLOS LASARTE y JESÚS DELGADO.

a) De otra manera, el 1.319-1 quedaría sin contenido, pues correspondería a ambos atender a tales necesidades, como corresponde de *iure*; ello significaría que el 1.319 sanciona una actuación de *facto*, lo que no es claro ni mucho menos —«encomendadas» presupone acuerdo bilateral o social por costumbre.

b) El 1.319-2 habla claramente de «potestad». Será convencional, fáctica o consuetudinariamente reconocida, pero es propia potestad desigualatoria.

c) Esa potestad es reiterada en el régimen de separación (artículo 1.440), significando una desigualdad del mismo origen que *sub a previo*.

Así entendida la «igualdad de derechos que corresponda», no significa ni que las atribuciones de cada consorte ni que su participación o derecho hayan de ser iguales.

Ese pretendido igualitarismo chocaría con la acentuación de las titularidades separadas —1.384, 1.385-1.º— dentro del régimen de la sociedad conyugal, quizá la reforma más esencial en la misma, que no puede ser explicada *sic et simpliciter* por la seguridad del tráfico.

Ahora sí puede cobrar plena virtualidad el 1.347-3.º Este, en su relación con el 1.355-1.º, señala el cambio. No del todo equiparados, al menos a simple vista. El 1.347-3.º, *in fine*, hace nacer una titularidad privativa sobre un bien ganancial, pero que a efectos del 1.352, 1.384 y 1.385, se considerarán de titularidad privativa. Claro que no serán bienes privativos, a lo que parece (art. 1.361), ya que no pertenecen privativamente al adquirente, pues la adquisición para uno solo no excluye la ganancialidad, ni el 1.355, que no puede volverse por pasiva permitiendo determinar titularidades privativas. Aunque da que pensar si en tal pacto no será posible la generalidad del 1.358. Este no tiene por qué referirse sólo a los 1.355, 1.356, 1.357 y 1.359 acaso. El «conforme a este Código» abogaría por el carácter siempre ganancial, aun con titularidad privativa formal, y ésta parece ser la interpretación correcta. Sin embargo, un pacto que permitiera considerar privativos los adquiridos para uno de los cónyuges a costa del caudal común, por lo menos en cada caso concreto consentido por ambos, no tanto quizá en términos generales, y siempre que se sujetase al reintegro *inter masas* del 1.355, parecería viable, pues el 1.347-3.º, *in fine*, inmutado, podría entrar aquí en choque con el 1.355, que no lo prohibiría, al ser bilateral, así como con el 1.354, que soluciona por proindivisión la confusión privativo-ganancial.

EL REGIMEN DE LOS ARTICULOS 1.404 y 1.429

La interpretación que nuestro amigo da al 1.328, «igualitarista», le permite *sic et impliciter* mantener la inderogabilidad del 1.404 y 1.429..

No insiste en sus aseveraciones. Sin embargo, el 1.404, en su referencia a por mitad, tiene una explicación bien simple. El 1.344 define con un matiz objetivo la participación en las ganancias o beneficios. El 1.404 sobraba; su inutilidad, sin embargo, se explica contablemente: va explicando cómo se efectúa la liquidación y es lógico indicar qué pasa con el remanente. El 1.404 por sí no prohíbe una capitulación en la que se haya pactado una distribución desigual de las ganancias. Un artículo contable por su contexto, «los artículos anteriores», dice, no puede ser extravasado de su contenido. Sólo se refiere a la sociedad de gananciales, y aun cuando ni en el 1.316 ni en otros se habla de la sociedad «legal» con el antiguo grafismo, la regulación lo es como de régimen supletorio.

La modificación capitular que excluya la división por mitad puede:

- a) Situarnos fuera del régimen de sociedad de gananciales.
- b) O colocarnos ante una capitulación «incompleta».
- c) O ubicarnos ante un pacto «inocuo», su tesis, por juego del 1.328.

Es un problema de elasticidad del tipo sociedad de gananciales.

A.—La primera interpretación es la más tentadora.

Las modificaciones del 1.344 son más profundas que un simple cambio de sintaxis. La referencia es «atribución...» al disolverse aquélla, antes inexistente, permite:

a) Mantener la existencia de una titularidad «individual» durante el matrimonio, que deja fuera de juego al 95 del Reglamento Hipotecario y permite aclarar el 1.347-3.º, *in fine*.

b) Explicar el 1.352; el 1.384, que es más generalizable de lo que parece; el 1.385, y el 1.386.

c) Explicar el 1.373. Embargados los gananciales, la exigencia, que es opción del cónyuge del deudor, de sustitución, generaría un embargo de titularidad. Este embargo de parte ostentado en abstracto generará problemas múltiples de prelación y régimen que no se pueden ahora examinar. Se sustituyen bienes por «parte», pero hará falta nuevo acto de embargo; ¿se reconocerá una especie de tercería si se han embargado gananciales ex 1.347-3.º, *in fine*, si el titular no era el deudor? Más aún, ¿cabrá embargar esos gananciales-bienes? ¿La simple titularidad no implicará la necesidad de embargar la parte ostentada por el deudor en

el caso del 1.347-3.º? ¿No se puede defender una preferencia si consta fehacientemente —o aun sin ello— que tales gananciales han sido financiados con bienes privativos: 1.358, y más claro como crédito refaccionario en 1.359? Todo ello sería defendible, a base, además, del 1.402, 1.410 y, sobre todo, del 1.401, y por aplicación de las normas del beneficio de inventario. En tal caso, por vía del 1.410, se plantearía hasta efectuar la partición una situación de solidaridad, según el 1.082 y 1.083 del Código Civil, entre las partes «ostentada» por el cónyuge deudor y la del no deudor optante. Pareciendo que si se ejecutaren los bienes comunes, el deudor puede optar por esperar a la liquidación o pagar «los abone» con otros bienes propios, siendo dudosa la interpretación del 1.373-2.º por parecer permitir un pago *inter* masas antes de la liquidación.

d) El «se reputará» permite indicar que es sólo una presunción contable que parte de la equiparación de valores e impide el empobrecimiento de una masa. *

Pero al reforzar el modo de atribución hace, en el 1.344, del «por mitad», en un artículo referido a bienes, el centro normativo. No sólo es un modo de atribución, es la medida la que hace la existencia de la sociedad de gananciales.

Los argumentos históricos parecen también contundentes y decisivos. Así pareceríamos darle la razón a nuestro amigo ALVAREZ-SALA. La tesis igualitaria que nuestro amigo sostiene podría conducirnos a la ineficacia de la estipulación que establezca una distribución capitular, no por mitad, por:

- La interpretación que él propugna del 1.328.
- La del momento atributivo del 1.344 como determinante.

Parece que la igualdad de derechos, al no ser practicable en abstracto, ha de ser referida a cada régimen económico matrimonial: no estaríamos ante una sociedad de gananciales legal. Estaríamos ante un régimen innominado, permitido claramente por los 1.325, 1.315 y 1.435. Problema distinto sería cómo habría éste de ser interpretado, dependiendo de la interpretación, en que no entraremos, del 1.316, «ineficaces», frente al 1.435-2.º y 3.º

No se puede alegar que ha desaparecido del 1.315 la referencia a las «condiciones... a los bienes presentes y futuros». El 1.315 dice que el régimen económico se estipula en capítulos. Permite seguir manteniendo la dualidad régimen-estipulaciones; para aclarar dudas desaparece la referencia a condiciones, se señala el contenido como resultado unitario de la capitulación y se traspasa al 1.435 la definición de que es el régimen económico: «las reglas por las que han de regirse sus bienes».

En cualquier caso, como la estipulación pudiera ser nula, pero no

ineficaz, la capitulación como un todo, parece preferible sostener, en principio, la validez de tal estipulación capitular, que implicaría haber establecido unas «reglas de bienes» (art. 1.435) diferentes a las de la sociedad de gananciales.

Por ningún sitio vemos la imperatividad del 1.344 ni la del 1.404, sino «dentro» del régimen de gananciales.

2. Efectividad de los artículos 1.404 y 1.429.

Tampoco creo que se pueda justificar la inderogabilidad capitular del 1.404, por ser una simple regla de liquidación.

No quiero decir que los artículos 1.404 y 1.429 no tengan una eficacia imperativa. La tienen en cuanto procedimiento de liquidación, conectados con los artículos anteriores. No se pueden desgajar del procedimiento en que están integrados. El neto, que trata de hallarse «remanente» de bienes en el 1.404, «crédito de participación» en el 1.429, vendrá determinado por las reglas sustantivas en los 1.344 y 1.411-1.429. Pero el procedimiento liquidatorio si parece inderogable, al menos en principio, a no hallar otro, difícilmente imaginable en una liquidación de bienes o fijación de créditos, respectivamente, y además por el interés de tercero, insisto, en toda liquidación (arts. 1.401, 1.402, 1.419 y 1.422 del Código Civil).

En su interpretación de proyección polivalente del 1.328 parece explicar el 1.429. Da la impresión que le gustaría decir que el 1.328, *in fine*, es de orden público.

El 1.429, al disponer que la participación puede ser distinta de la establecida en los dos artículos anteriores, significa que la diferencia entre el incremento de los dos patrimonios —si el resultado es positivo en ambos— o el incremento del que obtuvo resultado positivo podrá ser diferente de la mitad. Regir por igual y en la misma proporción no significa sino que puede establecerse una proporcionalidad en atención a la situación en que entre sí se encuentren los patrimonios al comienzo, y al final del régimen, pero siempre referido a patrimonios.

«En favor de los dos» es el elemento igualatorio: precisamente se trata de que la participación sobre la ganancia sea igual para ambos cónyuges. La igualdad es aparente, porque significa que alguna cuota de la diferencia positiva tras la liquidación no se va a percibir, lo que hará que quede para el patrimonio generante. Puede perfectamente darse que una cuota de incremento quede «vacante», en el caso de pactarse participación diferente de la mitad, si uno de los cónyuges liquida con pérdidas. Al no ser bienes que necesariamente hayan de ser atribuidos, puede haber un incremento «no participado» dependiendo del juego de que hayan o no los dos obtenido ganancias y éstos se repartan o no por igual. Precisamente la igualdad querida mantiene la desigualdad inicial.

Así:

1.º Patrimonio A: Diferencia positiva: 100.

Patrimonio B: Diferencia positiva: 10.

Diferencia de incrementos: 90 ($90 : 2 = 45$).

$$45 + 10 = 55.$$

$$100 - 45 = 55.$$

Total: 110.

Ambos obtienen ganancias por igual. Hay que entenderlo bilateral. El 1.427 sólo señala la participación del menos afortunado.

2.º Patrimonio A: Diferencia positiva: 100.

Patrimonio B: Diferencia positiva: —

Incremento: 50.

Sólo uno obtiene.

Lo que se permite es que la diferencia sea repartida no por mitad, sino por cuartas partes u otra fracción «ava».

Pero aquí, ya referida la desigualdad a ambas masas, lo que impone otro cálculo.

Entonces:

A: Diferencia + 100.

B: Diferencia + 10.

Diferencia: 90.

$$22,50 + 10 - 2,50 = 30.$$

$$100 - 22,50 + 2,50 = 80.$$

Total patrimonio A: Quedará con 80.

Total patrimonio B: Quedará con 30.

$$\frac{90 : 4 = 22,50}{10 : 4 = 2,50} \quad ; \quad \frac{80}{30}$$

No existe más que una igualdad participatoria.

A: Diferencia: $100 : 4 = 25$; 85.

B: Diferencia: — ; 25.

El igualitarismo no existe sino en el porcentaje, en todo caso.

Así se puede explicar la participación abstracta igual, pero no el resultado desigualatorio de la ganancia. Lo que si hace es mantener la igualdad formal entre los patrimonios, sobraba entonces el añadido «y en favor de ambos cónyuges», puesto que lo único que se equipara son en abstracto los patrimonios, salvo referido a que la no por mitad impone el cálculo de la participación del patrimonio más favorecido.

Lo único que sucede es que los socios —esposos— participan en un mismo porcentaje en la comparación de los resultados finales de ambos. Lo que el 1.429 establece no es un igualitarismo. Es sencillamente que si ambos patrimonios obtienen diferencia positiva el valor contable se agote totalmente, lo que sólo se logra si la proporción es igual respecto de ambos patrimonios y cónyuges. Pero la proporción de participación abstracta puede ser perfectamente desigualatoria. Se trata de dejar a las partes sólo la intensidad de la participación; la intensidad cuantitativa del vínculo societario; la desigualación paccionada no puede ser más patente.

EL REGIMEN DEL ARTICULO 1.375

Más dificultad plantea el 1.375, si es que permite un sistema de administración y disposición diferente de la conjunta.

Bajo el criterio de igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge, un pacto capitular que estableciere la administración única podría vulnerar el 1.328. Entonces el 1.375 se entendería sin perjuicio del 1.328, y tendría razón, en parte, el autor del trabajo comentado: permitiría sencillamente la sustitución de una administración «conjunta» por una solidaria. Al respetarse en ambas la posibilidad de acción del otro cónyuge. Varía sólo el régimen de suma de concurrentes actuantes para cada caso. A lo más, le permite variar los criterios legales supletorios de los artículos siguientes, que determinan la actuación solidaria o mancomunada, restringiéndolo sólo aquí a la administración. Si yo lo entiendo:

- a) El autor niega la interpretación a contrario del 1.375.
- b) Va inmediatamente al régimen del poder irrevocable, que admite en régimen de gananciales y no en régimen de separación o comunidad limitada.

A) No entiendo a qué interpretación a contrario se puede hacer referencia en el 1.375, que establece la supletoriedad de gestión y administración conjunta. Toda interpretación a contrario posee una deducción sobre un texto que no prohíbe el resultado de la investigación. Literalmente, el 1.375 está suficientemente claro para disipar toda duda. Aislado

el texto viene a decir para un régimen de coadministración lo que el viejo 59, para uno de administración unitaria.

No se puede limitar lo que el texto dice. Una administración unitaria capitular no presenta dificultad con el 1.375; hacer prevalecer el 1.328 sobre el 1.375 es tan gratuito, al menos, como lo contrario. En el derecho anterior, el régimen de administración admitía matizaciones capitulares indiscutidas. No hay razón alguna para un cambio: la actual sección cuarta, con el mismo título que la vieja sección quinta, comienza señalando la libertad de estipulaciones capitulares. El 1.325, «modificar», no admite modalización cuando es tan enfáticamente reiterado por el artículo 1.375. La ley mantiene una flexibilidad para el régimen de gananciales que quizá no tenga en otros, según veremos.

En todo caso, cabría distinguir dentro de la imperatividad en régimen de gananciales: una más fuerte que parece observarse en la sección primera, disposiciones generales, a salvo el 1.355. Quiero aclarar que me refiero a la imperatividad normativa, sin admitir en absoluto la inderogabilidad capitular si no es examinado norma por norma, y aun así no parecen tan imperativos los 1.355, 1.356, 1.357 y 1.359.

La sección tercera no establece expresamente pacto en contrario, la cuarta parece totalmente dispositiva y tampoco la fase liquidadora de la sección quinta parece permisiva.

Sin embargo, equipara la disposición a la administración en el propio 1.375, lo que obligará a plantear la cuestión en otros términos, que son los problemáticos:

¿Puede pactarse una disposición unilateral?

En su caso, ¿puede pactarse una disposición unilateral por el cónyuge no titular?

Ya he indicado que una de las consecuencias más importantes de la reforma de la sociedad de gananciales es el potenciamiento objetivo de la misma, referida a bienes y por ello a la titularidad de los mismos. Los 1.384, 1.385 y 1.373 imponen la solución: la titularidad sobre los bienes es lo esencial. Los actos de administración de bienes por su titular son válidos (art. 1.384), lo que implica que vinculan a la sociedad de gananciales según el fin (art. 1.362-3.º) y que la titularidad es independiente del fin, como corroboran claramente los 1.386-1.390.

Una solución simplista podría consistir en indicar que tales artículos vienen formulados para la seguridad del tráfico e interpretables en función de éste los 1.384, 1.385 y 1.386.

a') Con tal interpretación holgaría la duplicidad de títulos-valores (art. 1.384), derechos de crédito (art. 1.385), pues en el tráfico mercantil casi todos los títulos-valores documentan derechos de crédito.

b') La referencia a dinero sería inocua, pues a igual solución llegó la doctrina anterior a base del 464 y la facultad de obligarse el cónyuge no administrador. La haría también innecesaria el juego de los artículos 1.356, 1.357 y 1.360, en que subyace la filosofía posesoria de los bienes muebles.

Pero no son sino pruebas de la interpretación de la titularidad separada de los bienes; en estos casos enajena siempre el titular.

El otro, si interviene, en su caso, ¿consiente o coadyuva? Plantearse tal pregunta en el régimen de los artículos 1.352, 1.384, 1.385, no procede; «el suscrito como consecuencia de la titularidad», el realizados y el ejercitados son suficientemente claros. No se requiere el consentimiento conjunto. También es de observar su ubicación tras el 1.383, fundamental innovación en pro de la configuración del patrimonio ganancial como dos masas con información contable recíproca. No se puede minimizar el 1.383 refiriéndolo a las actividades ya realizadas por uno para que el otro titular del patrimonio las apruebe. Cuando el Código pretende salvaguardar a los terceros así lo dice, sin embargo, para dinero o títulos valores habla de nombre o poder; parece deducirse que enajena siempre un titular, sin que la referencia a que unos «sean válidos» y otros «serán ejercitados» tenga importancia. Es la titularidad la que dicta el disponente, lo impone; no es que estemos ante una excepción a los 1.376-1.377. Vienen a decir los 1.384, 1.385 y 1.386:

— Los actos de administración pueden ser o no conjuntos.

— Los actos de disposición y ejercicio de los bienes citados no corresponden conjuntamente a ambos cónyuges.

No podría ser menos dada la naturaleza de los bienes afectos: dinero, fungible por excelencia, títulos valores a circular según su ley, créditos, según la titularidad. Los 1.384 y 1.385-1.º corroboran el principio de titularidad del 1.352.

B.—Sin embargo, parte de la doctrina acude, para la admisión de un pacto en contrario, a la teoría del poder o ve en el mismo un poder.

Creo que una referencia al poder como solución exigiría no hablar en abstracto, sino diferenciar:

a) Actos de administración. Al ser válidos los realizados por su titular o poseedor, el problema se centra en si hay diferencia entre «actos de gestión» (art. 1.375) y de administración (art. 1.384). La diferencia no nos parece clara. El 1.439 expresamente los equipara «o» dice. Es evidente la equiparación en régimen de participación y separación.

Quizá la explicación esté en que introduciendo «gestión», se puede

aplicar más claramente la teoría de la gestión de negocios ajenos sin mandato, que late supletoria en las relaciones *inter masas*.

La estipulación concediendo intervención, consentimiento o conocimiento previo del otro cónyuge obligaría *inter partes*, pero no frente a terceros basados en el principio de titularidad. Mejor aún, estipulada tal cláusula los beneficiaría, pero no les perjudicaría su inobservancia, añadiría un nuevo patrimonio obligado.

b) Con relación a actos de disposición, no puede plantearse, porque ya está resuelto de antemano, el viejo problema de la codisposición o co-consentimiento, o la aprobación (art. 1.322).

La estipulación en contrario con relación a estos actos de administración y disposición es el centro de la tesis del poder. En el 1.375, de sus tres proposiciones: defecto de pacto, actuación conjunta, sin perjuicio de los artículos siguientes, no puede significar sino que el pacto enerva la actuación conjunta o impone otra, y también puede imponer otra actuación en los casos de los artículos siguientes, ya que parece que el pacto contrario afecta también a lo determinado en los artículos siguientes.

También cabría la interpretación contraria, referida a los artículos 1.384, 1.385 y 1.386. Es decir, a pesar del pacto que excluyese la actuación conjunta, indiscriminada, la actuación por el cónyuge no «administrador ni legitimado para disponer» sería válida en los términos del 1.384 y 1.385. Otro problema, en que no entro, es si en este caso el cónyuge legitimado capitularmente puede reivindicar la posesión o la conclusión de la posesión excluyente del otro para evitar que tales bienes escapen de su ámbito de administración: por ejemplo, pidiendo cuenta conjunta o depósito de acciones de su cónyuge a su nombre.

Sin embargo, a pesar del pacto en contrario, no parece posible excluir la facultad del cónyuge no administrador de actuar ex 1.386, pues aquí no es la titularidad, sino el carácter extraordinario de los gastos, lo que le faculta. Parece que ni siquiera deberá de advertir al administrador, ya que la urgencia, en la mayor parte de los casos, procederá de la no atención normal de las necesarias, y en otro caso, la legitimación procederá de la misma excepcionalidad. Un criterio sería quizá el de la previsibilidad.

El cónyuge no titular o poseedor de los citados bienes, títulos, créditos, dinero, necesariamente se inmiscuye en la esfera de su consorte con un título legitimador: al no poder ostentar la cualidad de administrador por su condición de cónyuge lo hace por pacto. Aquí sí creo que se trataría de un poder en cuanto facultad y a su naturaleza jurídica; sin embargo, incluido en capitulaciones, me parece clara su condición de estipulación capitular, no hace falta convertirlo en un apoderamiento preventivo y general. O mejor, da igual considerarlo formalmente como se quiera, pues

el nomen no es lo esencial; lo únicamente determinante es que «forma parte» de las reglas porque hayan de regirse «sus bienes». O parece forzado convertir lo que es una estipulación capitular en un poder para aplicar su régimen negocial —no querido probablemente— o no tiene sentido la discusión, pues nunca, ni aun bajo las más antiguas redacciones del Código Civil, se prohibieron los poderes entre esposos.

Parece, pues, que ni por la intención de las partes, ni por la ubicación formal, ni por formar parte de las reglas que rigen los bienes, tal pacto de disposición unilateral sea un poder si se concedió a un no titular en capítulos. Es una solución similar a la del viejo 1.389, sin que parezca puedan reverdecer las dudas que acerca del carácter de ese mandato se plantearon los autores, y obsérvese que aquél hablaba de reglas de capitulaciones, y en defecto de ellas, a las reglas del mandato. No decía en absoluto que fuera un mandato, aplicaba las soluciones del mandato dentro de un marco capitular, único caso que comento, pues el en defecto era a la vez subsidiario e integrador o complementario. Nos detendremos en:

EL ARTICULO 1.377

Queda por explicar el ámbito del 1.377. Este recoge el espíritu del 1.413, viejo, y con el cambio, esencial del consentimiento de ambos cónyuges, parece difícil justificar la facultad concedida en capítulos por un cónyuge a otro de disponer, sin considerar al facultado como apoderado.

La solución práctica consagrada de consentimiento uxorio a través de poderes generales, o el ser la única figura jurídica regulada de gestión de negocios ajenos con mandato, lleva inmediatamente a esa postura. Sin embargo, un punto parece esencial: la definición de lo que es un régimen económico matrimonial viene dada por el 1.435, «expresar las reglas por las que hayan de regirse sus bienes»; el legislador cuida distinguir capitulaciones —nunca reglas o estipulaciones capitulares— y el régimen económico, que es el resultante de las reglas, puesto que puede ser cualquiera de los tres regulados con las modificaciones pertinentes. Más aún, no hay modificaciones, porque si éstas son reglas particulares, no cambian el régimen, que es la suma de las reglas de bienes. Así, toda regla sobre bienes es estipulación capitular; no hay por qué limitar el 1.375.

Curiosamente, todo lo anterior se deduce clarísimamente del 1.435-2.º y 3.º, al regular en el régimen de separación (quizá el más técnicamente tratado) la jerarquía de regímenes económicos.

Como «regla» capitular habrá que estar a ella, con un criterio similar a nuestro *standum est chartae*. Basta que se exprese en capitulaciones una

regla —la de disposición unilateral, por ejemplo— para que estuviéramos ante una capitulación, aún incompleta; en este caso, ya hay una regla distinta a la de la sociedad de gananciales. ¿Por qué no entender entonces aplicable supletoriamente, en ayuda de «tal regla», el régimen de separación que la integrará y arropará? No se objete que se hable de reglas en plural (art. 1.435-2.º), porque así lo impone la propia construcción plural de todo el punto segundo.

Así: si es un pacto anterior o simultáneo al matrimonio, no hay por qué hablar de poderes irrevocables o no (art. 1.435-2.º).

Si el pacto es posterior al matrimonio, se habrá (art. 1.392-4.º) convenido un régimen económico distinto en la forma prevenida, entendiendo tal modismo no sólo como formalidad capitular escrituraria, sino como regla de régimen económico «de regirse» los bienes (art. 1.435-2.º).

En todo caso, si se pensase que el 1.328-1.377 ordenan, como «*quasi* de orden público», que la actuación conjunta e igualitaria sea mancomunada o solidaria; siempre es claro que tal pacto, que en absoluto sería ineficaz en el sentido del 1.316 —y vuelvo a señalar el plural ineficaces como referido al nombre tradicional de las reglas, capitulaciones—, nos situaría ante un régimen económico «distinto» (art. 1.392-4.º), que nos llevaría para integrar tal capitulación al 1.435-3.º, al régimen de separación, sin que sea válido argumentar la diferencia entre concluir (art. 1.392) y extinguirse (art. 1.435).

Sí es interesante señalar que el 1.316 habla de ineficaces «las capitulaciones», lo que ha de entenderse como negocio jurídico dirigido a adoptar un régimen. Significa que una regla sobre bienes ineficaz no vicia toda la capitulación y el régimen en ella adoptado. Se ha aclarado mucho el 1.315-2.º Como la regla de disposición unilateral estará ordinariamente construida sobre la base del régimen de separación, la propia interpretación de la regla se hará de ese modo. No cabe argumentar que los tres regímenes sean separados, compartimentados. No tendría sentido la referencia a modificar el régimen (art. 1.325), que no ha de referirse sólo a pasar de un régimen a otro, sino a establecer unas u otras reglas dentro de cada uno.

Cualquier otra argumentación acerca del poder en capítulos significa desorbitar la distinción, evidente, estipulación capitular-capitulación, sostenida brillantemente para hacer quebrar la indiscriminada inalterabilidad proyectándola desde unas legislaciones que siempre han considerado la capitulación como «reglas de regir bienes» esencialmente variables, sobre el derecho común. Y, además, aplicarla con una incorrección manifiesta en cuanto al fin, rompiendo la unidad negocial de la reglamentación de bienes en que la capitulación consiste.

El autor, argumentando a base del poder y su carácter irrevocable,

plantea un problema negocial fuera totalmente del encaje de una capitulación matrimonial.

Si la tesis del mandato irrevocable trata de posibilitar la actuación unilateral, habría que distinguir:

— El concedido por el cónyuge no titular al titular del bien. Sería similar al consentimiento uxorio anterior, sólo que bilateralizable. No parece que pudiera excluir el juego del 1.383, aunque sí establecer *de facto* una larga periodicidad. Dudoso, pues imposibilitaría de hecho los 1.393-4.º, 1.390 y 1.391, de donde podrían resultar perjudicados los acreedores del concedente.

— Por el cónyuge titular al no titular. Es un auténtico poder-mandato representativo, cuya irrevocabilidad vendría dada por la causa. Creo que el 1.383, aquí conectado a los 1.719-1.720, darían siempre lugar a una situación en la que el pacto podría ser revocado, a instancia del concedente o de sus acreedores.

Sin embargo, en principio, debe mantenerse la interpretación capitular de tales facultades, sean o no bilaterales.

Si la capitulación es sólo un instrumento público, no es capitulación. Si contiene reglas sobre gobierno de los bienes, ya es capitulación; si el poder está entre esas reglas, ya nada tiene de poder, sino la facultad de actuar con arreglo a esa regla en lo por ella regido. Pero su interpretación, naturaleza y carácter ya no son los de un poder negocial, sino que depende de la unidad del régimen arbitrado, sea éste totalmente capitular o capitular y supletorio legal (de separación o no). Es evidente que como continente puede contener una serie de negocios jurídicos, pero ya no son reglas sobre la regencia de «sus bienes». Y si estos negocios no son estipulaciones, tampoco serán los poderes, si los hay. Si son poderes, no son estipulaciones capitulares, por la distinta construcción negocial y presumible finalidad o intención, y si éstas lo hacen encajar en el contenido estatutario, ya no son poderes, sino reglas de administración y disposición.

Parece extraño que el autor, tras haber planteado el problema del poder irrevocable, centre en el 1.322 la posibilidad, que admite, de un pacto que suprima la necesidad de consentimiento del otro cónyuge para disponer, en términos de reciprocidad. Y aludiendo al 1.328, el pacto que no tuviera tal reciprocidad le llama discriminatoria cláusula de dispensa, considerándola declaración de voluntad unilateral revocable, que no sería estipulación capitular. Reaparece la idea del poder.

En cuanto se descomponga, en relación a las facultades, la unidad de las reglas que establecen el estatuto constitutivo del régimen de gobierno de los bienes puede aparecer la figura del poder. Ello viene facilitado por el carácter complejo de la capitulación, que, como tal, integra

y viene formada por una serie de «reglas». Pero éstas constituyen una unidad superior —el régimen económico matrimonial— a las diversas facultades de que se sirve; y aun siendo aisladamente un poder, no es válida su interpretación aislada, basta acudir al 1.285 para demostrarlo. Romper la unidad negocial de la capitulación es artificial e innecesario, ya que «las reglas» establecen la regencia de los bienes. Ciertamente que el Código Civil no llega a reconocer la amplitud de contenido capitular de los regímenes forales —artículo 25 de la Compilación de Aragón—, pero también se ha avanzado enormemente, ya que permite considerar como régimen económico matrimonial el derivado de donaciones por razón de matrimonio efectuadas por terceros ajenos a los cónyuges. El cambio con relación a la situación anterior es fundamental: antes las donaciones por razón de matrimonio eran constitutivas de un contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio, pero era dudoso que pudieran constituir un régimen económico matrimonial. Sólo era una situación particular en que se encontraban determinados bienes. Entiendo que en la actualidad el enfoque varía, porque el régimen se define por los bienes; el 1.343 parece el central, aunque es un desarrollo del viejo 1.333, que lo supera. Sigue empleando la palabra «cargas» en el concepto de condición, o en una acepción neutra, de cargas o de condiciones, parece que no requiere especial detenimiento su aceptación. Por ello: si unas donaciones por razones de matrimonio constituyen un régimen económico, que será completado con el de separación o el de gananciales, como modificación del mismo, toda estipulación relativa a bienes constituye un régimen económico matrimonial y, en consecuencia, no se precisa interpretar sus facultades o reglas según la naturaleza jurídica de la facultad que concedan, sino más bien dentro del régimen que integren, sea completo o sea completado por el de separación de bienes.

Hay que huir del fetichismo nominalista y atender a las reglas que rigen los bienes.

No desconozco que se puede alegar que la tipificación de los regímenes hace a éstos más cerrados entre sí, y que se trata de que todo matrimonio tenga un régimen. Pero si esto es válido en régimen legal o en capítulos de adopción de régimen no desarrollado por reglas sobre bienes, no lo es un régimen puramente cartular capitular.

La distinción entre régimen legal y capitular se afianza. Ambos son un todo, que se autointerpreta según sus reglas; pero el capitular, al no tener que estar regido por el principio nominalista, puede ser sólo capitular pro parte.

No hay términos hábiles para romper arbitrariamente la unidad negocial capitulaciones, aunque el régimen adoptado sea incompletamente regulado.

EL REGIMEN DEL ARTICULO 1.320

La nueva configuración del capítulo primero del título III, Disposiciones generales, puede referirse: a todo régimen económico, lo que parecería lógico, o a reglas de aplicación general con carácter de subsidiariedad. Ambas cosas va a defender el autor comentado.

Es claro que se ha querido regular una especie de régimen primario o normas de aplicación general, al referirse a las cargas del matrimonio, régimen de necesidades ordinarias, disposición y contrato entre cónyuges.

Para que fuera un régimen primario debería de haber sido definido como efectos del matrimonio, lo que no se ha hecho. Más bien parece que son reglas de carácter general (pretendido). Se puede sostener, a la vista del 1.316, que si hay un régimen económico primario es el de la sociedad de gananciales, que nace ex matrimonio; entonces el capítulo primero no son sino normas de variada índole y no clara aplicación general en todo régimen económico legal.

Por eso es algo menos y algo más que un régimen primario.

En éste no habría por qué establecer normas de capacidad que excedan del régimen económico matrimonial. La referencia a marido-mujer lo es en cuanto a que entre sí desaparece la limitación de celebrar negocios jurídicos. Más dudoso es que sea aplicable a toda clase de régimen económico y, sobre todo, a cualquier clase de bienes en régimen de comunidad.

a) EL 1.320 EN GENERAL

La finalidad defensiva del patrimonio familiar esencial, el asentamiento, es clara en el 1.320. Sin embargo, me parece que se podría matizar en él; procedería distinguir:

- En un régimen de comunidad.
- En el de separación.
- En uno de participación.

Estoy plenamente de acuerdo con el autor, que en un régimen de comunidad el consentimiento parece ser específico o más bien diferente del que prevén los 1.322-1.377, al menos, en cuanto a su ámbito, pues «la vivienda habitual» no admite interpretaciones extensivas a residencias secundarias, y parece referido al domicilio conyugal común, sólo para el caso de que lo haya.

La referencia uso ordinario de la familia ha de referirse a los muebles

y a la vivienda, aunque no hable aquí el 1.320 de vivienda habitual común, como lo hace el 1.321.

1. Podría plantearse el problema en la situación de separación de hecho. Si es unilateral mantiene su fuerza el 1.320; así se puede deducir también del 1.368, que extiende la legitimación en esta separación.

Sin embargo, si es bilateral y consentida, el hecho jurídico que la genera hace desaparecer el concepto «familia». No parece que en este supuesto estemos en la necesidad de la autorización judicial. En este caso, pedir para los muebles de uso la licencia judicial sería inútil, puesto que ha desaparecido el concepto de ajuar doméstico y la finalidad del 1.320, explicable aquí tanto por la protección familiar como por una masa de bienes de titularidad indiscernible.

Para los inmuebles pudiera sostenerse la necesidad de licencia judicial, por paralelismo con el 1.388. Pero este mismo admite la distinción, abandono y separación de hecho como algo distinto. Parece defendible que en este caso habrá que estar al acuerdo suscrito en forma pública por el 1.280-1.º, sin que estemos ante un caso del 3.º ó 4.º Cabría plenamente hablar aquí de poder; con ello se recogería la tradicional práctica de los poderes en las separaciones de hecho. Será un problema de prueba de separación de hecho. Existente ésta decaerá el 1.320.

No parece que sea preciso que el acuerdo implique una liquidación privada de los bienes: *a)* porque toda liquidación implica un procedimiento liquidatorio de orden público; *b)* porque no caben adjudicaciones hasta la liquidación; *c)* por la posición de los acreedores de la sociedad conyugal (arts. 1.401-1.402); *d)* porque el 1.320 protege a la familia matrimonial exclusivamente, que son dos conceptos claramente separables —entendiendo—, a través de la nueva configuración de las cargas matrimoniales y la posible coexistencia de familias con vínculo matrimonial disuelto (al menos, perdura tal concepto familia padres-hijos, a través de la equiparación familia parentesco).

El problema, creo, más difícil del 1.320 en una separación de hecho es el de su relación con el 1.441, de ramificaciones insospechadas una vez que la separación bilateral pactada entrañará casi siempre disolución de la sociedad conyugal, pasando entonces a una extraña situación de comunidad en separación muy extendida en la práctica.

2. La contraposición (arts. 1.320-1.321) permite establecer con claridad que los muebles a que alude el 1.320 no son los enseres del 1.321, que contrapone al mobiliario. Los enseres son los pequeños bienes muebles de uso privativo, y a ellos no alude el 1.320, que se refiere a los muebles como algo más importante. No sólo se excluyen algunos de los indicados en el 346-2.º, sino también los de uso personal de uno de los cónyuges,

es decir, los del 346-2.º, en cuanto por su ubicación, función, destino o posesión estén en —poder del 1.384— la disponibilidad no familiar.

El criterio de ubicación y de uso colectivo familiar de tales muebles parece ser el determinante.

La esencia del 1.320 es constituir excepción caracterizada al principio de titularidad a base de la prevalencia de la posesión por el colectivo familia matrimonial. Otros colectivos extra o ex familiares estarán protegidos a través de la afección a cargas familiares.

3. La imperatividad del 1.320 parece clara en el 1.377, ya que el 1.320 tiene un ámbito más concreto. Sin embargo, no acabo de ver por qué es esencialmente distinto; la intensidad de la protección legal es diferente y permite dudar fundadamente de la eficacia capitular de un pacto en contrario, en régimen de gananciales; pero, por otra parte, si se ha de convertir, como lo hará en cláusulas de estilo (ya parece que lo previene el párrafo 2.º), si se puede permitir que, como indica el autor, se trata de un apoderamiento o manifestación unilateral vinculante revocable, ¿será una cláusula capitular o un poder? El problema no es sino la admisibilidad de un sistema expreso de separación absoluta capitular.

No parece descabellado considerar tal declaración como una renuncia a un derecho concedido por la ley, y haría falta demostrar que el artículo 1.320 no sólo es imperativo, sino de orden público, conceptos netamente separables. No obstante, dada la intención del legislador y lo poco implantada que está la distinción norma imperativa y de orden público, parece correcto acudir a la tesis del poder para solventar problemas prácticos. Pero me parece que poder expreso, no tratando de convenir una capitulación en un poder, porque si el 1.320 es de orden público, constituye contenido capitular *ex lege* y por ello mismo es integrante del régimen pactado.

Habría que acudir a un poder que no tiene limitación alguna, máxime tras el 1.323; si acaso la causa de la irrevocabilidad, ya que no podría ser la estipulación capitular de permiso ilimitado de disposición. La renuncia nos sirve en este caso, sumando el poder y renuncia y estableciendo a ésta como causa de aquélla, pero siempre en el ámbito negocial, no en el capitular, donde parece imperar el 1.320.

Claro que los párrafos anteriores hacen referencia a un negocio jurídico *inter cónyuges*, por el que se excluye la necesidad de consentimiento conjunto para disponer de tales derechos sobre los bienes afectados, por ejemplo, como cláusula especial en la escritura de adquisición del piso vivienda habitual. Parece válida en cuanto lo es toda renuncia.

Sin embargo, es posible que en capitulaciones se establezca un régimen que, entre otras reglas, imponga el no juego del 1.320. No parece que la imperatividad del 1.320 se proyecte a un régimen capitular. Yo

diría que el valor de la libertad capitular es hasta constitucional (arts. 1-1.º, 10-1.º, 32-1.º y 39-1.º de la Constitución).

4. Una frase es oscura, «aunque... cónyuges». La referencia a pertenezcan parece excluir a los gananciales de titularidad individual, ya que éstos hasta la liquidación no le pertenecen, aunque estén bajo su titularidad. Por otra parte, para ello sobra. El caso de los bienes privativos está claramente incluso.

No significa sino una excepción al principio de titularidad, tan amplia que incluso puede pertenecer todavía a un colectivo familiar disuelto no liquidado (arts. 96-2.º y 3.º, 103-4.º) la vivienda, que puede ser distinto del que ahora la use, y en cuyo caso la enajenación requerirá triple consentimiento: del anterior cónyuge y del nuevo (arts. 91-1.320).

b) EL PROBLEMA CAMBIA TOTALMENTE EN UN RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN

Este está regulado crediticiamente en el Código Civil; no interesan en absoluto «los bienes», sólo las ganancias. A los bienes en su regulación sólo se refieren los 1.412 y 1.414, pero en la fase de liquidación; lo importante es que en este régimen no existe sino un «crédito de participación» (art. 1.431), y se habla de compromiso grave de sus «intereses». La regulación referida a bienes es parca. Por lo que hace a enajenación de bienes, se refiere sólo al «valor», e incluso en el caso de fraude se habla de valor; en tal régimen contable difícil explicación tiene una prohibición referente a enajenación de bienes del 1.320.

Parece ilógico pensar en participación anticipada a la liquidación. La finalidad defensiva de un bien del 1.320 cuadra muy mal con los 1.411-1.412, «libre» disposición, y 1.414-1.416.

En el régimen de participación no hay posibilidad de incluir el 1.320. Vulnera al propio 1.411 si ha sido adquirido durante el matrimonio, porque si se enajena en fraude, el 1.424 implica solamente una compensación en metálico. Y la referencia del 1.424 a los derechos, ha de referirse por el 1.423 a los derechos crediticios de inclusión en el patrimonio final.

El régimen de participación diferencia administración regular e irregular únicamente, con una sola solución: la conclusión del régimen (artículo 1.416). Si la venta ordinaria de la vivienda común sin fraude para el otro cónyuge, pero sin su consentimiento, es anulable (art. 1.321), y el caso más grave, venta en fraude, da lugar sólo a un crédito en el patrimonio final; la aplicación del binomio 1.320-1.322 no se remata porque el caso más grave daría lugar a un crédito, y el menos grave, a una anulación. Además, se incluye una perturbación, como es en este ré-

gimen la referencia a los bienes de los que dispone su titular siempre. Y esa enajenación a lo único que daría lugar sería a la conclusión del régimen de separación por el 1.415, en referencia a los 1.393-2.º y 1.416. Los artículos 1.415, 1.416 y 1.424 son incompatibles con el 1.320. En régimen de participación, si resulta que el cónyuge sólo puede pedir «un crédito de participación», y que cese el régimen de participación, la anulabilidad del 1.320 no opera. Sencillamente, si hay fraude, se subsumirá el acto en el 1.424; si no lo hay, se podrá pedir, en su caso, la aplicación de los 1.415 y 1.416, por ese orden. Porque el 1.416 cierra al 1.415, y en este 1.416, «irregular administración» ha de referirse al «patrimonio» único en que el otro cónyuge está interesado, incluyendo actos de disposición, pues ya es sabido que la distinción actos de administración, disposición, no tiene sentido referirnos a bienes concretos cuando se refiere a un patrimonio; otra interpretación es imposible porque en el régimen de participación sólo interesa el valor crediticio del patrimonio final, no los bienes.

No quedaría más que un argumento: el carácter general del capítulo I, Disposiciones generales, no convincente para un régimen necesariamente capitular (arts. 1.315-1.325).

Por supuesto, que si hay separación de hecho en régimen de participación, la enajenación sólo podría dar lugar a la extinción por petición, según los 1.393-3.º, 1.415 y 1.416. Lo que significa que no juega el 1.320, sino que efectuado tal acto pone en peligro los intereses del otro y éste, si lo desea, puede pedir la cesación del régimen de participación, con juego del 1.424, si procede, y si no del 1.422. Pero la venta no sería jamás anulable, el conjunto (arts. 1.415, 1.416, 1.422, 1.423, 1.424) excluye la aplicabilidad de los 1.320-1.322. Mejor dicho, no veo una posible aplicación de los 1.320-1.322, sino concluido el régimen de participación y pidiendo la conclusión del mismo. Vigente esté la anulación de una venta es improcedente, por contradictoria con el caso, más grave, del 1.424. Además, el 1.424 mantiene la «libre» disposición y no hace distinción ninguna (3).

No tiene sentido práctico en este régimen los 1.320-1.322. Lo más que operaría es el 1.433, pero ello excluye a los 1.320-1.322, por ser una acción fraudatoria y no de anulabilidad.

(3) Obsérvese que la anulación sólo daría lugar a la declaración de crédito, y que éste podría no pagarse en la vivienda habitual dispuesta sin consentimiento del otro cónyuge (art. 1.432), con lo que la operatividad de los 1.320-1.322 podría ser perfectamente enervada afianzando el crédito (art. 1.433) por el cónyuge o un tercero.

Interpretación del «en su caso» en el 1.320

1. Por otra parte, el 1.320, al hablar de «en su caso», hace necesario determinar qué supuesto precisa la autorización judicial. En su caso, intermedio entre consentimiento de ambos y autorización judicial significa la existencia de supuestos en los que no es precisa la autorización judicial.

El famoso «en su caso» no lo mencionan ni el 1.376 ni el 1.377. En ellos no existe la alternativa que aquí aparece; allí siempre autorización judicial, aquí no siempre ni como única alternativa inmediata.

a) ¿Pueden ser estos casos los capitulares? En una forma de cláusulas que pueden conceder facultad dispositiva unilateral, mancomunada o solidaria que excluyan la autorización judicial, reducida al último rango, que será, en este evento, «un caso» como no previsto; como los 1.377-1.375, sustituida la disposición conjunta por un pacto. Puede defenderse la referencia a los poderes generales.

b) Pero también puede referirse «en su caso» a cada uno de los regímenes económicos regulados. Si aludimos a la sociedad de gananciales, nada nuevo añade, excepción hecha de la extensión de la disposición conjunta, a falta de pacto, a la vivienda común habitual privativa de uno de los cónyuges o adquirida a nombre de uno solo de ellos constante matrimonio, en que pudiera pensarse que estamos ante una codisposición si este consentimiento es tan específico, particular y casuístico como se dice.

No es esto tan claro. Lo único que se añade al régimen general en caso de gananciales es una matización posible al 1.385 y ser preciso el consentimiento para enajenar la vivienda privativa. Para ello no hay que reforzar tanto ese consentimiento, que choca con el 1.322. Y como excepción no meditada, pero grave, a que en los muebles la posesión es título, so pena que se parta de una posesión «conjunta» por la familia, que puede perjudicar incluso a los adquirentes de los muebles.

Parece que ésta es la explicación más factible, ya que el colectivo familia ha sido protegido hasta establecer una posesión conjunta, que no es comunidad, y que se impone a los adquirentes de bienes muebles e inmuebles. Los problemas del choque con el 464 no han sido todavía meditados: ¿Prevalecerá la acción reivindicatoria del colectivo familiar? ¿Cómo se tomará la decisión de reivindicar? Quizá sea la decisión más adecuada distinguir: a) Muebles que constituyen el mobiliario como un todo global —reivindicable o anulable la transmisión—. b) Singulares elementos del mobiliario, prevalecería el 464 y su irreivindicabilidad. Parece claro que el dinero sigue un régimen especial (art. 1.384). c) En-

seres que globalmente constituyen el ajuar (sub. a)). d) Enseres individualizados. e) Objetos del 1.321-2.º excluidos del 1.320, en principio, salvo, quizá, incluidos si fueren de pertenencia familiar continuada.

En este caso, la pertenencia «generacional» podría plantear la existencia de muebles de uso ordinario de la familia en un sentido que parece no sea el querido inmediatamente por el legislador, pero que en una interpretación purista son ordinarios en aquella familia y están en poder de tal colectivo. Ordinario se refiere a uso, no a valor; éste para nada se toma en cuenta, ¿o sí?, ¿y se implica el 1.321-2.º en el 1.320?

Por otra parte, el 1.320 puede mezclarse también con el 164, pues los objetos preciosos o muebles valiosos de los hijos pueden ser también de uso ordinario de la familia, y en este caso se sobremontaría el 164 al 1.320. La salida me parece ser atender al estado posesorio, diversificar según los bienes y prescindir de su titularidad.

La facilidad del tráfico inmobiliario deja en nebulosa a los bienes muebles enajenados unilateralmente, no citados en el párrafo 2.º

c) EL 1.320 EN UN RÉGIMEN DE SEPARACIÓN

En un régimen de separación se plantea el problema de la aplicabilidad del 1.320 en términos algo diferentes que en uno de participación, pues si en éste su propia mecánica crediticia excluye al 1.320, el régimen de separación se está ya refiriendo a bienes. Es también el último de la escala legal, pero no es propiamente tal, porque tiene virtualidad atractiva sobre el de participación. Esto plantea problemas porque el de participación parece legalmente de tipo rígido, mientras el de separación semeja más elástico.

Obsérvese que en un solo artículo, el 1.433, se menciona dos veces el pacto de contrario: En lo relativo a cargas y respecto a la valoración de la aportación del trabajo casero. Estos acuerdos hacen referencia a supuestos tan imperativos, a primera vista, como el 1.318 y el nuevo concepto «trabajo para la casa». E incluso se podría pensar que el 1.319 está subsumido dentro del 1.439, ya que aun en régimen de separación se puede atender por el no titular a las cargas del matrimonio. Curiosamente, la ley concede facultad de más amplia gestión sobre los bienes privativos ajenos que la señalada en el 1.319.

En el supuesto que estudiamos, incluso los bienes que responden, y no sólo el modo de reparto interno, pueden ser objeto de regulación (artículo 1.435-2.º), en relación al 1.440, en el aspecto externo, y en el reparto interno (arts. 1.438-1.319) (obsérvese que en este régimen la sub-

sidiariedad del 1.319 no aparecería, ni en el punto 2.º del mismo, aunque es dudoso). Aun pensando que los 1.318-1.º y 1.437 coinciden, y pudieran prohibir pactos que excluyan de responsabilidad a ciertos bienes, el encuadre del 1.320 no entraría en un régimen de separación por esa vía.

También el 1.437 choca con el 1.320, que habla de «libre» disposición, de los que tenga y de los que adquieran después. ¿Por qué las referencias al 1.319 en el 1.440, y no al 1.320 en el 1.437?

En el régimen de separación se acude en ciertos casos al capítulo I, título III, Disposiciones generales, pero no en otros. Aquellos artículos no llamados se verá uno a uno si son aplicables; 1.315-1.316 son enunciativos, superiores a todo régimen. También se aplicará el 1.317, cuya imperatividad y generalidad se deduce del principio general de inoponibilidad e irretroactividad que consagra. Si el 1.318, aunque quizá matizable. El 1.319 es expresamente llamado. El 1.322 lo excluye el 1.437. Los 1.321, 1.323, 1.324, siguientes, tienen su propio ámbito: sucesorio, de capacidad y de prueba. No cabe el 1.320, por las razones antes indicadas, en un régimen de participación o separación.

Además, como argumento decisivo está el 1.441, de rancio abolengo en todo régimen de separación. Será imposible acreditar la pertenencia de muchos bienes muebles. Pero el problema se plantea de diferente modo: aunque la palabra bien en el 1.441 parece omnicomprendiva, eso precisamente nos salva de las dificultades interpretativas de los 1.320-1.321. Los muebles, como conjunto, se pueden probar a quién pertenecen, pero no quizá el mobiliario, como piezas separadas y enseres del ajuar (si las ropas por el uso privativo), para los cuales se aplicará la presunción del 1.441. Ciertamente que entonces la comunidad del 1.441 se aplicará a objetos de menor relevancia, pero quizá no haber pormenorizado tanto la ley haya sido beneficioso frente al auténtico laberinto a que puede dar lugar la conexión (artículos 1.320-1.321, 346-2.º).

Sí ofrece más posibilidades el 1.439 de coordinarse con el 1.320. Se habría de admitir —es fácil— que el asentamiento es una carga del matrimonio, pero no es más que un argumento limitado. Cada cónyuge maneja su patrimonio, reconociendo una facultad de gestión para levantar las cargas del matrimonio la ley al no titular, que difícilmente se ha de coordinar con la del consentimiento de los 1.320-1.322. Además, aquí la ley no pide el consentimiento del otro cónyuge (art. 1.437).

¿Por qué no va a ser posible excluir capitularmente en un régimen de separación el 1.320? No se ve obstáculo alguno que lo impida.

d) AMBITO DE APLICABILIDAD DEL 1.320

Entonces, ¿a qué queda reducido el 1.320?

1. Al régimen legal de gananciales sin capitulación matrimonial previa, afectante a vivienda privativa.

2. A la vivienda adquirida a nombre de uno solo de los cónyuges, siendo el caso una excepción al principio de la importancia adquirida tras la reforma por la titularidad de los bienes gananciales.

3. Al cambio o extinción del régimen económico de gananciales. En éste ya se tutela si no hay capitulación, el derecho del cónyuge no titular si la vivienda es ganancial, y se impone la actuación conjunta.

4. Si hay un procedimiento de liquidación. Mientras éste continúa, y aun después de las adjudicaciones, se protege la vivienda común, en tanto lo siga siendo y exista la unidad familiar.

El 1.320 es extracapitular por esencia y fines.

La fuerza del 1.320 se proyecta sobre el patrimonio previo privativo, y sobre el caso de extinción de sociedad de gananciales sin separación de hecho y sin capítulos que regulen el nuevo régimen de separación.

Otra cosa es extravasar el 1.320 a un lugar que no le corresponde.

El 1.320 no hace a este caso sino limitar la libre enajenación de la vivienda que fuere antes privativa o que se le hubiere adjudicado al disolverse la sociedad conyugal. Siempre que el régimen no sea el de participación; desde su inclusión, que sólo sería posible por pacto, nos situaría fuera del régimen legal de participación ante uno innominado.

Por otra parte, como el régimen de participación no es posterior *ex lege* a la sociedad de gananciales disuelta, no se le aplicará el 1.320.

Para los derechos forales existen otra serie de motivos que prohíben la aplicación del 1.320.

EL PRETENDIDO REGIMEN PRIMARIO: ARTICULOS 1.318-1.418

Por otra parte, el pretendido régimen primario de los 1.315-1.324 tampoco está muy claro, según antes dije.

El distinto contenido de los artículos es tan evidente que hace pensar en una especie de viejos 56-57 —dentro del capítulo Disposiciones generales, como antes—, porque contienen normas de capacidad, derogando viejas prohibiciones; normas de contenido sucesorio (art. 1.321) y legitimación para actuar o distribución de competencias, que se entiende en el 1.319. Aparte del 1.320, de no aplicación general.

Es algo dudoso que estemos ante un verdadero régimen económico matrimonial primario, porque el propio contenido del capítulo no lo avala y porque tal régimen debería deducirse en el derecho común del general de gananciales, y además se ha potenciado el de separación en una correcta interpretación del 1.365 viejo.

De ahí el autor deduce el carácter imperativo del 1.318; normativo supletorio, diría yo. Ciertamente que las cargas del matrimonio se regulan en la sociedad de gananciales, sin embargo, no parece exacto decir que el régimen —ganancial— de cargas opera como valor entendido en los regímenes de participación y separación, ni que el sistema de responsabilidad se debe integrar entre los diversos regímenes matrimoniales.

Además de poderse afirmar la ruptura del concepto cargas del matrimonio. En situaciones de convivencia de hijos de anterior matrimonio disuelto y otro posterior en el hogar de este último, carga del matrimonio será atender a aquellos hijos, pero puede serlo también la pensión a favor del ex cónyuge. El sorprendente artículo 100, en conexión con el artículo 101, puede llevar a pensar que una carga del segundo matrimonio es aquella pensión que ya no grava sólo al obligado, sino que ha perdido su carácter crediticio y es deuda no extingible por defunción del obligado. Auguro fuertes presiones para lograr el efecto extintivo que parece deducirse del artículo 99.

Esto supone una interpretación de los regímenes de participación y separación que no puede ser aceptada. Al regularlos no hallamos ni una sola referencia generalizable que permita tal integración. Puntualizando más, creo que lo que es carga del matrimonio está bien regulado ex crédito y sirve también para los regímenes de participación y separación, pero a partir de ahí nuestra discrepancia es total. No llegamos a entender cuál sería la comprensión del 1.413 del Código Civil. El régimen de participación se integra con el de separación de bienes, y aquí sí que hay un artículo que el autor tranquilamente subordina al 1.318, el 1.438. Habla de fórmula imperativa, «los bienes de los cónyuges», el 1.318, pero el 1.438 matiza más y se refiere a recursos económicos. Recurso es más amplio que bien, máxime cuanto el punto segundo permite considerar recurso a una actividad que no es un bien económico, al menos, directo. Según la interpretación del autor, ¿dónde y cómo se interpretaría el «a falta de convenio» del 1.438? ¿Qué sentido tendría el 1.438?

a) Sólo dar realización concreta a la regla abstracta que enuncia el mismo 1.438, adaptándola a las circunstancias de la familia.

b) ¿Parecería aplicable el 1.438 cuando se hayan agotado los bienes comunes?, ¿o no existan?, ¿y proyectarlo sobre todo régimen común?

c) ¿Se establece una proporcionalidad estricta respecto a bienes, no a personas?

d) ¿Se pueden identificar bienes y recursos, refiriendo bienes a tales y recursos también a circunstancias personales?

Estas preguntas no pueden ser contestadas a base de subordinar sin más el 1.438 al 1.318, y diciendo que aunque el 1.318 se refiere a bienes y otro a personas, el 1.319; en el 1.438, todo se reduce a responsabilidad de bienes. O es decir demasiado o nada.

Ambos artículos están determinando los obligados a estas cargas, los cónyuges; pero el 1.438, como corresponde a un régimen de separación, señala que a pesar de éste, ambos cónyuges son deudores de actividad conducente a sostener las cargas, mientras el artículo 1.318 se refiere más a los bienes que responden a esas obligaciones de actividad, porque en el régimen de comunidad quien está obligado a atender a ellos son quienes administran o disponen con tal objeto de los gananciales, o incluso de privativos, mientras en el régimen de separación, el 1.438 cubre ambos aspectos.

Se puede admitir la distinción entre bienes que están obligados a las deudas provenientes de las cargas atendidas (art. 1.318) y la actividad para subvenir las; sin embargo, el 1.438 dice más, impone la atención personal. Los 1.438 y 1.439 contemplan con exactitud la obligación de levantamiento de cargas desde la perspectiva de la actuación personal de los cónyuges, al no haber masa común; de ahí las facultades de gestor de negocios del 1.439.

Aplicado en este punto los 1.318 y 1.320, ¿dónde estarían ubicados? ¿Debemos decir que si se tratase de la vivienda común, ésta respondería, en primer lugar, de toda gestión? (art. 1.319-2.º). Es claro que no se habría logrado entonces la finalidad indicada. Tendríamos una solidaridad de responsabilidad entre la vivienda y los bienes de uso doméstico y los bienes del actuante. Pero esto no se deduce del 1.439, y también el 1.440 admite otra interpretación, según veremos, en su referencia al 1.319. No se explicaría la subsidiariedad del 1.319-2.º en un régimen con las amplias facultades de gestión; si un cónyuge carente de bienes hace responsable a los del otro cónyuge y solidariamente con ellos a sus bienes comunes —la vivienda habitual—, poco se habrá adelantado.

Un estudio detallado de esta materia llevaría a la conclusión de que el 1.318 tiene escasa aplicación en un régimen de separación, excepción hecha de sus puntos 2.º y 3.º, en cuanto al incumplimiento de una obligación por los cónyuges.

Quizá la única aplicación del 1.318 sea dar un principio general de

afección de bienes a las deudas derivadas de una actuación para subvenir a unas necesidades concretas. No define ni la intensidad de la afección, ni el orden de responsabilidad, ni cuáles son las cargas. A éstas se responde de distinta manera en cada régimen, y para el de separación lo hace muy técnicamente el 1.439, después que el 1.438 resalta el deber personal, remachando la regulación el 1.440-1.º No hace falta el 1.318-1.º; sobra. Lo mismo puede decirse del régimen de participación. Sin embargo, en la sociedad de gananciales, con gran acarreo histórico, las soluciones están bastante menos claras a través de una serie de excepciones y situaciones de necesidad ordinarias o extraordinarias que dificultan la comprensión de la regla general, si es que existe como tal.

EL ARTICULO 1.319

El 1.319 tiene efectos definidores generales a todo régimen en su párrafo primero, porque concede facultades para fines matrimoniales y porque es llamado por el 1.440. Llamada que es difícil imaginar su aplicabilidad al párrafo segundo del 1.319, o se extiende la solidaridad a los patrimonios separados o tal subsidiariedad inexistentes los bienes comunes es impensable. Y, además, coartaría la intervención del que tiene los bienes, precisamente lo contrario a lograr por el 1.439.

Si aquí ubicamos la vivienda familiar pueden producirse efectos no pensados. Como el 1.320 no dice que la vivienda sea común, estaríamos ante una limitación al 1.437. Eso es claro. Pero obliga a distinguir:

— Responsabilidad de la vivienda por deudas ordinarias en potestad doméstica (art. 1.319-2.º), solidaridad con el privativo del gestor.

— Responsabilidad por deudas de cargo de la sociedad conyugal que no sean en ejercicio de potestad doméstica. Responden los bienes (artículos 1.438-1.318), y, sin duda, la vivienda es un bien del matrimonio; es difícil posponerla. Para posponer tal responsabilidad deberíamos acudir al 1.440, pero éste habla de obligaciones contraídas sin referencia a causa matrimonial. No puede pensarse que en régimen de separación, a efectos de responsabilidad, sólo sean cargas que graven los intereses comunes las derivadas de la potestad doméstica ordinaria (contradirían esta interpretación los arts. 1.439-1.440).

Tampoco se ha declarado tal inembargabilidad o supletoriedad del hogar común. De todo ello se deduce el difícil encaje del 1.320 en régimen de separación: en todo caso, ese consentimiento haría al cónyuge no propietario interesado, y por ahí entra el régimen de los 1.439 y 1.438. Sobra el 1.320.

El artículo 1.438 permite adaptar la contribución a las circunstancias de la familia, pero refiriendo conjuntamente la obligación a los bienes y a los recursos «no bienes». No parece claro por qué el 1.438 sólo puede matizar y desarrollar el 1.318. La contribución a que el 1.318 se refiere es personal o patrimonial. Dar realización concreta a la regla abstracta de proporcionalidad requeriría que el pacto en contrario, si sólo puede referirse a los bienes, significare un inventario de los respectivos de cada uno.

Los dos primeros puntos del 1.437 imponen la responsabilidad solidaria en relación al 1.318-1.º No habría términos hábiles para salvar a la vivienda, aun no considerada común, y no se puede meter el 1.320 en un régimen de separación por la vía del 1.441.

Además, el 1.319, *in fine*, da la solución: ¿por qué los reintegros entre masas se hacen según su régimen y no también la responsabilidad? Podría pensarse que hoy el régimen de responsabilidad se ha simplificado, estandarizándose a base de: un régimen común con supletoriedad para los patrimonios privativos, aun en régimen común, del 1.438-2.º; el del 1.440; el especial de las deudas de potestad doméstica; así como el contable de la participación. La propia enumeración demuestra que no se ha logrado la uniformidad y que el 1.319 está pensado para el caso de existencia de bienes comunes. Cada régimen ha de interpretarse según su propia dinámica.

El 1.319, *in fine*, formula una simple regla de sujeción, porque implica que sobre ellos pueden hacerse efectivos los créditos a favor de terceros derivados de la gestión para el levantamiento de las cargas. Nada más. Como se responde, qué bienes, quién y con qué reglas, vendrá dado por cada uno de los regímenes económicos adoptados. Es una regla para acreedores.

Tales créditos, derivados de levantamiento de cargas, siempre se harán efectivos sobre los bienes de los cónyuges. Hacerle decir más al 1.318 es inútil, salvo las consecuencias personales de la no atención. Y así se explica la coordinación 1.318-1.º y 1.319, *in fine*.

Por otra parte, los regímenes de separación y participación se integran entre sí. Difícil será fuera de los casos previstos, siempre concretos, encontrar huecos para la supletoriedad del régimen de gananciales. ¿Con base en qué? Una sola regla de responsabilidad o afección de bienes no sirve. Y los 1.439-1.440 tienen virtualidad suficiente para enervar aquellas normas integrándose por los principios propios de un sistema de separación absoluta, con la sola limitación en los casos en que opere el 1.320, sin tener que acudir a los de la sociedad de gananciales. El 1.415 debiera haber sido más explícito, y es taxativo, y el 1.440 no lo es menos. No hay base para esa pretendida integración.

LA OBLIGACION DE ATENDER A CARGAS MATRIMONIALES EN REGIMENES DE SEPARACION

Al no haber bienes comunes en un régimen de separación, la contribución puede referirse perfectamente a personas y bienes. Uno puede contribuir con sus bienes y el otro con su actividad, que implica un recurso; y se podrá pactar la desigualdad de responsabilidad interna, lo que el mismo autor comentado admite. Sin embargo, una regla abstracta de proporcionalidad absoluta no la veo por sitio alguno, sobre todo porque la distribución de responsabilidad, a que se refiere el 1.319, viene contradicha por el 1.439.

En un régimen de separación de bienes, la ley tiene que forzar el cumplimiento de la obligación de levantar las cargas; como se establezca por pacto (art. 1.439), o concediendo la capacidad de actuar sobre el patrimonio del otro cónyuge al no titular del mismo. La explicación es clara: En el régimen de gananciales, la administración conjunta, el 1.319 y otros artículos, el 1.377 y siguientes, sirven para garantizar la satisfacción de las obligaciones derivadas de las cargas del matrimonio, a la par que legitiman la actuación de cualquiera de los administradores sobre los bienes comunes. En régimen de separación, el convenio no tiene límite legal alguno, lo esencial es la contribución y los recursos no han de referirse sólo a los bienes. Sin embargo, la falta de patrimonio común hace acudir a la gestión de negocios ajenos, sin límite alguno, y así se debe de interpretar el artículo 1.439; si acaso éste se debe de integrar de alguna manera no es con las normas sobre la sociedad de gananciales, sino con la clásica gestión de negocios sin mandato; es lo que el gestor tiene «a los mismos que un», pero no lo es; la dicción legal es clara, «administrado o gestionado». No se ve razón para aplicar las normas de los gananciales, ni hay semejanza ni identidad de razón o situación para tal aplicación indiscriminada.

Además, el 1.439 recoge claramente el interés del gestor. La aplicación de los artículos 1.888 a 1.893 parece evidente. El 1.893 debe, impone en la futura reforma adaptadora de Ley y Reglamento Hipotecario una solución con unas coordenadas absolutamente distintas a las de la sociedad de gananciales, sin que quepa decir *sic et simpliciter* que el principio de inscripción o el de tracto cierran el registro para una actuación ex 1.439 del cónyuge no titular, por ejemplo, declaraciones de obra nueva, modificación de entidades hipotecarias y quizá —con muchas dudas— actos dispositivos. Es una cuestión que voces más autorizadas dirimirán. De todas formas, el choque es frontal, pues no parece minimizable el 1.439.

La conclusión:

— El 1.318 queda limitado a una norma de acreedores. Siempre que su crédito proceda de atender a una carga del matrimonio, ésta se le hará efectiva: el modo y el cómo ya no lo dice el 1.318, ni se puede deducir supletoriamente en régimen de separación de las normas de la sociedad de gananciales. Así lo ratifica el 1.319, *in fine*.

LOS ARTICULOS 1.438 y 1.439

El párrafo segundo del 1.438 plantea también interesantísimos problemas:

«Trabajo para la casa» es más amplio que la simple referencia a trabajos caseros. Podría significar una especie de régimen de sociedad conyugal continuada, cuando se extingue en vida de ambos la sociedad legal de gananciales; lo que antes no era aportación al ser todos los bienes comunes, pasa a serlo al no haber comunidad.

Así creo que son paralelos el 1.320, en los términos de aplicabilidad que veíamos para los regímenes de comunidad y de separación por disolución, y el 1.438, que detiene la aplicación del 1.320 tan pronto como capitularmente concluya el régimen de separación. En incluso podría pensarse que sin ella.

a) EL PACTO DEL ARTÍCULO 1.438

ALVAREZ-SALA, en su conocida tesis generalizadora, admite un pacto con cuotas concretas de participación, que parece entiende matemáticamente: 66 por 100-34 por 100, o que uno sufrague todo, hecha exclusión de los comunes. El problema es cuáles son los comunes en un régimen de separación: ¿Se puede referir a los bienes comunes no liquidados procedentes de la previa sociedad conyugal? No parece claro; a éstos se les aplicará ya el régimen de separación, cuya operatividad es inmediata tras la disolución.

Más bien podría proyectarse al revés, algunas disposiciones del régimen de separación (arts. 1.438 y 1.440 inicial), sobre el régimen de gananciales, para ver cómo responden en un régimen de gananciales los bienes privativos. Antes, regulada la responsabilidad sobre las facultades del administrador, se establecía un sistema de subsidiariedad que se ha aclarado ahora a base de la titularidad y el concepto de masa patrimonial, dejando en la oscuridad, en el régimen de gananciales, la

responsabilidad de los bienes privativos del no actuante, en muchos casos. Aquí sí procederá aplicar el régimen de separación, y a través de él, la solidaridad que en él parece imperar. Con ello resulta que el 1.319-2.º modificaría el régimen general, introduciendo, como excepción, una subsidiariedad que no aparece en ningún otro lugar; ¿quizá un arrastre de la vieja facultad marital y su régimen de proyección sobre gananciales privativos, dotales, parafernales? Porque esa subsidiariedad del cónyuge no actuante es difícil de coordinar con un régimen de separación que no tiene ni la masa común, a responder en primer lugar, ni la presunta coadministración, sino dos masas en pie de igualdad y con un 1.439 no minimizable ni desdeñable. Parece pensada esa subsidiariedad del no actuante para un régimen de gananciales.

b) LA REVISIÓN Y CONTENIDO DE LOS PACTOS DEL 1.439

Inmediatamente después se preocupa de la revisión de tales pactos y llega a la conclusión de que serán:

— Inocuos, «si se aparta sensiblemente el pacto de la proporcionalidad de los respectivos recursos».

— Actuación de un cónyuge en su provecho individual: el cónyuge que responsabilice los bienes no privativos suyos o, en parte, a los comunes.

Justifica que ello va contra el 1.328 y que no cabe en el 1.323 del Código Civil.

Ya hemos tratado de criticar la aplicación indiscriminada que hace el autor del 1.328, sin consideración alguna al régimen económico matrimonial de que se trate, lo que hace más extraño aún la limitación que hace imponer al artículo 1.323, en cuanto éste opera para él en el ámbito de los contratos aislados, singulares, donde se mueve la permisión del 1.323, dice.

De los propios términos empleados parece que hace contraponer la anterior prohibición con la actual autorización. Pero para ello no hay términos hábiles en el texto, habla «de cualquier título» y «clase de contratos». La referencia a títulos... «y derechos» puede abarcar perfectamente a las capitulaciones matrimoniales. Toda clase de contratos se pueden celebrar por cualquier título, y de una prohibición casi general, se ha pasado a un régimen de capacidad total, no a un permiso. Si antes la prohibición era independiente del régimen económico, como llegó a interpretarse por la doctrina, ahora la capacidad debe ser igual de general. Que se refiere a capacidad lo resalta el «podrán». Así inter-

pretadas las limitaciones deben ser taxativos y no existentes en el abstracto y generalizable 1.323; las únicas que pueden subsistir dependerán del régimen económico matrimonial vigente entre los cónyuges.

No hay que acudir al 1.323. Este lo único que establece es una capacidad general que permitirá cualquier pacto capitular de adopción de diversos regímenes matrimoniales; no hay prohibición expresa para un pacto capitular que establezca una desigual responsabilidad por cargas; la referencia a la fianza parece improcedente, aunque el autor criticado no insista en ella como argumento principal.

— Si es una fianza, es algo distinto del régimen capitular, y seguirá el discutido régimen de la fianza por deudas futuras.

— Si es un pacto capitular, no parece que tenga límite en el 1.328.

La frontera entre ambos conceptos estaría en que las deudas garantizadas hagan referencia a las cargas del matrimonio. Y éste es el punto que el autor no resalta al mezclar el concepto de fianza con el de capitulación. Parece que incurre en el mismo error que cae al referirse a los poderes irrevocables en otro lugar de su trabajo: si la finalidad de la «fianza» y «el poder» son desarrollar reglas sobre sus bienes con ocasión o para el matrimonio, estaremos ante una capitulación; de lo contrario, habría diversos negocios, aun en el texto de la escritura pública capitular.

Pero parece claro que el 1.323, como regla de capacidad, se aplica tanto a la asunción de derechos y deberes capitulares, como a los negocios simples e independientes del matrimonio. No obstante, la regla general de capacidad ha de ponerse en relación con el diverso régimen legal para ver si estamos todavía en él después de cada pacto entre cónyuges o hemos vulnerado la flexibilidad de tipo del mismo. Pero no es sólo el 1.328 el que debe examinarse, sino las normas generales del régimen económico de que se trate.

BREVE IDEA SOBRE LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

Estoy de acuerdo con ALVAREZ-SALA en cuanto al valor entendido de lo que es carga, aplicable por ello a todo régimen económico matrimonial; porque ello ya no hace referencia a los bienes, sino al propio consorcio general y sus fines esenciales.

No todas las atenciones familiares son legalmente cargas del matrimonio. El concepto cargas del matrimonio tiene una virtualidad esencial para los propios acreedores con créditos derivados de la atención de los mismos. Podríamos establecer una distinción:

- Cargas.
- Necesidades.

La carga es siempre necesidad en sentido lato de obligación de atender con los bienes matrimoniales, pero no al revés.

Anteriormente, la distinción, en parte, podría venir empañada porque las cargas debían de ser atendidas por el administrador, mientras que no atendidas podrían caer en el concepto de necesidad para aplicarles entonces la facultad de llave, bilateralizable al esposo o no; quizá no. Hoy la definición no puede establecerse por la facultad de atenderlas o subvenir a las mismas. Entonces podría parecer innecesario el 1.319, desde el momento en que se bilateraliza la vieja facultad de ser administrador de los gananciales y la de subvenir las necesidades.

La administración conjunta y la bilateralización del 1.319, o hacen desaparecer la vieja distinción o la permiten mantener para establecer una distinción en orden a quien pueda atender a las necesidades a nivel discutible, si sólo interno o externo también, pero centrando el problema no en la facultad de atenderlo, sino en la elevación de categoría de una necesidad a carga.

El difícil problema queda planteado por el autor al mantener la posibilidad de alterar el concepto de carga matrimonial aplicable a algunas atenciones familiares.

Parece peligrosa, sin perjuicio de un más detallado estudio, la equiparación de cargas y atenciones. En principio, me inclinaría por la negativa; el hecho de que para responder de ellas se sume solidariamente el patrimonio del que contrajo la deuda no es suficiente razón para la equiparación. Sin embargo, el régimen de responsabilidad conjunta hace muy difícil la separación cargas-necesidades.

El párrafo segundo del 1.362-1.º plantea dudas mayores en este tema. Si para los hijos que conviven con el colectivo familiar nuevo, procedentes de uno anterior o extramatrimoniales, las cargas se limitan a alimentos y educación, parece que se traduce restrictivamente en la norma civil la «asistencia» del artículo 39-3.º de la Constitución, complicando la interpretación para los hijos el 93, y los artículos 97-98 y 100-101 para el ex cónyuge.

Tampoco es suficiente alivio que el 1.319 sólo se refiere a las necesidades ordinarias, lo que significaría equiparar cargas-necesidades ordinarias. Pero la distinción entre ordinarias y extraordinarias ha perdido sentido con la administración conjunta, y el problema parece que queda en una auténtica nebulosa.

1. Quizá el régimen de separación, por nuevo, pueda despejarnos alguna duda: el 1.438 hablado de cargas, y el 1.439; sin embargo, el 1.440

habla de potestad doméstica ordinaria —obligaciones—. Al no haber bienes comunes en que hacer efectivos los gastos ocasionados por atender las cargas, el principio de independiente gestión impone que las cargas se hagan efectivas según convenio, proporcionalmente a los recursos; el concepto de potestad doméstica ordinaria impone a este régimen la responsabilidad del deudor y del no deudor. Parece que las cargas no atendidas pueden —en cuanto a legitimación para ordenar el gasto— devenir obligaciones contraídas en el ejercicio de la facultad doméstica ordinaria. Pero la referencia al 1.319 hace difícil el juego de la solidaridad de ambos patrimonios frente al acreedor, a no ser que la referencia del 1.319 sea para la definición, y el 1.439 para el modo de responsabilidad, como he defendido. Esta última interpretación aparece avalada por el último párrafo del 1.319, la conformidad a «su régimen matrimonial» prohíbe la solidaridad.

En régimen de separación, la solución viene, pues, facilitada porque no se habla para nada de necesidad. Se utilizan los términos técnicos y exactos: cargas (arts. 1438-1.439), obligaciones contraídas (artículo 1.440-2.º).

El elemento de distorsión, salvable, para este régimen lo representa el párrafo segundo del 1.440, con su alusión, creo innecesaria, al 1.319.

Así, si las cargas o necesidades se atendieron por gastos contraídos por uno u otro cónyuge, siempre son iguales las consecuencias y siguen el mismo régimen. Obsérvese que no habiendo masa común, la familia nueva atenderá en pie de igualdad a los hijos de anteriores nupcias o extramatrimoniales. Pero es muy defendible que si no conviven, los bienes del cónyuge no progenitor, no respondan en absoluto, corrigiendo así la desmesurada extensión del 1.362-1.º, *in fine*.

En régimen de separación parecen coincidir cargas y necesidades.

2. En gananciales también me parece que el régimen de las necesidades ordinarias y el de las cargas cumplen la misión de flexibilizar el concepto más rígido que de las cargas da el 1.362. Además, tal parece deducirse del 1.365-1.º Aunque la solución es mucho más oscura debido a que la existencia de una administración conjunta de difícil operatividad impone una serie de excepciones atendidas las necesidades ordinarias (artículo 1.319), extraordinarias (art. 1.386) y otras que pueden complicar la solución. Una terminología tan variopinta no presenta la solidez dogmática del sistema de separación.

El problema no acierto a aclararlo tampoco con el 1.365. No hay duda que, en orden a la legitimación, los dos conceptos coinciden (artículo 1.362-1.º): «previsiones» lo avala; pero la situación de los acreedores es distinta. Y parece cierto que el 1.362 no es directamente subsumible en el 1.365-1.º Reaparece la distinción —difícil— para los acree-

dores; complicada, además, con la referencia genérica a la gestión de los gananciales, que podría significar perfectamente, como en el 1.439, actuación sobre el patrimonio privativo del otro cónyuge. ¿Será la propia actuación del disponente la que determine qué régimen se seguirá?, ¿o el acreedor en atención a las circunstancias objetivas de la relación familia-gasto? Parece más adecuada esta segunda posición.

Sin embargo, la sola existencia del 1.365 impide ya permitir el paso capitular del régimen ordinario de necesidades al de cargas, y aún más configurar las cargas como necesidades ordinarias. El régimen de las necesidades ordinarias es objetivo, ex gasto. No es capitular.

La seguridad de los créditos, según las distintas causas de los mismos, parecen imponerlo así. Mejor dicho, el pacto sería posible, pero no entrañaría sino una obligación no conectada con las cargas del matrimonio y su régimen.

Sin embargo, no parece clara la relación entre el directamente frente al acreedor del 1.365 y el 1.319-2.º, en cuanto a la solidaridad.

3. En participación no se plantea la duda.

Allí hay solamente obligaciones a satisfacer. Parece que si un cónyuge se excede y lleva una administración desordenada atendiendo a cargas y necesidades que no sean tales, siempre habrá deudas deducibles del patrimonio final, sin perjuicio de que se haya podido aplicar el 1.416, a no ser que se prefiera el régimen conjunto del 1.423-1.424, de considerarlo o no como un crédito de participación.

Parece adecuado pensar que se ha equiparado el régimen de las cargas y necesidades en los regímenes de separación, pero no es clara la solución para el de gananciales. Siempre se han equiparado en cuanto a la capacidad para ordenarlas, pero sólo las cargas generan el especial sistema de responsabilidad de los gananciales, aunque argumento, y no desdeñable, en contra sea el 1.365-1.º, que al abarcar gestión que capitularmente le corresponda permite tal extensión capitular. En contra cabría la extrañeza de una acción directa sobre una necesidad considerada carga sólo capitularmente; puede, no sé, que se refiera sólo a la legitimación para contraerlas, a una posible administración unipersonal. Todo depende de la postura que se adopte en la relación, difícil, entre 1.319, 1.362-1.º y 1.365-1.º, que el tiempo aclarará.

Esta correlación no parece preocuparle a ALVAREZ-SALA, por cuanto dice que la capitulación puede sin recortar su alcance objetivo o de la responsabilidad en base al 1.911 —1.318-1.º, diría yo—, organizar su responsabilidad sobre las diferentes masas patrimoniales según criterios de solidaridad o subsidiariedad que serán oponibles al tercero, lo que no contradice el 1.911.

No veo claro cómo un régimen de subsidiariedad puede no afectar a tercero, máxime cuando puede defenderse perfectamente la solidaridad, al menos en régimen de separación.

LA TESIS DEL CONSENTIMIENTO O AUTORIZACION EN RELACION A LA RESPONSABILIDAD

Consecuente con su tesis subjetiva de la intervención, el autor comentado establece después un bello resumen de la teoría del consentimiento a base de la exacta aplicación de la tesis tradicional sobre el viejo 1.413, del consentimiento y la codisposición, para diferenciar el puro consentimiento y la autorización. Sin que ello llegue ni pueda justificar el aserto que hace de que puedan ser oponibles a los acreedores los criterios de organización de responsabilidad.

Para los acreedores su posición parece que viene dada por la naturaleza de las deudas. La diferencia es que ahora el Código Civil habla de deudas contraídas con una determinada finalidad: «gastos que se originen..., causas» (art. 1.362). E igual régimen rige el 1.365. En materia de responsabilidad no parece importarle al Código Civil sino la causa que da lugar a la obligación: deudas contraídas... en, dice el 1.365. No parece muy adecuado el enfocar el problema desde el punto de vista del consentimiento de ambos cónyuges para los actos de administración, una vez que lo esencial es la causa del gasto, no hoy, dadas las excepciones (art. 1.386), quién pueda ordenarlo.

Porque tal regla de la perfecta «conjunción» no está clara en una serie de supuestos esenciales:

a) El 1.382 permite disponer de numerario común. Parece referirse a efectivo metálico, pero la referencia a «necesario» introduce una indeterminación en la cuantía: el necesitado es él y su patrimonio privativo o profesión, pero la medida de la necesidad la da «la familia», que puede estar a diferente nivel que el suyo. Es un desarrollo del 1.319. Doble limitación que minimiza la excepción. Obsérvese que para la profesión no existe la limitación de la ordinariadad. Además, numerario puede entenderse como activo patrimonio, sea o no dinero (art. 1.382 frente 1.384).

b) Los 1.384 y 1.385, sin límites.

c) Sobre todo, el 1.386, que adjetiva los gastos de «urgentes», ordinarios o extraordinarios.

Ante tal gama de excepciones, reforzadas por el 1.319, no parece necesario ver qué clase de consentimiento conjunto hace falta, pues será difícil que opere la regla general.

Además, ante la regla algo sibilina de recíproca y periódica información económica «suya» (art. 1.383). ¿Se refiere el suyas a los bienes privativos para garantizar la generación suficiente de gananciales por vía de frutos? En este caso sería un refuerzo preventivo para evitar la aplicabilidad del 1.373. Pero también parece referido a las actividades de administración conjunta, exceptuada *ex lege*, es decir, en los casos en que puede por sí solo obligar a la sociedad de gananciales, que son muchos, legales, capitulares y usuales. El artículo 1.383 se conecta entonces con el 1.390 y se ve claro que ésta es su finalidad. Es necesaria tal notificación para el juego del 1.390, *in fine*, pues se trata de evitar sorpresas al liquidar la sociedad conyugal.

En esencia, sostengo que la administración conjunta queda pulverizada por el juego de los artículos:

- 1.386: Gastos «urgentes» necesario, ordinarios o no.
- 1.319: Gastos necesarios no urgentes, «necesidades ordinarias».
- 1.384-1.385: Actos de administración de dineros, valores y créditos.
- 1.365: Administración ordinaria de los bienes propios, gastos causados en...
- 1.368: Sostenimiento, previsión, educación...
- 1.365: Ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio.

No parece que la intervención conjunta nos aclare los problemas de la responsabilidad. El 1.367, por innecesario, nada añade.

Es erróneo estudiar el problema de la responsabilidad bajo el prisma de los intervinientes en el gasto. Se debe acudir a la causa del gasto. Así lo impone la indiscriminada legitimación; entonces curiosamente la sociedad de gananciales se regula con el ojo puesto en los acreedores. De ahí la acción directa del 1.365 y la machacona referencia a deudas. Desaparecido el administrador no quedaba más «agarre» que la naturaleza de los gastos, que de hecho acaba en una solidaridad, aun establecida legalmente la conjunción.

Si se repara en la línea existente entre la administración extraordinaria y los actos de disposición, se verá que es prácticamente inexistente objetivamente. El Código Civil acude a la teoría de los gastos necesarios, de honda raigambre: lo que se coordina con el elemental principio de la titularidad. Ello se corresponde perfectamente por considerar el patrimonio ganancial como una masa, y la administración de la misma como teóricamente conjunta y prácticamente dependiente de la titularidad y frente a terceros del carácter causal del gasto.

Ante la gran extensión objetiva con que la ley habla de gastos, administración ordinaria, ejercicio ordinario, parece claro que el acreedor es-

tará suficientemente protegido, sin necesidad de acudir a la seguridad del tráfico-concepto usual en unos supuestos, no en otros, sin más que atender al carácter del gasto y, en su caso, a la titularidad del administrador. En esencia, parece que salvo mala fe dirigida a defraudar al otro cónyuge especialmente, no puede afectar al acreedor por gastos de los mencionados como posibles a realizar por uno solo de los cónyuges, cualquier postura que se mantenga sobre el consentimiento de los esposos.

Si acaso, visto bajo la vertiente tradicional del consentimiento, sería más importante fijarse en los efectos no del consentimiento, sino del «conocimiento». El 1.382 contrapone consentimiento y conocimiento, pero su supuesto de hecho es demasiado limitado para intentar sobre él una construcción generalizable. El 1.383 habla de deber general de información: es decir, de dación de conocimiento. Esto es imprescindible para restablecer el equilibrio de las masas (arts. 1.390-1.391). El 1.390 permite la impugnación, en un caso, lo que para actos de administración será raro, dado el régimen de los artículos citados. Del 1.391, se deduce que el acreedor frente a estos gastos, en estos casos de administración, tendrá un título inatacable si no ha procedido de mala fe.

¿CONSENTIMIENTO O CONOCIMIENTO EN ACTOS DISPOSITIVOS?

Para los actos de enajenación son válidas las discusiones que el autor realiza acerca del consentimiento. Sin embargo, no se fija suficientemente:

- a) Ni en el principio de titularidad separada.
- b) Ni en el principio de confirmación tácita a base del conocimiento (arts. 1.393-4.º, 1.383-1.322).

Se puede sostener:

Que la venta de un bien ganancial puede ser efectuada por uno solo de los cónyuges, siempre que se aporte el documento acreditativo del conocimiento efectivo del otro cónyuge (art. 1.301, *in fine*), no quedando, en su caso, más problema que el cómputo de los cuatro años, en base a si se trataría de auténtica confirmación tácita.

Si, como parece, el 1.377 recoge sin alteraciones la teoría de la disposición con asentimiento —consentimiento aprobatorio—, parece lógico reconducir el 1.377 a la sanción de anulabilidad del 1.322. Teniendo siempre presente que en la actualidad se impone la vieja tesis del consentimiento aprobatorio en base a la titularidad, no, como antes, por la facultad —cuasi legitimación— de disponer del administrador.

Puede pensarse que si se da la notificación suficiente a través de la información periódica del 1.383, y ésta comprende la marcha, rendimiento y situación de sus actividades, incluida la noticia suficiente de la enajenación, de modo que la periodicidad (art. 1.383) implique que se cumple reiteradamente con la obligación de informar, la no impugnación del acto aceptando la siguiente relación de marcha, rendimiento y situación implica una confirmación tácita (art. 1.390). Tal notificación si es exacta produciría para el otro cónyuge los mismos efectos que un inventario. En esencia (art. 1.383), es una preparación del inventario final. Hasta tal punto ha llegado la reforma, que ha despedazado toda la teoría del consentimiento, sustituyéndola por la del conocimiento y consiguiente impugnación. No podía menos construyéndose la sociedad de gananciales como una relación *inter masas*. Obsérvese el efecto demoledor de la confirmación tácita (art. 1.383), la ineficacia del acto del 1.390 y la rescisión del 1.391. Es decir, anulabilidad, ineficacia «cuando proceda», rescisión. La anulabilidad la regula el 1.301 y el consentimiento tácito del 1.322, 1.383-1.393.

La ineficacia «cuando proceda», que referido a las amplias reglas de la legitimación para ordenar el gasto —contraer la deuda—, dice el Código Civil no se da prácticamente nunca en actos de administración.

La rescisión, sólo si hay fraude y, además, mala fe en el adquirente (artículo 1.392). El 1.366-1.365 son por demás expresivos: «obligaciones extracontractuales en el ámbito de la administración de bienes».

Obsérvese que el 1.366 recoge el mismo principio que el 1.439, gestión de negocios ajenos sin mandato, que no tiene por qué limitarse a actos de gestión, como afirma la proposición segunda.

El efecto conjunto de todos los artículos, 1.383-1.390, 1.391 y 1.322, produce el vaciamiento absoluto del 1.377, de hecho. ¿No sería una solución pensar que el «consentimiento de ambos» (art. 1.377) es un auténtico consentimiento, es decir, coconsentimiento del no titular?, es decir, ¿un cambio sobre el 1.413? ¿Pesa tanto la interpretación tradicional, que indicaría igual interpretación, cuando de otros preceptos podría deducirse lo contrario?

La dificultad es hoy coordinar casuísticamente las facultades de gestión, que no excluyen o no tienen por qué excluir la disposición —no pensemos en tracto registral ni que éste desvíe la recta interpretación del Código Civil— con el principio de titularidad.

Lo indicado está consagrando claramente la gestión de negocios ajenos sin mandato y pulverizando literamente la administración y quizá la disposición conjunta. Por otra parte, el principio de titularidad cede frente a los actos objetivos en beneficio de la familia (arts. 1.319,

1.365-1.º y 1.366). No es de extrañar que el binomio 1.365-1.383 no sea mencionado por el autor en su trabajo.

DE LOS VETOS O DE LA FALTA DE INFORMACION

Habla luego ALVAREZ-SALA de un veto anticipado en los casos en que uno de los cónyuges pueda comprometer el patrimonio consorcial, cuya falta envuelve un consentimiento presunto, comprometiendo el patrimonio privativo del otro consorte. Igual solución da cuando actúa uno sin el preceptivo consentimiento de su consorte, por confirmación tácita. En tal supuesto —dice—, los capítulos no podrán exonerar frente a tercero ningún bien privativo o común del matrimonio.

Tal generalización, dada la actual casuística del Código Civil, es muy peligrosa. En el primer caso, no veo la posibilidad de vetar previamente la actuación del otro consorte.

Sin haber capítulos y tratándose de cargas del matrimonio, la responsabilidad ganancial la determina la causa que origina el gasto, y éstas son muy amplias en el 1.362, y aún más en el 1.365. Para colmo, el 1.366, ya sin ninguna referencia a la titularidad, cierra el sistema ex acto causante. Obsérvese gastos originados (art. 1.362), deudas contraídas (art. 1.365), obligaciones de un cónyuge (art. 1.366). Es imposible vetar una actuación para satisfacer alguna de las causas allí relacionadas. Sea quien fuera el que la realice, el veto sería inoponible a los acreedores (arts. 1.369, 1.390 y 1.391). Es más, el veto es impensable e imposible, si no es en un nuevo sistema de administración capitular, pero no en directo como tal veto, sino estableciendo un sistema distinto de gestión.

En efecto, si el gasto está objetivamente justificado por la causa, y se trata de obstaculizar el acto de gestión que va a generar el nacimiento de la deuda, el gasto adquirirá automáticamente, si lo es tal, la naturaleza de gasto urgente, sea o no extraordinario, y el 1.386 haría imposible tal veto, por frenar una cuestión de capacidad o, si se quiere, una gestión de negocios ajenos sin mandato.

Ni siquiera podría alegarse en contra el 1.888, porque la causa hace que atenderla no sea interés ajeno, al subvenir una carga/necesidad del matrimonio; porque presupuesta legitimación de actuación conjunta, se olvidaría que la teoría de la gestión de negocios ajenos es reclamada por el Código sólo en fase de repercusión de la deuda o de la gestión ex causa sobre una de las masas, común, o una de las dos privativas, y se olvidaría que la regulación actual de la sociedad de gananciales no está basada en potestades —conjuntas—, sino en repercusión de las actuaciones en las masas, evitando enriquecimientos sin causa de cualquiera.

DE LA CUIDADOSA REGULACIÓN CAUSAL DE LAS DEUDAS Y SU REPERCUSIÓN

Si el acto es de los que el autor dice confirmado tácitamente, por definición ya no hay veto anticipado y se compromete todo el patrimonio, pero ya por el 1.369. Y más aún, por el cumplimiento de la obligación de inventariar, estableciendo una cuenta de resultados, que no es otra la misión de los 1.383 y 1.393-4.º

Un veto previo, extracapitular, es impensable. Si no cupiera el caso en las múltiples excepciones que ahogan los principios generales de administración y disposición conjunta, estos mismos principios lo impedirían, acudiendo a ellos sólo subsidiariamente dado el poco margen que les queda.

En el veto capitular no hace falta ninguna; si se establece una periodicidad corta para la obligación de informar, el ejercicio económico anual, con la facultad de recíproca intervención indiscriminada en la gestión, administración y disposición (esto no tan claro, quizá), el cónyuge pasivo está en situación de controlar la marcha de los negocios del otro, sus actividades económicas y los propios en que el otro tenga interés. El 1.384-5.º viene a reforzar esta interpretación. Un veto en las facultades del administrador es imposible. El 1.301 debe de ponerse en relación con el 1.383 y la información que éste demanda sirve para el comienzo del cómputo. La posibilidad de anulación desaparece *ex lege* pasados cuatro años desde la información. Pero si la periodicidad es menor, desde que está informado el conocimiento sirve como confirmación tácita.

La gestión de negocios ajenos, que legitima la disposición por el no titular, es la que demanda un régimen de inventario y notificación al titular del patrimonio. La amplitud de la dicción exige una auténtica cuenta de resultados, indiscriminada, referida a actividades sobre bienes privativos, gananciales o de la otra parte en cuanto se esté legitimado para ello. Situación, marcha y rendimiento exigen una cuenta de resultados, perspectivas y balance de situación objetivo y real, referido a «cada actividad» por separado.

El modo de coordinar las omnímodas facultades de gestión y disposición del no titular con el principio de titularidad y la relación entre las masas, se funda no en el consentimiento, sino en el conocimiento, y por ello pasa por una confirmación.

Podría defenderse una confirmación expresa si el cónyuge notificado adviera y acepta la valoración, deudas y resultado de la cuenta de resultados, y esta obligación de verificación debería imponerse y, en todo caso, establecerse en los capítulos; como en la cuenta aparecerá tal operación, un finiquito de responsabilidad del gestor puede ser una confirmación expresa a efectos del 1.322, y no dudamos en que, desde luego, lo es

a los efectos internos para la teoría de la gestión de negocios ajenos sin mandato.

Bastaría, a efectos prácticos, una fórmula que dijera: Don, conocedor de los términos, necesidad, conveniencia, valoración y condiciones del negocio celebrado por su cónyuge don, declina la impugnación.

Me parece que no haría falta ni siquiera el consentimiento al negocio, y aquí sí se puede decir que la verdadera innovación de la reforma con relación al artículo 1.377 y la disposición está en este conocimiento, que ni siquiera llega a ser consentimiento si se prueba su existencia.

El 1.322 debe de ser interpretado según la confirmación en la clásica teoría de la gestión de negocios ajenos sin mandato. Y quizá también el 1.377. ¿Quiso el legislador una mutación de tal naturaleza?: puede que no. Pero no debe olvidarse la construcción por «acarreo» de nuestro actual sistema de gananciales y son los nuevos materiales en el viejo solar (arts. 1.358, 1.366, 1.373 y 1.383, entre otros) los que hacen necesario un replanteamiento total.

LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA Y EL ARTICULO 1.319 DEL CODIGO CIVIL

Finalmente, se centra el autor en el estudio del 1.319. Como suele hacer a lo largo de todo su meditado trabajo, defiende la imperatividad del mismo.

Es curioso que se haya mantenido (arts. 1.319-2.º y 1.365-1.º) la referencia a la potestad doméstica, cuando tal potestad debía de haberse suprimido, según demuestra la evolución histórica del 1.328. Lo que no tiene más que una explicación, excluido el olvido: Que tal potestad ya no es personal, sino aclarando el ámbito de actuación crediticia de cada cónyuge en atención a su ámbito consuetudinario y visible de dedicación. En necesidades ordinarias que de hecho estén bajo su cuidado, él compromete los bienes comunes.

Pero estas necesidades ordinarias no coinciden por definición con las cargas del matrimonio a costa de la sociedad de gananciales. El problema es: ¿equivale el 1.319-2.º al 1.365-1.º, aunque, en este último caso, sólo sea para establecer la discriminación de la acción directa del acreedor? Si equivale al 1.365, no es sino una regla que beneficia a los acreedores; si no equivale al 1.365, en relación al 1.369, se podría deducir una responsabilidad directa de los gananciales.

— ¿Acumulación solidaria del deudor si se dan los requisitos del 1.319?

— ¿Juego del 1.319-2.º para la responsabilidad del otro patrimonio con su subsidiariedad?

El 1.364 permitirá solucionar la mayor parte de los casos en los que debería jugar el 1.319, y es a través de él que responderán en pie de igualdad todos los patrimonios gananciales (arts. 1.386-1.375), y ambos privativos (art. 1.318). Lo que sucede es que el acreedor irá por el artículo 1.365-1.º y su acción directa si ejecuta gananciales, y por el 1.319 si actúa contra el cónyuge que no contrajo la deuda, o el 1.318, en su caso, quedando el 1.364 como corrector en las relaciones *inter masas*.

Luego:

a) Si la deuda procede de la facultad doméstica, se impondría la subsidiariedad del 1.319-2.º

b) Si la deuda no procede de la facultad doméstica, pero es a cargo de la sociedad conyugal, procederá por el 1.365 un pago de restablecimiento de equilibrio en fase de reintegro. El problema, en este caso, será si ese reintegro ha de poderse liquidar o no antes de la disolución de la sociedad conyugal, y si se podrían compensar en el resultado de sus respectivas informaciones sobre sus actividades y bienes, los créditos y deudas de los cónyuges entre sí, para lo cual, dada la importancia que hemos dado a la información, muy similar a un cierre de balance y atendida la teoría de la gestión de los negocios ajenos sin mandato *inter masas*, no vemos obstáculo ninguno, habiendo algún precepto, como el 1.373-2.º, que no tiene explicación sin pagos o compensaciones previos a la liquidación. Además, el 1.323.

c) Incluso parece que si el gasto es urgente por el 1.386, la responsabilidad del otro cónyuge no deudor ya no es subsidiaria, sino solidaria (arts. 1.386-1.318).

Es la responsabilidad del cónyuge no deudor por las cargas gananciales lo que no se halla sino en el 1.318, y éste encaja muy mal con la subsidiariedad del 1.319-2.º

Sin embargo, el 1.319 no parece directamente aplicable indiscriminadamente en cuanto al orden de la responsabilidad a todo régimen económico-matrimonial. Es muy difícil encajar en un régimen de participación la deuda de un cónyuge no deudor. Antes bien, habrá que acudir a los 1.438, 1.439 y 1.440. El 1.413 impone integrar este régimen con el de separación. Y el 1.440 habla de potestad doméstica «ordinaria», lo que significa, o lo mismo del 1.319, y habría que hacer equiparables la potestad para las necesidades ordinarias (art. 1.319-2.º y 1.º) y la potestad doméstica del 1.365-1.º, con la potestad doméstica ordinaria del 1.440; pero el 1.438 excluye la subsidiariedad, no la menciona. El acreedor agredirá los bienes de ambos cónyuges solidariamente; es absurdo hacerle pasar por la subsidiariedad del 1.319-2.º, cuando el 1.440 ha

matizado, quizá restringiendo en algo la potestad ordinaria doméstica. No parece que frente al 1.438, que no distingue, se pueda imponer la subsidiariedad del 1.319, por la vía del 1.440, que sí matiza la potestad.

Porque para un régimen de separación, el Código Civil da un ámbito quizá más minimizado a la potestad doméstica «ordinaria». El 1.440 refiere la «ordinariedad» a la potestad, no a las necesidades ordinarias. Presupone unas necesidades ordinarias (art. 1.319-1.º) que son las que definen la potestad doméstica —«esta potestad» (art. 1.319)—, y es aquí esa potestad doméstica la que es ordinaria. No es un juego de palabras, minimiza la potestad, congruente con la amplitud del 1.439. ¿Por qué imponer esa subsidiariedad perjudicial, que vulnera la solidaridad del 1.438?

El 1.438-2.º se refiere a la distribución de las cargas entre los cónyuges, pero en modo alguno limita la responsabilidad frente al acreedor. Tampoco lo hace el punto primero. Frente al acreedor parece haber solidaridad para las cargas, al menos las ordinarias del matrimonio, que entran dentro de la facultad doméstica ordinaria. Y respecto a las deudas derivadas de la potestad doméstica, el problema renacería; pero la equiparación cargas-necesidades del matrimonio en sistema de separación soluciona el problema.

Con la interpretación que defendemos del punto 1 del 1.438, la responsabilidad por deudas de potestad doméstica debe ser también solidaria.

d) Pero puede también explicarse el 1.440-2.º de otro modo: el 1.319 determina los bienes obligados «en la forma», dice el 1.440-2.º, y el 1.438, la distribución interior. Con esta interpretación se excluiría la solidaridad y entraría la subsidiariedad (art. 1.319). ¿Pero con relación a qué patrimonio, si no hay común entre cónyuge deudor y el otro? No refuerza en absoluto al régimen de separación y va contra los 1.438 y 1.439. Parece, sin embargo, una interpretación demasiado «geométrica».

El 1.318-1.º se refiere a los bienes; el 1.438-1.º, a la obligación de contribuir al sostenimiento. Luego el 1.318-2.º y 3.º establece unas facultades generales, compulsivas, matizables, por la franca acogida que hace el régimen de separación (art. 1.439) del criterio objetivo del negocio sin mandato, más contundente que el 1.318-2.º para las cargas familiares. La solidaridad que puede deducirse de esta relación frente al acreedor, no puede romperse diciendo que en la «forma» del 1.440-2.º se refiere a la subsidiariedad y el 1.438 sanciona la distribución interior. Se dejaría así sin contenido sustantivo la referencia que hace el 1.440 al punto 1.º del 1.438. Y obsérseve, dice el 1.440, los «1.319 y 1.438».

Para salvar el obstáculo puede pensarse que es al revés: que la referencia del 1440 al 1.319 es a su último párrafo, mientras se deja su virtualidad normativa al 1.438, puntos 1.º y 2.º, en relación al 1.318-1.º

El reenvío múltiple en bloque no matizado al 1.438 y 1.419 da lugar a soluciones insolubles, que deben de resolverse a base de la propia normativa y virtualidad del régimen de separación en que estamos (4).

Diferente interpretación no es adecuada a un régimen matrimonial, aun de separación, frente a los acreedores, so pena de considerar el régimen de separación como un no régimen, lo que en la actualidad, dada su perfección de regulación y el cuidado y matización con que se hace y su supletoriedad frente al otro régimen de separación, no se puede mantener ni permite explicar la referencia del 1.440 al 1.319. El 1.440-1.º no es obstáculo, pues no se refiere sino a las obligaciones que no sean cargas de la familia. Si el 1.361 define las cargas del matrimonio, el 1.362-1.º será el que opere íntegramente en un régimen de separación o de participación *ex natura creditii*; los números 2, 3 y 4 del 1.362 no pueden ser aplicables a separación y participación.

Es claro que el número 1 define las propias obligaciones familiares, mientras los tres restantes se explican perfectamente por ser un patrimonio que genera ganancias. Únicamente se podría discutir en régimen de separación, y más aún en participación, considerar potestad doméstica las atenciones de previsión, parece posible su inclusión dada su normalidad.

Luego en régimen de separación, cargas del matrimonio son las del 1.362-1.º; un régimen de responsabilidad que diferencie en la separación y participación:

a) Cargas.

b) Potestad doméstica ordinaria parecería quizá sólo posible con relación a la facultad de los acreedores de agresión primero de los bienes del deudor, si existen, pero ello vulneraría a los 1.318, 1.343 y 1.439.

(4) Otra interpretación sería francamente perjudicial para los acreedores por obligaciones familiares en régimen de separación. Regula el Código el régimen de separación al mínimo posible con bastante perfección, alejándose del anterior no régimen. Pero los acreedores carecen de la acción y cobertura que podría prestarles la acción directa y el 1.386. Si el 1.319 es aplicable, excepto en la subsidiariedad, y también lo es en el párrafo primero del 1.318, se integra la responsabilidad solidaria frente a acreedores por cargas del matrimonio en régimen de separación del siguiente modo:

1.438: Los cónyuges contribuirán (obligación personal). 1.318: Los bienes de los cónyuges están sujetos (corroborando la responsabilidad solidaria de los mismos). 1.438: A falta de convenio contribuirán interiormente. Y como prueba de tal posible integración, el artículo 1.319, *in fine*, reintegros según su régimen, que cierra el problema *inter masas*.

Por ello, en separación y participación, puede defenderse para el acreedor un régimen de responsabilidad solidaria de masas privativas, en todo caso.

EL VIEJO ARTICULO 1.317: LA VECINDAD FORAL

Finalmente, tampoco se puede estar de acuerdo totalmente con su interpretación del 1.317 antiguo. Ciertamente que viene del Proyecto GARCÍA GOYENA.

En éste cumplía igual finalidad que el Código francés: evitar que renaciera el Derecho foral. Luego desaparecidos los extremismos del Proyecto de 1851, manteniendo provisionalmente el *statu quo* ante la malquerencia, se explica por la falta de reciprocidad en la prohibición. Cosa que no extraña en un cuerpo legal lleno entonces de ellas.

Desde luego, los derechos forales nunca se han dignificado tras la promulgación de las compilaciones. Tan dignos eran antes como después, y si acaso menos robustos por el cercenamiento archiconocido de una serie de instituciones en aras de una *vis* atractiva del Código Civil.

Lo que pretendía el Código Civil era una incomunicabilidad absoluta Código Civil-derechos forales, mantenida a ultranza a través de la inmodificabilidad capitular postnupcial y el mencionado pacto antenupcial. El cierre era absoluto, pero no a base de la vecindad, sino del orden público. No se puede distorsionar a través de una interpretación bien hilvanada, pero apoyada en la reforma preliminar de 1974, el sentido del viejo 1.317 antes de aquélla. Si acaso afirmar el cambio de interpretación para el pequeño lapso de tiempo entre la reforma del título preliminar y la de 1975, en cuanto la introducción de «permitidas por la ley de cualquiera de ellas» centraba mejor la cuestión. No se podía hacer gravitar sobre un ya catalán o navarro una prohibición que significaba la vigencia en su nuevo Derecho de una norma prohibitiva del anterior. Algo totalmente distinto a lo que ALVAREZ-SALA mantiene.

Estoy de acuerdo en la interpretación que da, pero ésa no es la que se deduce de la jurisprudencia y aplicación tradicional del 1.317. Le fue impuesta al Código Civil por la reforma del 6-2, que vino a decir: «el orden público del 1.317 se detiene ante la nueva ley, que permite la capitulación».

Sus argumentaciones son válidas para después de 1974. Pero la nueva interpretación al 1.317 se le imponía de rechazo. Estaba tocado de ala y respondía a una incommixtibilidad absoluta entre el régimen común y el foral.

Ciertamente lo que afirma relativo a la vecindad común, pero como lo

que fue de orden público en Derecho común era la inmutabilidad del régimen económico, esto no dependía del cambio de vecindad directamente y significaba una intromisión en el nuevo ordenamiento foral o extranjero que correspondiese por su nueva vecindad. Las situaciones de hecho eran tan limitadas y no bilaterales, que se forzó el régimen a través del 6-3 del Código Civil, curiosamente impuesto por el Derecho internacional privado, no resabiado por la creada y larga polémica foralista.

No obstante, parece ilógico defender que una norma como la del 1.317 debía de haberse adoptado por las compilaciones forales, que siempre partieron de la libertad más omnímoda. Un régimen de libertad civil no tiene miedo a que escapen de él sus súbditos a través de la adopción de otra vecindad. Si lo quieren hacer, que lo hagan en directo y punto.

A mi juicio, el fin del 1.317 no fue único, cambió a lo largo de la diversa situación legal; pero un cambio que se le imponía desde fuera:

a) En el Proyecto de 1851, rematar los derechos forales, declarados difuntos por otro precepto próximo, y que no debían de renacer capitularmente. Intervencionismo a la napoleónica.

b) En el Código Civil, cerrar el sistema de incomunicabilidad, Derecho civil-derechos forales, en sólo esta dirección indicada, nunca hubo cierre en la otra, y al contrario, el propio Código Civil trató de restringir, recuédese su primera redacción y la clásica discusión sobre los vecinos forales, la aplicabilidad del Derecho foral.

c) Así se mantiene en cal y canto —TS 1964— hasta 1974 (5).

d) Tras la reforma de 1974, el 1.317 queda desarbolado, al no poder cumplir su finalidad principal.

Reconocida la comunicabilidad entre los regímenes económicos de

(5) ¿Influencia de las compilaciones ya publicadas? ¿Reconocimiento de que las fuertes corrientes historicistas en la base del Derecho foral habían impuesto la ruptura del marco afrancesado? ¿Confesión de que resultaba chocante el hermetismo del Derecho común tras el liberalismo de las leyes aragonesas y navarras? O sencillamente, ¿que no se podía imponer a un matrimonio español que pierde su nacionalidad con todos los sacramentos legales el mantenimiento de su régimen económico matrimonial, si en España el «orden público» negaba tales capítulos permitidos por su nueva ley? Y en este caso, discriminar ley extranjera y leyes forales, ¿no hubiere parecido *demasié*?

Estas dos últimas son las razones de fondo. No se olvide que el 6-2 y 6-3 están contruidos a base de la técnica de los puntos de conexión. Esto es inapelable. Se basaba el 6-3 y 6-2 en que puede ser diferente la ley nacional de los cónyuges, pero todavía no la regional, por la atracción del 14-4. Un rebote acertado bajo la canasta condujo, vía 16-1 → 9-3 (a pesar del 14-4, que hace inaplicable parte del 9-3), a la consideración del autor de que el 1.317 defendía las normas imperativas del Derecho común, en vez de ser un valladar para huir de ese régimen como un todo en dos simples y sencillas líneas capitulares.

Derecho común y foral, no había otro remedio que sostener la imperatividad del propio régimen legal de Derecho común y decir, como dice el autor, que ésta era la finalidad del 1.317.

e) En la reforma de 1975, la libertad postcapitular chocaba, como reconoció la propia Dirección General, con una multiplicidad de preceptos. El comentado no cumplía ya misión ninguna. Lo que pudiera ser imperativo del tipo régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales estaba suficientemente defendido, dentro de su propio ámbito, por una serie de normas y prohibiciones.

Una norma imperativa ha de defenderse no negativamente con referencia a otro ordenamiento, sino positivamente, imponiendo su propia convicción, y eso es lo que no hacía el 1.317 tras 1975. Una prohibición en blanco no tiene explicación referida a otro ordenamiento, salvo si quiere imponerse una separación absoluta de los mismos, que era lo que quería el 1.317, no estando tan privado de razón SÁNCHEZ ROMÁN.

Reconocida, aun de rebote, la posibilidad de cambio, desaparecido el rechazo secular, Derecho común *versus* foral, no hay razón para mantener el 1.317 viejo.

f) El derrumbamiento de esta prohibición no va a ser lamentado. R.I.P., 1.317.

Al opinar el autor comentado que el 1.317 pretendía defender las normas imperativas del Derecho común en el caso de que el pacto se otorgase por sujetos a dicho régimen, se plantea el problema de si un pacto como el que prohibía el 1.317 podría hoy ser admitido.

Argumenta que tal cláusula capitular no vulnera la noción límite de orden público, y tras traer a colación, bien para su tesis, los 16-1-2 y 12-3, argumenta que estamos ante una exclusión voluntaria de la ley aplicable por razón del estatuto personal de los otorgantes, sin perjuicio de las normas imperativas de la legislación marcada por el estatuto personal de los cónyuges. Sigue después indicando que cuando la Ley de las Relaciones Patrimoniales no es la personal, puede deberse a una remisión capitular o a un cambio de vecindad. Y suscita también la posibilidad de estar ante una renuncia tácita que operaría ante las normas permisivas, pero no las imperativas. Y a través de un difícil argumento llega a concluir que el régimen económico matrimonial persistirá, pero no íntegramente, sino cercenado por las normas imperativas inconciliables con él, correspondientes a la legislación del nuevo estatuto personal.

Si entiendo bien: las antiguas normas imperativas de su anterior estatuto personal desaparecerían, sustituidas por las nuevas imperativas procedentes del nuevo estatuto personal. Es decir, el viejo cercenado por las nuevas normas imperativas. Yo no entiendo claramente si:

— El viejo régimen económico matrimonial subsistiría con sus propias normas de carácter patrimonial imperativas, a las que se sumarían las nuevas normas imperativas de su nuevo estatuto personal, o

— Habría que hacer un estudio de compatibilidad de normas imperativas de los diferentes regímenes patrimoniales y nuevo personal, desapareciendo o no las patrimoniales imperativas incompatibles con el nuevo estatuto personal.

Consecuentemente con su tesis, el autor trata impecablemente de defender toda norma imperativa: la patrimonial, derivada del régimen económico inalterado, y la nueva personal, procedente de la vecindad civil nueva. El problema planteado prácticamente sería: matrimonio sujeto a Derecho común gana vecindad catalana, ¿sería no sólo aplicable la vieja prohibición de donaciones durante matrimonio, sino también la nueva de afianzar?

Moviéndose en el resbaladizo terreno de los derechos adquiridos, la solución parece casi imposible. Tampoco la tesis de la renuncia tácita es adecuada, pues quien calla nada dice. No hay por qué en un conflicto interregional salirse de su propio ámbito. La disociación, ley personal y patrimonial, es un hecho: para ello no hay por qué acudir a imperatividad ninguna, ni efectuar *a priori* una complicada operación de cálculo o estudio abstracto de normas imperativas.

La solución no puede ser sino la clásica: El fijar los puntos de conexión de cada situación jurídica en que dicho matrimonio esté afectado. Incluso en caso de duda, me permito optar por la interpretación que conduzca a mantener la eficacia del negocio, relación jurídica, pacto o situación en que están involucrados los cónyuges con diferente régimen económico legal y vecindad civil. El principio de conservación de los negocios jurídicos así lo impone. Los reflejos del mismo son tan claros a lo largo de todo el título preliminar (interés nacional, institución desconocida y multiplicidad de puntos de conexión concurrentes), que explican suficientemente el indicado principio general.

La compatibilización entre una norma afectante a la vecindad o nueva ley personal y el viejo régimen económico habrá de hacerse caso por caso, para cada negocio jurídico, si la incompatibilidad es absoluta; porque si una norma es imperativa en el régimen económico matrimonial y, por el contrario, bajo la ley personal nueva no existe tal prohibición, parece que habrá que examinar a la índole del negocio que se pretenda realizar, ponderando el punto de conexión más adecuado según lo que lo permitido y prohibido al propio tiempo por las dos legislaciones contrapuestas sea en sí mismo. La duplicidad de puntos de conexión que caracteriza la mayor parte de las relaciones jurídicas en el nuevo título

preliminar permitirán una salida adecuada para el caso contradictorio. Como la ley será siempre común (art. 14-4), exceptuado el caso de fraude a uno de los cónyuges, en última instancia será el propio acto el que establecerá la serie de puntos de conexión y no la vecindad. En principio, del 6-2 podría deducirse que, en última instancia, sería la última ley nacional común la prevalente, y así se podrá deducir también del 6-3 en su último apartado, salvo que este punto de conexión no puede operar, prohibido por el 14-4. Tras la reforma del título preliminar, los puntos de conexión se han flexibilizado y diversificado, así como, a veces, actualizado. Por eso más que disquisiciones acerca de si es cuestión de régimen económico o de capacidad, convendría examinar para su validez el propio acto celebrado en estos casos de contraposición entre diversas legislaciones españolas.

Estoy de acuerdo con el autor, es a la perspectiva del 6-2 a la que se debe acudir, pero no sólo a éste, sino a todo el título preliminar, lo que puede perfectamente resolver la cuestión.

¿Que ello significa un fraccionamiento?, quizá. Pero es una técnica más correcta que mantener una ficticia unidad de régimen para luego burlarla a través de una aplicación más que territorial, territorializadora de ciertas normas en aras de un pseudo orden público territorial o de la seguridad del tráfico.

1. No creemos en absoluto, en contra de lo que el autor manifiesta, que el viejo y secular régimen catalán de regulación de donaciones entre cónyuges, enraizado claramente con la interpretación justiniana de la clásica prohibición, se vea afectado por la nueva situación legal del Código Civil.

No alcanzo a ver cómo se puede involucrar la interpretación de los artículos 20 a 23 de la Compilación catalana con la nueva redacción del Código Civil, si no es porque éste, en giro de veleta, reconozca que o se expresó mal o se malinterpretó la prohibición de los artículos 1.334 y 1.335, se mantuvo una prohibición ahistórica a ultranza, fuera de su tradicional ámbito y contenido, lo que se ha corregido ahora con un giro de veleta. En vez de centrar la cuestión, se ha preferido fabricar una presunción muciana *sui generis* que le ha tocado «en suerte» al régimen de separación. Dará demasiado que hablar, pero esperemos poco que hacer si es reconducida y absorbida por una buena y sensata aplicación de la doctrina del fraude.

También creo que la reconducirá a su lugar el 1.324, si bien, aunque no son del caso, los problemas de coordinar el 1.442 con el 1.324 se plantean algo graves.

El problema que ve el autor no se podrá plantear en Cataluña, una vez que la prohibición de contratos entre cónyuges allí no son tales, ni

son reglas de capacidad, sino simples presunciones en beneficio de acreedores, y ello aunque el 20 habla de nulidad. Obsérvese que se trata de donaciones extracapitulares, lo que nos ubica fuera del ámbito del presente trabajo, y del trabajo que estamos criticando. No existe ninguna limitación para las donaciones capitulares en Cataluña concordantemente con el principio de aceptación de la sucesión contractual y de todo tipo de heredamientos.

2. Luego el autor refiriéndose al régimen de comunidad de gananciales en Cataluña y entre catalanes afirma que ha entrado en vigor el Código Civil (6).

Cierto que en la nueva sociedad de gananciales los cónyuges pueden contratar libremente, pero no ha de olvidarse que tal posibilidad no depende del régimen económico, era problema de capacidad, según parecía deducirse de la doctrina más rígida. Y aunque un catalán pactara régimen de gananciales, su capacidad no se veía afectada por él, salvo el supuesto más que discutible de renuncia a su propia ley personal expresa, o en el factible de asumir tales prohibiciones de Derecho común como prohibiciones capitulares, sin perjuicio de su más que dudosa aplicabilidad a terceros en Cataluña y en relaciones entre catalanes. Nunca hubo limitaciones directas para las donaciones catalanas o para los contratos capitulares entre cónyuges, excepto algunas especiales que no son del caso, de carácter fraudatorio.

3. Como consecuencia de su intento de aplicación, aun supletoria, de las presuntas normas imperativas del Código Civil tras la reforma, es a partir de ahí donde me parece que el autor, por expresar su personal *desideratum*, pierde el hilo de su bien trabado trabajo.

(6) No es claro que en el 52 de la Compilación catalana entre el Código Civil como derecho *per relationem*. Me remito a doctrina catalana y más versada infinitamente que yo en el Derecho del Principado. Este no dice sino que en régimen legal catalán de separación la sociedad de gananciales sólo es capitular, y que se regirá por lo pactado. En primer lugar, por el propio capítulo, y en su defecto, supletoriedad, por la sociedad de gananciales. Siempre el Código Civil suplió al pacto, nunca a la Compilación, que sólo da una norma permisiva. Tal permisividad hace que las normas imperativas de la sociedad de gananciales, como régimen legal común, pudieran ser tranquilamente obviadas por pacto en contra entre catalanes; en este caso, antes, como ahora, para los catalanes, la sociedad de gananciales es sólo capitular, y su interpretación y, en su caso, integración, es sólo capitular. Como tales, siendo catalanes, al capitular pueden evitar —en tesis del propio autor— las normas imperativas de la sociedad de gananciales, pareciendo que defiende que las pueden evitar porque sean catalanes; yo creo que no por vecindad, sino hoy por ser un régimen capitular para ellos. Si no lo hacen es porque el 52 de la Compilación catalana no es bilateralizable con el viejo 1.317; los catalanes sí podían y pueden decir que entre ellos habrá sociedad de gananciales sin más, en cuyo caso la sociedad de gananciales se aplica de conformidad con el 52 de la Compilación catalana, y así el correspondiente de este 52 catalán es el 1.435-2.º actual del Código Civil.

Menciona que se han introducido novedades enteramente novedosas en nuestro ordenamiento, cuya raíz constitucional podría, dice, inclinar a su supletoriedad, salvo particulares variaciones, y en espera de la revisión de las compilaciones que deberán adaptarse al nuevo régimen constitucional.

Ignoro a qué preceptos constitucionales puede hacer referencia. Desde luego, no a la disposición adicional primera: ... ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales... Se ha podido decir que la vigente Constitución es la más historicista de todas las españolas. El Derecho foral, de sobra es sabido, es un Derecho histórico, y como tal, muy poco propicio, por consuetudinario, a las modificaciones «novedosas». Tampoco he de insistir aquí en la importancia de la costumbre, aun contra ley, en algunos territorios históricos.

Sencillamente, el sistema normativo es distinto. Para el autor comentado debe de sonar a herejía todo el libro preliminar, título primero, de las fuentes del Derecho navarro, y el mismo título preliminar aragonés. Imposible le hubiera sido encontrar en Navarra y Aragón un elenco de prohibiciones capitulares y normas imperativas que imponen prohibiciones capitulares tan extensas como el que menciona.

Volviendo a la Constitución, y para corroborar el aserto de la disposición adicional primera, el 149, no se olvide nunca que en sede de competencias estatales exclusivas, atribuye al Estado la legislación civil, salvo el 149-1-8, es decir, las forales, donde no tiene tal competencia. Por ello, se hizo innecesario en la última reforma un artículo como los que se agregaron a modo de coletilla a la reforma de 1974 y las expresas declaraciones sobre la reforma de 1975, indicando que era una reforma del Código Civil nada más, por tanto, sólo del Derecho común. Prueba de ello es que el Gobierno ha ¿sugerido?, ¿ordenado?, ¿rogado?, la reforma de la aragonesa y balear, ¿haciendo renacer el viejo artículo 13 del primitivo Código Civil? No lo puede hacer Navarra, por ser territorio histórico de régimen especial constitucional; ni la euskalerría, por ser territorio histórico; ni en Cataluña, por la disposición adicional primera, el 149-1-8 de la Constitución, y al haber asumido en exclusiva dicha competencia, lo mismo que en Euskadi, la Comunidad Autónoma. La Constitución de ninguna manera, dado su carácter historicista, autoriza a hacer una tabla rasa generalizante, armonizadora y equiparadora en esta materia. Otros argumentos constitucionales, por sobra conocidos, dejamos de examinar.

La supletoriedad del 149-3, *in fine*, de la Constitución no puede traerse a colación de ninguna manera. Ni aun el famoso «en todo caso» del citado precepto nos puede servir para atraer al Derecho común el foral o para hacer que el «Derecho estatal» sea supletorio del foral.

Leído sin pasión el número 3.º del 149 de la Constitución, se ve, como se deduce también de los comentarios y precedentes, que el citado precepto no se refiere sino a lo que en sistemas federales se llama competencias residuales. Y resáltese que se regula dentro de la competencia exclusiva del Estado, y que precisamente las competencias residuales son atribuidas a las Comunidades Autónomas.

Esto ya de entrada nos saca del problema a Navarra, que no es Comunidad Autónoma, sino territorio foral de presente (al promulgarse la Constitución ya lo es y era), y quizá con argumentos también muy contundentes a euskalerría, adicional primera, derogatoria segunda, referida a las Leyes de 1839 y 1876, que permiten reconocer a euskalerría como territorio foral desde ya, uno *ictu*, con la aprobación constitucional e incluso con efecto retroactivo para su equiparación al territorio histórico navarro.

La inaplicabilidad a Cataluña con su Estatuto en la mano no requiere comentario alguno. Por otra parte, la referencia al Derecho estatal como supletorio «en todo caso» merece un comentario más detenido. La contraposición tradicional en nuestro Derecho, a lo largo de la larga y ardorosa polémica, ha sido siempre Derecho civil o Derecho común y derechos forales o especiales hoy. Introducir en la discusión como argumento la frase ambigua Derecho estatal, no hace sino que nos tengamos que referir a los puntos anteriores de la abigarrada redacción del propio artículo 149-3 de nuestro primer texto.

Obsérvese que en él no hay puntos y aparte; ello implica que los tres puntos seguidos en que se divide han de ser interpretados entre sí, sin imponer una ruptura de orden que hubiera exigido un punto y aparte u otro punto especial, que hubiera sido el cuarto dentro del 149. Obsérvense los tres puntos del 149-3:

1.º Materias no atribuidas al Estado...

2.º Competencias sobre materias no asumidas por los Estatutos..., en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas; «éstas» tiene gramaticalmente que referirse a las Comunidades Autónomas.

3.º Punto tercero o de cierre: supletoriedad del Derecho estatal. En cuanto no puede haber un vacío normativo, es propio de todo Estado, aun federal, la normativa de cierre que puede atribuirse o al Estado o a las Comunidades Autónomas, como en nuestro caso. Pero mientras las Comunidades Autónomas no legislen entra ahí el «en todo caso» del último punto, y también quizá en conflictos entre legislaciones interregionales en materias no forales.

Obsérvese el punto segundo en todo lo no asumido por las Comuni-

dades Autónomas en sus Estatutos; tiene preferencia exclusiva la norma estatal, salvo las materias de competencia exclusiva de los Estatutos, y esto es el Derecho foral, según la adicional primera y Estatutos vasco y catalán. El propio Estado, al regular la competencia exclusiva suya, se declara incompetente en Derecho foral; luego el punto a aplicar para la normativa foral no es el tercero, sino el segundo, del comentado 149. El tercero no es aplicable a una legislación civil foral, porque difícilmente el Derecho estatal puede ser supletorio en una materia en que la propia legislación estatal se declare incompetente. No es aplicable al Derecho foral el punto tercero del 149-3, que es y tiene su ámbito en la legislación estatal, no civil, donde no hay salvedad de incompetencia, única salvedad de incompetencia que aparece en el artículo 149, dedicado a competencias estatales exclusivas.

Además, los derechos forales son históricos y caben en la adicional primera, que se puede fundadamente defender, no aplicable solamente al régimen político administrativo del País Vasco y Navarra, sino extensible a todos los regímenes de los derechos históricos forales.

No admitido el anterior argumento, nunca se le llamó al Derecho civil, para contraponerlo al foral, Derecho estatal, pues estatal es también el foral, ya sea consuetudinario, como estatal de los antiguos reinos peninsulares (estatal, de vigencia continuada consuetudinaria, diría yo), ya sea de reciente formulación; y esto precisamente es lo que no puede hacer el Estado, de conformidad con el 149-1-8 de nuestro primer texto. ¿Cómo se le puede contraponer entonces el Derecho de las comunidades forales al civil estatal, ya que todavía no han legislado en materia foral? ¿O es que el civil devendrá supletorio del foral tan pronto vayan legislando sobre éste las Comunidades Autónomas, y sólo en aquello en que de nuevo legislen las Comunidades Autónomas? Extraña supletoriedad de futuro sería, que indicaría una coexistencia de las normas supletorias tradicionales de las compilaciones forales vigentes y del nuevo Derecho estatal —o lo sería también el antiguo— con relación a la nueva legislación foral de las Comunidades Autónomas. El embrollo no puede ser mayor, cualquiera que sea la interpretación, por muy restrictiva que se dé al «desarrollar» del 149-1-8. Por más lecturas que se hagan del 149-3, la interpretación está bastante clara. Sencillamente, el 149-3 no puede aplicarse, ya que es norma de futuro y de presente; no puede novar una situación de pasado perfectamente dibujada por la contraposición tradicional civil-foral del 149-1-8, que es escrupulosamente observada por la Constitución. Otra interpretación llevaría al absurdo de que el 149-8 estaría directamente contradicho por el 149-3, *in fine*.

Para esa supletoriedad de golpe que el autor reclama, se debería de haber usado el 150-3 de la Constitución. Y aun así podrán sacarse

argumentos de la propia constitución en contra, cierto que algo más débiles. Sería seguramente una arbitrariedad pensar que el carácter novedoso impone la aplicación general en una materia en que no se es competente para legislar. Interés general que nacería *ex novo* de la propia novedad de la reforma, como si los viejos regímenes económicos matrimoniales forales y la tradición y costumbre que los avalan e interpretan carecieran de instituciones para cubrir con creces la misma finalidad, como los usufructos universales, señorío mayor, derecho de viudedad aragonés expectante y una multiplicidad de instituciones navarras y soluciones catalanas..., ¿o es que la propia reforma ha creado la necesidad, antes y ahora inexistente, y nos vamos a creer y aceptar la existencia de una nueva necesidad inventada? ¿No será mejor interpretarlas como simples normas imperativas que admiten pacto en contrario sin obstáculo alguno en el propio régimen en el cual están creadas y ubicadas, Derecho común?

ARTICULOS 1.319-2 Y 1.320 Y LOS REGIMENES DE SEPARACION FORALES

Inmediatamente después, y por primera vez a lo largo de su artículo, el autor dedica un párrafo a la compatibilidad de los artículos 1.320 y 1.319-2 con los regímenes forales de separación de bienes, aunque parece referirlo sólo a los supletorios de separación y de comunidad que puedan regir en las regiones forales.

Tan rápida y sorprendente conclusión exige un examen mucho más matizado.

Aparte de las puntualizaciones constitucionales que anteriormente hemos intentado, y obsérvese que el Tribunal Supremo recientemente ha declarado el matiz claro constitucional y de aplicabilidad general del título preliminar del Código Civil, creo que debemos examinarlas en atención a distintas regiones y, en primer lugar, por aquélla en que ambos ejercemos.

1. El artículo 1.320 pulveriza, en parte, el artículo 4 de la Compilación balear aplicable a Mallorca, en cuanto que habla de bienes que le pertenecen privativamente, exigiendo la intervención, asentimiento o consentimiento, lo que sea, de un cónyuge no titular, ni siquiera en proindivisión, cosa absolutamente impensable en el régimen balear de separación de bienes.

El párrafo segundo del artículo 4 de la Compilación balear es suficientemente expresivo. No me atrevo a hacer una historia de la norma, para ello me remito a autores mallorquines más competentes que yo en

la materia; sí diré, sin embargo, que tanto énfasis en el párrafo segundo del artículo 4 no tiene más justificación que la defensiva de obtener la eliminación de la licencia marital que fue aplicada en la isla, como en Cataluña, y que rompía totalmente el esquema armónico de su régimen de separación usando unos argumentos de todos conocidos, referidos a la capacidad general de la mujer casada indiferentemente del régimen económico matrimonial. Tan inflexiblemente se interpretaron las normas de los primitivos 60 y 61, que se estimaron suponían cuestiones de capacidad, para cuyo complemento se exigiría la licencia marital indiferentemente del régimen económico; se dijo eran germen de un régimen económico primario, materia de orden público, etc..., y se desligaron de cualquier régimen económico matrimonial. El mismo intento parece repetirse ahora, pero ya de un modo más tecnificado. Ya no son los derechos y obligaciones entre marido y mujer, vieja sección IV, título IV, libro I, sino las disposiciones generales del régimen económico matrimonial al socaire de constituir un régimen económico matrimonial primario. Pero olvidan quienes así piensan que el artículo 13-1 del Código Civil solamente permite la aplicación del título IV del libro I, y las normas que se pretende aplicar supletoriamente se hallan en el título III del libro IV. Aun cuando esto no fuera suficiente, el propio 13-1 exceptiona las normas relativas al régimen económico matrimonial. La simple lectura comparativa del viejo 12, el nuevo 13-1 y el cambio de ubicación efectuado por las presuntas normas de régimen económico primario exonera más comentario para rechazar enérgicamente su aplicación al régimen foral. Ahora sí que las normas están en su auténtica *sedes materiae* más clara, donde siempre debieron estar, en el régimen económico matrimonial del Derecho civil común. Sin ninguna posible proyección a los derechos civiles forales (7).

(7) El artículo 4 de la Compilación balear no hace matización alguna; no podía ni debía hacerlo en un régimen de separación absoluta, pero de ahí a decir que el 1.320 puede entrar de tapadillo por la vía de una carga del matrimonio es decir demasiado. En ningún lugar del Código Civil se dice que el asentamiento sea una carga u obligación del matrimonio; cierto que dentro de algunos límites podría deducirse de las previsiones del 1.362-1.º Sí que es carga, sin embargo, el sostenimiento de la familia. En contra de lo que el autor comentado mantiene, MASSO bien leído no está diciendo lo que el autor le quiere hacer decir, sino que con evidente influencia de mi maestro LACRUZ está aludiendo a una serie de previsiones o gastos razonables, que dan lugar a la creación de una masa de bienes respecto de los cuales es difícil apreciar una propiedad privativa. Pero obsérvese que el autor recoge esta tesis criticando la desmesurada extensión de la presunción de comunidad del artículo 4 de la Compilación balear, inadmisibles en un régimen de separación. El autor está más o menos centrado en la interpretación de estos bienes y cargas y obligaciones dentro del concepto atenciones de la familia, desarrollando la virtualidad que encierra «contribuir» al sostenimiento en el art. 4 de la Compilación balear. Más o menos, está diciendo lo que ahora dice el 1.441 del Código

No hay posibilidad de introducir aquí, en nuestro régimen de separación, el 1.320 del Código Civil.

Tampoco la referencia a cargas del matrimonio lo permite hacer. Primero, porque el vocablo cargas del matrimonio no tiene por sí un sentido directo, sino referido a la relación jurídica en que está inmerso y siempre referente a algún poder, obligación, deuda o afección de bienes. El Código Civil mejora sensiblemente la regulación de las cargas del matrimonio y permite un tratamiento más correcto de las mismas, y es para los conceptos para los que debe de ser usado el Código Civil, pero ello no es porque sea supletorio. La Compilación balear no podía desplegar toda su virtualidad normativa por el reconocido encogimiento de sus autores. Los vientos que corrían hasta la Compilación aragonesa hacían vaticinar la desaparición de los derechos forales. El «por ahora» del viejo artículo 12, y el felizmente desaparecido viejo artículo 13, eran como una espada de Damocles sobre la cabeza del Derecho foral, y más concretamente para el Derecho balear, por la muy discutida interpretación del artículo 13 viejo del Código Civil. Por otra parte, la interpretación del viejo 12 hizo considerar meta última de las codificaciones balear y catalana desterrar la licencia marital, de ahí su énfasis en la no necesidad de licencia. Cualquier desarrollo del concepto cargas del matrimonio hubiera sido imposible, pues se les hubiera alegado a los compiladores que esto estaba suficientemente definido por el artículo 66 del Código Civil, que regulaba las necesidades ordinarias, y que como incluido en el título IV del libro I era de aplicación indiscriminada e inflexible en todo el Reino.

No se les dejaba opción a los compiladores para más, de ahí su encogimiento, la no definición de cargas del matrimonio e incluso, diría, la presunción de comunidad del artículo 4. Sólo podían mencionar el concepto cargas, y ya que se pensaba que las cargas no dependían del régimen económico, o más bien que se pensaba, se imponía por el viejo título IV del libro I del Código Civil, éste tendría suficiente virtualidad para por sí mismo determinar la solución de los problemas. Por ello entiendo que MASSOT trata el tema dentro de la desmesurada extensión del artículo 4, e indirectamente, dentro de las cargas del matrimonio.

La misma argumentación en Mallorca nos vale para el 1.319-2.º Se está subestimando por el autor comentado el párrafo 2.º del artículo 2 de la Compilación balear, que felizmente emerge triturando al viejo

Civil cuando sea imposible acreditar, y nada más posible de acreditar que la pertenencia de un inmueble.

Si es aplicable un régimen similar al 1.320 en Mallorca con relación a ciertos bienes muebles, no «los muebles» del 1.320, será por la presunción de comunidad del artículo 4, tan criticada en Mallorca.

artículo 13 del Código Civil, ya que si hay una doctrina basada que pueda ser aplicable para los casos del asentamiento, que al autor preocupa, quizá no tanto en las leyes, pero sí en la costumbre balear, que permite interpretar e integrar el artículo 4, párrafo 1.º, de nuestra Compilación (8).

El hecho, como ya digo, de que la Compilación no hable sino de cargas del matrimonio, no hace lógico acudir sin más a las normas del Código Civil con un criterio harto simplista excesivamente generalizador, constitucionalmente inadmisibles y consuetudinariamente innecesario. No sé cómo ni por qué el autor sentencia tan fácilmente la aplicación supletoria a Ibiza y Formentera del 1.320 del Código Civil; gustaría escuchar sus razones (9).

Por otra parte, a mayor abundamiento, el artículo 3, *a sensu contrario*, podría ser traído a colación, porque si en Baleares la dote nunca es obligatoria, significa que las normas sobre la dote, las clásicas romanas *ad sustinendam onera matrimonii*, permitirían acudir para establecer el régimen de atención de cargas del matrimonio antes al régimen de la dote que al nuevo régimen establecido por el Código Civil.

Excluida la supletoriedad del 1.320, un pacto capitular en el que se le faculte a un cónyuge para disponer expresamente de la vivienda habitual, se ha de interpretar capitularmente y no como poder. Pacto innecesario entre mallorquines y perfectamente posible si los nuevos capitulantes son personas sujetas antes a Derecho común que han ganado la vecindad civil balear aun cuando su régimen económico siguiera siendo el de la sociedad legal de gananciales, porque ni siquiera es capitularmente imperativo en el Código Civil.

En este caso, su nueva ley civil, que les permitirá pura y sencillamente excluir la sociedad legal de gananciales, por mayor razón, aun sin excluirla, les permitirá «pasar» del 1.320.

(8) El autor comentado, Notario rural, como yo, sabe que el asentamiento o domicilio común de los esposos mallorquines suele ser adquirido por éstos en régimen de proindivisión, en el supuesto de que haya sido ganado por ambos, por lo cual la pura, tradicional y romana teoría del proindiviso garantiza mucho más al cónyuge mallorquín que el artículo 1.320. Porque con base en el artículo 4 y la costumbre balear, no se precisará un asentimiento del otro cónyuge, sino un puro consentimiento en el supuesto del ciento por ciento de los casos de que la vivienda haya sido adquirida con caudal ganado de consuno en régimen de separación. Si así no fuere, la costumbre balear inveterada de régimen secular de separación de bienes absoluta permite, con base en el párrafo 2.º del artículo 2, interpretar que los cónyuges de condición civil balear están «pasando» pura y simplemente de cualquier limitación impuesta al otro cónyuge y, por consecuencia, del 1.320, que ni se siente ni se necesita.

(9) Si el artículo 66 de la compilación balear remite libremente a los capítulos, y supletoriamente al régimen de separación, no hay por qué prescindir de las facultades de integración de cada régimen tipo. El 66, el 3 y el 2 de la Compilación balear así lo imponen.

Y no digamos ya de un simple poder, que será perfectamente posible si alegan su nueva vecindad civil balear.

Para Cataluña, el régimen derivado de una interpretación conjunta de los artículos 7, 20, 23, 49, 50 y 51, nos lleva a la imposibilidad de aplicar los 1.319-2.º y 1.320 del Código Civil. No cabe resquicio alguno. De no ser suficiente, se puede acudir, como en Baleares, por el 2-2 de la Compilación catalana, a la tradición jurídica catalana. Tanto en Cataluña como en Baleares es común sentir popular, casi como derecho consuetudinario, la compra por mitad proindiviso de la vivienda familiar, y aunque no exista legalmente en Baleares la compra con pacto de sobrevivencia, así se atiende por pacto sucesorio en Cataluña a la finalidad del 1.320, y en Baleares por derecho consuetudinario, una vez que el pacto sucesorio se admite, pero no se desarrolla.

Sin embargo, no creo que hubiera obstáculo en admitir en capítulos, en Baleares, un pacto similar, o no capitular, en documento público, por sus connotaciones sucesorias (10).

No obstante, el «mediante» del artículo 6 de la Compilación balear es obstáculo casi insalvable. Es una lástima que el concepto contrato sucesorio se usare en Baleares sólo para aclarar la naturaleza de la donación universal, olvidando que el acudir a su clásica regulación hubiera permitido llenar algunas evidentes dificultades de la donación universal.

La Compilación balear se asoma muy tímidamente a los contratos sucesorios. Quizá sea la influencia romana o el peso de losa de la prohibición del Código Civil, pero es lo cierto que muestra temor ante ellos. Inversamente al tiempo de la promulgación de las compilaciones aparece la admisión de la sucesión contractual; casi nula en Vizcaya; a través de capitulaciones y donaciones *mortis causa* en el Derecho catalán, con la fuerte limitación del 97-2.º, el temor al contrato sucesorio subyace en el 6 de la Compilación balear, y las críticas conocidas que levantó, basadas en el ambiente contrario a la sucesión contractual; la conocida porfía del artículo 99 aragonés, que mantúvose merced a la cerrada defensa que de él hizo brillantemente conocido autor aragonés, para finalmente llegar a la libertad total y absoluta de contrato sucesorio que campea hoy en la legislación navarra, Ley 172. Mal porvenir le auguro al 1.271 del Código Civil.

Sin embargo, en una capitulación matrimonial mallorquina sí valdría un pacto semejante al catalán de sobrevivencia, incluso de eficacia re-

(10) La doctrina mallorquina consultada refiere el pacto sucesorio a la donación universal, pero ningún precepto dice, y así se interpreta, que haya de referirse a todos los bienes. Quizá influida por la falta de tradición de sucesión pactada, quizá por el carácter necesario de institución de heredero, la doctrina mallorquina no ha insistido, por lo poco que de ella sé, en este punto.

troactiva para bienes antes adquiridos, pues ninguna prohibición hay para ello y menos para los futuros. Al menos, estaríamos ante una donación universal capitular, y haciendo uso conveniente de los bienes reservados (arts. 8-9) podríamos llegar sin dificultad a una sucesión universal contractual con una libertad de pactos sucesorios (art. 13-1).

Ni para Cataluña ni para Baleares es aplicable el 1.320.

Pretender aplicar el 1.320 como imperativo en Aragón iría frontalmente en contra del *standum est chartae* del artículo 3. También del 23-1, «sin otras limitaciones que las que resulten preceptuadas en *esta* Compilación», y del 25-1.

Y respecto del 1.319 baste decir que toda la regulación de las cargas del matrimonio están influenciadas por la Compilación aragonesa (artículos 41, 44, 46 y 47). ¿Dónde dejan hueco para el 1.319?

El régimen de viudedad expectante hace inútil el 1.320 para los bienes privativos del otro cónyuge. La viudedad universal hace innecesario el 1.320, como lo hace el pacto catalán de sobrevivencia y una multiplicidad de pactos consuetudinarios catalanes y aragoneses.

Para Navarra ya es imposible hablar del Código Civil en la materia que éste haya innovado. El artículo 149-1-8 y la disposición adicional 1.^a de la Constitución; la ley 6.^a, específicamente confirmada por la Constitución en su interpretación navarrista, frente a la interpretación restrictiva de autores de Derecho común, huelga más comentario.

Las Leyes 80, 85, 103 y 8 parten de unos condicionamientos y bases tan diferentes del Código Civil, que hacen inútil mayor detenimiento e inaplicables cualesquiera conclusiones del autor comentado. Podríamos decir que allí en capitulaciones, en poderes o como sea, en acto indubitado, como en las legítimas, todo está permitido.

2. La supletoriedad formal que el autor reclama para el 1.320 puede ser bien venida, siempre que sea supletoriedad bien entendida. Pero que no acuda indirectamente el autor al viejo artículo 13 para Baleares. Su supletoriedad implica su inaplicación, pues el problema de la supletoriedad de las disposiciones generales significa aplicación subsidiaria de una norma de diferente ordenamiento para cubrir un vacío; vacío entendido en dos formas concurrentes:

1. Vacío legal.
2. Vacío necesario.

El primero no existe si otras normas atribuyen al mismo supuesto distinta solución. Aunque no se hable directamente de la vivienda habitual. Pues de otra manera, la generalidad de cualquier régimen económico o su tipología completa será rápidamente vulnerada por casos espe-

ciales en él no previstos *expresim*, pero sí por los principios base de cada régimen.

Lo segundo hace referencia a la necesidad. Que una nueva necesidad legal haga sentir un vacío normativo, y que tal precisión se aprecie normalmente en ámbito de Derecho común y de foral, como sucedió, por ejemplo, en el caso de la Propiedad Horizontal, en su día. Pero en materia de régimen económico matrimonial, familiar y sucesorio, será difícilísimo que un Código Civil bien conectado con la tradición histórica que debiera servirle de base, se imponga sobre unas legislaciones forales muy historicistas y consuetudinarias en la materia tratada y quizá más avanzadas que el Código Civil, y bajo un régimen constitucional que consagra el pluralismo en nuestra legislación civil.

Ni una sola de las disposiciones generales de los artículos 1.315 a 1.324 dejan de tener sus precedentes, a veces casi copiados en las legislaciones forales. El novedoso 1.320, no parece tanto si se lee el 72-1 aragonés en cuanto a la finalidad cubierta; el 1.319 tiene clara influencia aragonesa, y ¿qué decir del 1.321 frente a las ventajas forales?

A todos nos gustaría que el apreciado compañero de Felanitx explicara los motivos que tiene para mantener la supletoriedad en Derecho foral de las normas de las disposiciones generales en la actual reforma.

No parece necesario detenernos más en su aserto de estar contenido el 1.317 en el 6-2 del Código Civil. Al 6-2 del Código Civil no se le puede sacar de la teoría tradicional de la renuncia de las leyes. Aunque así fuere y el pacto prohibido por el 1.317 pudiera reconducirse hoy a una exclusión de la ley, no debe olvidarse que un conflicto interregional no da lugar al orden público. No es de orden público que unas normas imperativas construidas por un sistema legal peninsular no se apliquen cuando los sujetos a las primeras hayan cambiado su vecindad o presenten puntos de conexión en cada relación jurídica que aconsejen aplicar la nueva normativa y no mantener la antigua. El conflicto entre los imperativos de un régimen económico matrimonial y las normas imperativas o totalmente permisivas de otro igualmente peninsular, se ha de solucionar ponderando: la mutabilidad de régimen económico matrimonial.

— La mutabilidad de los nuevos puntos de conexión de cada relación jurídica según la clase, no petrificándolos.

— La inexistencia dentro del Reino de orden público interregional.

Prefiero acudir a estos tres criterios a no hacerlo al teritorial, dados los 16-2, 11-1 y 10, considerando, no obstante, el territorial como nuevo punto de conexión si va unido a la nueva vecindad civil de aquel territorio; pero parece preferible acudir a los puntos de conexión.

3. Respecto a la pretendida anticonstitucionalidad de algunas normas (arts. 41, 42, 43 y 44 de la Compilación balear y 53 de la misma), no es tan diáfana como pueda parecer, porque, desde luego, no vale ni para el Derecho ni para un jurista el sistema simplista de pasar la goma borrando legítimo tras la referencia a hijo. El concepto constitucional discriminación exige una cuidadosa matización (cuando la relación presuntamente discriminatoria tenga lugar entre los sujetos declarados constitucionalmente iguales ante la ley) frente al sujeto de que nace su relación, y por vía de este punto de conexión se relacione con otros intereses igualmente protegidos por la Constitución y, sobre todo, en los supuestos de concurrencias múltiples a través de un sujeto que genera la igualdad de aquellos cuya discriminación se reclama (padre, como generante de la igualdad de filiación de los distintos hijos matrimoniales y extramatrimoniales).

Me parece clarísimo, con la Constitución en la mano, que la solución debe ser casuista, territorio por territorio, dentro de los diversos del Reino, e institución por institución. Piénsese que una aplicación indiscriminada de la anticonstitucionalidad, tal y como pretende el citado trabajo, pondría en inminente peligro de hundimiento el régimen de troncalidad, las previsiones diversas en cada región para las segundas nupcias y algunas otras. Que tal pretenda hacer una Constitución marcadamente historicista es, cuando menos, descabellado y, cuando más, absurdo. Sólo un examen detallado de cada Derecho foral y de cada institución foral frente al ordenamiento constitucional, ponderando caso por caso e institución por institución los puntos de conexión de los diversos valores históricos, familiares, consuetudinarios y de todo orden (piénsese que también claramente protegidos constitucionalmente, y defendidos en mayor o menor intensidad histórico-consuetudinaria por la norma estudiada), puede permitir aseverar su anticonstitucionalidad. Y ésta será muy difícil de demostrar con unas normas igualitaristas abstractas, cuyo último ejercicio dependerá de las leyes (art. 53 de la Constitución) en materia sobre la que el Estado no tiene competencia por haberla asumido las respectivas Comunidades Autónomas, o considerarse constitucionalmente que nunca la han perdido los territorios históricos forales. La discusión y sucesivos cambios de la disposición adicional primera son suficientemente esclarecedores.

Es de esperar que las comisiones que se constituyan no caigan en el criterio simplista de borrar en instituciones consuetudinarias la palabra legítimos tras la referencia a hijos, o considerar obsoletas sin más insti-

tuciones plenamente arraigadas en el sentir y la práctica de muchas regiones forales, que defienden intereses constitucionalmente respaldados.

Noviembre 1981.

MARTÍN ANTONIO QUÍLEZ ESTREMER
Notario de Manacor

NOTA FINAL.—En fase de publicación del presente trabajo ha aparecido alguno que incide en el objeto tratado. Así, el de GIMÉNEZ DUART, en la *Rev. Jur. Cataluña*, 1982-I, en el que matiza la aplicabilidad del artículo 1.320 a Cataluña. Parece conectarlo con la vecindad civil, lo que le lleva a aplicarlo siempre a los sujetos a Derecho común, aunque por pacto o vecindad estén casados en régimen de Derecho foral. Ya es algo más restrictiva que la tesis del autor comentado en este trabajo. Centra bien el problema en el artículo 14 del Código Civil, pero luego de tratar el problema del tráfico inmobiliario y la dualidad de concepto régimen económico matrimonial-relaciones patrimoniales, llega a una conclusión acertada, pero, a mi entender, corta de alcance: centra la aplicabilidad en la vecindad civil, aunque no sea la misma que el régimen económico matrimonial: solución territorializante potenciando la vis atractiva de la vecindad. Con esa finalidad sería mejor usar por analogía el artículo 16, 2, del Código Civil, reforzado por la propia estructura del 1.320, que no parece de orden público; aún más inaplicable parece el 1.320 cuando los sujetos al Derecho común por pacto estén casados en régimen de Derecho foral.

1. El 1.320 debe ser reconducido al régimen de la sociedad legal de gananciales. En el fondo de las opiniones comentadas subyace la aplicabilidad general a todo régimen del Código Civil de llamado régimen económico matrimonial primario, lo que no está ni mucho menos claro (así, VÁZQUEZ IRUZUBIETA).

Para la pretendida constitucionalización del 1.328 no debe alegarse la Constitución Federal alemana ni la italiana. Ninguna de ellas conocen una partición para la protección familiar semejante a la de los artículos 32 y 39 de nuestra Constitución. División que tiene su importancia en el artículo 53. El primero está sujeto al 53, 1, y el segundo —39—, al 53, 3; no debe de obviarse, y es previo a las doctrinales citas de la Constitución alemana. No se puede olvidar el 53, tachándolo de infortunado o inútil. La ley alemana de equiparación tradujo la igualdad de los cónyuges alemanes. Lo mismo nuestra reforma: pero ésta venía condicionada por el principio de libertad civil y por el artículo 1, 1, que enumera la libertad como valor superior primero, de ahí el subjuntivo del 1.328 —corresponda—.

2. Por otra parte, dejar reducido el 1.320 al régimen legal de gananciales no supone ningún desconocimiento de su finalidad, ni atentado alguno a la moral social. En régimen de participación, porque al ser capitular la libertad prevalece siempre. En caso de la opción del 1.395, porque sólo hay liquidación según las reglas de participación, pasando a regir el de separación.

En régimen de separación, porque los 1.438-1.439 son suficientemente protectores, y por si fuera poco está el 1.441. Aquí, además, sí puede alegarse que la obligación esencial familiar es la convivencia —68 del Código Civil—, y cualquier acto de disposición abusivo que la ponga en peligro implicará incumplimiento, que puede hacer efectivo el 1.318, 2, con la gran amplitud que éste tiene: claro que no habrá protección frente al adquirente de buena fe, pero esto es lo propio que impone el 1.320, 2.

Tampoco se ha de traer a colación la construcción alemana de la protección del hogar familiar: en dicho Derecho los parágrafos 1.365, 1, y 1.395, 1, daban a los Tribunales base suficiente para extender tal protección en régimen de participación cuando uno de los cónyuges hubiera enajenado la totalidad de su patrimonio —sein Vermögen in ganzem (1.395, 1)—, y con esta base, cuando ello sucedía a través del 1.365, 2, y los 1.366-1.368, los Tribunales anulaban tales actos, muy

próximos al fraude. La progresiva ampliación de tal tendencia se ve clara desde el trabajo de DÖLLE (*Revue Internationale Droit Conyore*, 1955, I-II, págs. 610-613) hasta los colosales comentarios del *Münchener Kommentar Familien Recht*, 1978. Faltando en nuestro Derecho una base similar, idénticos efectos pueden lograrse con el binomio 66-1.318, 2, del Código Civil, sin meter en sistemas separatistas el injerto del 1.320.

Por otra parte, una interpretación germanizante de nuestra reforma será muy poco más que docta. La protección del hogar familiar. Constitucionalmente, las situaciones no son comparables por la existencia de los derechos forales.

Pero además, el sistema de protección es diferente.

3. Es mucho más clara la influencia italiana que la alemana en nuestra reforma.

La protección del asentamiento se hace con criterios y medios propios de Derecho privado.

Para el caso de fallecimiento, como aventaja, en todo régimen actúa el 1.321 del Código Civil.

En régimen no capitular de gananciales, el 1.320; en todo régimen de gananciales, capitular o no, el 1.406. La coordinación 1.321-1.406 protege al viudo o ex cónyuge suficientemente.

Para los regímenes separatistas nada hay similar al 1.406. ¿Quizá en ellos no se siente la necesidad de proteger el hogar? Al contrario, probablemente más que en régimen de comunidad. Pero la solución es diversa: no es el 1.320, sino 1.438-1.439 y el párrafo segundo del 1.318. En ellos, *inter vivos*, la protección la da la obligación de atender a las cargas (carga en régimen separatista = necesidad).

El 1.320 no debe de ser tampoco constitucionalizado ni interpretado, ensalzando su finalidad. Opera en la sociedad legal de gananciales: parece una norma de relaciones patrimoniales no oponible salvo si se menciona expresamente el régimen económico matrimonial del disponente cuando deba de actuar fuera del ámbito territorial de derecho común; se enerva capitularmente y por simple separación consensual de hecho, así como por liquidación de la sociedad conyugal, pasando a un régimen separatista, o adoptando sencillamente un régimen económico matrimonial foral, se esté o no sometido por vecindad nueva a derecho foral.

Las anteriores conclusiones se derivan de una interpretación puramente privatista del derecho al asentamiento en la línea que magníficamente marca UMBERTO BRECCIA (*Il diritto all'abitazione*, 1980). Y olvidando interpretaciones germanizadas sobre textos derogados, conocidos pero que no influye, son en el legislador cuando causa asombro la similitud con textos italianos para gananciales y separación y franceses para participación.