

Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores

SUMARIO: *Introducción.*—I. *El cambio de régimen mediante capitulaciones y derechos de los acreedores:* A. Publicidad de las modificaciones: 1. Publicidad registral: a) Registro de la Propiedad; b) Registro Mercantil; c) Registro Civil.—2. Prevención notarial.—B. Irretroactividad de las modificaciones.—C. Conclusiones críticas.—II. *La liquidación de la sociedad de gananciales y los acreedores:* A. Responsabilidad del patrimonio ganancial.—B. Preferencia de los acreedores: 1. Entre acreedores de la masa común y particulares de los cónyuges.—2. Entre acreedores sociales y los cónyuges por los créditos que éstos tengan contra la masa por reintegros e indemnizaciones.—C. Otros derechos de los acreedores.—D. En especial, los acreedores particulares de los cónyuges. Renuncia de gananciales.—III. *El régimen de separación y los acreedores:* A. El régimen primario y los terceros: 1. Responsabilidad de los cónyuges por deudas contraídas para atender las cargas del matrimonio: a) Delimitación de las cargas; b) Extensión de la responsabilidad por cargas.—2. Afección de ciertos bienes al interés familiar. La vivienda habitual.—B. El principio de autonomía y libertad de los cónyuges y protección de los acreedores: a) Supuesto del cónyuge comerciante; b) Normas de protección de acreedores en régimen de separación. Análisis del artículo 1.441 del Código Civil; c) Normas generales de protección de los acreedores.—IV. *Conclusiones.*

INTRODUCCION

El objeto de este trabajo es el estudio de los problemas que se plantean en relación con los acreedores de los cónyuges cuando éstos cambian el régimen de gananciales por el de separación de bienes.

La elección del tema surge de la preocupación suscitada por el incremento que, a partir de 1975, se produce de pactos capitulares con el

único fin de poner a cubierto el patrimonio común y el del cónyuge comerciante o dedicado a una actividad arriesgada desde el punto de vista económico (1).

Por otra parte, el análisis de la regulación que la reforma de 1981 hace tanto de las capitulaciones como del mismo régimen de separación de bienes, no resulta muy optimista de cara a los acreedores, pues los mecanismos que el legislador les ofrece, más obsesionado por los principios de igualdad y libertad de los cónyuges, resultan, a mi juicio, débiles para luchar contra el fraude.

Y es que el matrimonio, por la confianza intensa y la confluencia de intereses que crea entre los cónyuges, ofrece un campo muy propicio para todo tipo de confabulaciones entre esposos. Hay que reconocer, no obstante, que en ocasiones los pactos capitulares tienen una finalidad lícita, como, por ejemplo, la de proteger el patrimonio de un cónyuge (generalmente el de la mujer) y lograr que sus bienes originariamente privativos, pero que por causa de enajenaciones posteriores quedaron confundidos con la masa ganancial al no poder probarse el carácter del dinero invertido, vuelvan justamente al patrimonio de donde salieron.

Pero hecha esta salvedad, y por supuesto la de aquellos casos en los que las capitulaciones se otorgan para resolver los problemas reales que plantea una separación personal, cuando el matrimonio hace crisis, hay que hacer constar que se observa en los despachos profesionales un crecimiento cada vez mayor del número de matrimonios con tendencia a cambiar el régimen económico matrimonial con la única finalidad de preparar todo un plan minucioso de trasvases patrimoniales, aligerando lo más posible el patrimonio del cónyuge especialmente responsable.

Existe en este campo una cierta laxitud en la conciencia social, que

(1) La Ley de 2 de mayo de 1975, que modificó diversos artículos del Código Civil, dio entrada a los capítulos postnupciales y, por tanto, a la posibilidad del cambio pactado de régimen durante el matrimonio.

La citada ley dio también nueva redacción a algunos artículos del Código de Comercio, y concretamente al artículo 6, en el que se articula cierta limitación de responsabilidad, en cuanto ésta incide sobre los bienes gananciales, ya que entonces se extiende solamente a los que constituyen el patrimonio mercantil y subrogados, en los casos y forma que luego veremos. De este modo, el legislador ha dado un paso adelante hacia la configuración de la empresa individual con responsabilidad limitada, si bien haya que señalar las características especiales que confluyen en el supuesto de aquel precepto, en el que se trata de coordinar el juego de responsabilidades en un régimen de comunidad, en donde coexisten diversos patrimonios. Desde otro punto de vista, hay que reconocer que las dificultades existentes para frenar el efecto atractivo de la presunción de gananciales, formulada hoy en el artículo 1.361 del Código Civil, y también para determinar los bienes procedentes de las resultas del comercio, así como las consecuencias del juego de los consentimientos presuntos de los artículos 7 y 8 del Código de Comercio, restan importancia a aquella limitación inicial.

alcanza incluso, a veces, a los mismos profesionales del derecho en cuanto consejeros o asesores, en el sentido de considerar con cierta benevolencia que todas las medidas destinadas a conservar el patrimonio del cónyuge, poniéndolo a buen recaudo, son naturales y hasta «posibles» dentro del marco general del Derecho.

Y no son suficientemente disuasorios los argumentos de que el cambio no surtirá efectos respecto a acreedores anteriores, ni el de que las consecuencias pueden ser muy graves para el cónyuge dedicado a los trabajos del hogar, sobre todo si se trata de personas jóvenes, e incluso también para el cónyuge que se pretende favorecer respecto de sus acreedores si el otro cónyuge fallece, con las graves consecuencias que se derivan no sólo fiscales, sino también sucesorias (2).

La Exposición de Motivos del Proyecto de 1981 enviado al Congreso destaca como aspectos económicos y sociales de relieve, en primer lugar, la libertad de los cónyuges para celebrar entre sí cualquier contrato, y además la consideración prioritaria de la seguridad del tráfico y los derechos de los terceros, pero no se refiere a esos medios a través de los cuales se hace patente la protección anunciada, tal como lo hacía la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975.

Se pretende analizar ahora el sistema actual de defensa de los acreedores y comprobar si se logran o no los propósitos que el legislador anunciaba en la Exposición de Motivos referida. Para ello, y teniendo en cuenta que al régimen de separación sobrevenido se llega a través de capitulaciones, por exigencia del artículo 1.325 del Código Civil; que conlleva normalmente la liquidación de la sociedad de gananciales existente, y que en este proceso, los cónyuges pueden ya iniciar una serie de medidas con decidida finalidad fraudulenta, se hará el estudio de las siguientes fases: 1) El cambio de régimen de gananciales por el de separación mediante capítulos, 2) la liquidación de la sociedad de gananciales y 3) el propio régimen de separación; todo ello en relación con los derechos de los acreedores.

(2) La tendencia a pactar la separación de bienes se ha extendido tanto, que incluso se observan casos en los que la única finalidad perseguida es conseguir un pretendido ahorro fiscal.

En este punto parece oportuno decir que el legislador, tan preocupado por el principio de igualdad y libertad de los cónyuges, no obstante descuidar, a mi juicio, y como luego veremos, los derechos de los acreedores, no se ha olvidado, sin embargo, del acreedor Fisco, ya que al regular los nuevos Impuestos sobre el Patrimonio y sobre la Renta de las Personas Físicas, considera a los esposos solidariamente responsables, y les sujeta a un sistema de acumulación de rentas e incrementos, al margen del régimen de bienes, desconociendo aquellas autonomía y libertad que pretende proclamar en la reforma de 1981.

I. EL CAMBIO DE REGIMEN MEDIANTE CAPITULACIONES Y DERECHOS DE LOS ACREEDORES

El legislador no ha querido poner ningún límite a la libertad de cambiar el régimen de bienes durante el matrimonio. Y así, con carácter general, el artículo 1.325 del Código Civil establece que «En capitulaciones podrán los otorgantes... sustituir el régimen económico de su matrimonio...» (3). Y concretamente el artículo 1.435 dispone que «Existirá entre los cónyuges separación de bienes: 1.º Cuando así lo hubieran convenido» (4).

La admisión del cambio de régimen por mutuo acuerdo sin más límites ni control que el registral y notarial que luego se analizan, merece una consideración crítica negativa. Por eso, aunque la doctrina recibió con alegría la reforma de 1975 que suprimió el sistema de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, pues se introducía un remedio justo y útil para resolver los problemas económicos de matrimonios separados de hecho, no se manifestó satisfactoria por el modo de desarrollarse la regulación, que, prácticamente y en cuanto a seguridades y garantías para tercero era la misma que cuando la alteración del régimen sólo era posible antes del matrimonio (5). Y algún autor (6) echaba de menos un sistema más restrictivo y la exigencia de garantías más intensas, para evitar los posibles perjuicios a acreedores y legitimarios, como la homologación judicial o el transcurso de un mínimo de tiempo para poder modificar el régimen, tal como lo hacen otras legislaciones (7).

(3) La Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975 justificaba la introducción de la regla de la mutabilidad, señalando que es precisamente «la que está vigente en grandes zonas de nuestro país, pues, casi sin excepción, es tradicional en los territorios de Derecho foral, sin que no sólo no haya planteado graves problemas, sino que, por el contrario, ha servido de cauce para resolverlos pacíficamente...».

(4) El artículo 1.393 regula los casos de extinción de la sociedad de gananciales por decisión judicial y a petición de uno de los cónyuges, cuando se dé alguna de las causas que enumera. Además, en los casos de separación personal, la sentencia firme producirá la disolución del régimen económico matrimonial (art. 95 del Código Civil) y, consecuentemente, la sujeción al régimen de separación (art. 1.435, 3.º, del Código Civil). En estos casos, el cambio estará motivado y se produce la garantía de la intervención u homologación judicial.

(5) En este sentido, CÁMARA, en *Estudios de Derecho Mercantil*, tomo I, especialmente pág. 94, nota 72.

(6) Así, GARRIDO PALMA, en «Capitulaciones matrimoniales», *Boletín Colegio de Granada*, suplemento extraordinario 1976, pág. 98. LETE DEL RÍO y J. A. ALVAREZ CAPEROCHIPI, en «Notas sobre mutabilidad del régimen económico matrimonial en el Derecho común», *Revista Derecho Privado*, 1977, pág. 166. DE LOS MOZOS, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVIII, pág. 63.

(7) En el Derecho italiano, el artículo 162, párrafo tercero, del Código Civil

Analicemos ahora concretamente las medidas de protección a tercero que adopta la reforma de 1981, las cuales coinciden sustancialmente, como se ha dicho, con las de la reforma de 1975, la cual organizaba la protección a través de dos coordenadas fundamentales: «el establecimiento de un régimen de publicidad» y la «relatividad e irretroactividad de los pactos de modificación» (8).

A. PUBLICIDAD DE LAS MODIFICACIONES

El régimen actual de publicidad es sustancialmente el mismo que el anterior a la reforma de 1975, es decir, que cuando regía el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial (9). Y se desarrolla en una serie de preceptos desconectados y procedentes de distintos ámbitos legislativos, como luego veremos.

dispone que después de la celebración del matrimonio pueden ser modificadas las capitulaciones matrimoniales solamente previa autorización del Juez, y el artículo 164 establece el derecho de los terceros para probar la simulación de convenciones matrimoniales. En Francia, se exige un plazo mínimo de dos años para modificar el régimen y el requisito de la homologación judicial, a la cual se podrán oponer los terceros si la mutación ha tenido lugar en fraude de sus derechos (artículo 1.397 del Código Civil).

La exigencia de la intervención judicial se da también en otros países, como Grecia, Dinamarca, Holanda, Suiza. Para un análisis comparativo, ver la obra de SIMO SANTONJA: *Capacidad y regímenes matrimoniales de extranjeros*, Editorial Tecnos, 1970, en especial págs. 263, 273, 282, 288, 346.

(8) La Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975 declaraba que la modificación del régimen económico del matrimonio exige una especial protección de los intereses generales y de los intereses de terceros. «Esta protección se ha organizado a través de dos fundamentales coordenadas. La primera, consistente en el establecimiento de un régimen de publicidad. Las alteraciones de los capítulos y del régimen económico conyugal y sus modificaciones son objeto de publicidad a través del Registro Civil.» La publicidad registral se produce, además, a través del Registro de la Propiedad, si se trata de bienes inmuebles. Una regla complementaria del sistema de publicidad es la de que la existencia de pactos modificativos ha de indicarse mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, haciéndola constar el Notario en las copias que expida. La segunda medida de salvaguarda o garantía es «tan natural que no requiere ningún comentario. Consiste en la relatividad o irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal, que en ningún caso perjudicarán los derechos ya adquiridos por terceros».

(9) El antiguo artículo 1.322 subordinaba la eficacia de la modificación respecto de tercero a que en el Protocolo el Notario hiciese constar las alteraciones, y que se inscribiesen en el Registro de la Propiedad, si el primitivo contrato era inscribible. Pero el artículo 77 de la Ley del Registro Civil, cuyo contenido sigue vigente, completó aquella publicidad. Respecto del comerciante, la publicidad regulada por el viejo Código de Comercio, con una pequeña modificación del artículo 21, 9.º, en 1975, es la actualmente vigente.

Este sistema había sido calificado ya de rudimentario por CASTÁN: *Derecho civil español*, tomo V, edición 1960, pág. 234.

1. *Publicidad registral*

La norma básica en este punto viene dada por el artículo 1.333, al disponer que se hará *mención* en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, de las capitulaciones y pactos modificativos, y si afecta a inmuebles se *tomará razón* en el de la Propiedad. A este precepto hay que añadir para el caso del comerciante las normas respectivas del Código de Comercio y del Reglamento del Registro Mercantil.

Por tanto, la publicidad *registral* se realiza a través de la actuación combinada y compleja de tres Registros diferentes en su organización y alcance:

a) *Registro de la Propiedad*.—El artículo 1.333 dispone que si las modificaciones afectaren a inmuebles «se tomará razón en el Registro de la Propiedad en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria». La doctrina suele considerar que este tipo de Registro no es apto para publicar el régimen económico matrimonial (10), y hay que reconocer que, en efecto, sólo las modificaciones de las que resulte algún cambio de titularidad de bienes o derechos inscritos a favor de alguno de los cónyuges o de ambos, serán inscribibles, lo que sucederá normalmente en el caso de separación de bienes sobrevenida.

Desde otro punto de vista hay que señalar que su eficacia se limita al tercero hipotecario, pero no ampara al que se relaciona obligacionalmente con algún cónyuge (11).

No obstante, preciso es reconocer que este Registro, dentro de su limitado ámbito, es el que ofrece mayor seguridad tanto por su organización como por la costumbre bastante arraigada de consultarlo cuando se pretende la adquisición de algún derecho sobre bienes inmuebles. Además hay que tener en cuenta que el Registro de la Propiedad no se establece como básico, sino como un complemento lógico de la publicidad, cuando algún cambio cae dentro de su influencia.

b) *Registro Mercantil*.—El Código de Comercio regula esta materia en los artículos 21-9.º, 27 y 28. Y el Reglamento del Registro Mercantil en los artículos 76-7.º, y 78 a 81.

El artículo 21-9.º del Código de Comercio reformado en 1975 establece que se anotarán en la hoja de cada comerciante: «Las capitulaciones matrimoniales, así como, en su caso, las escrituras dotales y los

(10) Ver LACRUZ en su *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, página 259.

(11) Ver ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, tomo IV, pág. 7.

SANZ FERNÁNDEZ: «La situación jurídica de la mujer casada en Derecho civil», en *Libro homenaje a Roca Sastre*, tomo II, pág. 975.

títulos que acreditan la propiedad de los bienes propios del cónyuge del comerciante» (12).

El precepto citado tiene su complemento en los artículos 26 del Código de Comercio y 2 del Reglamento del Registro Mercantil, que recogen el principio de que lo no inscrito no perjudica a tercero.

De acuerdo con la aplicación combinada de tales preceptos, los capítulos que no figuren en el Registro Mercantil no podrán ser opuestos a terceros que se prevalgan del régimen legal o de la presunción de ganancialidad en su caso. Todo el que contrata con un comerciante y adquiere un derecho de crédito derivado de un acto de comercio podrá ignorar los capítulos si pretenden alegarse en perjuicio suyo (13). Como señala CÁMARA, los acreedores del cónyuge comerciante pueden actuar como si el matrimonio se rigiese por el sistema legal supletorio o el que resulte de las capitulaciones anteriormente inscritas, aunque si lo prefieren, le es dable invocar el realmente vigente (14).

Desde el punto de vista crítico hay que señalar que la publicidad que dispensa el Registro Mercantil, aparte de estar lógicamente reducida al comerciante, adolece de graves deficiencias de regulación. Además de la dificultad de interpretación que plantea el artículo 27-1.º del Código de Comercio, redactado como una excepción al principio registral básico del artículo 26 del mismo Código (15), es preciso hacer constar que ni el Código de Comercio ni el Reglamento del Registro Mercantil se preocupan de que se inscriba en el Registro Mercantil el régimen económico matrimonial, lo que supondrá una seria dificultad en la publicación de los regímenes legales de separación.

Pero, como señala CÁMARA (16), cabe no obstante que al amparo del último inciso del artículo 71 del Reglamento del Registro Mercantil (el comerciante podrá añadir cualquier otra circunstancia que estime conveniente) se haga constar en la inscripción que está casado bajo el régimen de separación por estar sujeto al Derecho catalán o balear. Sin embargo —sigue diciendo el mismo autor—, al tratarse de una mención potestativa no parece que su omisión determine la inoponibi-

(12) Sin embargo, el artículo 76-7.º del RRM mantiene la antigua redacción del Código de Comercio, y se refiere a «los títulos que acrediten la propiedad de los parafernales de las mujeres comerciantes».

(13) Esta es la interpretación lógica de los citados preceptos. Como advierte LACRUZ (*ob. cit.*, pág. 261), el artículo 27 del Código de Comercio, que parece contradecir tal criterio, se refiere a un caso particular en el que la mujer es acreedora del marido, para privarle de un privilegio que tenía con arreglo al Derecho común, pero no está destinado a dejar sin eficacia el artículo 26.

(14) *Ob. cit.*, pág. 154.

(15) El artículo 27-2 del Código de Comercio supone, además, una desviación innecesaria de los principios hipotecarios, tal como veremos más adelante, en la pág. 102.

(16) *Ob. cit.*, pág. 70, nota 41.

lidad del régimen conyugal a terceros, conforme al artículo 26 del Código de Comercio, pues el efecto de la publicidad negativa del Registro se concreta a los documentos sujetos a inscripción y no inscritos. Por tanto, sólo se podrá aplicar al régimen de separación pactado en capítulos, pues sólo éstos se citan entre los actos o documentos sujetos a inscripción.

De este modo, si el tercero quiere saber con certeza cuál es el régimen de bienes que gobierna el matrimonio de un comerciante casado tendrá que ampararse en el régimen del Registro Civil.

c) *Registro Civil*.—El legislador, siguiendo la pauta iniciada con la reforma de 1975 pretende reforzar el carácter básico del Registro Civil al disponer con redacción imperativa en el artículo 1.333 del Código Civil que «En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieran otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio» (17).

Este precepto se complementa con el 77 de la Ley de Registro Civil que establece que al margen de la inscripción de matrimonio *podrá* hacerse indicación de la existencia de pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal. Y el 264 del Reglamento del Registro Civil añade que tales indicaciones *sólo* se extenderán a *petición del interesado* (18).

En cuanto a los efectos, el párrafo segundo del artículo 77 de la Ley de Registro Civil dispone que «en ningún caso el *tercero de buena fe* resultará perjudicado sino desde la fecha de dicha indicación». Por tanto, la indicación es requisito esencial para que el cambio pueda perjudicar a tercero. La ausencia de indicación en el acta de matrimonio supone que todo el que contrate con los cónyuges puede confiar en que el régimen de su matrimonio es el legal de la regionalidad del marido en el momento de contraerlo, a menos que se sepa ciertamente lo contrario.

A la vista de esta regulación, hay que decir que el reforzamiento de la publicidad a través del Registro Civil resultará más débil que lo

(17) Por su parte, y con carácter específico para la sentencia de separación, el artículo 1.436 del Código Civil establece en su último párrafo que se «anotará en el Registro Civil».

(18) Hoy, después de la reforma de 7 de julio de 1981, hay que tener en cuenta, en relación con el cambio de régimen que sea consecuencia de separación judicial, lo que disponen los artículos 89 y 102 del Código Civil y disposición adicional 9.ª de la citada ley.

deseable, pues se observan defectos que impiden una realización satisfactoria de aquella publicidad. Así: a) No se establece de manera clara y terminante el deber de los funcionarios que intervienen en actos de los que se deriven modificaciones de régimen, de comunicarlos de oficio. Por el contrario, el artículo 264 del Reglamento del Registro Civil establece que la indicación es voluntaria para los interesados. Es cierto que el artículo 1.333 se expresa en términos imperativos: «En toda inscripción de matrimonio... *se hará* mención...». Sin embargo, como ha señalado la Dirección General de los Registros en Resolución de 6 de mayo de 1977, en relación con el antiguo 1.322, cuya redacción era semejante a la actual, la referida frase no debe ser interpretada en el sentido de imponer al Notario autorizante una especial obligación de promover el asiento, pues los mismos términos imperativos utiliza el precepto para imponer la toma de razón en el Registro de la Propiedad, en el cual, sin duda, la inscripción es voluntaria; y además el hecho de que el párrafo segundo del artículo 77 de la Ley de Registro Civil prevea una posible consecuencia perjudicial para los contrayentes ante la falta de indicación, resulta demostrativo al efecto, y obliga a entender que las indicaciones no son de las que han de promoverse de oficio, sino sólo a petición de parte interesada, como señala el propio artículo 264 del Reglamento del Registro Civil. Hay que destacar, no obstante, que la referida resolución consideró al Notario legitimado para solicitar la indicación.

Sin embargo, hoy la Disposición Adicional novena de la Ley de 7 de julio de 1981, que modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil, impone a los jueces, como luego veremos, el deber expreso de comunicar de oficio las sentencias de separación, nulidad y divorcio.

Pero además, en relación con los demás funcionarios, y en especial con los Notarios, existen, a mi juicio, argumentos para considerar que tienen un cierto deber de colaboración para que la publicidad de los cambios de régimen se realice. Así: la redacción imperativa del artículo 1.333 resulta hoy aclarada y reforzada por la referida Disposición Adicional novena de la Ley de 7 de julio de 1981, cuando establece que «Las sentencias de separación, nulidad y divorcio se comunicarán de oficio a los Registros Civiles en que conste el matrimonio de los litigantes y los nacimientos de los hijos». Esta norma ha desarrollado y concretado la genérica del 1.333 con respecto a las resoluciones judiciales, y a través de ella podemos hallar con más claridad el criterio del legislador.

Además, el artículo 1.332, como luego veremos, por su carácter reiterativo, hay que entenderlo como la formulación de un deber ge-

nérico del Notario de procurar la publicidad del cambio de régimen en cuya formalización haya intervenido (19).

b) Se limita a publicar la existencia de un cambio pero no informa sobre su contenido. Del artículo 265 del Reglamento del Registro Civil se deduce que el Encargado ha de hacer constar solamente el hecho, documento o resolución (20), pero no tiene por qué explicar su contenido, remitiendo a los que lo consulten a los documentos en que consten y detallen.

Pero en este punto conviene tener en cuenta que por lo que se refiere a las escrituras, el Protocolo notarial es secreto y sólo pueden solicitar copia o que se les lea su contenido quienes acrediten interés legítimo a juicio del Notario (art. 224 y 250 del Reglamento Notarial). Parece, no obstante, que en el caso de capitulaciones habrá que entender legitimada a cualquier persona que desee conocer el contenido puramente patrimonial y que afecte al régimen o su relación con terceros, de conformidad con el artículo 250, último párrafo, antes citado.

c) Resulta muy difícil consultar el Registro Civil dada su actual organización. La necesidad de tener que acudir al del lugar en que se celebró el matrimonio, hace indispensable, para el logro de una publicidad más perfecta, la creación de un Registro central y unificado de regímenes matrimoniales, tal como propone AMORÓS GUARDIOLA (21).

2. *Prevención notarial*

El artículo 1.332 dispone que «La existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones se indicará mediante *nota* en la escritura que contenga la anterior estipulación y el Notario lo hará constar en las copias que expida».

No se percibe, aparentemente, la utilidad de este precepto, sobre todo después de haberse suprimido en la reforma de 1975 la norma sanciona-

(19) Hay que reconocer, sin embargo, que como dice AMORÓS GUARDIOLA (*Comentarios a las reformas del Código Civil*, tomo II, pág. 1112): «Hubiera sido más útil la obligatoriedad de la constancia registral del régimen, de la misma manera que lo es la inscripción del matrimonio».

(20) Parece deducirse de tal precepto que la publicidad se refiere no sólo a las capitulaciones en sí mismas, sino más ampliamente al régimen económico matrimonial. En este sentido, SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 976.

(21) *Ob. cit.*, pág. 1112.

Hoy el artículo 20 de la Ley de Registro Civil, modificado por Ley de 5 de octubre de 1981, permite el traslado de la inscripción de matrimonio al Registro del domicilio de los cónyuges. Aunque dicho traslado sólo puede realizarse a petición de personas que tengan interés cualificado en ello, no obstante, podría facilitar la consulta del Registro Civil.

dora correspondiente (22), pues tal obligación viene ya impuesta por el propio Reglamento Notarial y con carácter general en el artículo 178, al exigir al Notario que haga constar al final o al margen de la escritura matriz, que deberá ser transcrita en cuantas copias sean libradas en lo sucesivo, las escrituras por las que se modifiquen o queden sin efecto otras anteriores.

Este precepto resulta además más completo, lo cual es lógico dada su sede especial, al disponer en su penúltimo párrafo que «El Notario ... lo comunicará por medio de oficio al Notario en cuyo poder se encuentre la matriz, quien lo hará constar al margen por nota indicativa de la fecha de la segunda escritura...». Y el último párrafo dice que «Cuando al Notario que custodie el protocolo en el que obre la escritura matriz objeto de las notas ... se le presente una copia auténtica y se le requiera para ello por persona interesada, se transcribirá por él, al final de dicha copia, la nota correspondiente».

Sin embargo, se podría considerar que la norma del Código Civil reiterativa de la correspondiente del Reglamento Notarial es sintomática del deseo del legislador en el sentido de que la participación del Notario en el deber de colaboración oficial a la publicidad de los regímenes económico matrimoniales, debe ser más activa.

B. IRRETROACTIVIDAD DE LAS MODIFICACIONES

Hemos visto que los cambios de régimen económico matrimonial no perjudican a terceros mientras no se publiquen en el Registro correspondiente. Pero es que además, aún después de publicados, no podrán afectar a los derechos ya adquiridos por aquéllos con anterioridad.

El artículo 1.317 del Código Civil, que es reproducción del antiguo 1.322, último párrafo, establece de modo terminante que «La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros» (23).

(22) El antiguo artículo 1.322, párrafo segundo, establecía que el Notario hará constar las alteraciones en las copias que expida, «bajo pena de indemnización de daños y perjuicios a las partes si no lo hiciera».

(23) Hoy ha desaparecido la norma equivalente al antiguo artículo 1.438 del Código Civil, en sede de separación de bienes, que tenía el mismo contenido, pero referido a los «acreedores». Esta supresión parece lógica, ya que la norma general del actual artículo 1.317 abarca todo cambio.

Por lo demás, como indicaba SANZ FERNÁNDEZ (*ob. cit.*, pág. 970), entre los terceros estarán también los acreedores, y muy especialmente como tales terceros habrá que entender los de la Ley Hipotecaria, si se tiene en cuenta lo que dispone el artículo 1.437 (hoy 1.436). «La demanda de separación de bienes y sentencia firme en que se declare, se deberán anotar e inscribir, respectivamente, en el Re-

En consecuencia, para los que tengan derechos adquiridos derivados del régimen anterior, el nuevo sistema les resultará indiferente. Sin embargo, esta última afirmación conviene matizarla (24) con las siguientes consideraciones:

a) El tercero deberá acreditar que su derecho es anterior a la fecha de inscripción del cambio, lo cual no será fácil cuando no exista documento fehaciente. La fecha de inscripción habrá que referirla al Registro Civil, en principio. No obstante, si se trata de alguien que haya contratado con un comerciante, habrá que estar, además, a la del Registro Mercantil, y si se trata de un tercero hipotecario a la del Registro de la Propiedad, fechas que serán preferentes por el carácter especial de tales Registros.

b) Parece claro que el cambio de situación jurídica de los bienes existentes en el momento dicho, no afectará a tercero. Respecto de ellos subsistirá la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil (25).

Sin embargo, liquidada la sociedad de gananciales, habrá que tener en cuenta lo que dispone el artículo 1.401, que introduce el beneficio de inventario, y que analizaremos a continuación, y la norma del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, que exige que la demanda se dirija contra los respectivos adjudicatarios, para poder anotarse el embargo, si se hubiere ya inscrito la partición de bienes, y si no se hubiere inscrito todavía, deberá dirigirse contra ambos (el precepto se refiere al supérstite y herederos del premuerto). Este precepto desarrolla los principios recogidos en los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria para el caso de embargo de bienes gananciales por deudas a cargo de los mismos.

Si aquellos principios se aplicasen de una manera rígida y rigurosamente formal y, en consecuencia, se ampliase el campo de acción del

gistro de la Propiedad que corresponda si recayere sobre inmuebles. La sentencia firme se anotará también en el Registro Civil.» (Este último párrafo no existía en el antiguo art. 1.437 y fue añadido por el Congreso de Diputados en la reforma 1981.)

(24) Como señala AMORÓS GUARDIOLA (*ob. cit.*, pág. 1112), la aplicación práctica del artículo 1.317 exigirá determinar, caso por caso: *a)* cuándo existe un derecho (no mera expectativa) adquirido por tercero con anterioridad a la fecha de la modificación; *b)* si ésta es oponible a terceros con carácter general por estar dotada de la correspondiente publicidad registral; *c)* y si la variación introducida, de incidir sobre esa previa situación jurídica de los terceros, les causa una verdadero perjuicio.

(25) Ni siquiera la simple modificación de la situación jurídica de los bienes, sin que se haya producido un cambio de régimen puede afectar a los acreedores (artículo 1.324, en relación con el 1.355 del Código Civil).

párrafo segundo del artículo 144 del Reglamento Hipotecario al supuesto del cambio de titularidad sobrevenido por acuerdo capitular, esta última norma podría entrar en colisión con el principio tan ampliamente formulado por el artículo 1.317 del Código Civil.

La Dirección General de los Registros ha tenido ocasión de tratar recientemente este problema, si bien con referencia al Derecho anterior a la última reforma del Código Civil, en tres Resoluciones de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981. En las tres se trataba de anotar en el Registro de la Propiedad un mandamiento de embargo sobre bienes originariamente gananciales cuya demanda había sido dirigida contra el cónyuge deudor, después que en el Registro se inscribiese la adjudicación de tales bienes a favor del otro cónyuge como consecuencia de un cambio de régimen y liquidación de sociedad de gananciales, habiéndosele hecho simplemente la notificación de la demanda por aplicación de la doctrina que la Dirección General formulara con relación al artículo 144, párrafo primero, del Reglamento Hipotecario. El Registrador, aplicando el artículo 144-2 del Reglamento Hipotecario, denegó la anotación solicitada. La parte recurrente esgrimió la norma del último párrafo del artículo 1.322 antiguo (equivalente al 1.317 actual), considerando que el artículo 144-2 del Reglamento Hipotecario se refiere a un supuesto distinto (liquidación de gananciales por fallecimiento de un cónyuge), y que las inscripciones causadas en el Registro por razón de capitulaciones son un efecto de la modificación del régimen, por lo que no deberían afectar al acreedor, el cual puede actuar como si se tratase de bienes gananciales, siendo tales inscripciones «permeables» y verdaderas excepciones al principio de tracto sucesivo. La Dirección General no consideró suficiente la argumentación anterior e hizo una aplicación escueta de los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 144-2 del Reglamento Hipotecario, considerando que el supuesto de este último precepto responde a una situación similar a la planteada.

Hay que reconocer, sin embargo, que si aplicamos los principios hipotecarios en función del general, orientador de toda la mecánica registral, que es el de la seguridad del tráfico, no parece que se imponga como ineludible un mismo tratamiento para los supuestos del artículo 144-2 del Reglamento Hipotecario y el que es objeto de las citadas resoluciones. En este último existe un cambio «relativo» de titularidad, pues ésta ya estaba atribuida con anterioridad al adjudicatario, si bien con el carácter ganancial, y ello aunque figurase inscrita la finca a nombre del otro cónyuge y, por tanto, aparecer éste en primer plano. Tampoco se puede decir que carezca de relación alguna con el origen del embargo quien tiene la titularidad del derecho de propiedad sobre bienes que responden de las

deudas de la comunidad (25 bis). Hoy esta responsabilidad posterior a la liquidación viene impuesta claramente por el artículo 1.401 del Código Civil en la forma que luego analizaremos.

Partiendo de estas consideraciones se podría entender, con la finalidad de evitar que aquella seguridad del tráfico a cuya protección va destinada la organización del Registro de la Propiedad resulte obstaculizada precisamente por las mismas normas hipotecarias, que la norma que hoy se recoge en el artículo 1.317 del Código Civil es compatible con los principios hipotecarios, entendiendo que en el supuesto que estamos analizando se producirá una modalización del tracto y no ruptura, dado que la anotación que se pretende recaerá sobre bienes que ya están afectos a una responsabilidad derivada, conforme al artículo 1.401 del Código Civil, como consecuencia de una relación que no puede ser del todo ajena al adjudicatario, si tenemos en cuenta el nuevo sistema de administración de los gananciales. Por lo demás, una solución basada en la aplicación a ultranza del tracto sucesivo en sentido rigurosamente formal, resultaría más claramente dudosa en el supuesto en el que la demanda se hubiera presentado antes de inscribirse las adjudicaciones derivadas de la liquidación de la sociedad de gananciales.

c) Conviene hoy tener en cuenta que el artículo 1.401 del Código Civil introduce de manera explícita el beneficio de inventario en favor del cónyuge no deudor, cuando establece que «Mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial».

Esta solución, dentro del actual sistema de coestión y en el que se configura la masa ganancial como un patrimonio destinado a soportar las cargas del matrimonio y responder de las deudas contraídas en interés común, muy claramente en los casos 1, 2 y 3 del artículo 1.362 del Código Civil, nos parece de dudosa justificación referida a los tres supuestos indicados (26).

(25 bis) En este sentido merece destacarse que la figura del tercero no asoma por ninguna parte en el supuesto indicado. Bien es cierto que la exigencia del tracto es puramente formal y de mecánica registral, pero también lo es que la misma está en función de la seguridad del tráfico y, en consecuencia, para proteger a quien teniendo su título inscrito ninguna relación tiene con el acto cuyo acceso al Registro se pretende, tal como se puede deducir del mismo artículo 20 LH cuando recoge una serie de casos de tracto modalizado.

(26) Quizá pudiera encontrarse una justificación en el sistema anterior de administración de los gananciales, en el que el marido tenía la potestad de obligarlos. Hoy hay que tener en cuenta que el sistema de administración conjunta, en su desarrollo normativo, está condicionado por la necesidad de cohesionarlo con la agilidad de funcionamiento y los intereses de tercero, tal como señala la propia Exposición de Motivos del Proyecto de reforma 1981. Manifestaciones concretas de

Supone, en primer lugar, una brecha en el principio de irretroactividad, ya que los acreedores que contrataron con un cónyuge, partiendo de la existencia de un patrimonio especialmente afecto y responsable, se encuentran con que los cónyuges, por mutuo acuerdo, por tanto, posiblemente de modo extemporáneo, pueden modificar aquel presupuesto de responsabilidad, y alterarlo sensiblemente, sin garantía alguna para los acreedores (27), con el perjuicio consiguiente al sustraérseles una masa futura de bienes (la ganancial) que por su propia naturaleza atractiva lleva en sí una tendencia a incrementarse de modo más intenso (con los frutos de los bienes privativos y con las ganancias de ambos), y con la cual contaron al contratar.

Supone, además, una excepción al principio de responsabilidad personal ilimitada del deudor, pues se excluye por iniciativa de éste la posibilidad de engrosar el patrimonio inicialmente responsable (28).

La solución legal resulta más visiblemente dudosa en el caso de que el patrimonio privativo del deudor y el ganancial responsable sean insuficientes para cubrir las deudas sociales, y muy concretamente en el supuesto del artículo 1.386 del Código Civil (deudas por gastos necesarios extraordinarios), en el cual está claro que se trata de deudas en interés común de ambos cónyuges, o incluso podría darse el caso de que hubieran sido contraídas en interés preferente del cónyuge no deudor (29).

ello se encuentran en los artículos 1.365, 1.368, 1.384 y 1.386 del Código Civil, y podría considerarse como una consecuencia lógica de toda actuación compartida sobre un patrimonio colectivo, de modo semejante a lo que sucede con las sociedades civiles o colectivas.

(27) El inventario es solamente un control de los bienes que existan en el momento de la liquidación, pero ninguna influencia puede tener, desde ese punto de vista, sobre el futuro patrimonial.

(28) Aunque de las deudas contraídas por un cónyuge no tiene por qué responder más que su propio patrimonio, cuando el régimen económico de su matrimonio es el de gananciales, y la deuda contraída es de «carga» de la masa común, resulta difícil distinguir nítidamente los aspectos débito y responsabilidad para escindir su tratamiento y atribuir el primer ámbito al cónyuge o cónyuges que se han obligado, y la responsabilidad al patrimonio ganancial. Los artículos 1.362, 1.363, 1.365 a 1.368 del Código Civil, emplean los términos «carga» o «responsabilidad» refiriéndose a las deudas que deben soportar los gananciales. Únicamente el artículo 1.369 del Código Civil habla de «deudas de la sociedad».

Y es que el problema de la naturaleza de la comunidad de gananciales no ha sido resuelto todavía de modo satisfactorio, a pesar de que hoy en España parece estar acallada esta cuestión. En la doctrina italiana reciente existe una tendencia a considerar la comunidad matrimonial de bienes como un sujeto de derecho, que si bien no está dotado de personalidad jurídica, tiene una entidad distinta de ambos cónyuges en cuanto posee un patrimonio propio diferenciado, una autonomía negocial y una propia capacidad procesal. Así, PAOLA y MAGRI, citados por JUAN ALVAREZ-SALA WALTHER en el trabajo de este autor sobre «Régimen económico en Derecho italiano», en *ADC*, 1981, pág. 422.

(29) Así, por ejemplo, el caso de una operación quirúrgica a un hijo del otro cónyuges, que esté a cargo de la comunidad, conforme al artículo 1.362, 1.º En estos

Por eso parece lógica la solución del artículo 1.319 cuando, y con carácter básico, dispone que de los actos realizados por un cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (gastos ordinarios de la familia) responden solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y subsidiariamente los de otro cónyuge.

d) En el caso del *cónyuge comerciante*, cuando el otro no consiente que se obliguen todos los gananciales, existe *ab initio* una limitación de responsabilidad, que se concreta a los bienes privativos y a los comunes adquiridos con las resultas del comercio (art. 6 del Código de Comercio). Este sistema no resulta afectado, en principio, por el cambio de régimen, si el negocio se adjudica al cónyuge que lo explotaba (30), el cual responderá con sus bienes privativos anteriores y también con todos los que ahora se le adjudiquen, sin que en el futuro se plantee ya el problema de «las resultas», las cuales quedarán integradas con los demás bienes propios del comerciante. El otro cónyuge responderá únicamente con los bienes que se le hayan adjudicado y que procedan de las resultas del comercio (31).

En el caso de que la empresa común se adjudique, al disolverse la sociedad de gananciales, al cónyuge que no la explotaba, el titular anterior responderá de las deudas mercantiles con todos sus bienes privativos y también con todos los que se le adjudiquen en la liquidación (32). El cónyuge adjudicatario responderá con los bienes procedentes de las resultas, que se le hubieran adjudicado, entre cuyos bienes estará obviamente la propia empresa (33), de acuerdo con la

casos habrá que entender que el cónyuge que contrató, actuó como gestor de negocios del otro en lo que a éste pudiera beneficiarle y, en consecuencia, entraría en juego la norma del artículo 1.893 del Código Civil.

(30) Hoy, de acuerdo con el artículo 1.406 del Código Civil, el cónyuge comerciante tendrá preferencia para que se incluya en su haber la explotación comercial o industrial que hubiere llevado con su trabajo.

Esta última frase podrá plantear dificultades en el caso de que el cónyuge del comerciante, como sucede normalmente en los comercios pequeños, colabore con su trabajo de la misma manera o incluso más intensamente que el propio titular del negocio.

(31) En tal supuesto, la limitación del artículo 6 del Código de Comercio hará superflua la que establece el artículo 1.401, si se ha realizado el inventario. Otro problema será el de si la ausencia de inventario afectará o no a aquella limitación.

Para la ejecución o embargo será necesario cumplir las reglas del artículo 144, último párrafo, del Reglamento Hipotecario. Pero en este punto se plantean dos importantes problemas, referidos a la carga de la prueba: a) de que las obligaciones fueron contraídas en el ejercicio del comercio, y b) de si los bienes fueron adquiridos de las resultas del negocio. CÁMARA, que se formula ambas cuestiones (*obra citada*, págs. 91 y 136) con referencia al Derecho anterior a la reforma 1981 y en relación con la mujer casada comerciante, sostenía con argumentos de peso que corresponde justificar el primer punto a los acreedores, y que, en cambio, serán los cónyuges los que tengan que probar que los bienes son privativos, y que los han adquirido merced a otros recursos.

(32) Parece lógico entender que la limitación inicial de responsabilidad, esta-

aplicación combinada de los artículos 6 del Código de Comercio y 1.365, último párrafo, y 1.401 del Código Civil.

Pero, ¿ha de entenderse que la empresa se adjudica sólo en su aspecto activo, y, en consecuencia, que los acreedores no podrán perseguir los bienes que con posterioridad se adquieran por el cónyuge ahora comerciante con «las resultas» del comercio?

La contestación afirmativa es la que a primera vista parece más acorde con el tratamiento que generalmente se da a las deudas en la transmisión *inter vivos* de la empresa mercantil (34).

blecida por el artículo 6 del Código de Comercio, cesa para el cónyuge comerciante cuando se disuelva y liquide la sociedad de gananciales, pues aunque esta consecuencia podría perjudicar a los acreedores no mercantiles, que tendrán entonces que sufrir la concurrencia de los mercantiles sobre el resto de gananciales que no procedan de las resultas, hay que entender que aquella limitación excepcional desaparecerá cuando se clarifique la compleja situación que implica la comunidad de gananciales, pues la *ratio* del artículo 6 no parece otra que la protección del cónyuge no comerciante. En este sentido, CÁMARA (*ob. cit.*, pág. 115, nota 107).

(33) En sentido amplio, habrá que entender, como lo hace CÁMARA, con argumentación irrefutable, que la responsabilidad por deudas del comerciante se extenderá lógicamente a la propia empresa y no sólo a los bienes adquiridos con las resultas de la misma (*ob. cit.*, pág. 88).

(34) En nuestro Derecho, la ausencia de una regulación de la transmisión unitaria de la empresa mercantil nos obliga a echar mano de las soluciones que brinda el Derecho civil, y concretamente, en lo relativo a las deudas, de la norma del artículo 1.205 del Código Civil, que exige el consentimiento de los acreedores para que se produzca la asunción liberatoria del adquirente. Por tanto, salvo en el caso de las deudas laborales, no existe una transmisión *ope legis* de las deudas, desde el punto de vista externo. (Algún autor, sin llegar a admitir una transmisión *propter rem* de las obligaciones empresariales, considera que en toda transmisión de empresa hay una asunción tácita; así, ROCA SASTRE MUNCUNILL en la ponencia al XV Congreso Internacional del Notariado Latino.)

CÁMARA, en su trabajo sobre «La venta de la empresa», en AAMN, tomo XXIV, página 333, partiendo del supuesto normal del pacto de asunción de deudas por el adquirente de la empresa, considera que la aplicación inexorable del artículo 1.205 del Código Civil, es decir, la exigencia del consentimiento explícito del acreedor para que quede liberado el deudor, constituye «un caso claro de lo que podría llamarse paralización del razonamiento jurídico». «El cambio de deudor es, desde luego, una operación que no puede tener lugar a espaldas del acreedor, pero esto no postula que deba erigirse incondicionadamente en árbitro de la situación, en particular sí, como ocurre en el caso de la venta de una empresa, están implicados otros intereses igualmente legítimos.» Y añade que si se ha invitado al acreedor a consentir el cambio de sujeto pasivo y se ha ofrecido una solución satisfactoria, su negativa o comportamiento pasivo entraña el ejercicio abusivo del derecho que le reconoce el artículo 1.205, y el cambio ha de entenderse consumado aun sin su consentimiento.

El citado autor considera exagerada la solución que da el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (responsabilidad solidaria de transmitente y adquirente por deudas laborales durante tres años), y entiende que se olvida un precepto que, a su juicio, debería ser tranquilizador: el artículo 1.206 del Código Civil, y que de *lege ferenda* bastaría establecer en el caso de transmisión de la empresa la preferencia de los acreedores mercantiles e imponer al adquirente la subrogación en las obligaciones pendientes de pago, pero sin que adicionalmente tenga que seguir respondiendo el vendedor. Hace notar también que existe una preocupación obse-

Sin embargo, la adjudicación de la empresa ganancial, cuando se disuelve la comunidad, difiere de la ordinaria transmisión *inter vivos*. Es claro que, como en este último supuesto, las deudas, que son personales del empresario, no se transmiten al nuevo titular, es decir, no se produce una asunción *ex lege* de las mismas, salvo en el caso de las deudas laborales, de acuerdo con el artículo 44 del Estatuto del Trabajador, y, por tanto, si ha hecho el correspondiente inventario, no responderá personalmente de ellas.

siva para proteger a los acreedores partiendo del presupuesto de que mediará normalmente una combinación fraudulenta.

Es cierto, como señala el tan citado autor, que no siempre que se vende la empresa, se hace porque esté en crisis, ni menos con fines fraudulentos, pero ello no empece para que en aras de la protección de los acreedores y de la seguridad del tráfico, que es presupuesto básico de su funcionamiento, se deban extremar precauciones que eviten la facilidad con que aquéllos pueden quedar perjudicados.

Y es que el tratamiento de este problema viene condicionado por una serie de aspectos, entre los cuales merece destacar, de un lado, el carácter peculiar de la empresa, muy especialmente la naturaleza del patrimonio mercantil, que lleva en sí el germen del cambio y la tendencia, teórica, al menos, al crecimiento; y, de otro, su compleja composición, en la que intervienen ciertos elementos objetivos que determinan una proyección del patrimonio hacia el futuro, al margen de influencias subjetivas, los cuales serán en muchos casos ingredientes importantes de su capacidad generadora de ingresos, más o menos calculables. (Piénsese en la situación del local en el que se asientan ciertas empresas, por ejemplo.)

El que contrata con un comerciante lo hará unas veces (sobre todo tratándose de una empresa pequeña) sobre la base de la solvencia personal de aquél; pero normalmente habrá tenido en consideración, además, el patrimonio empresarial, y no sólo el que componía su activo real en el momento de contratar, sino también las expectativas de futuras ganancias, dada su composición, antes esbozada. Por ello parece justo que los acreedores puedan contar con la responsabilidad del transmitente, pero también con la del propio patrimonio mercantil transmitido, el cual, quíerese o no, funciona en la realidad con cierta autonomía.

En la venta de la empresa, los acreedores se encuentran, por una parte, con que su antiguo deudor se ha desprendido de una fuente generadora de recursos económicos (en ocasiones básica e incluso única) y, por tanto, que su capacidad económica ha variado, en perjuicio de aquéllos, ya que la contraprestación, normalmente dinero, es de más difícil control y persecución. Y, por otra parte, con que el patrimonio mercantil que constituyó la base de sus operaciones continúa generando ingresos, siquiera hay que recordar aquí también que el nuevo titular puede conducir la empresa por un camino descendente, de pérdidas. Pero en todo caso, en la solución del conflicto de intereses planteado deberá primar la confianza y la seguridad del tráfico sobre los intereses particulares de quien voluntariamente se ha desprendido de una fuente de ingresos, a menudo la principal. Por ello parece justo que los acreedores puedan contar con la responsabilidad cumulativa del transmitente y adquirente; solución que recogen la legislación alemana e italiana y el artículo 44 de nuestro Estatuto de los Trabajadores, en relación de las deudas laborales.

Conviene precisar, por último, que la norma del artículo 1.206 del Código Civil, que para CÁMARA resulta tranquilizadora, ha de entenderse aplicable solamente cuando el acreedor haya consentido la liberación del primitivo deudor, pues tal aceptación constituye su presupuesto. Existen, además, serios obstáculos para admitir la eficacia liberatoria basada en la conducta pasiva del acreedor ante el ofrecimiento por el adquirente de garantías suficientes, mediante aplicar el principio contenido en el artículo 7.2 del Código Civil, al considerar que en tal caso se producirá un

Pero, dicho lo anterior, conviene tener en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, hay que señalar que la empresa ganancial adjudicada pertenecía ya a ambos cónyuges, siquiera sólo uno ostentase la titularidad formal.

En segundo lugar, destacar que el legislador ha configurado la empresa ganancial con ciertas notas peculiares, que merecen especial atención. En efecto, el artículo 6 del Código de Comercio limita la responsabilidad por deudas de la empresa a los bienes propios del que la gestiona y a los gananciales adquiridos con «las resultas» del comercio. Con ello ha dado un paso adelante en la estructuración de la empresa mercantil como un patrimonio separado, forzado, quizá, el legislador por las dificultades que implica su integración dentro del funcionamiento de por sí ya muy complejo de un régimen de comunidad, en el que existen diversos patrimonios especialmente afectos a fines determinados, y también por el nuevo criterio de no discriminación de los cónyuges que pretende introducir la reforma de 1975, aunque en aquel momento supusiera una desviación del sistema general del Código Civil en lo que se refiere a la administración del patrimonio común (35).

Por último, conviene subrayar que la empresa es una realidad dinámica, «sujeta a las subrogaciones propias de todo patrimonio mercantil del que salen unos bienes, se adquieren otros, etc.». Y que los beneficios de la empresa han de considerarse parte integrante de ese

abuso en el ejercicio de la «facultad» que el artículo 1.205 concede al acreedor; obstáculos que se derivan de la dificultad para apreciar la suficiencia y seguridad de aquellas garantías, sobre todo en época de crisis económica, lo cual determina una relatividad que se cohonestaba mal con aquel principio.

Pero aun en el caso de que se admitiera, como lo hace CÁMARA, el referido efecto liberatorio, la norma del artículo 1.206 resultaría insuficiente, precisamente, en los casos en que la transmisión no se realice por causa de crisis de la empresa o con fines fraudulentos, ya que la responsabilidad del primitivo deudor sólo renace cuando la insolvencia del adquirente hubiere sido anterior y pública o conocida del deudor, y ello limita extremadamente el campo de acción de aquel precepto.

(35) Resulta revelador al respecto lo que se puede leer en el *Diario de Sesiones*, cuando se discutió el Proyecto de Ley de 2 de mayo de 1975: «En el caso del artículo 6.º..., lo que se contempla es el supuesto del patrimonio mercantil como un patrimonio *separado* del resto del patrimonio de los cónyuges; un patrimonio mercantil que de por sí está sujeto a las subrogaciones consecuentes a todo patrimonio mercantil, del que salen unos bienes por venta, entran unos dineros por contraprestaciones, se adquieren otros bienes, etc. Esto da lugar a un constante acrecimiento o decrecimiento de ese patrimonio mercantil. Este es el supuesto que contempla el primer punto y seguido del artículo 6.º, contra el cual no hay ninguna objeción, porque es evidente que dicho patrimonio mercantil debe estar afecto a las resultas de la gestión de quien lo administra». (El texto se ha tomado de *Estudios...*, citado, de CÁMARA, que lo recoge en la pág. 89, nota 62.)

patrimonio especialmente afecto, por mandato del citado artículo 6 del Código de Comercio (36).

Partiendo de las consideraciones anteriores, se podría sostener con cierta base, que en el caso de liquidación de la comunidad de gananciales las deudas de la empresa común siguen a ésta, *propter rem*, siquiera con la misma limitación inicial de responsabilidad, cuando se adjudique al no comerciante. En consecuencia, el cónyuge adjudicatario, en tal caso, deberá hacer frente a aquéllas con los bienes que constituyen la propia empresa adjudicada, dentro de los cuales habrá que incluir, si tenemos en cuenta aquellas consideraciones antes referidas, los que hayan sido adquiridos y se adquieran en lo sucesivo con las resultas de su ejercicio, cuyas resultas no son otra cosa que los beneficios obtenidos, los cuales, de no haberse efectuado el cambio de régimen, tendrían carácter ganancial y estarían comprendidos dentro del ámbito de responsabilidad del artículo 6.

Con esta interpretación no se hace sino seguir los mismos pasos que el legislador inició con la nueva redacción del artículo 6 del Código de Comercio; y es, además, la que encaja con los principios de irretroactividad y responsabilidad ilimitada, recogidos en los artículos 1.317 y 1.911 del Código Civil.

C. CONCLUSIONES CRÍTICAS

Del análisis que hemos hecho de los medios de defensa en favor de los acreedores en esta primera fase del cambio de régimen económico matrimonial, se pueden deducir una serie de consideraciones críticas.

Relativas al sistema de publicidad: a) Se trata de un sistema incompleto y confuso. Lo primero porque, como hemos visto, la regulación del funcionamiento del Registro Civil, que por su especial naturaleza ha de considerarse como Registro base en la publicidad de los regímenes económico matrimoniales, adolece de defectos tales como el dejar a iniciativa de los interesados la publicación de los cambios pactados (37), si se da preferencia a la norma del artículo 77 de la

(36) En este punto conviene indicar que los beneficios de una empresa ganancial son considerados por el legislador, en el artículo 6 del Código de Comercio, como patrimonio afecto. No es éste momento de entrar en el estudio de la naturaleza de los beneficios de la empresa. El problema ha sido estudiado principalmente en relación con las sociedades anónimas, en las que la responsabilidad, limitada en función de la cifra de capital, exige un tratamiento específico de los beneficios para evitar que se repartan bienes que no son propiamente beneficio, y para garantizar a los acreedores imponiendo la obligación de detraer parte de los mismos como reserva (arts. 106 y 107 de la Ley de Sociedades Anónimas).

(37) Hoy, como ya hemos visto, si el cambio tiene su origen en una sentencia de separación, conforme a la disposición adicional 9.ª de la Ley de 7 de mayo

Ley de Registro Civil y especialmente la del artículo 264 del Reglamento del Registro Civil (38); siendo, por otra parte, insuficiente la información que brinda, ya que no alcanza al contenido de las modificaciones, remitiéndose a los documentos que las detalla, y muy difícil su localización dada su organización actual.

Es confuso puesto que la publicidad se realiza a través de tres Registros de diferente organización, independientes entre sí y no coordinados, con lo cual es fácil que se produzcan conflictos de fe pública cuando se omite, por ejemplo, en uno de ellos la correspondiente referencia (39).

b) Falta, pues, esa coordinación de los tres Registros, con lo cual se posibilita la colisión entre ellos.

Solamente existe un precepto coordinador y es el artículo 78 del Reglamento del Registro Mercantil al disponer que «Para practicar la inscripción en los casos a que se refiere el número 9 del artículo 21 del Código de Comercio, será necesario que se presenten las respectivas escrituras con nota de haber sido inscrita en el Registro de la Propiedad, si entre los bienes dotales o parafernales existieren inmuebles o derechos reales».

Esta norma parece reconocer la primacía del Registro de la Propiedad. Tal primacía parece deducirse también del artículo 1.333 del Código Civil cuando después de regular la mención del cambio en el Registro Civil añade que si afectare a inmuebles se tomará razón en el de la Propiedad a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria (40). Es decir, que no bastará con la indicación en el Registro Civil, sino que respecto a tercero hipotecario, deberá constar además en el de la Propiedad. Pero no existe la norma semejante al artículo 78 del Reglamento del Registro Mercantil que coordine mecánicamente el de la Propiedad y el Civil.

Lo lógico sería que el Registro Civil, que parece el más adecuado, por su ámbito más amplio, para acoger la publicidad del régimen, fuese el Registro básico, al cual correspondiera principalmente la publicidad de las modificaciones de régimen económico matrimonial, dándose a sus indicaciones el carácter de previas y necesarias para que en el de la Propiedad o Mercantil pudieran publicarse también, en su caso.

de 1981, la respectiva sentencia «se comunicará de oficio a los Registros Civiles...».

(38) Se echa de menos una norma como la del artículo 24 de la Ley del Registro Civil.

(39) Piénsese en el caso de un cambio no indicado en el Registro Civil, pero sí en el de la Propiedad, o al contrario.

(40) También el artículo 1.436 parece conceder esa preferencia al Registro de la Propiedad cuando dispone, en primer lugar, que la sentencia de separación se deberá inscribir en dicho Registro si recayere sobre inmuebles, añadiendo en su último párrafo que: «La sentencia firme se anotará *también* en el Registro Civil».

Así, el cónyuge que quiera hacer valer el cambio de régimen deberá hacerlo constar en el Registro básico, que es el Civil, pero además, si es comerciante, en el Registro Mercantil; y además, si afecta a inmuebles y a la titularidad de los mismos en el Registro de la Propiedad (41).

Para lograr esta eficacia coordinada debería adoptarse una técnica de referencias registrales, exigiendo para poder inscribir un cambio en los Registros complementarios, en su caso, la previa indicación en el Registro base, es decir, en el Civil.

c) Desde otro punto de vista, conviene pensar si en el momento actual de rapidez de comunicaciones y en el que los hábitos sociales no son favorables a la consulta de Registros, a excepción del de la Propiedad, dada su más perfecta y rigurosa organización, no sería más útil y eficaz completar la publicidad registral con anuncios en periódicos, dada su mayor y rápida divulgación. En este sentido merece tenerse en cuenta el ejemplo de ciertos países extranjeros (42), y también nuestro sistema en el campo de las sociedades, en el que para cualquier modificación que afecte a la responsabilidad, y a pesar de la vida intensamente registral de las mismas, se exige una publicidad adicional (arts. 98, 134, 166 de la Ley de Sociedades Anónimas y 19 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) (43).

d) Hay que añadir, además, los problemas que plantea la existencia, en nuestro país de pluralidad de sistemas matrimoniales, según las regiones, con la consiguiente posibilidad de errores y equívocos en torno al régimen matrimonial de personas sujetas legalmente a la separación de bienes pero que residen en territorio de régimen de gananciales.

Desde otra perspectiva, hay que recalcar que la posibilidad de cambiar el régimen económico del matrimonio, a capricho de los cónyuges, sin anuncio previo, y sin más control que el que pueda representar el sistema ya analizado de publicidad, originará, en muchos casos, una utilización abusiva y poco seria de aquella posibilidad, con las graves consecuencias que de ello pudieran derivarse para los acreedores.

(41) Para conseguir la plenitud de efectos frente a tercero no bastará, pues, con la publicación en el Registro base, y será preciso completar el ciclo acudiendo a los demás Registros de manera cumulativa, en su caso, y sin perjuicio de ponderar la buena o mala fe del tercero.

(42) Así, en Suecia. Véase SIMO, *ob. cit.*, pág. 334.

(43) El cambio del sistema de gananciales por el de separación supone una alteración de la responsabilidad al excluir, con graves consecuencias en el futuro de los patrimonios responsables, una masa de bienes que integrada también por los frutos de los bienes privativos y ganancias del otro cónyuge, debería responder, en su caso, solidariamente con los del deudor (art. 1.369) o subsidiariamente (artículo 1.373 del Código Civil).

Baste echar una mirada a otros países occidentales con más experiencia en la regulación de esta materia, partiendo de un tratamiento no discriminatorio de los cónyuges, para darse cuenta de la alegría y ligereza con que el legislador español ha actuado en este punto (44).

Es de esperar que esta materia sea objeto de una pronta regulación, más eficaz y moderna, para lo cual podría aprovecharse la reforma, que ahora resultará imprescindible, del Código de Comercio, Reglamento del Registro Mercantil, Ley y Reglamento del Registro Civil y legislación hipotecaria, por razones de concordancia y adecuación a la nueva regulación del Código Civil.

II. LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y LOS ACREEDORES

Lo normal es que en las capitulaciones en las que se pacta el cambio de régimen de gananciales por el de separación de bienes, se realice previamente la liquidación de la comunidad (45).

Antes de la reforma de 1981, y después de 1975, se planteaba el problema de si el cambio de régimen producía automáticamente la disolución de la sociedad de gananciales (46). Hoy este problema está claramente resuelto en el artículo 1.392 cuando establece que «La sociedad de gananciales concluirá *de pleno derecho*; 4.º Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto...». Por tanto, y

(44) Ver nota 7.

(45) Esta fase resulta propicia para iniciar ya todo un plan defensivo frente a los acreedores, agudizándose para ellos los peligros de fraude de sus derechos.

La supresión de la prohibición de donaciones entre cónyuges y de la regulación de los efectos de la renuncia de gananciales, la ausencia de una normativa que establezca, en garantía de acreedores, la publicidad de la liquidación, con unos plazos dentro de los cuales puedan éstos oponerse a la misma, y, por tanto, la clandestinidad en la que se realiza el proceso liquidatorio, son otras tantas facilidades para que los cónyuges puedan realizar las combinaciones más favorables a sus intereses, en perjuicio de acreedores, los cuales se encontrarán en muchos casos con la fuerza de los hechos consumados. Y es que en bastantes casos, los cónyuges no se limitan a practicar una liquidación normal, sino que aprovechan la liquidación para aligerar el patrimonio del cónyuge que tiene más riesgos económicos, mediante adjudicaciones que facilitan la ocultación (dinero o ciertos bienes muebles) o, a veces, incluso omitiendo aquellos bienes cuya adquisición consta todavía en documento privado, etc.

Hay que reconocer, no obstante, que en otros casos esas operaciones sospechosas obedecen a razones atendibles, como la de compensar las pérdidas de bienes privativos al no poder justificar el carácter del dinero invertido, etc. Por otra parte, hoy hay que tener en cuenta muy especialmente la norma del artículo 1.401, que luego comentaremos, que introduce la responsabilidad ilimitada del cónyuge no deudor que no haya hecho debidamente inventario, por deudas sociales.

(46) La doctrina destacaba el obstáculo que suponía la redacción de los antiguos artículos 1.417 y 1.418 del Código Civil, que no fueron modificados en 1975. En este sentido, SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 983.

en consecuencia, después del cambio, el patrimonio antes ganancial pertenecerá ahora en proindiviso a los cónyuges, y entrará en fase de liquidación, que podrá ser exigida por cualquiera de ellos. Por eso el artículo 1.396 dispone que «Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad».

Veamos ahora los recursos que tienen los acreedores en el proceso liquidatorio. Para ello se analizarán los siguientes aspectos:

A. RESPONSABILIDAD DEL PATRIMONIO GANANCIAL

Para su estudio conviene distinguir los siguientes supuestos:

a) Deudas contraídas por ambos cónyuges conjuntamente.—En este caso responderán los bienes gananciales solidariamente con los bienes privativos de ambos cónyuges, de acuerdo con los artículos 1.367 y 1.369 del Código Civil, ilimitadamente, con arreglo al artículo 1.911 del Código Civil. No obstante, la responsabilidad de los patrimonios privativos tendrá carácter mancomunado, por aplicación de la regla general de las obligaciones conjuntas que establece el artículo 1.138 del Código Civil.

b) Deudas contraídas por un cónyuge, en el ejercicio de la potestad doméstica. En este caso responderán solidariamente los gananciales y los privativos del que contrajo la deuda, y subsidiariamente los del otro cónyuge, de acuerdo con el artículo 1.319 del Código Civil. Si estas deudas hubieran sido contraídas por ambos cónyuges, la responsabilidad de ambos será principal y solidaria, pues los términos del artículo 1.319 parecen excluir la mancomunidad, lo cual es lógico tratándose de deudas en las cuales prima el interés familiar.

c) Deudas que sin estar en el ámbito del 1.319, pueden ser contraídas por un solo cónyuge con cargo a los gananciales, y lo han sido por uno pero mediando el consentimiento del otro. En este caso, el consentimiento añadido e innecesario para afectar los gananciales, habrá que considerarlo como suficiente para dar nacimiento a una obligación conjunta, a no ser que se deduzca claramente que se limita a reforzar o recalcar la vinculación de los gananciales, por si pudiera haber dudas al respecto (47).

(47) En este campo, el término consentimiento suele utilizarse en un sentido ambivalente, en el que se engloban situaciones bien distintas. El propio legislador lo utiliza dándole un sentido amplio en el artículo 1.322 del Código Civil; en cambio, en el artículo 1.320, para referirlo al complemento necesario para disponer de la vivienda habitual o muebles de uso ordinario que pertenecen al otro cónyuge. Y el artículo 1.367, a efectos de la responsabilidad de los gananciales, equipara,

d) Deudas que habiendo sido contraídas por el cónyuge que lleva la iniciativa, afectan a los gananciales por haberlo consentido así el otro cónyuge. Concretamente el caso del último párrafo del artículo 6 del Código de Comercio.

e) Las demás deudas contraídas por un solo cónyuge, sin el consentimiento del otro, pero que afectan a los gananciales, por expresa disposición legal. El caso de los artículos 1.365-2, 1.368, 1.384 y 1.386 del Código Civil.

En estos dos últimos supuestos, los d) y e), la responsabilidad viene determinada por los artículos 1.401 y 1.402 del Código Civil.

El artículo 1.401 establece que «Mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. *El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial*» (48).

aunque distingue, la obligación contraída conjuntamente con la contraída por uno con el consentimiento del otro. Todo ello hace que en la práctica el término consentimiento de los cónyuges se utilice con bastante imprecisión.

(48) Este precepto se refiere a «deudas de la sociedad» que son, a la vez, «deudas de un cónyuge», lo cual podría entenderse como una manifestación de la ambigüedad con que el legislador trata el problema de la estructura de la comunidad de gananciales. La mayoría de los preceptos que regulan las cargas de los bienes comunes utilizan una terminología («cargas», «responderán») que obedece más bien a la consideración de que aquellos bienes constituyen un patrimonio autónomo, destinado al cumplimiento de determinados fines, con un ámbito propio de responsabilidad, pero al que por su propia esencia le es ajeno el aspecto subjetivo de la obligación, el débito, que habrá que referirlo a los titulares de aquel patrimonio por carecer de personalidad jurídica. Esto, que parece claro, en principio, resulta más complejo cuando se comprueba que el patrimonio ganancial está recibiendo los impactos de la capacidad obligacional de ambos cónyuges, pero con la peculiaridad de que la legitimación para afectarlo está organizada de manera más semejante a la sociedad que a la comunidad ordinaria. Por otro lado, incluso en ciertos supuestos en los que el legislador acude a la técnica de la personificación como medio de organizar el funcionamiento de un patrimonio colectivo, las consecuencias de la gestión son atribuidas directamente a las personas que se cobijan bajo el manto de la personalidad jurídica. Así, el caso de la sociedad civil (artículo 1.698-1 del Código Civil) y colectiva (art. 127 del Código de Comercio, sin perjuicio del sustrato asociativo y personal de estas entidades). Quizá el quid de estas cuestiones esté en que el instrumento de la personalidad jurídica no sea suficiente en ciertos casos para encubrir plenamente y anular el trasfondo, que emerge fácilmente en las pequeñas sociedades en las que la organización de la gestión, a través de la llamada representación orgánica, cuya última base está en el juego de apoderamientos y delegaciones, pactados estatutariamente o por acuerdos posteriores, supone una cercanía de las personas físicas que integran aquellos entes demasiado fuerte para que puedan quedar totalmente desconectadas del patrimonio de los mismos.

Por otra parte, el tema de la personalidad jurídica está todavía pendiente de clarificación. Y en materia de comunidad de gananciales hay que reconocer que el legislador, aun partiendo de su estructuración inicial como un patrimonio autónomo, en algunos preceptos balbucea aspectos subjetivos, como en los artículos 1.369, 1.399, 1.401, 1.402 y 1.403 del Código Civil, en los que se habla de deudas de la

Y el artículo 1.402 se remite para todo lo relativo a los derechos de los acreedores de la sociedad de gananciales en esta fase de liquidación, a las normas de partición y liquidación de las herencias.

De estos dos preceptos se deducen las siguientes consecuencias:

1) Se introduce de manera explícita el beneficio de inventario en favor del cónyuge no deudor (49). De manera que si éste realiza debidamente el inventario responderá de las deudas sociales solamente con los bienes que le hayan sido adjudicados.

El inventario deberá realizarse, por remisión del artículo 1.410, conforme a «lo establecido para la partición y liquidación de la herencia» (50). De acuerdo con ello, se comenzará dentro de los treinta días siguientes a la citación de los acreedores y concluirá dentro de otros sesenta (art. 1.017 del Código Civil), deberá hacerse *debidamente*, por lo que se perderá el beneficio en los casos del artículo 1.024 del Código Civil (si se ocultan bienes, o si antes del pago de deudas se enajenan bienes sin autorización judicial o la de todos los interesados). Puede hacerse judicial o extrajudicialmente. (El art. 1.401 admite expresamente esta última, que será ordinariamente notarial.)

Ahora bien, ¿qué plazo tendrá el cónyuge no deudor para citar a los acreedores?, ya que es a partir de entonces cuando empiezan a correr los plazos para *formular* el inventario. Parece lógica la aplicación de la norma del artículo 1.014 del Código Civil referida al heredero que tenga en poder bienes de la herencia, que establece el de diez días a contar del siguiente al en que supiera ser tal heredero. En nuestro caso habrá que referirlo al día en que pacten el cambio de régimen, que es cuando se disuelve la sociedad de gananciales, referencia que se acomoda bien a lo que dispone el artículo 1.015 del Código Civil para cuando el heredero hubiera gestionado o aceptado. Y sin que proceda aquí la distinción que establece el artículo 1.014, entre resi-

sociedad, términos éstos que apuntan a cierta subjetivación de aquel patrimonio colectivo.

(49) Con relación al Derecho anterior a la reforma 1981, ya sostenía LACRUZ (*obra citada*, pág. 573) que la responsabilidad por deudas no personales era objetiva y limitada, sin necesidad de pedir el beneficio de inventario, porque a diferencia de la sucesión hereditaria, en la que el heredero recibe *gratis* los bienes, el cónyuge recibe bienes que ya eran suyos y, por tanto, un remanente libre de deudas. En contra, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en «Acerca del artículo 1.364 del Código Civil», *RDN*, 1976, núm. 91, pág. 189.

(50) La remisión hecha en este precepto está formulada de manera muy poco técnica y precisa, ya que las normas sobre formación de inventario y venta de bienes se encuentran en el capítulo V, sección quinta, y no en sede de partición que el Código Civil regula en el capítulo VI, sin que, por otra parte, el Cuerpo legal referido recoja con carácter unitario el concepto de liquidación de herencia. Más correcta, en este sentido, era la redacción del antiguo artículo 1.428 del Código Civil.

dentes y no residentes, por carecer del elemento referencial necesario (51).

2) El cónyuge no deudor que realizó debidamente el inventario, «responderá *con los bienes* que le hayan sido adjudicados», tal como dispone el artículo 1.401. Su responsabilidad es pues, en principio, *cum viribus*. A la misma conclusión se llegará por vía del artículo 1.402 cuando se remite a las normas de la partición de herencia (52).

Sin embargo, parece lógico entender que si los bienes adjudicados han sido enajenados o sustituidos por otros, deberá entrar en juego el principio de subrogación real, como medio de evitar el enriquecimiento injusto del cónyuge no deudor. Más dudosa resultará la posibilidad de aplicar el criterio que un gran sector doctrinal adopta con relación al heredero beneficiario, en el sentido de considerar que la responsabilidad de éste será *pro viribus* una vez realizada la partición, pues no existiendo un precepto que claramente lo establezca para las herencias, más dudas suscitará su aplicación a la comunidad de gananciales (53).

3) Si el inventario no se realiza con las formalidades dichas, el cónyuge no deudor responderá *ilimitadamente* de las deudas que afectan a los gananciales. Así se deduce al contrario del artículo 1.401 y así será también por aplicación remitida del artículo 1.003 y 1.084 del Código Civil.

Esta solución, por lo demás, resulta lógica en un sistema como el actual de cogestión de los gananciales (54). Y su fundamento habrá

(51) Sostenía PEÑA, con referencia al Derecho anterior, que el inventario debía hacerse inmediatamente, partiendo de la redacción del antiguo artículo 1.418, que disponía que «se procederá desde luego», es decir, inmediatamente.

(52) En materia de partición, la responsabilidad *cum viribus* resulta, entre otros, de los artículos 1.003, 1.029, 1.031 y 1.034 del Código Civil, y así lo admite generalmente la doctrina y la jurisprudencia. (Por todos, CASTÁN: *Derecho civil español*, tomo VI, vol. 1, edición 1960, pág. 154.)

(53) En este último sentido, en relación con la responsabilidad del heredero: CASTÁN, *ob. cit.*, pág. 154; VALLET, en *Estudios de Derecho sucesorio*, vol. 1, página 454.

LACRUZ, con criterio más restringido, admite que «el coheredero beneficiario, una vez hecha la partición, sigue respondiendo *cum viribus*, mientras los bienes adjudicados se conserven individualizados en su poder; en otro caso, pasa a responder *pro viribus* (LACRUZ-SANCHO: *Derecho de sucesiones*, tomo 1, pág. 191).

En contra de tal conversión de responsabilidad *cum viribus* en *pro viribus*, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «La herencia y las deudas del causante», *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, tomo 61, vol. 1, pág. 205.

(54) En el Derecho italiano se prevé una responsabilidad subsidiaria de las masas privativas frente a las deudas consorciales y, por tanto, no existe una comunicación entre el patrimonio común y los privativos de los cónyuges. Así, el artículo 190 del Código Civil establece que los acreedores de la comunidad, cuando los bienes comunes no bastan para la satisfacción de sus créditos, podrán dirigirse en vía subsidiaria contra los bienes privativos de cada uno de los cónyuges, en la medida de la mitad de su crédito. Es curioso, como observa ALVAREZ-SALA

que buscarlo precisamente en esa estructuración actual de la comunidad de gananciales. La incomunicación patrimonial ni siquiera se logra en todos los casos de aislamiento de un patrimonio mediante la técnica de la personalidad jurídica, pues basta recordar la regulación legal en materia de sociedades civiles y colectivas para comprobar lo antes dicho (arts. 1.698-1, 1.708 del Código Civil y 127 del Código de Comercio). Con menos razón, pues, en la sociedad de gananciales los patrimonios privativos pueden quedar intocables o insensibles a la responsabilidad derivada de las obligaciones contraídas por los cónyuges cuando éstos, mediante el sistema legal o paccionado de gestión, puedan afectar los gananciales, pues ello chocaría con el principio de responsabilidad ilimitada y especialmente, en nuestro caso, con el de la irretroactividad de los cambios de régimen económico matrimonial, que consagra el artículo 1.317 del Código Civil (55).

WALTHER (*ob. cit.*, pág. 438), que la norma citada siente un criterio distinto al general del artículo 1.294 del Código Civil italiano, que es el de la solidaridad.

(55) La remisión que el artículo 1.402 del Código Civil hace a las normas de la partición de herencia para regular los derechos de los acreedores hay que entenderla, a mi juicio, en su justo alcance, que viene dado, en cierto modo, por el ahorro de esfuerzo normativo, al partir del mismo criterio de política jurídica, que en ambos casos es la protección de acreedores. Pero sin que de esa identidad de tratamiento pueda deducirse una igualdad de naturaleza en el mecanismo de ambos fenómenos jurídicos. Por ello, quizá sea improcedente profundizar aquí en el fundamento que desde un punto de vista lógico y conceptual justifique la responsabilidad ilimitada del heredero no beneficiario, ya que los criterios que al respecto utiliza la doctrina se ajustan mal al caso del artículo 1.401 del Código Civil. Así, como ya había señalado LACRUZ (LACRUZ-ALBALADEJO: *Derecho de familia*, página 572), en el caso de la comunidad de gananciales no se opera el fenómeno de la sucesión en las deudas, y el cónyuge no deudor únicamente resulta afectado cuando reciba su haber una vez deducidas las deudas del consorcio. Ni tampoco es totalmente claro que el fundamento de la responsabilidad ilimitada del heredero esté en el mecanismo de sucesión, pues, como advierte PEÑA (*ob. cit.*, págs. 157 y sigs.), la responsabilidad *ultra vires* en nuestro Derecho parece más bien una incidencia de la liquidación, que una consecuencia del fenómeno sucesorio; es más bien una sanción al heredero que no cumplió con ciertas exigencias legales establecidas en garantía de los acreedores.

Quizá, como señala el mismo LACRUZ (*ob. cit.*, págs. 572 y 573), la situación del cónyuge es semejante a la del socio de una sociedad disuelta, si bien —puntualiza el citado autor— en la sociedad ordinaria es admisible la sucesión en las deudas, pues habiendo sido contraídas por una persona jurídica, los socios son sus sucesores, pero no en la comunidad de gananciales, ya que el consorcio no es una persona jurídica y no ha contraído las deudas.

Pero quizá se conceda demasiada relevancia a la personificación de la sociedad para deducir de ella una serie de consecuencias lógico-formales. Pues, por un lado, es preciso reconocer que en ciertas sociedades (civiles y colectivas), tal como se dice en un lugar anterior de este trabajo (nota 48), la personificación no es suficiente para incomunicar los patrimonios de la sociedad y de los socios, ya que éstos responden personalmente de las deudas sociales, pues la gestión realizada por los socios está demasiado cercana a la titularidad real (no formal) del patrimonio de la sociedad. El mismo LACRUZ advierte (*ob. cit.*, pág. 574), cuando se refiere a la situación de la mujer casada en el Derecho anterior a la reforma 1981, que

Consideración especial merece el caso del *cónyuge del comerciante* que no hubiere consentido el ejercicio del comercio de su consorte.

¿Responderá ilimitadamente, si disuelta la sociedad de gananciales, no ha realizado el correspondiente inventario, a pesar de la limitación impuesta en tal caso por el artículo 6 del Código de Comercio? (56).

«no es la misma que en una sociedad civil, en la que los socios tienen, salvo pacto, un derecho igual de gestión...». Esta situación en el sistema actual de coestión de los gananciales sería más semejante a la de la sociedad civil.

Pero aun tratándose de sociedades en las que la separación de patrimonios está conseguida, en principio (sociedades de responsabilidad limitada), habrá que prescindir en ocasiones del manto de la personalidad jurídica para llegar a soluciones justas. En este sentido, conviene recordar las siguientes palabras de CÁMARA (*Estudios de Derecho mercantil*, vol. II, pág. 661), cuando refiriéndose a los problemas que plantea el cobro por los acreedores cuando los socios se han repartido el activo, dice: «La personalidad jurídica de las sociedades no es sino un instrumento técnico del que el legislador se vale para la consecución de ciertos fines prácticos. Uno de estos fines... consiste en separar el patrimonio de la sociedad del patrimonio particular de los socios... En definitiva, pues, el patrimonio social, especialmente en el momento de la liquidación, no es sino un patrimonio dotado de autonomía y con una pluralidad de destinatarios. El beneficio de limitación de responsabilidad que esa autonomía comporta... debe quedar condicionado al estricto cumplimiento de las normas que la ley establece como contrapartida del privilegio que concede, y que tiene por fin asegurar debidamente los intereses de los acreedores».

(56) De la redacción de los artículos 1.362 y 1.365 podría deducirse, a simple vista, un tratamiento distinto para los dos siguientes tipos de deudas: a) las que proceden de los «gastos» que se originen por «la explotación regular de los negocios», que serán de «carga» de los gananciales sin limitación, conforme al artículo 1.362, y b) las demás contraídas en el ejercicio del comercio, a las cuales se refiere el artículo 1.365-2.º, para remitirse a lo dispuesto en el Código de Comercio.

Resulta difícil la interpretación de ambos preceptos. Teniendo en cuenta la situación del artículo 1.362, que encabeza la regulación de las cargas de los gananciales, así como el análisis sistemático de los demás artículos de la sección, parece que dicho precepto constituye una norma genérica, que engloba todo lo que, desde un punto de vista interno, deberá quedar, en principio, a cargo de los gananciales, pero no prejuzga la legitimación para afectar la masa común, aspecto éste que se contempla en otros preceptos, entre los cuales se encuentra el artículo 1.365 citado. Este último comprende una serie de supuestos que coinciden con la mayoría de los del artículo 1.362, pero matizando la legitimación a los efectos de afección de gananciales. Dicha legitimación será indistinta, conforme al artículo 1.365-1.º, en el ejercicio de la potestad doméstica, que se describe en el artículo 1.319, cuyo contenido es coincidente con el del artículo 1.362-1.º; pero también lo será en el caso del artículo 1.386, que completa, desde el punto de vista de la legitimación, el contenido del referido artículo 1.362-1.º Igualmente será indistinta en los supuestos del artículo 1.365-2.º (administración ordinaria de los bienes propios y ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio), los cuales coinciden con los del artículo 1.362-3.º y último párrafo del 4.º De modo que sólo para el ejercicio del comercio y gestión y disposición de gananciales, la legitimación vendrá determinada por las normas del Código de Comercio, en el primer caso, y por las del Código Civil sobre administración de gananciales, en el segundo.

Esta interpretación parece estar avalada por el párrafo segundo del número 1.º del artículo 1.362 al distinguir claramente los gastos que son de carga de la sociedad y aquellos otros que, aun debiendo ser anticipados por la propia sociedad de gananciales, habrán de ser reintegrados por el cónyuge a quien corresponda y, por tanto, no constituyen estrictamente «cargas» de la misma (aspecto interno).

Desde otro punto de vista quizá convenga distinguir entre aquellas deudas que

Aunque, en principio, es claro que los acreedores podrían quedar perjudicados por la falta de inventario debidamente formulado al dificultarse en tal caso la identificación de los bienes procedentes de «las resultas», sin embargo, y a pesar de ello, hay que considerar que la limitación establecida en el artículo 6 del Código de Comercio recogida en el artículo 1.365, último párrafo, del Código Civil, tiene su fundamento en la protección del cónyuge que no asume el riesgo del comercio al no haber prestado el consentimiento específico, y por tanto, habrá también que entender que, dado el carácter especial de aquel precepto y la vigencia de su contenido por remisión expresa del artículo 1.365 del Código Civil, la limitación de responsabilidad en este caso quedará al margen del inventario.

Por otra parte, el artículo 1.401 se refiere a «deudas de la sociedad», y en el caso del artículo 6 del Código de Comercio las deudas contraídas por el comerciante sin el consentimiento del otro cónyuge difícilmente podrán considerarse como tales deudas de la sociedad, aun partiendo de esta imprecisión técnica, dado que al pago de las mismas sólo quedan afectos ciertos bienes gananciales por su especial relación o vinculación con el patrimonio mercantil (57).

Por último, si el fundamento de la responsabilidad ilimitada del cónyuge no deudor está, como hemos apuntado anteriormente, en el sistema de cogestión que rige hoy la sociedad de gananciales, cuando las deudas fueren contraídas por un cónyuge que no está legitimado para afectar los gananciales, como sucede en el caso que nos ocupa, quedarán fuera de la órbita del artículo 1.401 del Código Civil.

4) Antes de practicar la división de la comunidad la responsabilidad del cónyuge no deudor que no realizó debidamente inventario es claro que es ilimitada, pero resulta dudoso si tal responsabilidad será mancomunada o solidaria. Si se aplican por remisión del artículo 1.402 del Código Civil las normas relativas a la partición de herencia, la duda y el problema se trasladan a este momento, ya que si bien la mayoría de la doctrina y jurisprudencia defienden el carácter solidario (58), el tema no es pacífico (59).

por su propia naturaleza y finalidad son cargas de la sociedad (ex 1.362) y aquellas otras que por voluntad de ambos cónyuges afecten igualmente a la masa común (conforme al 1.367).

(57) Se trata, como hemos visto en otro lugar de este trabajo, de una responsabilidad limitada al patrimonio mercantil, la cual invadirá los gananciales cuando formen parte de aquel patrimonio, *per se* o por subrogación.

La dificultad de integración del patrimonio mercantil en la sociedad de gananciales lleva al legislador a configurarle con cierta autonomía.

(58) Para un análisis minucioso ver PEÑA, *ob. cit.*, págs. 325 y ss.

(59) LACRUZ considera que antes de la partición la responsabilidad es mancomunada, pues tal era el sistema anterior al Código Civil y persiste en él, que

En el supuesto del artículo 1.401 creo que existen razones para considerar que la responsabilidad es mancomunada antes de la división, pues si se admite que los cónyuges que se hubieran obligado conjuntamente responden de forma mancomunada, conforme al artículo 1.138 del Código Civil, resultaría excesivo entender que el cónyuge que no se obligó personalmente tenga una responsabilidad más fuerte e intensa. Además, ante la ausencia de una norma clara que regule este aspecto en materia de partición de herencia, ya que el artículo 1.084 del Código Civil se refiere sólo a la responsabilidad post-particional, habrá que acudir a las generales de las obligaciones. Coincide además esta solución con la que el artículo 1.698 del Código Civil nos da para el supuesto de la sociedad civil (60).

Después de la partición habrá que aplicar la norma del artículo 1.084 del Código Civil, y por tanto, la responsabilidad será solidaria y los acreedores podrán exigir el pago de las deudas por entero de cualquiera de los cónyuges si el no deudor no formuló debidamente el inventario, o hasta donde alcancen los bienes a éste adjudicados, si ha realizado inventario, si a él se le reclaman, pudiendo, en este caso, el cónyuge demandado hacer citar al otro a los efectos correspondientes, muy especialmente a los del artículo 1.401, último párrafo, del Código Civil.

B. PREFERENCIA DE ACREEDORES

1. *Entre acreedores de la masa común y particulares de los cónyuges*

No existe sobre este aspecto una regulación clara. Antes de la reforma de 1981, LACRUZ sostenía que mientras no se divida la masa común, los acreedores de ésta tienen preferencia absoluta a los acreedores privativos, los cuales sólo pueden dirigirse contra la cuota del cónyuge deudor suyo en el consorcio postmatrimonial (61).

Hoy, parece claro que en esta fase de liquidación, si los cónyuges han realizado debidamente el inventario, habrá que reconocer preferencia sobre los bienes comunes, para el cobro de sus créditos, a los

sólo lo ha cambiado para después de la partición, y además por aplicación de las normas generales de las obligaciones.

(60) Es cierto que la reforma 1981 eliminó la referencia que el antiguo artículo 1.395 hacía a las normas del contrato de sociedad como regulación supletoria, pero ello no obsta para que haya de reconocerse la semejanza y cercanía de ambas instituciones, y más, precisamente, en el sistema actual, en el que la organización de la administración y responsabilidades de la sociedad de gananciales tiene un mayor paralelismo con la de las sociedades personalistas.

(61) *Ob. cit.*, pág. 574.

acreedores sociales frente a los particulares de los cónyuges. Así resulta de la aplicación del artículo 1.034 del Código Civil, por remisión del artículo 1.402, y también del mismo artículo 1.401, que al establecer una responsabilidad *cum viribus* en favor del cónyuge que hizo inventario, implica una especial afectación del patrimonio ganancial en favor de los acreedores sociales.

Igual solución debe adoptarse, a mi juicio, en el caso de que no se haya hecho debidamente inventario, en base a los siguientes argumentos: a) que las normas de prelación de créditos no tienen por qué ser alteradas por el hecho de que se hayan o no cumplido ciertas formalidades que determinan el carácter limitado o ilimitado de la responsabilidad, en su caso. Por tanto, serían aplicables por remisión del 1.402 los artículos 1.034 y 1.082 del Código Civil. Suponen estos preceptos que hasta que se pague a los acreedores sociales, los particulares no podrán mezclarse en las operaciones de liquidación, y que aquéllos podrán oponerse a que los cónyuges se repartan los bienes mientras no se les pague o garantice el importe de sus créditos (62). b) Que del artículo 1.373 del Código Civil cuando dispone que «Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla», se deducen dos importantes consecuencias: 1) que los acreedores particulares de un cónyuge sólo podrán perseguir los bienes de la masa común de modo *subsidiario* (63), o sea, si los

(62) En relación con este problema en sede de partición de herencia, un sector importante de la doctrina reciente sostiene, con fuertes argumentos, que las normas de los artículos 1.027 a 1.029 y 1.034 del Código Civil son también aplicables al supuesto de responsabilidad ilimitada del heredero. Así, LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, página 165, y PEÑA, *ob. cit.*, pág. 216. Por lo que se refiere al artículo 1.082 señala LACRUZ, pág. 164, que está destinado a salvaguardar el caudal, también en el caso de aceptación pura, del ataque de los acreedores particulares del heredero, de donde se deduce la preferencia de los acreedores del caudal. Y PEÑA (pág. 224) señala que la norma del artículo 1.082 se complementa con la del artículo 1.093 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que consagran el principio tradicional de que antes es pagar que heredar, y que de ellos se deduce la facultad de los acreedores para oponerse no a la partición, en cuanto acto puramente divisorio, sino a que la partición se lleve a efecto, y en concreto a que se haga entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados, y que, por tanto, el juicio de testamentaria puede iniciarse no obstante la partición.

(63) Antes de la reforma 1981 el artículo 1.410 sólo admitía la responsabilidad subsidiaria de los gananciales por deudas antemrimoniales y por multas y condenas. No obstante, era lógico sostener, como lo hacía LACRUZ (*Derecho de Fa-*

bienes privativos del deudor fueran insuficientes (64). 2) Pero basta que el otro cónyuge lo exija para que la traba se haga sobre su parte en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo provocará la disolución de aquélla.

Y precisamente esta última posibilidad lleva implícita la preferencia de acreedores sociales, pues al entrar en juego las normas de la liquidación de los gananciales y muy concretamente los artículos 1.394 y 1.404, únicamente quedará a disposición de los acreedores particulares un remanente líquido, es decir, después de deducidas las deudas del consorcio. Y no es lógico que esto suceda solamente cuando el cónyuge no deudor exija unilateralmente el desvío del embargo, pues la prelación quedaría entonces a su arbitrio (65).

Hay que tener en cuenta, además, que con relación a la sociedad civil (66), el párrafo primero del artículo 1.699 del Código Civil establece de manera expresa la preferencia de los acreedores sociales sobre los bienes de la sociedad, añadiendo el citado precepto, una norma

milia, pág. 521), que el régimen de ese precepto se aplicase a cualesquiera deudas distintas de las señaladas en el artículo 1.408.

(64) Salvo lógicamente que las deudas del cónyuge sean también de la sociedad conforme al artículo 1.369.

Por otra parte, la responsabilidad subsidiaria de los gananciales tiene dos excepciones: 1) la del artículo 995 del Código Civil cuando dispone que si la herencia fuese aceptada sin beneficio de inventario por persona casada y no concurra el otro cónyuge, prestando su consentimiento a la aceptación, no responderán de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal. 2) Y la del artículo 6 del Código de Comercio, pues tanto si la empresa es ganancial como privativa habrá que entender que la limitación de responsabilidad a los gananciales que sean resultas del comercio, cuando el cónyuge del comerciante no preste el consentimiento, implicará la exclusión lógica de los demás gananciales. En relación con la responsabilidad de los gananciales, aunque la empresa sea privativa, ver CÁMARA: *Estudios...*, tomo I, pág. 87, nota 58.

(65) Sobre la posibilidad de que la facultad del artículo 1.373 de desviar la traba pueda ser ejercitada por los acreedores del consorcio, parece clara si el embargo se produce durante el período liquidatorio por aplicación remitida de los artículos 1.034 y 1.082. Pero también fuera de la fase liquidatoria, y en base a la preferencia que tienen los acreedores de la comunidad, podrían éstos ejercitar la correspondiente tercería y provocar el desvío. A esta interpretación podría oponerse la consideración de las graves consecuencias que implicará tal desvío, ya que llevará consigo la disolución de la sociedad conyugal, sin haber mediado el consentimiento del cónyuge no deudor. No obstante, conviene tener presente, por un lado, que tal disolución y liquidación consiguientes serán eventuales y puramente funcionales, con el fin de evitar perjuicios a los acreedores, ya que el mismo artículo 1.374 admite que el cónyuge no deudor opte en el plazo de tres meses por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales, la cual enlazará sin solución de continuidad con la anterior, pues así se deduce de la redacción del precepto al establecer que «... se aplicará el régimen de separación de bienes, *salvo que...*». Por otro lado, conviene recordar aquí la norma del artículo 1.699 del Código Civil, que admite que los acreedores particulares de los socios se dirijan directamente contra la parte del deudor en la sociedad, lo cual supondrá una causa de disolución conforme al artículo 1.700-3.

(66) Ver nota 59.

semejante a la del 1.373, siquiera se conceda a los acreedores la posibilidad de dirigirse directamente contra la participación del deudor en el fondo social (67).

2. *Entre acreedores sociales y los cónyuges por los créditos que éstos tengan contra la masa por reintegros e indemnizaciones*

Antes de la reforma de 1981, los artículos 1.421 y 1.422 del Código Civil establecían una preferencia de créditos de la mujer, que había que interpretar lógicamente como preferencia frente al marido, pero no frente a los acreedores comunes (68), solución justa entonces si tenemos en cuenta que la mujer estaba al margen de la gestión de la comunidad.

La regulación actual es bastante confusa en este punto. Con el fin de aclarar el problema conviene hacer las siguientes precisiones:

1) Bienes privativos de cada cónyuge que se conservan individualizados y cuyo carácter de tales consta fehacientemente. En tal caso, estos bienes no tienen por qué incluirse en el inventario. No hay crédito contra el consorcio, sino sencillamente el derecho a separarlos de la masa común, si bien habrá que tener en cuenta, con relación a terceros, las normas de protección de la legislación hipotecaria y, tratándose de cónyuge comerciante las del Código de Comercio, especialmente las contenidas en los artículos 27 y 909 (69).

(67) No parece, en cambio, que los acreedores particulares de un cónyuge puedan perseguir directamente la cuota de éste en el consorcio, ni siquiera referida a bienes singulares, antes de la disolución de la comunidad. Conforme al artículo 1.373 los acreedores privativos habrán de dirigirse contra bienes concretos, y sólo si el otro cónyuge o los acreedores de éste lo exigen el embargo se desviará hacia la cuota. En cambio, ya disuelta la sociedad de gananciales y en fase de liquidación habrá que reconocerles el derecho a embargar la cuota de su deudor.

(68) En este sentido, LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 597.

(69) En cuanto a la hipoteca legal por dote y parafernales entregados hay que hacer constar que, según el criterio, a mi juicio más acertado, sólo cabría exigirla sobre bienes privativos del marido y no sobre gananciales. (Así, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo IV, vol. 2, pág. 860; CHICO y BONILLA: *Apuntes de Derecho Registral*, tomo II, pág. 667, y también la Resolución de 25 de septiembre de 1937.) Y hoy incluso con más razón si tenemos en cuenta el actual sistema de cogestión, y que los acreedores consorciales podrían quedar afectados por tal privilegio de la mujer, a todas luces infundado en la actualidad. Habrá que esperar una pronta modificación de la Legislación hipotecaria en este punto para armonizar sus preceptos con la nueva orientación de igualdad de los cónyuges, pretendida por la reforma 1981.

Distinto será el caso de que voluntariamente hipotequen bienes gananciales en garantía de los reembolsos, cuya posibilidad parece quedar bastante allanada hoy al permitirse las donaciones entre cónyuges.

2) Los reintegros derivados de los bienes privativos gastados en interés de la sociedad, a los que se refiere el artículo 1.364 del Código Civil, y de los deterioros producidos en dichos bienes por su uso en beneficio de la sociedad, referidos en el artículo 1.398-2.^a, párrafo segundo. En ambos casos habrá que reintegrar al cónyuge acreedor el valor que tendría en el momento de la liquidación el bien consumido. Pues bien, a estos dos supuestos de reintegro se refiere el citado 1.398-2.^a para incluirlos como partida independiente en el pasivo del inventario.

3) Reembolsos del valor satisfecho por un cónyuge para adquirir bienes comunes, o para realizar en ellos mejoras, a los que se refieren los artículos 1.358 y 1.359 del Código Civil, para establecer, el primero, el derecho al reintegro del importe actualizado al tiempo de la liquidación, y, el segundo, al reembolso del valor satisfecho (70). A estos supuestos se refiere explícitamente el artículo 1.398 en su regla 3.^a, para incluirlos en el pasivo del inventario.

La dificultad está en los supuestos 2) y 3) que engloban, en definitiva, todos los casos en que existe un derecho puramente obligacional en contra del consorcio y a favor de uno de los cónyuges, tal como se expresa el mismo artículo 1.398-3.^a «y, en general, las (cantidades) que constituyen créditos de los cónyuges contra la sociedad».

Aunque no existe un precepto que establezca claramente la preferencia de los acreedores sociales sobre los cónyuges acreedores del consorcio por reintegros, tal preferencia parece deducirse de la regulación que se hace de la liquidación de la sociedad de gananciales. Y concretamente:

1.º Del artículo 1.398 que al regular las partidas que componen el inventario, las ordena situando en primer lugar «las deudas pendientes a cargo de la sociedad», partiendo ya inicialmente de una diferenciación neta de las otras partidas que integran el inventario y que se refieren precisamente a los reintegros y reembolsos a favor de los cónyuges (71).

(70) En el caso del artículo 1.358 la devolución se hará teniendo en cuenta el valor del dinero en el momento de la liquidación («importe actualizado», dice el citado precepto). Pero también en el caso del 1.359, párrafo primero (aun cuando no se refiere al importe actualizado), habrá que considerar que se trata de una deuda de valor, tanto por la propia redacción del precepto «reembolso del valor satisfecho» como por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.398-3.º, que con carácter general se refiere a reembolsos de cantidades anticipadas por uno de los cónyuges, que se contabilizarán en el pasivo del inventario por «su importe actualizado». No hay que olvidar que la Exposición de Motivos del Proyecto destacaba la «contemplación de todas las obligaciones de reembolso como deudas de valor, es decir, prescindiendo del nominal de la deuda y restituyéndose un valor idéntico al que recibió el cónyuge o se confundió con los bienes comunes».

(71) Tal distinción y orden resultan más significativos si comparamos el pre-

2.º Del artículo 1.399, cuando de un modo terminante dispone que «Terminado el inventario, se pagarán *en primer lugar* las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias que, en cualquier caso, tendrán preferencia. Respecto de *las demás*, si el caudal inventariado no alcanzase para ello, se observará lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos».

La cuestión radica en el sentido que se le dé a las frases «deudas de la sociedad» y «las demás» deudas, es decir, si esta última frase comprende todas las demás, incluidos los reintegros, o solo estrictamente las que componen la primera partida del pasivo del inventario, que no sean las alimenticias. Esta última es, a mi juicio, la interpretación más fundada: *a)* porque se ajusta al sentido y redacción del propio precepto, sobre todo si se le compara con el texto del Proyecto enviado al Congreso, cuya redacción era la siguiente: «Terminado el inventario se pagarán en primer lugar las deudas de la sociedad. Si el caudal inventariado no alcanzase para ello se observará lo dispuesto para el concurso y prelación de créditos». *b)* Porque así se deduce de la redacción de los demás preceptos que ordenan la liquidación, los cuales se refieren sistemáticamente a «deudas de la sociedad» para comprender sólo las deudas de tercero (así, los arts. 1.400, 1.401 y 1.402).

3.º Y muy especialmente del artículo 1.403, en el cual se establece con claridad, por un lado, la distinción entre «deudas de la sociedad» y reintegros, y por otro, el orden de pago de ambos conceptos.

Por otra parte, esta solución está en consonancia con el sistema actual de coestión, de modo que habrá que responsabilizar a ambos cónyuges de los resultados de la administración de la comunidad, y habrán de sufrir las consecuencias lógicas en su propio patrimonio.

Distinta será la consideración de esta solución si se mira desde el ángulo de los acreedores particulares de los cónyuges, quienes confiados en el patrimonio personal de uno de ellos, podrían verse postergados por el juego de las preferencias de los acreedores sociales frente a los particulares y a los cónyuges acreedores del consorcio por aportaciones de bienes privativos consumidos en favor de la comunidad (72).

cepto citado con el antiguo 1.419, que únicamente puntualizaba que se comprenderían en el inventario ciertas cantidades que habían sido satisfechas por la sociedad de gananciales.

(72) Sobre la posibilidad de hipotecar bienes gananciales en garantía de aportaciones privativas, ver nota 69. En todo caso los acreedores particulares podrán ejercitar las acciones revocatorias oportunas si se realiza en fraude o perjuicio de sus derechos, así como los recursos propios del acreedor de un heredero, por aplicación del artículo 1.083, como luego veremos.

C. OTROS DERECHOS DE LOS ACREEDORES

Por lo que se refiere a los acreedores *sociales*, podrán hacer uso de la facultad que les concede el artículo 1.082, por remisión del 1.402, y, en consecuencia, oponerse a que se realicen adjudicaciones de bienes concretos de la masa común, mientras no se les pague o garantice el importe de sus créditos.

Pero además, como siempre serán acreedores particulares de uno de los cónyuges (73), podrán utilizar los recursos que les brinda el artículo 1.083, aplicable también, como luego veremos, a la liquidación de gananciales, y muy concretamente, velar para que en el activo del inventario se incluyan los reembolsos a los que se refiere el artículo 1.397, 2.º y 3.º

De todo lo dicho se desprende que los acreedores sociales tienen en la fase de liquidación de la comunidad de gananciales una posición bastante protegida. Cuentan con la responsabilidad ilimitada de ambos cónyuges, si el no deudor no realiza debidamente el inventario, para lo cual deberá haberseles citado. Son acreedores preferentes a los particulares de los cónyuges en relación con el patrimonio común (artículos 1.402, 1.034 y 1.082 del Código Civil), preferencia que resultará reforzada por la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil; son también preferentes a los propios cónyuges por reintegros, tal como hemos visto. Y pueden utilizar los demás medios de protección de que disponen tanto los acreedores de la herencia como los particulares del heredero (arts. 1.082 y 1.083).

D. EN ESPECIAL, LOS ACREEDORES PARTICULARES DE LOS CÓNYUGES

Los acreedores particulares de los cónyuges tienen una posición más endeble en esta fase de liquidación (74). Disuelta ya la sociedad de gananciales no existirá obstáculo para que puedan embargar la cuota del cónyuge deudor, pero tal cuota viene determinada, como antes hemos visto, por el remanente líquido, al que se llega después de haber satisfecho a los acreedores sociales, en primer término.

(73) Así resulta del artículo 1.365: «Los gananciales... responderán... de las deudas contraídas por un cónyuge», y del 1.369: «Las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad...»

(74) Dada la autonomía a la que tiende en la actualidad la actuación de los cónyuges y el sistema de gestión conjunta, es bastante probable que el centro de responsabilidad vaya desplazándose hacia los patrimonios privativos y deje de serlo en el futuro el patrimonio ganancial.

Podrán, no obstante, utilizar los recursos que le ofrece el artículo 1.083 del Código Civil. Bien es cierto que el artículo 1.402 del Código Civil se remite a las normas de liquidación de las herencias sólo para regular los derechos de los acreedores de la comunidad. Pero, la referencia que con carácter amplio hace el artículo 1.410 a «lo establecido para la partición y liquidación de la herencia» para regular «lo demás que no se halle expresamente determinado» en el capítulo relativo a los gananciales, nos lleva de la mano a la norma del 1.083 del Código Civil, que aunque no está situado en sede de partición, sí, en cambio, habrá que considerarla propia de la liquidación de la herencia, en el sentido amplio con el que se expresa el artículo 1.410 (75).

Con arreglo al artículo 1.083, los acreedores particulares de los cónyuges podrán intervenir en la liquidación de los gananciales e impedir que se adjudique a su deudor bienes de valor inferior, o metálico o muebles de fácil ocultación o pérdida, solicitar que se adicionen bienes o valores omitidos, concretamente, velar porque se incluyan en el pasivo de la sociedad como créditos de su deudor, los reintegros a los que se refiere el artículo 1.398, 2.º y 3.º, y en general, impugnar los actos realizados en fraude de sus derechos y ejercitar los derechos que correspondan al cónyuge deudor, incluso exigir la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta, si se demorase por los cónyuges (76).

Especial consideración merece el análisis de los derechos de los acreedores en el caso de *renuncia de los gananciales* por uno de los cónyuges (77).

Para su estudio conviene distinguir los siguientes supuestos:

(75) Sobre la imprecisión terminológica en este punto ver nota 50.

(76) En este sentido conviene recordar la Sentencia de 26 de abril de 1962, que estimó legitimados a los acreedores para instar ellos mismos, ejercitando la acción subrogatoria, la liquidación de la sociedad de gananciales. Ver más adelante nota 79.

(77) No se planteará ya el problema de si la renuncia a los gananciales se refiere al régimen mismo o a los gananciales en sentido amplio, una vez disuelta la sociedad conyugal. La oscuridad con que se regulaba esta materia en el Derecho anterior hizo que la doctrina se debatiese ampliamente sobre el tema. (Un estudio detallado puede verse en PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Acerca de...*, citado.)

Sin embargo, hoy se podrá hablar, aunque de modo impropio e incorrecto, de renuncia a la sociedad de gananciales para referirse a la exclusión o eliminación del régimen de gananciales, que sería el caso contemplado en el artículo 1.435-2.º del Código Civil. Sin embargo, del artículo 1.392, al regular los casos de extinción de la sociedad de gananciales sin dar margen a dicha exclusión sin más, podría deducirse que sólo cabe tal eliminación antes del matrimonio. A pesar de ello no se percibe inconveniente serio para que, conforme al citado artículo 1.435-2.º, se limiten los cónyuges a disolver la sociedad de gananciales y liquidarla, en cuyo caso habrá que entender que la voluntad de los mismos será la de que entren en juego la norma legal supletoria, que en este caso será la citada anteriormente.

a) Renuncia a las consecuencias o efectos de la sociedad de gananciales. Con ella se pretendería una desvinculación absoluta con la comunidad, tanto desde el punto de vista activo como pasivo. Si tenemos en cuenta que el patrimonio ganancial es un patrimonio colectivo destinado a unos fines concretos, al servicio del matrimonio, y, en consecuencia, a soportar las cargas que del mismo se deriven. Si consideramos que supone un ámbito de responsabilidad específico de la actuación conjunta o indistinta, según los casos, de los cónyuges, dentro del sistema actual de igualdad de ambos para afectar aquella masa, habrá que concluir que los cónyuges no pueden desentenderse de sus obligaciones ni, por tanto, renunciar al patrimonio que constituye su soporte material. Una renuncia en tal sentido no surtirá efecto alguno. Los acreedores sociales podrán dirigirse contra ambos cónyuges, quienes responderán ilimitadamente, conforme al artículo 1.401 del Código Civil. Los acreedores particulares podrán exigir que la liquidación se lleve a efecto, embargar la cuota del cónyuge deudor, intervenir en la liquidación, conforme al artículo 1.083 del Código Civil, y, en general, ejercitar todos los derechos que correspondan al cónyuge que pretenda desentenderse de las consecuencias de la comunidad de gananciales.

b) Renuncia a las consecuencias de la liquidación. En este caso lo que se pretende es renunciar a los resultados de la liquidación *strictu sensu*, y aunque se haya hecho debidamente inventario, y por tanto a los reintegros que le sean debidos, en su caso.

En este caso el renunciante no quedará exonerado de practicar la liquidación correspondiente, que podrá ser exigida por los acreedores sociales y también por los particulares del renunciante, por aquéllos, al objeto de que se reintegre a la masa común lo que a ésta le deban los cónyuges, y por éstos, para que se contabilicen en el pasivo de la sociedad los créditos del renunciante contra la misma.

c) Renuncia a los gananciales en sentido estricto, entendiendo por tales el resultado final de la liquidación, es decir, el remanente líquido. En este supuesto no existen obstáculos que se opongan a su validez. No obstante, se echa de menos una norma que regule sus efectos, tanto en relación con el otro cónyuge o sus herederos (acrecimiento), como en relación con los acreedores. Este último aspecto es el que nos interesa aquí. En la regulación anterior existía la norma del artículo 1.418 que se remitía al artículo 1.001 del Código Civil para atender a los derechos de los acreedores.

Hoy, a mi juicio, no es precisa tal remisión para que los acreedores del cónyuge renunciante queden protegidos.

Así como en la renuncia de la herencia, la exclusión de los efectos perjudiciales para los acreedores, exige además, por razones técnicas,

la aceptación, pues el heredero no adquiere esta cualidad automáticamente (78). No sucede lo mismo tratándose de renuncia de gananciales, en cuyo caso, teniendo en cuenta que los cónyuges son titulares de ese patrimonio y no necesitan aceptarlo, para evitar los efectos perjudiciales de la renuncia bastará acudir a los recursos generales, y concretamente a la acción Pauliana, cuyo ejercicio quedará facilitado por la presunción de fraude, que deberá aplicarse a todos los actos no onerosos (ex art. 1.297 del Código Civil); o al que ofrece el artículo 6-2 del Código Civil, en el sentido de que la renuncia sólo será válida en cuanto no perjudique a los acreedores (79).

III. EL REGIMEN DE SEPARACION Y LOS TERCEROS

El régimen de separación de bienes, cuya base la constituye el principio de independencia y autonomía de los cónyuges, puede suponer, si su organización jurídica no es correcta, un vehículo fácil para con-fabulaciones entre los esposos y un peligro importante para los acreedores (80).

Hay que señalar, no obstante, que el principio referido no suele realizarse de modo absoluto, y normalmente aparece mitigado, con más o menos intensidad, por normas correctoras, las cuales atienden por un lado los aspectos básicos de la vida en común que el matrimo-

(78) Por ello el legislador arbitra un recurso especial, que es el del artículo 1.001 del Código Civil, que no encaja ni en la típica acción revocatoria ni en la subrogatoria. Se trata más bien, como señalan LACRUZ-SANCHO (*ob. cit.*, pág. 140), de una acción específica que se dirige a rectificar los efectos de un acto perjudicial a los acreedores, pero por el mero hecho de ser perjudicial, y a través de una «aceptación», sin otro efecto sobre el patrimonio del llamado que la extinción de las deudas que con la herencia puedan satisfacerse.

(79) La Sentencia de 26 de abril de 1962, en un caso en que los cónyuges habían liquidado por su cuenta los gananciales, se alegó por los actores que la liquidación se había hecho con el único fin de perjudicarles, por lo que se solicitaba en primer lugar la nulidad de la misma y subsidiariamente su rescisión por fraude de acreedores, estimándose lo primero, es decir, la ineficacia por considerar la existencia de ilicitud en la causa, conforme al artículo 1.275 del Código Civil. Pero también se admitió por la sentencia la pretensión de instar los demandantes la liquidación mediante el ejercicio de la acción subrogatoria. Para un comentario de esta sentencia puede verse Díez PÍCAZO: *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, tomo I, pág. 446.

(80) El régimen de separación permite con mayor facilidad los trasvases patrimoniales entre cónyuges, y concretamente la llamada «puesta a nombre», dentro de cuyo concepto se engloban una serie de situaciones cuya nota común consiste en que se suprime el intermediario y se oculta el negocio de transmisión, haciendo que aparezca el beneficiario como titular originario o inmediato. (D abona el precio de la finca que se compra a T, y hace que figure como comprador su hijo H.) Así la describe FEDERICO DE CASTRO (*Negocio Jurídico*, pág. 343).

Para un estudio minucioso de este fenómeno puede verse PINTO RUIZ en *Estudios Jurídicos sobre la mujer catalana*, Cátedra Durán y Bas, págs. 69 y ss.

nio exige, constituyendo lo que se ha llamado régimen «primario» (81), y por otro, a la protección de los acreedores frente al abuso que pudiera derivarse de una excesiva autonomía en las relaciones entre cónyuges.

Vamos a analizar por separado estos dos grandes grupos normativos:

A. EL RÉGIMEN PRIMARIO Y LOS TERCEROS

El matrimonio crea siempre un mínimo de comunidad, la cual constituye la base de operaciones de la familia desde el punto de vista económico. Por ello, si bien la mayoría de legislaciones proclaman el principio de libertad de organización económica del matrimonio, las más contienen una serie de normas que fijan una base inalterable por los pactos capitulares y que se refieren sustancialmente a la contribución a las cargas del matrimonio, responsabilidad por deudas contraídas en interés del hogar, afección de ciertos bienes al interés familiar, medidas de protección de los cónyuges; y es aplicable cualquiera que sea el régimen secundario, y por tanto, también al supuesto de separación de bienes.

La reforma de 1981 introduce una serie de preceptos que se podrían considerar como reguladores de aquel régimen de base, normativa que estudiaremos distinguiendo:

1. *Responsabilidad de los cónyuges por deudas contraídas para atender las cargas del matrimonio*

La existencia de unas necesidades comunes que el matrimonio engendra inevitablemente cualquiera que sea su régimen económico, habrá de atenderse con los medios aportados por los cónyuges.

En nuestro Código Civil existe una norma genérica que impone la obligación de ayuda y socorro mutuos (arts. 67 y 68), y, en relación con los hijos la de su sostenimiento y alimentación (art. 156).

Pero el precepto base, desde el punto de vista económico, es el artículo 1.318 cuando ordena que «Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio» (82).

(81) A este régimen primario habrá que adscribir los preceptos del capítulo I del título III, bajo el epígrafe «Disposiciones generales».

(82) Esta norma base se desarrolla a través de una serie de preceptos, y especialmente en el artículo 1.362-1.º, que en sede de gananciales hace recaer sobre éstos principalmente las cargas del matrimonio; y en el 1.438 que, en régimen de separación, establece el criterio de reparto de las cargas entre los cónyuges, según lo convenido entre ellos o en proporción a sus recursos.

Este principio normativo plantea una serie de problemas que vamos a analizar brevemente:

a) *Delimitación de las cargas del matrimonio*.—Intentaremos hacerlo en un doble ámbito:

1) *Cualitativamente*.—El artículo 1.319 nos señala un primer criterio cuando habla de «necesidades ordinarias de la familia». Por tanto, serán cargas del matrimonio, en general, todos los gastos y deudas contraídas para satisfacer tales necesidades. Ahora bien, es preciso indagar más concretamente cuáles sean tales necesidades familiares y ello puede hacerse acotándolas en un doble campo:

a) Mediante su determinación y descripción, que puede hallarse haciendo un recorrido por los preceptos que regulan o desarrollan los deberes básicos de la familia. Así, el artículo 68 que impone el de socorrerse recíprocamente los cónyuges, que se concretará de modo más inmediato en el de alimentos, que se describe en el artículo 142 cuando nos dice que «Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el *sustento, habitación, vestido y asistencia médica*».

En relación con los hijos el artículo 154 establece el deber de «alimentarlos, educarlos y procurarles una *formación integral*».

Por su parte, el artículo 1.362-1.º, cuando regula las cargas de la sociedad de gananciales, incluye las derivadas de deberes primarios, concretamente: «El *sostenimiento* de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las *atenciones de previsión*». Además, el propio artículo 1.318, en su último párrafo, añade los *gastos necesarios causados en litigios* contra tercero en provecho de la familia.

De todos estos preceptos resulta que son necesidades de la familia el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación de los hijos y su formación integral, gastos necesarios de litigio y atenciones de previsión (83).

b) Concretando a estos efectos lo que se entiende por familia. Habrá que considerar como familia lógicamente a los propios cónyuges y a los hijos comunes, pero también, y desde el punto de vista de las cargas del matrimonio, a los hijos de uno solo de los cónyuges que convivan en el hogar familiar (arts. 1.362-1.º, y 1.368) (84).

(83) Para atender estas necesidades podrá cualquiera de los cónyuges comprometer en régimen de gananciales los bienes comunes (arts. 1.365-1.º y 1.368, en relación con el 1.319), y en régimen de separación los bienes del otro cónyuge (conforme al art. 1.319).

(84) En el caso de separación de hecho, la familia, desde el punto de vista de contribución a las cargas, queda reducida a las relaciones padres-hijos. La relación entre cónyuges está en suspenso. Así se desprende del artículo 1.368 del Código Civil cuando dispone que «también responderán los bienes gananciales de las

2) *Cuantitativamente*.—El Código Civil, después de la reforma de 1981, utiliza un primer criterio limitativo, consistente en la consideración de que las «cargas» son las derivadas de las necesidades ordinarias según el uso del lugar y circunstancias de la familia (artículos 156, 1.319 y 1.362-1.º).

No obstante, el artículo 156 dispone que serán válidos los actos que realice uno de los padres en situación de *urgente necesidad*, y el 1.386, que «Para realizar gastos urgentes de carácter necesario, aun cuando sean *extraordinarios*, bastará el consentimiento de uno solo de los cónyuges».

Parece, pues, que también los gastos necesarios urgentes, aunque sean extraordinarios, deberán considerarse como carga del matrimonio, y ello es lógico si se piensa que a lo largo de la vida matrimonial se atraviesan situaciones difíciles y momentos críticos a los que habrá que hacer frente de modo conjunto, para salvar la subsistencia de la familia.

b) *Extensión de la responsabilidad patrimonial por las cargas del matrimonio*.—En el aspecto externo, o sea, desde el punto de vista de la responsabilidad frente a tercero por deudas contraídas en interés del hogar, conviene distinguir:

1) *Gastos ordinarios*.—Son los gastos usuales y que se acomodan a las circunstancias de la familia (arts. 156, 1.319 y 1.362-1.º).

Estos gastos pueden ser realizados y las deudas consiguientes contraídas, válidamente, por cualquiera de los cónyuges (arts. 1.440, segundo párrafo, y 1.319) (85). Así lo dispone este último precepto cuando dice en su primer párrafo que «Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma» (86).

obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales».

(85) La remisión que el segundo párrafo de este precepto hace al artículo 1.438 habrá que entenderla referida a la regulación del aspecto interno, ya que en relación con los terceros no podrá alterarse por convenio entre los cónyuges la responsabilidad establecida en el artículo 1.319. Como veremos más adelante, la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge sólo cesa, salvo pacto en contra, con la admisión de la demanda de separación (art. 102, párrafo segundo).

(86) Aunque de la redacción de este precepto podría deducirse que la actuación de un cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica está limitada a las necesidades «encomendadas a su cuidado», hoy habrá que tener en cuenta el principio básico que orientó la reforma de 1981, que es el de la igualdad de los cónyuges, tanto en el ejercicio de la patria potestad como en el de las facultades dentro del matrimonio, principio que deberá incidir en la valoración de aquellos usos del lugar a los que se refiere el citado artículo.

Y la extensión de su responsabilidad viene señalada en el párrafo segundo del citado artículo cuando establece que de «Las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad (la doméstica de gastos ordinarios) responderán *solidariamente* los bienes comunes (87) y los del cónyuge que contraiga la deuda y *subsidiariamente* los del otro cónyuge».

Esta norma habrá que interpretarla en el sentido de que rigiendo la separación de bienes responderán en primer lugar los del que contrajo la deuda y subsidiariamente los del otro cónyuge, sin perjuicio de las correcciones internas, conforme al artículo 1.438.

El sistema de responsabilidades del artículo 1.319 subsiste, en relación con terceros de buena fe, incluso en los casos de separación de hecho, y aun cuando en capitulaciones se hubiere pactado la absoluta independencia y autonomía, ya que la norma del artículo 1.319 es de carácter básico o primario, y porque conforme al artículo 69 del Código Civil se presume que los cónyuges viven juntos, cesando únicamente la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge cuando se haya admitido la demanda o se haya dictado sentencia de separación, conforme a los artículos 102, párrafo segundo, y 83 del Código Civil.

Podría plantearse aquí el problema de si la responsabilidad subsidiaria tendrá carácter mancomunado o solidario. Como se dijo en otro lugar de este trabajo (88), parece que la responsabilidad, en el caso del ejercicio de la potestad doméstica, será subsidiaria pero solidaria. Es decir, que el cónyuge no deudor responderá con sus propios bienes, si el otro no los tiene suficientes, hasta el importe íntegro de la deuda contraída en ejercicio de aquella potestad.

2) *Gastos familiares extraordinarios*.—Son también realizados en interés de la familia para atender las cargas del matrimonio, y a ellos nos hemos referido anteriormente.

En relación con estos gastos, el artículo 1.386, para el caso de que

(87) La referencia que el artículo 1.319 en su párrafo segundo hace a los bienes comunes habrá que entenderla limitada a los que tengan tal carácter como consecuencia de un régimen de comunidad y no a los que en régimen de separación pertenezcan a los cónyuges en condominio ordinario.

Cabría pensar, no obstante, en la posibilidad que los cónyuges tienen, al amparo de la libertad que le otorga el artículo 1.325 del Código Civil, de constituir un «fondo común» afecto a las cargas del matrimonio.

En Derecho italiano se recoge y regula el llamado fondo patrimonial como un patrimonio de destino, con la finalidad de atender a las cargas familiares. Su administración se rige por las normas de la comunidad legal. Y para realizar actos de disposición, si no se pactó otra cosa en el acto de constitución del fondo, se necesita el consentimiento de ambos cónyuges, y, si hay hijos menores, la autorización del juez.

(88) Ver pág. 70.

el régimen del matrimonio sea el de gananciales, admite que uno sólo de los cónyuges realice, con cargo a los bienes comunes, gastos urgentes de carácter necesario aunque sean extraordinarios.

En régimen de separación no existe un precepto semejante, y el artículo 1.440 parece adoptar una posición contraria a la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no deudor al establecer que «Las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad», añadiendo que «En cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica *ordinaria* responderán ambos cónyuges en la forma que determine el artículo 1.319».

Estos preceptos parece que no dejan margen para admitir una responsabilidad del cónyuge no deudor por gastos extraordinarios.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que respecto de los gastos urgentes necesarios para atender los deberes de la patria potestad, la norma del artículo 156 del Código Civil establece la presunción de que los padres actúan en el ejercicio ordinario de la patria potestad y con el recíproco consentimiento, en relación con terceros de buena fe, y que serán válidos los actos que realice uno solo «en situaciones de urgente necesidad» (89).

(89) La redacción de este precepto suscita serias dificultades de interpretación. El párrafo primero incluye entre los actos que válidamente puede hacer uno solo de los padres los de urgente necesidad. Sin embargo, el párrafo tercero establece una presunción, en favor de terceros de buena fe, que parece limitada a la actuación de un cónyuge en el ejercicio *ordinario* de la patria potestad. Podría entonces entenderse que dada la redacción del precepto, desde el punto de vista de la responsabilidad con terceros, se excluyen los actos urgentes si son extraordinarios.

Pero, a mi juicio, el hecho de que el gasto sea extraordinario no significa que quede excluido del ejercicio ordinario de la patria potestad, sino que, por el contrario, los deberes que ésta implica pueden exigir, en el ejercicio ordinario, la realización de gastos urgentes aunque sean extraordinarios, si tales gastos son consecuencia de aquellos deberes que con carácter general establece el artículo 154 del Código Civil. De modo que una operación quirúrgica, por ejemplo, que suele o puede ser un gasto extraordinario, es una exigencia necesaria, impuesta por el propio artículo 154, y, si es urgente, ha de entenderse incluida en el ejercicio ordinario de la patria potestad.

Además, del mismo artículo 156, en su párrafo tercero, se puede deducir tal conclusión, pues al remitirse a los supuestos de los dos párrafos anteriores, para considerar que en tales casos actúan los padres en el ejercicio ordinario, está incluyendo el caso concreto del párrafo primero, que admite que uno solo de los cónyuges realice válidamente actos de urgente necesidad, sin distinguir si son ordinarios o extraordinarios, e incluso habrá que entender que se refiere a los extraordinarios, pues de otro modo no tendría sentido añadir específicamente los actos «en situaciones de urgente necesidad», y hubiera bastado con la referencia al uso del lugar y circunstancias. Y no sería lógico que declarada la validez de estos actos en el párrafo primero no surtieran efectos frente a tercero, siendo así que el interés de éstos deberá ser preferente al individual de los padres. Presuponiendo además aquella validez la eficacia del acto.

Desde otro punto de vista, y con el objeto de encontrar una interpretación que

Por otra parte y con carácter general, los acreedores, en el supuesto de que los gastos se hubieran realizado para evitar un perjuicio inminente y manifiesto (operación quirúrgica, etc.), podrán hacer uso de la norma del artículo 1.893, último párrafo, y también de la acción subrogatoria para reclamar la contribución proporcional correspondiente que en el ámbito interno deba al cónyuge deudor.

El sistema de responsabilidad por cargas matrimoniales en relación con terceros, no afecta al ámbito *interno*, es decir, al régimen de contribución a las cargas entre los cónyuges.

Tal contribución a las cargas, la obligación de reembolso y su proporción, en definitiva, el reparto interno de las mismas, vienen determinados por los pactos y por el régimen económico que rija el matrimonio. Por ello, el artículo 1.319, en su último párrafo, dispone que «El que hubiera aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades (las ordinarias de la familia) tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial».

El criterio de reparto interno, en régimen de separación, nos lo da el artículo 1.438: se hará según lo *convenido* entre los cónyuges y, en su defecto, *proporcionalmente a sus respectivos recursos* económicos.

Se establece, pues, el principio de libertad de pacto para regular los reembolsos, y en su defecto, la proporcionalidad a los recursos económicos de cada uno.

Ahora bien, ¿qué ha de entenderse por *recursos*? El artículo 1.436, reformado en 1975, establecía la proporción con los bienes. El actual 1.438 se refiere al término más amplio de recursos. Este concepto comprenderá lógicamente las rentas y frutos de los bienes y demás ingresos procedentes de su actividad. Pero también las rentas o frutos que normalmente producirían los bienes de un cónyuge que estén improductivos o no rindan la utilidad ordinaria, por abandono doloso o por mera negligencia (90).

coordine ambos párrafos primero y tercero del artículo 156, se podría entender que el primero está regulando el aspecto interno, siquiera utilice con un criterio poco técnico el término «válidos», pues así se deduce de la situación de esta norma a continuación inmediata y sin punto y aparte de la primera norma del mismo párrafo, que regula la manera de ejercerse la patria potestad entre los progenitores. Con esta interpretación el párrafo tercero estaría referido a las relaciones externas, y por tanto a los terceros y al tráfico.

(90) Así se podría deducir del mismo concepto de la palabra recursos. El Diccionario de la Real Academia la define como «bienes, medidas de subsistencia». En sentido económico se consideran recursos los medios materiales de que se puede disponer para ser utilizados en un proceso económico.

Por otra parte, el artículo 1.318 dispone con carácter general en su primer párrafo que todos los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio, y admite, en su segundo párrafo, que si un cónyuge desatendiera el deber de contribuir a las cargas, podrá el otro solicitar del Juez que

El precepto citado introduce la novedad de que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas, por lo que tal actividad habrá de considerarse como un recurso económico a estos efectos, y deberá tenerse en cuenta y contabilizarse al objeto de determinar la proporción en la que los cónyuges han de contribuir a las cargas de la familia (91).

2. *Afección de ciertos bienes al interés familiar*

El artículo 1.320 del Código Civil establece que «Para disponer de los derechos sobre la *vivienda habitual* y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

Este precepto introduce una limitación al derecho de propiedad, en aras del interés familiar, que incide sobre la facultad de disposición, alterando el sistema normal de la legitimación para disponer, limitación que resulta excepcional dentro de nuestro sistema jurídico (91 bis). Quizá por ello la redacción del precepto es oscura y hasta cierto punto contradictoria, y plantea serios problemas de interpretación.

Así, el primer párrafo está redactado con técnica semejante al artículo 1.377 cuando regula la legitimación para disponer a título oneroso de los bienes gananciales. Por tanto, la consecuencia lógica de su infracción debería ser la del artículo 1.322, cuando establece que si

se adopten las medidas cautelares al efecto. De modo que a través de esta posibilidad podría hacerse efectiva aquella si se considera que el cónyuge que abandona negligentemente la productividad de sus bienes está desatendiendo los deberes familiares. Es más, el artículo 103-5.º permite que entre las medidas a adoptar en el caso de que se admita la demanda de separación, nulidad o divorcio, se «determine en su caso el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio».

(91) Así, en el caso de un matrimonio en el que uno de los cónyuges tiene recursos de 100 y el otro sólo su trabajo en el hogar, que se valora en 50, si las cargas de la familia son de 60, habrá que distribuirlas proporcionalmente a ambos recursos, de modo que el de 100 contribuirá con 40 y el de 50 con 20, que se le computará de su trabajo, quedando a su favor un crédito de 30 a los efectos de la compensación a la que se refiere el artículo 1.438.

Si el trabajo de la casa no se computase como recurso, el resultado sería injusto para el otro cónyuge.

(91 bis) Entiende AVILA ALVAREZ (*Rev. Crítica de D. Inmobiliario*, 1981, página 1380) que bajo el concepto disposición hay que incluir la transmisión por cualquier título oneroso o gratuito, aun con reserva de usufructo o derecho de arrendamiento, y también la constitución de hipoteca o la de un derecho real de goce.

la ley requiere para un acto de disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser *anulados* a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos.

Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 1.320 suaviza tales consecuencias, pues, de acuerdo con lo en él dispuesto, bastará con que el cónyuge propietario manifieste que el inmueble que pretende enajenar no tiene el carácter de vivienda habitual, para que la disposición surta efectos frente al adquirente de buena fe. No otro puede ser el significado de la norma cuando utiliza la expresión «no perjudicará al adquirente de buena fe».

Este último párrafo distorsiona así el efecto más severo, de anulabilidad, sancionado por el artículo 1.322, y deja, en la práctica, al arbitrio del propietario el cumplimiento de aquel deber primario que exige la afección de la vivienda al interés de la familia.

Se echa de menos, en este sentido, el complemento registral necesario para proteger el legítimo interés del otro cónyuge, que coincide en este caso con el familiar, mediante un procedimiento adecuado para hacer constar en el Registro de la Propiedad el carácter habitual de la vivienda o su destinación a tal finalidad, al modo de una afección o «servidumbre» familiar.

No obstante, y a la vista del texto del artículo 1.320, habrá que concluir que cuando el cónyuge propietario de la vivienda pretenda enajenarla, le bastará con declarar que no tiene tal destino, y en consecuencia, aquel control y defensa del interés familiar quedarán reducidos a una simple obligación formal de manifestar la desafección. Sólo en el caso de falta de declaración al respecto o cuando esté claro que se trata de una vivienda familiar la legitimación para disponer necesitará del complemento exigido por el primer párrafo del citado precepto.

A esta conclusión se llega a través de los siguientes argumentos:

a) La propia redacción del párrafo segundo del 1.320, cuyo texto viene a establecer que la disposición surtirá todos sus efectos respecto del adquirente de buena fe, si el titular ha hecho manifestación de que el inmueble no tiene carácter de vivienda familiar; lo que significa que el acto dispositivo no ha necesitado del consentimiento del otro cónyuge para conseguir su eficacia. Y es que el artículo 1.320 contempla dos supuestos: aquél en que consta el carácter habitual de la vivienda, en cuyo caso la falta de consentimiento o autorización, provocará la *anulabilidad* del acto, con arreglo al 1.322 (párrafo primero); y cuando el titular haya hecho manifestación expresa (aunque ésta sea falsa o

errónea) de que el inmueble no tiene el referido carácter, en cuyo supuesto la disposición surtirá toda su eficacia respecto al adquirente de buena fe (párrafo segundo). *b)* Precisamente este tratamiento excepcional del adquirente, que no es tercero, en sentido técnico, puesto que ha sido parte en el contrato (92), y que no resulta afectado por la anulabilidad que alcanza al adquirente en los demás casos del artículo 1.322, nos lleva a reafirmar aquella interpretación. *c)* El carácter excepcional que tiene la limitación impuesta al cónyuge titular, en el marco de nuestro sistema jurídico. Quizá por ello el legislador no se atrevió a establecer, de modo concluyente, la consecuencia lógica del artículo 1.322 (93).

Ahora bien, el hecho de que el adquirente de buena fe no sufra perjuicio alguno por la declaración errónea o falsa del disponente, no significa que, desde el punto de vista interno, quede el acto sin más consecuencias. Pues si en este caso (que es el del 1.320, segundo párrafo) carece el cónyuge no titular de remedio alguno para deshacer los efectos de la disposición, no parece lógico entender que el Derecho le deje totalmente inerte frente a un acto que a veces será fundamental para la convivencia familiar. Y para evitar tal situación se podría hacer entrar en juego el principio de la subrogación real sobre el dinero procedente de la enajenación, e incluso considerar la posibilidad de que el cónyuge no titular pueda exigir que el dinero procedente de la transmisión se invierta en la adquisición de otro inmueble con el mismo destino (94). Al reconocimiento de esta facultad podría conducirnos

(92) Tercero civil es el que no ha sido parte en el contrato, y más técnicamente, tal como lo define ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, tomo I, págs. 645 y siguientes), «el que no es sujeto de la relación jurídica que se contempla, por estar fuera de ella y no haber participado en su formación o desenvolvimiento», considerando este autor como tercer adquirente el que subentra en virtud de negocio jurídico en el derecho del transmitente, y, por tanto, al ser causahabiente de éste no podrá adquirir más de lo que éste puede dar.

Pero en ningún caso podrá considerarse tercero a quien hubiera sido parte en la misma relación jurídica que pretende calificarse. Por eso incluso en el campo registral la inscripción no convalida los actos nulos.

En nuestro caso, si al adquirente, que no tiene la condición de tercero, sino la de parte en el contrato, se le exime de las consecuencias de un vicio del mismo, lo que se está es facilitando al cónyuge titular la posibilidad de transmitir sin el control del párrafo primero del artículo 1.320. En definitiva, la norma de este precepto, bajo el disfraz de la frase «no perjudicará al adquirente de buena fe», está exonerando al cónyuge titular de la exigencia del primer párrafo de dicho artículo a los efectos de una transmisión eficaz. (Otro problema será el de los efectos en relación con el otro cónyuge.) Y es que el legislador no se atrevió a limitar la facultad de disposición del propietario con todas sus consecuencias, en aras del interés familiar.

(93) El párrafo segundo del artículo 1.320 fue introducido por el Congreso de Diputados y no figuraba en el Proyecto.

(94) Si la disposición se ha realizado a título gratuito, habrá que aplicar la presunción del artículo 1.297 del Código Civil, la cual, combinada con la norma

el artículo 1.318, párrafo primero, cuando dispone la afectación de todos los bienes al levantamiento de las cargas familiares, y especialmente su párrafo segundo al establecer que «Cuando uno de los cónyuges incumpliere su deber de contribuir al levantamiento de estas cargas (las del matrimonio), el Juez, a instancia del otro, dictará las medidas cautelares que estime convenientes...» (95).

Supuesto que no se haga declaración alguna o esté claro que se trata de una vivienda habitual del matrimonio, se plantea el problema de la forma y el tiempo a los cuales deberá ajustarse el referido consentimiento, y más concretamente, si cabe un consentimiento anticipado en capitulaciones matrimoniales.

Antes de entrar en su análisis conviene precisar que, dado el carácter específico de este consentimiento, no podrá entenderse comprendido dentro del general para disponer de los gananciales, ni dentro del poder para disponer de los bienes propios del poderdante.

Estudemos ahora los siguientes supuestos:

a) En *situación normal* del matrimonio.—Si el consentimiento pretende otorgarse anticipadamente en *capitulaciones*, como un pacto más de las mismas, supondría en la práctica, a mi juicio, una renuncia a la facultad de control que supone aquella exigencia de intervención en la disposición, facultad que debe permanecer libre hasta el momento de la enajenación, pues es entonces cuando se podrá valorar ponderadamente su alcance, teniendo en cuenta las circunstancias de la familia en ese momento (número de hijos, edad de éstos, situación económica, etc.). Tal renuncia que va implícita en la irrevocabilidad unilateral de los capítulos (art. 1.331 del Código Civil), haría nulo el consentimiento así prestado, por aplicación del artículo 6-2 del Código Civil (96).

Distinto será el supuesto del consentimiento dado por el cónyuge no propietario anticipadamente, en escritura a tal objeto, y en forma *genérica*, es decir, sin concretar una vivienda determinada, pero referido, desde luego, a la que en su momento tuviere tal destino. En este caso, no existe una dejación de aquella facultad de control, ya que el

del 1.318, párrafo primero, que afecta todos los bienes de los cónyuges al «levantamiento de las cargas del matrimonio», y la del artículo 7, cuando establece que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y que la ley no ampara el ejercicio antisocial del mismo; hace tránsito a la consideración del mero perjuicio a aquellos efectos.

(95) Otras manifestaciones de esta protección a través de la vivienda familiar se encuentran en el artículo 96, último párrafo; 103-2.º y de alguna manera en el 1.406-4.º

(96) Otro problema es el de si cabe un consentimiento revocable unilateralmente en capitulaciones.

cónyuge no titular podrá revocar el consentimiento cuando a su juicio hayan variado las circunstancias. La facultad de control podrá ejercitarse ahora por vía de revocación.

Pero, además, la validez de un consentimiento prestado genéricamente, resulta avalada por las siguientes consideraciones: 1) Si la simple manifestación del propietario en el sentido de que no se trata de vivienda habitual, basta para que se produzca la eficacia de la disposición en relación con el adquirente de buena fe (aunque la manifestación del art. 1.320 se refiere al destino y no a la existencia del consentimiento), con mayor razón habrá que sostener la eficacia de la venta si existe un consentimiento formal no revocado del cónyuge no propietario. 2) Si se hubiere otorgado el consentimiento anticipado en relación con una vivienda concreta, lo cual no parece que admita duda, estaríamos ante una situación semejante a la planteada por el consentimiento genérico, cuando no se haga uso de aquél en un breve plazo; y lo normal es que un matrimonio conserve su vivienda durante un tiempo muy largo o por toda la vida del mismo. 3) El artículo 1.320, en cuanto supone una norma excepcional ha de interpretarse del modo más favorable a la libertad de disposición, siempre que los intereses familiares que intenta proteger queden salvaguardados.

b) Si la convivencia se ha roto, habrá que distinguir:

1) Separación de hecho.—Si el matrimonio carece de hijos comunes, la relación familiar reducida a la conyugal, está en suspenso, y de momento no existe interés familiar sobre la vivienda, que dejará de ser de uso común, y por tanto, quedará desafectada. En este caso no parece que haya obstáculo en admitir la validez del consentimiento otorgado en capítulos, o en un convenio regulador de dicha separación.

Si existen hijos comunes sujetos a la patria potestad y que convivan con el cónyuge titular de la vivienda, será válido, a mi juicio, el consentimiento otorgado como pacto capitular o dentro del convenio de separación, pues es lógico entender que si uno de los cónyuges, previo convenio regulador de la separación, ha asumido el cuidado de los hijos (97), es que el otro le ha confiado las facultades familiares, que ahora están reducidas a las derivadas de la relación paterno filial. Y en este caso, el control que aquel consentimiento para enajenar la vivienda supone, podría incluso considerarse innecesario, al objeto de defender los in-

(97) La posibilidad de convenio sobre el cuidado de los hijos y sobre el ejercicio de la patria potestad está reconocida hoy en el artículo 156 cuando dice que ésta se «ejercerá por ambos progenitores o por uno con el consentimiento... del otro». «Si los padres viven separados... se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva.» Y el artículo 159, al regular la convivencia de los hijos en caso de separación de los padres, da preferencia al acuerdo de éstos.

tereses familiares. Por eso el último párrafo del artículo 96 del Código Civil, al regular los efectos de la sentencia de separación (nulidad y divorcio), establece que «Para disponer de la vivienda... cuyo uso corresponda al cónyuge *no titular* se requiere el consentimiento de ambas partes, o en su caso, autorización judicial». Del contenido de este precepto se deduce que cuando el uso de la vivienda le corresponda a su *titular*, en los casos referidos de separación judicial, nulidad o divorcio, no necesitará tales consentimiento o autorización.

Bien es cierto que el supuesto del artículo 96 del Código Civil existe un control judicial, ya se ejerza a través de la aprobación del convenio regulador (art. 96, párrafo primero, en relación con el 90 del Código Civil) o directamente, mediante la adopción de las medidas adecuadas, que convengan al interés de los hijos (art. 92 del Código Civil). No obstante, hay que reconocer que el trasfondo que inspira su regulación, es idéntico al de la separación de hecho convenida.

Si los hijos comunes conviven con el cónyuge *no titular* de la vivienda, parece lo más razonable considerar que ésta queda afectada en interés de los hijos (98). Por ello, el cónyuge que asume las responsabilidades derivadas de la paternidad, no podrá renunciar a la facultad controladora, como entendemos que lo haría si presta un consentimiento anticipado e irrevocable. Pues, aunque en materia de separación judicial se parte siempre del acuerdo previo entre los cónyuges, este convenio regulador de la nueva situación ha de pasar ineludiblemente por el tamiz de la aprobación judicial, e incluso será modificado siempre que se alteren sustancialmente las circunstancias (art. 90, párrafos segundo y tercero) (99).

(98) Adviértase que el artículo 96 establece que, en defecto de acuerdo aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar «corresponde a *los hijos* y al cónyuge en cuya compañía vivan». La preferencia del interés de los hijos determina el uso de la vivienda.

(99) Se podría plantear aquí el problema de la validez del consentimiento irrevocable para la enajenación cuando el cónyuge titular constituya en favor del otro cónyuge y de los hijos que con éste convivan un derecho de usufructo o habitación, pues entonces el interés familiar, en cuanto al uso de la vivienda, quedaría salvaguardado de ese modo.

Incluso en este caso resulta dudosa su validez, pues la afección especial de la vivienda ha de considerarse en todo su valor, en previsión de que por cambios necesarios de domicilio o por otras circunstancias especiales sea necesario incluso proceder a la venta, afectando su importe al objeto de conseguir otra vivienda, facultad que podría deducirse del párrafo segundo del artículo 1.318 del Código Civil. En caso de separación judicial esta posibilidad podría derivarse del artículo 103-2.º cuando entre las medidas a adoptar por el Juez, admitida la demanda, regula la que consiste en «determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno»; y sobre todo del número 5.º de dicho artículo al añadir la posibilidad de señalar el régimen de administración y disposición de

2) Separación judicial.—En este caso se produce la suspensión legal de la vida en común (art. 83 del Código Civil), suspensión que comenzará en el momento de admisión de la demanda (art. 102-1.º). Las relaciones familiares quedan reducidas a las paterno filiales, cuya protección goza de interés preferente en la regulación de tal situación. Por eso el artículo 96 atiende a este criterio preferencial cuando regula la adjudicación del uso de la vivienda familiar, que «corresponderá a *hijos* y al cónyuge en cuya compañía vivan». Pues bien, en tales casos si la vivienda se ha adjudicado a su titular, el consentimiento para la enajenación será innecesario, tal como se desprende del citado precepto 96 en su último párrafo. En cambio, si se adjudica al «*no titular*» se requerirá el consentimiento de ambas partes, o en su caso, autorización judicial».

Sin embargo, en este último caso, dada la intervención del Juez en la aprobación del convenio regulador, si se pactase en él el consentimiento anticipado, lógicamente habrá de considerarse válido.

B. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y LIBERTAD DE LOS CÓNYUGES Y LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES

En régimen de separación de bienes, la libertad y autonomía de los cónyuges es amplísima, en el marco de nuestro Código Civil. El artículo 1.323 formula el principio de libertad de contratación, al disponer que «El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos» (100). El artículo 1.437 consagra la autonomía patrimonial de los cónyuges cuando establece que corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de sus bienes. Y por último, el 1.440 establece el de responsabilidad exclusiva por las propias deudas (101).

aquellos bienes privativos que por capítulos o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio.

(100) La Exposición de Motivos del Proyecto 1981 señala entre los aspectos sociales y económicos de relieve «la nueva libertad de los cónyuges para celebrar entre sí cualesquiera contratos, incluidas las donaciones, que, autorizadas antes por diversos Derechos forales, nunca habían presentado inconvenientes de alguna entidad».

Conviene hacer constar, sin embargo, que en las regiones en las que el régimen legal es el de separación existen normas restrictivas, tales como la del artículo 4, párrafo tercero, de la Compilación balear, en la que matiza la libertad de contratación limitándola a los contratos onerosos. Y en igual sentido el artículo 11 de la Compilación catalana, complementado por el artículo 20.

También en la Compilación navarra, la Ley 76 establece, cualquiera que sea el régimen del matrimonio, una restricción para las donaciones de la mujer al marido cuando excedan de los regalos módicos, consistente en la necesidad de la aprobación de los parientes mayores de la donante.

(101) La Legislación fiscal no ha tenido en cuenta esa autonomía que pretende consagrar la reforma 1981. Así, la Ley de 8 de septiembre de 1978, reguladora del

Pero el legislador no puede sustraerse a la realidad de la vida en común que el matrimonio implica, ni a la consideración de que los terceros siempre tendrán presente que en el caso de un cónyuge se trata de un contratante comprometido en una cierta comunidad.

Por ello la mayoría de las legislaciones establecen una serie de medidas limitativas, en beneficio de los acreedores.

Analizaremos ahora las normas destinadas a proteger a los que contratan con los cónyuges en régimen de separación de bienes, distinguiendo las que se refieren al supuesto especial del cónyuge comerciante y las de aplicación general.

a) *Supuesto de cónyuge comerciante*

Los acreedores del cónyuge comerciante cuentan con una serie de normas protectoras de carácter general, entre las que se incluye la del artículo 1.442, que luego examinaremos, pero además, y de manera específica con otras que tienen —como señala CÁMARA (102)— un carácter acusadamente formal, pues realizan la protección a través de la inscripción en el Registro Mercantil.

Esta normativa que se contiene fundamentalmente en los artículos 21-9, 27, 909-1.º y 2.º, del Código de Comercio, y 76 del Reglamento del Registro Mercantil (103), no ha sido modificada ni en 1975 (salvo el art. 21-9 del Código de Comercio) ni ahora, y está redactada en función de la legalidad anterior que atendía a los intereses de la mujer, partiendo del supuesto normal en otro tiempo que era el del marido comerciante, y del sistema de organización de los gananciales en el que la administración se confiaba al marido; lo cual planteará graves problemas de coordinación e interpretación.

Hecha esta observación, veamos ahora las consecuencias de la

impuesto sobre la renta de las personas físicas, establece en su artículo 4 que cuando las personas físicas sujetas al impuesto estén integradas en una unidad familiar, todos los componentes de ésta quedarán conjunta y solidariamente sometidos al impuesto como sujetos pasivos. Y en su artículo 7 dispone para tal caso que se acumularán todos los rendimientos e incrementos de patrimonio de todos los miembros de la unidad familiar, *cualquiera que sea el régimen del matrimonio*.

Y ya Ley de 14 de noviembre de 1977, con relación al impuesto sobre el patrimonio, en su artículo 4 dispone que si el régimen del matrimonio es el de separación, la acumulación de las pertenencias a ambos se practicará en la persona del marido, y si estuviera incapacitado en el de la mujer, sin perjuicio del prorrateo de la exacción, según el patrimonio de cada uno.

(102) *Estudios...*, cit., pág. 64.

(103) Estas normas se aplicarán lógicamente con independencia del régimen económico del matrimonio. (En este sentido, CÁMARA, *ob. cit.*, pág. 64.)

aplicación de estos preceptos, en relación con los bienes privativos de ambos cónyuges (104).

Tratándose de bienes *privativos de la mujer* (parafernales en la terminología del art. 909-2.º, del Código de Comercio) (105) adquiridos por *herencia, legado o donación*, podrán separarse de la masa de la quiebra, aunque no consten en el Registro Mercantil ni en el de la Propiedad. Pero si tales bienes se hubieran enajenado e invertido su importe, los subrogados podrán ser objeto de separación si constan en el Registro Mercantil.

Si han sido adquiridos por otro título (oneroso antes de casarse), parece lógico entender, como lo hace CÁMARA, que a pesar de que no están comprendidos en el artículo 909-2.º del Código de Comercio, habrán de asimilarse a los adquiridos por herencia, legado o donación, pues no hay razón que avale una diferencia de trato. Sin embargo, entiende el citado autor que los adquiridos por la mujer a título oneroso durante el matrimonio en régimen de separación de bienes, tal vez deban ser considerados subrogados, pues lo originariamente adquirido es el dinero entregado como contraprestación (106).

Con respecto a los bienes *privativos del marido*, en el caso de la mujer comerciante, aunque no están referidos en los artículos 27 y 909 del Código de Comercio, habrá que darle el mismo tratamiento que a los privativos de la mujer por exigencia obligada del principio de igualdad de los cónyuges que impone la reforma de 1981 (107).

(104) Con relación a la dote si la escritura se inscribió en el Registro Mercantil, con arreglo al artículo 27 del Código de Comercio, podrá la mujer del comerciante separar de la masa de la quiebra los bienes de la dote inestimada y los de la estimada que se conserven en poder del marido (art. 909-1 del Código de Comercio). Respecto a la dote estimada, en otro caso, si el crédito dotal fue garantizado con hipoteca y se inscribió en el Registro Mercantil, gozará de la preferencia que le concede el propio Código de Comercio.

Para un estudio detallado, CÁMARA, *ob. cit.*, págs. 65 y ss.

(105) A pesar de que la reforma 1981 suprimió la disciplina de la dote, y en consecuencia la de los parafernales, «en acatamiento al principio de igualdad», como dice la Exposición de Motivos del Proyecto, ello no quiere decir que hayan desaparecido ambas categorías de bienes, sino que subsistirán cuando los cónyuges establezcan un régimen especial para ciertos bienes de la mujer, sin perjuicio de que legalmente pervive su regulación en Aragón (arts. 30 a 32 de la Compilación), en Cataluña (arts. 26 a 37), en Navarra (Leyes 119 a 124).

En este sentido se puede decir que todavía conserva vigencia la terminología utilizada por el Código de Comercio.

(106) *Ob. cit.*, pág. 69. También LACRUZ: *Lerecho de Familia*, cit., pág. 461.

(107) Con relación al Derecho anterior a la reforma de 1981 sostenía CÁMARA (*ob. cit.*, pág. 122) que aunque no estén referidos en el artículo 27 ni en el 909 del Código de Comercio habrá que darle el mismo tratamiento que a los parafernales para que la nueva norma del artículo 21-9.º del Código de Comercio, reformado en 1975, al incluir como documentos sujetos a inscripción los títulos que acrediten la propiedad de los bienes propios del cónyuge del comerciante, no resulte inútil.

Hoy habrá que tener en cuenta que la aplicación de la norma del 1.442 del Código Civil, en caso de quiebra, hará que los bienes adquiridos a título oneroso que se encuentren en el supuesto de dicho precepto, queden bajo su alcance y, por tanto, deban reintegrarse a la masa de la quiebra, al estar bajo sospecha de fraudulencia, tal como luego veremos.

Desde el punto de vista crítico hay que destacar, aparte del anacronismo de aquellos preceptos del Código de Comercio (108), su falta de congruencia entre sí y en relación con los principios hipotecarios. Así, el artículo 27-1, cuando reduce las consecuencias de la falta de inscripción de las escrituras dotales o referentes a bienes propios de la mujer del comerciante, a la pérdida de prelación, se aviene mal con la del artículo 26 que, con carácter general, establece la ineficacia total de lo no inscrito frente a tercero (109). Tampoco se coordina con la norma del artículo 909-2 del Código de Comercio, que, tal como hemos visto, exime a los bienes privativos originarios de la necesidad de inscripción para ser separados de la masa de la quiebra (110).

Por último, el artículo 27-2 supone un desvío, o como dice la Sentencia de 13 de junio de 1898, una modificación de los principios hipotecarios, cuando la inscripción es posterior a los créditos concurrentes.

Pero es que estas normas tampoco sirven para proteger suficientemente los intereses de los acreedores, ya que no evitan las posibles confabulaciones que el régimen de separación de bienes pudiera facilitar. Bastará que el cónyuge comerciante ponga los bienes que adquiera con los beneficios del negocio a nombre del otro cónyuge y éste los inscriba en el Registro Mercantil para que queden, en principio, fuera del campo de acción en los acreedores (111).

Y es que la defensa eficaz de los intereses de los acreedores ha de lograrse, como suele indicar la doctrina, mediante una serie de medidas precautorias que impidan o dificulten los trasvases patrimoniales y ocultaciones, que además de las generales, permitan más fácilmente la lucha contra el fraude.

(108) Resultan, cuando menos en su planteamiento inicial, discriminatorios, pues de ellos pudiera inducirse un tratamiento distinto de la mujer y el marido, que sólo a través de una interpretación sistemática y sociológica se puede obviar.

(109) Ver al respecto lo que se dice en las notas 13 y 104.

(110) Como señala CÁMARA (*ob. cit.*, pág. 67), el artículo 909 tiene carácter especial y debe prevalecer sobre el artículo 27 del Código de Comercio.

(111) Hoy esta facilidad podrá encontrar ciertos obstáculos derivados del nuevo régimen fiscal, que permite controlar los incrementos patrimoniales.

b) *Normas de protección de acreedores en régimen de separación de bienes*

Uno de los medios más eficaces de protección de los acreedores es el de las presunciones, al que las legislaciones acuden haciéndolas operar en un doble campo: en el de la prueba de la propiedad y en el de los trasvases patrimoniales.

1. *En el de la prueba de la propiedad*

La mayoría de las legislaciones establecen para los regímenes de comunidad la presunción de que los bienes de los cónyuges son comunes mientras no se pruebe lo contrario; y en régimen de separación la presunción de copropiedad (112).

En el Derecho del Código Civil, el artículo 1.441 dispone que «Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad».

Esta norma, que recoge una cláusula que era corriente entre los pactos capitulares regulando el régimen de separación, plantea algunos problemas de interpretación:

En primer lugar, utiliza una técnica de redacción distinta a la del artículo 1.361 (presunción de ganancialidad). En éste se dice que «se presumirán gananciales si no se prueba que...», con lo cual se está estableciendo claramente una presunción que descarga del *onus probandi* a quienes pretendan hacer valer el carácter ganancial de los bienes (113).

(112) En nuestro Ordenamiento, el artículo 1.361 del Código Civil establece la presunción de ganancialidad. En sentido equivalente también el artículo 40 de la Compilación aragonesa y la Ley 83 de la Compilación navarra.

El artículo 3 de la Compilación balear y la Ley 103, c), de la navarra recogen la presunción de copropiedad en régimen de separación, y hay que hacer notar que esta última con una técnica un poco más depurada al utilizar el término preciso: «se presumirá...»

Los comentaristas de la Compilación balear critican duramente la presunción en ella formulada por considerar que no responde a la tradición y que además desnaturaliza el principio de libertad que inspira el régimen de separación. Así, MASOR MIQUEL considera que es de lamentar que se sacaran de la manga, dada la ausencia total de precedentes, una híbrida presunción de copropiedad que desafina con el contexto de un régimen de absoluta separación (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXI, vol. 1.º, pág. 78). Y CERDÁ GIMENO dice (también en *Comentarios...*, vol. 2.º, pág. 140) que la norma referida aplicada con rigor podría acabar con el régimen de separación de bienes.

(113) Parece que la formulación del artículo 1.361 va dirigida más directamente a la protección de los acreedores del consorcio, reforzando la importancia de la masa común, quizá por su especial destino; sobre todo si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.355, que presume la voluntad favorable de los cón-

En el artículo 1.441 se dice que «Si no es posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, *corresponderá* a ambos por mitad». Parece, con esta redacción, que está más bien resolviendo un problema interno, de titularidad, cuando entre los cónyuges se plantea discusión al respecto, que normalmente tendrá lugar a la hora de la liquidación y en el campo de los bienes muebles.

Pero, ¿qué alcance tendrá esta diferente técnica utilizada por el legislador? y más concretamente, ¿cómo se destruyen los efectos de la presunción?

En el caso de los gananciales, la presunción establecida en el artículo 1.361 resulta muy eficaz en el ámbito externo, pues no basta para destruirla con acreditar el título formal de adquisición a favor de uno sólo de los cónyuges, sino que además habrá que demostrar el carácter privativo del dinero invertido, si tenemos en cuenta el juego de los artículos 1.324, 1.347-3.º, del Código Civil y 95 del Reglamento Hipotecario (114).

Por otra parte, pertenece al tipo de presunciones que trascienden del campo puramente procesal, y se manifiesta con vigor en el tráfico jurídico. Los cónyuges, si no prueban el carácter privativo de los bienes, han de comportarse como si de gananciales se tratase a los efectos de legitimación para disponer de ellos. Y los terceros podrán perseguir directamente dichos bienes por deudas de la masa, e incluso hoy, también los acreedores de cualquiera de los cónyuges, conforme al artículo 1.373.

En el caso del artículo 1.441 parece que habrá que entender la presunción con un alcance mayor que el de un medio para resolver un problema meramente interno entre los cónyuges. Esta norma, pese a su redacción («corresponderá...»), funcionará como una presunción, con las consecuencias lógicas en el campo procesal (115). Y respecto de

yuges al carácter ganancial de los bienes adquiridos conjuntamente y sin atribución de cuotas, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación.

Sin embargo, hay que reconocer que en el sistema actual de igualdad de los cónyuges, en el que el marido no es ya el administrador, quizá haya menguado su trascendencia. Aunque también es verdad que la norma del artículo 1.373 permite a los acreedores particulares de un cónyuge el embargo de bienes gananciales, por lo que la masa ganancial les resulta ahora asequible, sin perjuicio de las preferencias, tema que ha sido analizado en otro lugar de este trabajo.

(114) En este sentido resulta más correcta la redacción del artículo 40 de la Compilación aragonesa, que extiende el juego de la presunción al precio de la adquisición al disponer en su párrafo segundo que «la adquisición de bienes de cualquier clase a título oneroso constante matrimonio se considerará hecha a costa del caudal común».

(115) Con referencia al artículo 3-3.º de la Compilación balear, cuya formulación es semejante a la del artículo 1.441 del Código Civil, considera MASOR (*obra citada*, pág. 82) que dicha norma no crea una especial comunidad de bienes de los cónyuges, sino que se limita a establecer una presunción, tratándose, pues, de

terceros operará en el sentido de que en relación con ellos, el cónyuge deudor ha de ser tenido como copropietario, en principio, salvo que éste o su consorte acrediten la titularidad exclusiva, y sin que baste a tales efectos la confesión de uno de ellos, ya que la norma del artículo 1.324, situada dentro de las disposiciones generales, será aplicable a cualquier tipo de régimen económico matrimonial.

En este sentido, es lógico que los acreedores puedan valerse de dicha presunción para perseguir aquellos bienes que poseídos por ambos no pueda acreditarse que pertenecen exclusivamente a uno. Por tanto, el cónyuge que no tenga un título formal de adquisición deberá sufrir los efectos de la presunción tanto con relación al otro cónyuge como respecto a los acreedores, por lo que su influencia será mayor en el campo de los bienes muebles, respecto de los cuales resultará normalmente reforzada por el juego de los artículos 448 y 464 del Código Civil, tratándose de aquellos que se encuentran dentro del hogar (116).

Ahora bien, ¿si el cónyuge acredita la adquisición exclusiva con un título formal, seguirá actuando la referida presunción con el mismo alcance que la del artículo 1.361 en gananciales?

Es decir, ¿deberá, además, probar el cónyuge titular que el dinero de la inversión era de su propiedad exclusiva? Parece claro que desde el punto de vista de la legitimación en el tráfico, el que ostente un título formal tendrá la legitimación adecuada a la naturaleza de su derecho. Pero también en el campo procesal la norma del 1.441 carece,

una norma procesal que va dirigida a los jueces y tribunales más que a los propios esposos. No se trata, pues, de regular vicisitudes futuras de una comunidad, sino de deducir *a posteriori* que existió dicha comunidad en cuanto a unos bienes concretos, respecto de los cuales no pueden acreditar la pertenencia exclusiva a uno de ellos.

Y CERDÁ GIMENO (*ob. cit.*, pág. 140), después de señalar lo desafortunado de la redacción del artículo 3-3, que desorienta al intérprete, considera que se trata de una presunción de propiedad, que no tiene un carácter material, calificador de una titularidad común, sino más bien procesal y dirigida al campo de la prueba. Se trata, pues, de una norma dirigida al proceso, nunca al tráfico jurídico, y su juego normal es en el momento de la disolución del matrimonio al liquidarse cada patrimonio privativo.

(116) Señala MASOT que en los Juzgados de la Isla, cuando tiene lugar el embargo de bienes muebles del domicilio del deudor, no se suspende por el hecho de figurar como titular de la vivienda en la que se efectúa la traba el cónyuge del deudor, o por la exhibición por parte de éste de una factura de adquisición a su exclusivo nombre del bien mueble que se pretende embargar. Y añade este autor que, precisamente, la intención de los redactores del artículo 3-3 era que tuviera un ámbito limitado a los bienes muebles situados en el hogar conyugal. Pero al no haber circunscrito así su ámbito, dio pie a que puedan fundamentarse resoluciones judiciales que establezcan la comunidad sobre cualquier bien de uno u otro cónyuge si la propiedad particular no está acreditada nítidamente. Por ello aboga porque se elimine tal presunción de la Compilación, pues para los muebles del ajuar doméstico basta con los principios posesorios del Código Civil, y especialmente el del artículo 464.

en principio, del alcance e intensidad suficientes como para entender que no basta el título formal para destruirla, sino que haya que acreditar también para ello, la procedencia del dinero. Esta eficacia limitada podría desprenderse de la necesidad de coordinar aquella norma con la de la del artículo 1.442, que establece que una presunción que lógicamente habrá de entenderse más intensa, por referirse a una situación crítica como es la quiebra o concurso, y, sin embargo, limita su alcance en el sentido de considerar que fueron donados solamente *en su mitad* por el deudor los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior a la declaración de la quiebra o concurso, o en el período a que alcance la retroacción, salvo prueba en contrario.

Esta presunción tendría muy poca utilidad, si a la del 1.441 se le diere el alcance amplio referido, pues aun reconociendo que el artículo 1.442 añade la presunción de donación, con las correspondientes consecuencias en materia de acciones rescisorias, su virtualidad sería prácticamente inoperante, como luego veremos, si aplicando el artículo 1.441, se entendiese que esa mitad ya es propiedad del cónyuge quebrado.

No obstante, la doctrina balear, al comentar el artículo 3-3 de la Compilación, cuya redacción es semejante a la del artículo 1.441 del Código Civil, señala el peligro de que la presunción pudiera convertirse en una puerta falsa para la introducción solapada del régimen de gananciales en Baleares, y se recela, sobre todo, de las consecuencias que podrían derivarse si se siguiese la doctrina de dos sentencias del Tribunal Supremo, en las que aplica al pie de la letra el artículo 3-3.º de la Compilación (117).

En la de 2 de noviembre de 1965, se trataba de un matrimonio entre mallorquín y extranjera, celebrado en Tánger, que se había declarado nulo apreciándose mala fe del marido. La sentencia consideró que una casa comprada por el marido durante el matrimonio, en escritura que se inscribió en el Registro de la Propiedad a su nombre exclusivamente, debía considerarse común por no haberse probado la adquisición privativa del dinero importe de la compra, por lo que se condenó a transferirla a la mujer, perdiendo aquél «su mitad de gananciales».

La de 2 de marzo de 1977, en uno de los considerandos, que no fue decisivo, se dijo que, aun admitiendo que el régimen económico del matrimonio en el caso debatido fuese el de separación, justificado que todos los bienes habían sido adquiridos por el cónyuge viudo a título oneroso durante el matrimonio, y sin acreditarse que lo hubieran sido

(117) MASOT, *ob. cit.*, pág. 79.

con capital propio de él, tendrían que ser calificados como comunes de ambos cónyuges y por mitad (118).

Estas dos sentencias, que han causado cierta alarma en un sector de la doctrina balear, se refieren y resuelven un problema interno relativo a la prueba de la propiedad entre dos cónyuges (o sus herederos), una vez extinguido el régimen. Por otra parte, en ninguna de las dos fue razón decisiva la presunción del artículo 3-3.º de la Compilación, haciendo ambas sentencias referencias ambiguas a los «gananciales», lo cual oscurece la trascendencia que su doctrina pudiera tener en cuanto a la presunción de copropiedad en régimen de separación. Si bien hay que reconocer que son indiciarias de una posibilidad interpretativa que, de prosperar, daría un alcance muy intenso a la norma del artículo 3-3.º de la Compilación balear, y consecuentemente, a la del 1.441 del Código Civil.

A pesar de todo, me parece que la presunción del artículo 1.441 del Código Civil ha de entenderse con un alcance más limitado que la norma del 1.361, precepto éste, que está jugando como pieza atractiva de un patrimonio, el cual, por razones funcionales (sobre él pesan principalmente las cargas del matrimonio), es merecedor de una más fuerte protección. En el supuesto del artículo 1.441 no existe un patrimonio especial al que, por su funcionalidad, deba dársele aquella fuerza atractiva, y la presunción del artículo citado, de copropiedad, es simplemente una consecuencia lógica de la vida en común que el matrimonio engendra.

El cónyuge que ha adquirido un bien a su nombre y lo acredita fehacientemente, podrá comportarse como dueño, y como tal ha de ser tratado por los terceros, sin perjuicio de que se pruebe que la adquisición se hizo a costa del caudal del otro cónyuge, o de los dos, o que el adquirente carecía de toda clase de bienes (119). Pero todo esto ya tendrá que probarse por quien lo alegue, pues por encima del título no alcanza, en principio, la influencia de la presunción del artículo 1.441 del Código Civil (120).

(118) MASOT (*ob. cit.*, pág. 81), comentando estas dos sentencias, deduce que, con relación al Derecho balear, para nuestro Tribunal Supremo ninguna significación tiene la inscripción a nombre de uno de los cónyuges ni la adquisición exclusiva de los bienes, sino que parte de una presunción de comunidad que sólo, al parecer, puede quedar desvirtuada mediante la prueba de haberse adquirido dichos bienes con capital propio de uno u otro cónyuge.

(119) Conviene recordar que en la sentencia citada de 1965 se consideró probado en el proceso que el marido carecía en absoluto de bienes con los que poder realizar la compra, por lo que se hizo entrar en juego la presunción del artículo 3-3 de la Compilación balear.

(120) Cuando se pruebe que un cónyuge ha adquirido con dinero del otro caben las siguientes posibilidades: a) Que haya adquirido a su nombre, pero para el que aportó el dinero, que desea ocultar su titularidad (representación indirecta).

2. En el de los trasvases patrimoniales

Para evitar las consecuencias perjudiciales que los trasvases patrimoniales entre los cónyuges pudieran acarrear a los acreedores, las legislaciones suelen adoptar una serie de medidas conducentes a evitar

Ha habido una «puesta a nombre» de un cónyuge con la finalidad de que la verdadera titularidad se oculte de momento a los ojos de los acreedores. En este caso, y utilizando el mecanismo de la representación indirecta, podría lograrse también la posibilidad de una actuación directa sobre el bien adquirido. (Pueden recordarse en apoyo de esta solución lo que al respecto dice DE CASTRO en *Temas de Derecho Civil*, pág. 129, quien refiere el apoyo de las Sentencias de 11 de junio de 1965, 22 de noviembre de 1965, 31 de octubre de 1970 y 26 de noviembre de 1970.) De modo que lo adquirido por una persona a nombre propio, pero habiendo indicios suficientes para presumir que se hace en interés y por cuenta de otra, se considera que ha pasado directamente al patrimonio de la persona para la que actúa la propiedad y posesión de lo adquirido.

b) Que el bien se haya adquirido definitivamente para su titular, como consecuencia de una donación del otro cónyuge, a través de una de estas dos vías: 1) se hace donación del dinero a un cónyuge, y luego éste hace la inversión del mismo libremente, en cuyo caso los acreedores podrán atacar la donación del dinero por medio de la acción rescisoria, pero no cuentan con la ayuda de una norma que establezca la nulidad directamente, como en el Derecho balear o catalán. Y 2), lo que se dona es el bien adquirido directamente por el donatario a título oneroso de un tercero, pero pagando el precio el cónyuge donante. Estamos ante un caso de simulación, en el que la donación está encubierta. En este caso, en el Derecho del Código Civil no se podrá atacar directamente la donación disimulada, a no ser por el cauce de la falta de forma, si se trata de inmuebles, y si se admitiese tal posibilidad, dada la Jurisprudencia variada y contradictoria al respecto. (Ver en este sentido DE CASTRO: *Negocio jurídico*, pág. 344, y VALLET: *Estudios sobre donaciones*, págs. 593 y ss.) En otro caso, puesto que hoy son válidas en nuestro Derecho las donaciones entre cónyuges, y sin que ni siquiera se presuma la gratuidad de los contratos entre ellos, los acreedores tendrán que acudir a la acción rescisoria, probado el carácter gratuito de la adquisición, y la presunción de fraude del 1.297 del Código Civil facilitará su ejercicio. En el Derecho balear, en el mismo supuesto se podrá acudir directamente a la vía de nulidad de la donación, conforme al artículo 4-3 de la Compilación, con la facilidad que supone la presunción de gratuidad que el mismo precepto establece.

c) Que simplemente se haya prestado el dinero para efectuar la adquisición, quedando el adquirente deudor de su importe. En este caso podrán los acreedores, utilizando la acción subrogatoria, reclamar el importe del crédito correspondiente, sin que se pueda presumir donación, en principio.

Si se hubiere demostrado simplemente que el adquirente carecía de toda clase de bienes, sin que se pruebe que fuese íntegramente del otro cónyuge, entraría en juego la norma del artículo 1.441 respecto del dinero. Lo que resulta difícil es admitir que se produzca entonces la subrogación real, y por esta vía se considere la copropiedad del bien adquirido por un solo cónyuge, subrogación que acepta y utiliza la norma del artículo 1.442 cuando, como luego veremos, dispone que se presumirá «en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados los *bienes* adquiridos a título oneroso por el otro...».

En nuestro caso, aplicando el artículo 1.441, se presumirá que la mitad del dinero de la adquisición pertenece al cónyuge del adquirente, a no ser que llegue a aceptarse una interpretación de más alcance respecto al artículo 1.441, tal como hemos visto.

o paliar tales perjuicios, a través, generalmente, de restricciones a la libertad de contratación entre cónyuges y de la técnica de las presunciones.

En el primer sentido, es preciso decir que a pesar de la alegría con que la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Reforma de 1981, anuncia la «nueva libertad de los cónyuges para celebrar entre sí cualesquiera contratos...», considerándola como un logro social de relieve, en la mayoría de los países occidentales existen normas limitativas a esa libertad de contratación (121).

Y en nuestro mismo Ordenamiento, la Compilación de Baleares prohíbe las donaciones entre cónyuges, tal como se deduce del artículo 4-3.º, y así lo interpreta la doctrina balear (122). Y en Cataluña se establece explícitamente la nulidad de donaciones entre cónyuges fuera de las capitulaciones, en el artículo 20 de la Compilación, si bien la doctrina suele considerar que se trata de una nulidad especial y cuyos efectos hay que matizar (123).

Pero además, ambas legislaciones, catalana y balear, establecen una presunción a favor de la gratuidad (art. 4-3.º de la Compilación balear, y 11 de la catalana), presunción que en Cataluña refuerza notablemente los efectos que, en relación con terceros, se derivan de la aplicación del artículo 340-3.º de la Compilación, que recoge modificada la tradicional *A foragitur fraus*.

Además de las normas referidas, y dentro del campo de las presunciones, merece especial consideración la llamada Presunción Mu-

(121) Así, en Dinamarca, las donaciones deben hacerse en contrato matrimonial. La convención constante matrimonio que implique transferencia gratuita de bienes de un esposo a otro, debe ser aprobada por el Ministerio de Justicia. Y también los pactos que impliquen el paso del sistema de comunidad al de separación. En Holanda, la venta entre esposos sólo puede tener lugar en ciertos casos regulados por la ley, y están prohibidas las donaciones entre cónyuges. En Suecia, si los prometidos quieren hacerse donaciones o un esposo dona algo a su consorte, debe cuidar el Juez que se publique en el diario oficial y en un periódico local.

Todas estas referencias están tomadas del trabajo de SIMÓ SANTONJA: *Capacidad y regímenes matrimoniales extranjeros*, págs. 263, 287 y 334.

(122) En este sentido, MASOT, págs. 130 y 131. CERDÁ GIMENO, *ob. cit.*, página 113, considera que la prohibición de donación habrá que entenderla en el sentido de la tradición jurídico balear, lo que llevará a la aplicación de la solución del artículo 20 y siguientes de la Compilación catalana.

(123) Para un estudio detallado y profundo, ver DELGADO ECHEVARRÍA: *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, págs. 225 y sigs. Y PUIG SALELLAS: *Notas sobre la autonomía patrimonial de la mujer casada en la Compilación catalana*, Cátedra Durán y Bas, págs. 171 y sigs.

Como señala DELGADO (*ob. cit.*, pág. 246), el legislador, sopesados los intereses de los cónyuges a realizar actos onerosos válidos y los de terceros a no sufrir defraudación por tales actos, ha llegado a un equilibrio consistente en que los terceros pueden atacar tales actos como a título gratuito, pero no como nulos o inexistentes, sino simplemente como donaciones válidas.

ciana, que habiendo nacido en unas circunstancias históricas determinadas y para una finalidad específica, ha sobrevivido, e incluso ha sido recogida en alguna legislación moderna, que conserva y utiliza aquel mecanismo oriundo del Derecho romano, con la finalidad ahora de evitar los posibles fraudes a los acreedores, llevándola al campo de la quiebra y a los respectivos Códigos de Comercio (Código napoleónico, italiano de 1865, B. G. B.); habiendo sido modificada posteriormente en el sentido de eliminar el carácter unilateral de su formulación en perjuicio de la mujer (124).

Sin embargo, en nuestro Ordenamiento aparece recogida, con fórmula arcaica, por el artículo 23 de la Compilación catalana, al disponer que «Los bienes adquiridos por la mujer constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, se presumirán procedentes de donación del marido. Si la mujer justifica tal adquisición, pero no la del precio con que se hubiese verificado se presumirá que éste le ha sido donado por el marido» (125).

La redacción de esta norma plantea difíciles problemas interpretativos y de adaptación a la realidad actual, y ha merecido un juicio severo por parte de la doctrina (126), si bien algún autor considera que, no obstante ser insostenible su formulación actual, con las correcciones adecuadas puede servir como un instrumento útil para la lucha contra el fraude, sobre todo si su eficacia se combina con la del artículo 340-3.º de la Compilación, por lo que quizá deba mantenerse, aunque adaptada a las necesidades de hoy (127).

En Cataluña, los acreedores, frente los trasvases patrimoniales entre los cónyuges, ya sean reales o simulados, cuentan, además de los recursos generales de las acciones Pauliana, subrogatoria y de simulación, con los siguientes específicos: El del artículo 340-3.º de la Compilación, que les permite dirigirse directamente contra el bien donado, sin que pueda oponerse el donatario, para el cobro de créditos anteriores. El del artículo 11, que presume la gratuidad de los desplazamientos entre cónyuges, invirtiendo la carga de la prueba y facilitando el juego de la acción de rescisión ex artículo 1.291-3.º y 1.297 del Código Civil. Y por último, si no se ha podido desvelar la donación oculta, mediante

(124) Como señala DELGADO (*ob. cit.*, pág. 177), lo restringido de su ámbito, su adscripción al Derecho de quiebras, la aplicación independiente del régimen y la naturaleza de sus efectos hacen ver cuán lejos nos hallamos de la vieja presunción de Q. MUCIUS.

(125) Para un estudio detallado de esta institución: DELGADO (*ob. cit.*, páginas 168 y sigs.); PARA MARTÍN (*Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Cátedra Durán y Bas, págs. 47 y sigs.); PUIG SALELLAS (*ob. cit.*, págs. 174 y sigs.).

(126) DELGADO (*ob. cit.*, págs. 178 y 212).

(127) Así, PUIG SALELLAS (*ob. cit.*, págs. 178 y 179).

el ejercicio de la acción de simulación, apareciendo sólo una adquisición onerosa por la mujer, entrará en juego la presunción muciana, si bien con el limitado efecto del artículo 23 de la Compilación, que considera donado el precio de la adquisición, cuyo importe podrá ser reclamado, en cuanto afecto a la responsabilidad patrimonial del marido (128).

Después de lo hasta ahora visto, se puede decir que en nuestro Derecho, las legislaciones forales en las que el régimen legal es el de separación establecen una serie de medidas limitativas que los acreedores podrán utilizar para defenderse de posibles trasvases fraudulentos, facilitándoles el camino.

Sin entrar en juicio crítico alguno sobre estas normas, no creemos que las medidas en ellas establecidas, dada su formulación en las Compilaciones, debieran haberse acogido en el Código Civil. Pero hay que reconocer que dentro del marco del Código Civil sólo existe una norma, introducida por la reforma de 1981, cuya formulación es tímida y su alcance limitado, y podría considerarse como una leve manifestación de la llamada todavía Presunción Muciana. Es el artículo 1.442 que establece lo siguiente: «Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él, los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra. Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho».

Para su análisis conviene destacar los siguientes aspectos:

1.º Su aplicación se restringe a los casos de concurso o quiebra.— Por tanto, para tales situaciones no le ha servido al legislador la presunción genérica de cotitularidad del artículo 1.441, quizá por considerarla de eficacia limitada en los términos ya vistos (129).

2.º Se le concede un alcance bastante reducido: Se presumen donados en su mitad los bienes adquiridos por el cónyuge del quebrado siempre que 1) lo hubieran sido a título *oneroso*, con lo que resultan desamparados los casos de doble simulación y puestas a nombre a

(128) Para un estudio minucioso de la materia, PINTO (*Estudios...*, págs. 69 y sigs.).

(129) Si la presunción del artículo 1.441 se llevase a sus últimas consecuencias, tendría un alcance mayor que la norma del artículo 1.442, pues, en principio, los acreedores del quebrado podrían dirigirse, sin limitación temporal, contra la mitad de los bienes del otro cónyuge, a no ser que éste acredite no sólo el título formal de adquisición exclusiva, sino también el carácter privativo del dinero invertido. Solución que acercaría el régimen de separación al de comunidad en este aspecto de las responsabilidades.

través de donación (130). 2) Durante el año anterior a la declaración o en el período a que alcanza la retroacción. En este sentido contrasta con el plazo más amplio que para tales casos establecen otras legislaciones (131). Y 3) que los cónyuges no estén separados de hecho o judicialmente.

Las ventajas que los acreedores pueden sacar de esta norma son ciertamente exiguas, dentro del marco general de la quiebra, pues su eficacia se limita además en un doble ámbito:

a) Sólo alcanza a la mitad de los bienes. Esta limitación resulta extraña en un régimen de separación. Lo lógico sería entender donados los bienes en su totalidad, tal como lo hace la Ley italiana de quiebras y el Código Civil alemán.

Esta norma tendría una mayor utilidad si se interpretase como una presunción de donación de la mitad que «corresponda» al cónyuge del quebrado, con arreglo al artículo 1.441 del Código Civil, puesto que la otra mitad ya se entiende propiedad del quebrado, por aplicación de este último precepto. De esta manera, con el juego combinado de las dos presunciones, se alcanzaría en favor de los acreedores la totalidad del bien adquirido por el cónyuge del quebrado. Sin embargo, ya hemos visto que la presunción del 1.441 no traspasa el título formal, de modo que si existe un título de adquisición, como sucede en el caso del 1.442, esta última norma habrá que referirla lógicamente a la mitad que de no haber habido título formal ampararía el 1.441. En definitiva, el artículo 1.442 viene a significar un mero refuerzo del 1.441, que operará precisamente cuando la última no entre en juego por quedar desvirtuada por la existencia de un título de adquisición exclusivo (132).

(130) Es el caso siguiente: el cónyuge A entrega a C (padre del otro cónyuge B) una cantidad de dinero, para que éste compre un bien y lo done a B. O más simplemente para que done a B una finca propiedad de C.

(131) Así, la Ley italiana de Quiebras establece un período de cinco años.

(132) Hay que reconocer, sin embargo, que si el artículo 1.441 llegare a ser interpretado en un sentido amplio, de modo que la presunción de copropiedad no pueda destruirse con el título formal, sino que haya que demostrar también la procedencia del dinero, la norma del artículo 1.442 sólo tendrá utilidad si la presunción de donación la referimos a la mitad del bien que por aplicación del artículo 1.441 se presume propiedad del donatario. En otro caso, es decir, si se hacen confluir las dos presunciones sobre la misma mitad, sería inútil la norma del artículo 1.442, aparte del contrasentido de presumir donado lo que por otra vía ya se presume de propiedad del donante.

Así, si el cónyuge adquirente probase que el dinero es de su propiedad exclusiva, la situación es idéntica en los supuestos de los artículos 1.441 y 1.442. Si no se prueba la procedencia, aplicando el artículo 1.441 se presumirá que la mitad del bien adquirido pertenece al otro cónyuge (y no sólo el dinero de la mitad del precio, ya que teniendo en cuenta la redacción del artículo 1.441: «corresponderá...», la presunción, entendida en el sentido amplio que estamos utilizando, se refiere al bien y no al dinero invertido en la adquisición). Si aplicamos la norma del artículo 1.442, limitado su alcance a la misma mitad, sobre la que

b) Se limita a presumir una *donación*, salvo prueba en contra, sin añadir otras consecuencias (133). Y puesto que en nuestro Código Civil no están prohibidas las donaciones entre cónyuges, los acreedores tendrán que acudir a la normativa genérica de las acciones rescisorias, concretamente la del artículo 880 del Código de Comercio, si la adquisición tuvo lugar dentro de los treinta días precedentes, y que añadirá a la presunción de donación la *iuris et de iure* de fraudulentia; la del artículo 882 del Código de Comercio que añade la *iuris tantum* de fraude, si la adquisición se hizo antes de los dos años anteriores a la quiebra, y la general de los artículos 1.291-3.º y 1.297 del Código Civil.

La presunción de donación del artículo 1.442, así formulada, se limita, pues, a dirigir a los acreedores por el camino de las acciones de rescisión por fraude. Muy distinto sería su alcance si se hubiera añadido la sanción de ineficacia a las donaciones presuntas, respecto a acreedores, para los supuestos a los que el artículo 1.442 se refiere.

Por otra parte, habrá que tener en cuenta las consecuencias que se derivan de la publicidad registral, conforme al artículo 909 del Código de Comercio, cuyo alcance se analiza en otro lugar de este trabajo (134).

c.—*Fuera de los procedimientos concursales*, los acreedores tendrán que acudir a recursos generales que el Derecho ofrece para luchar contra el fraude: acción de simulación y rescisorias, con la necesidad de probar la simulación o el fraude, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 1.297 y 643-2.º del Código Civil.

Podrán además utilizar la presunción del artículo 1.441 cuando el cónyuge no deudor carezca de título formal de adquisición, lo que

opera el artículo 1.441, los efectos serán más débiles, pues si el adquirente no acredita que el dinero es de su exclusiva pertenencia, lo que se presume es la donación de la mitad del bien adquirido (opera aquí igualmente la subrogación real, dada la redacción del art. 1.442), pero entonces habrá que ejercitar la acción de rescisión por fraude para dejar sin efecto tal donación.

Si la norma del artículo 1.441 se interpreta con el carácter más limitado, tal como hemos sostenido al estudiar dicho precepto, su funcionamiento sería el siguiente: la presunción de copropiedad quedará destruida por la presentación del título de adquisición. Entrará entonces en juego la del artículo 1.442: no obstante el título formal, se presumirá, en beneficio de los acreedores, donada la mitad de la cosa adquirida. Teóricamente, si no llegare a utilizarse la norma del artículo 1.442 y se continuase con la del 1.441, siguiendo la interpretación restrictiva, si se acredita que el adquirente no tenía bienes, se presumiría entonces que la mitad del dinero es del otro cónyuge, y sólo respecto a este crédito, por su devolución, podrán los acreedores del quebrado dirigirse contra el adquirente.

(133) Compárese con el artículo 340-3 de la Compilación catalana, precepto que, a pesar de sus limitaciones, permitirá la actuación directa contra el bien donado. O con el artículo 70 de la Ley italiana de Quiebras, que presume que los bienes son propiedad del quebrado, en tal caso.

(134) Ver pág. 100.

sucedirá normalmente en el campo de los bienes muebles. Respecto de aquellos que los cónyuges posean en común por estar destinados al servicio de ambos o de la familia, la presunción de cotitularidad del artículo 1.441, resultará reforzada por la de los artículos 448 y 464 del Código Civil.

Podrán utilizar también las siguientes acciones: la derivada del artículo 1.319 del Código Civil, que permitirá perseguir subsidiariamente los bienes del cónyuge no deudor por las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica; la derivada de la gestión de negocios, dado que normalmente se aprovechará el otro de las ventajas de la gestión, y en base a ello podrá responder de las obligaciones contraídas en interés común, aunque hayan excedido del marco de la potestad doméstica, interés que coincidirá en muchos casos con el individual de cada cónyuge. Podrán también ejercitar la subrogatoria contra el cónyuge no deudor por el crédito que tiene el otro cónyuge por contribución a las cargas del matrimonio. Además, la posibilidad de acudir a la derivada del mandato ratificado tácitamente, conforme al artículo 1.727 del Código Civil (la ratificación en estos casos será fácilmente deducible respecto de los bienes que se utilizan en común).

IV. CONCLUSIONES

Las normas protectoras de los derechos de los acreedores frente a confabulaciones de los cónyuges resultan en nuestro Código Civil débiles e insuficientes, tanto por la facilidad y escaso control que se dispensa a los cambios de régimen económico matrimonial, como por la tímida eficacia de las específicas durante la vigencia del régimen de separación de bienes.

La norma del artículo 1.442 resulta claramente insuficiente, sobre todo si se tiene en cuenta que normalmente, y dado el clima de confianza en que se mueven los cónyuges y la confluencia de intereses de los mismos, así como la planificación económica a plazos más largos, los trasvases patrimoniales son el resultado de medidas cautelares, meditadas con mucha antelación. No resulta raro encontrar casos de cambio de régimen en los que se comienza por liquidar la sociedad de gananciales adjudicando los bienes de fácil realización o el dinero simulado al cónyuge que ejerce una actividad profesional o mercantil, aunque no existan deudas actuales, pero como medida inicial de un plan a largo plazo para limitar el patrimonio responsable.

Se echa de menos, por un lado, una regulación que asegure con más eficacia los intereses de tercero en el momento mismo del cambio

de régimen (135), y por otro, una norma que utilizando la técnica de las presunciones, sea más vigorosa que la de nuestro artículo 1.442 (136).

Y es que resulta más justo, a mi juicio, que sean los cónyuges, al haber creado una situación favorable a una comunicación patrimonial clandestina y de difícil prueba, los que tengan que demostrar que el cónyuge no deudor ejerce una actividad o tiene ingresos suficientes para efectuar sus adquisiciones; para lo cual en nuestro Derecho actual y de cara al futuro, se podrá contar con la ayuda que pueda suponer la claridad patrimonial a la que lógicamente debería conducir la nueva regulación de los impuestos de Renta y Patrimonio, en el caso de que llegue a cuajar realmente en nuestra sociedad.

VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO
Notario

(135) Conviene señalar aquí que otras legislaciones con menos ostentación de libertades puramente formales establecen, como hemos visto, una serie de medidas de control, consistentes generalmente en la homologación judicial. Así: Francia, Dinamarca, Grecia, Holanda, Suiza.

(136) En este sentido suele ponerse el ejemplo de la Ley italiana de Quiebras, en cuyo artículo 70 establece que los bienes que el cónyuge del quebrado ha adquirido a título oneroso durante el quinquenio anterior a la declaración del «fallimento», se presumen frente a los acreedores, salvo prueba en contrario, adquiridos con dinero del quebrado y se consideran propiedad de éste. El curador está legitimado para tomar su posesión. O el artículo 1.362 del BGB, con carácter general, y no sólo en caso de quiebra, presume en beneficio de los acreedores, que los bienes muebles que se encuentran en posesión de uno de los cónyuges o de ambos pertenecen al deudor, salvo que los cónyuges vivan separados y las cosas se encuentren en posesión del no deudor.