

Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de Familia

SUMARIO: I. *La subrogación real en el régimen legal de gananciales*: A) La subrogación en los bienes propios de los cónyuges: a) Subrogación real por permuta. b) La subrogación real por derecho de retracto perteneciente privativamente a uno de los cónyuges. c) Bienes propios por compra con dinero exclusivo de la mujer o del marido. d) Otros casos de subrogación real en los bienes propios de los cónyuges. e) ¿Qué ocurre en el seguro de vida designándose beneficiario al cónyuge sobreviviente y cuyas primas se hubieran satisfecho con dinero ganancial?—II. *La subrogación real en el régimen dotal*: a) Subrogación real por dación en pago de la dote. b) Otros casos de subrogación real en los bienes dotedales establecidos en el Código Civil.—III. *Pruebas del carácter privativo de los bienes en la comunidad legal de gananciales*: a) ¿Quién puede hacerla? b) ¿Por qué medios? c) Tiempo en que puede hacerse la prueba.—IV. *El problema de la compraventa con precio aplazado en la sociedad de gananciales*: Su repercusión en el Registro de la Propiedad.—V. *La subrogación real y la inestabilidad monetaria*.—VI. *La subrogación real en el régimen paterno filial*.

I. LA SUBROGACION REAL EN EL REGIMEN LEGAL DE GANACIALES

Más que en cualquier otra rama del Derecho la subrogación real ha sido estudiada, particularmente, en los regímenes de comunidad limitada de bienes y en el régimen dotal. Por el contrario, carece de subrogación real de utilidad teórica y práctica en los regímenes de separación de bienes o en los de comunidad absoluta.

Es regla fundamental del régimen legal de gananciales, que es el legal supletorio del artículo 1.315 del Código Civil el mantener el equilibrio

(*) Véase mi trabajo «La formación del concepto de subrogación real», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1975, núm. 510.

entre las distintas masas de bienes que pueden darse en la comunidad: bienes propios de la mujer, dentro de los cuales pueden haber bienes parafernales y dotales, bienes propios del marido y bienes gananciales. Para mantener este equilibrio patrimonial existen dos sistemas: uno que se practica a la disolución de la comunidad conyugal, y otro, que es el que nos interesa, que actúa durante el matrimonio previniendo y evitando un enriquecimiento injusto, que es el principio de subrogación real.

La subrogación real no actúa en esta institución de manera subsidiaria, sino que es llamada en primer lugar para asegurar el funcionamiento de este régimen. El sistema de las recompensas o reembolsos no es en este régimen sino un método subsidiario para mantener también el equilibrio patrimonial entre los bienes propios y los comunes, y sólo interviene cuando la subrogación real no se ha producido. El principio de la subrogación real, el más enérgico para mantener el equilibrio deseado, se nos presentaba además no sólo como un reforzamiento del principio de inmutabilidad del régimen matrimonial (antes de la reforma del 2 de mayo de 1875), sino también como un medio, que al mismo tiempo que acentúa la tendencia individualista de los patrimonios, ayuda y hace posible una estrecha colaboración entre ellos; por eso en esta institución se la ha llamado «subrogación real institucional».

Por medio de la subrogación real las distintas masas patrimoniales que pueden darse en el régimen legal de gananciales conservan, a lo largo de él, su autonomía e identificabilidad en cuanto a su composición, a pesar de la aparente confusión que parece existir durante el matrimonio sujeto a este régimen. Pero el verdadero campo de aplicación y su verdadera razón de ser se encuentra sólo en los bienes propios de los cónyuges y en los bienes dotales. Los bienes gananciales, como los propios y dotales, constituyen un *patrimonio diferenciado* y, por tanto, campo propicio para que actúe la subrogación real, pero también es verdad que tal como está regulado este patrimonio ganancial en nuestro Código Civil, la subrogación real se nos presenta como un principio inútil, puesto que se obtienen sin ella los mismos resultados.

El hecho de que el artículo 1.407 del Código Civil reputa como gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges, hace que la aplicación de nuestro principio sea innecesario. La subrogación real, como hemos dicho siempre, es un remedio subsidiario que sólo se da cuando no hay otro remedio para mantener los bienes en su individualidad y afectación; quizá, como dice ROCA SASTRE, se puede sobrentender, pero en realidad la subrogación real en los gananciales es inútil e innecesaria para justificar la atribución del carácter ganancial a un bien ya atribuido por el artículo 1.407 del Código Civil. Los bienes adquiridos durante el matrimo-

nio con caudal común o con otros medios no privativos de los cónyuges, son automáticamente comunes sin que se tenga que atribuir este resultado al principio de subrogación real: el mismo resultado no supone necesariamente el mismo principio; no obstante, la doctrina española y a veces también la jurisprudencia (1) hacen referencia a la subrogación real al considerar los bienes gananciales. Desde el punto de vista jurídico, dice LAURIOL (2), el ganancial es sobre todo un bien futuro adquirido durante el matrimonio; un bien adquirido a título oneroso por los esposos, ya separadamente, ya en común, y su procedencia es generalmente común; como capital, dice, es un valor todo nuevo, de lo que se deduce que la subrogación real es opuesta al ser la negación misma de todo valor nuevo, pues quien dice subrogación real dice conservación de un valor antiguo; la subrogación real está excluida de un derecho propio nuevo y por ello no ha de intervenir más que en los propios como consecuencia de la presunción de ganancialidad que la Ley establece en los artículos 1.402-1.499 del Código Civil francés.

Hecha esta salvedad, vamos a estudiar seguidamente la subrogación real en los bienes propios de los cónyuges y en los bienes dotales y, al mismo tiempo, aludiremos a los problemas que este principio ha planteado a la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como extranjera.

A) LA SUBROGACIÓN REAL EN LOS BIENES PROPIOS DE LOS CÓNUGES

Ya vimos en mi primer trabajo sobre la *Formación del concepto de subrogación real* la aplicación y regulación del principio en las leyes y

(1) ROCA SASTRE, «La subrogación real», *Revista de Derecho Privado*, abril 1949, tomo XXXIII, págs. 281 y sigs.

MEZQUITA DEL CACHO, «Principales aplicaciones de la subrogación real en nuestro Derecho», *Revista de Derecho español y americano*, año IV, núm. 17, enero-marzo 1959, págs. 649-664.

CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, tomo V, vol. 1.º, *Bienes gananciales*, 8.ª ed., Madrid, 1961.

J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. 1.º, *El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes*, Barcelona, 1967, págs. 652 y sigs.

F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho de familia*, tomo V, vols. 1.º y 2.º, Madrid, 1898.

Sentencia de 19 de diciembre de 1967. Foro aragonés, año 1967, pág. 333. «Acreditado en autos que dichos ingresos bancarios o saldos de la libreta eran producto de la venta de ganado, constante matrimonio de la recurrida y su marido el causante abintestado del actor, es evidente que en virtud de la subrogación real, a tenor del principio *pretium succedit locum rei*, el precio del ganado vendido reviste la misma naturaleza de los bienes gananciales de aquél.»

Sentencia de 28 de noviembre de 1953. *Aranzadi*. S. núm. 3.142: «se admite como nota diferencial de los bienes matrimoniales la prueba de las adquisiciones directas o inmediatas, juntamente con el de las adquisiciones indirectas por subrogación real derivado del principio *pretium succedit locum rei*, demostrando cumplidamente el pleito».

(2) Marc LAURIOL, *La subrogation réelle*, tomos I y II, París, 1954, Sirey; tomo II, núm. 671.

costumbres españolas y extranjeras antes de la codificación. Por aquel entonces y con motivo de la aplicación de la subrogación real por reemplazo de bienes propios de uno de los cónyuges establecida en el Fuero Real, se discutió mucho en la doctrina si verdaderamente la cosa comprada con el dinero procedente de la venta de un propio que había caído en comunidad y confundido con el resto del dinero común podía ser propio por subrogación real, como establecía el Fuero Real (11-4-3). MIGUEL DE MOLINO (3), que admite el principio de subrogación real, citando en su apoyo el Derecho romano, ve un obstáculo para que se dé la subrogación real en un caso muy similar al anterior: la observancia 40, *De jure dotium*, porque al ser los bienes muebles comunes y el dinero necesariamente común, el bien comprado con él no puede ser, por subrogación real, privativo, no existiendo, dice, términos hábiles para el reemplazo. Son de esta misma opinión FRANCO y GUILLÉN y DIESTE (4). Los bienes comprados no se subrogan en lugar de los vendidos, y añade DIESTE: «si la cosa comprada se sustituyese en lugar de la vendida, representaría a ésta para todos los efectos jurídicos, si es una regla de derecho que *subrogatum sapit naturam sugrogati*. Además, en el caso en cuestión (reemplazo), no sucede una especie en lugar de otra, como acontece en la permuta, sino que sucede la cosa comprada en lugar del precio de la vendida; y aunque es otra regla de derecho que el precio sucede en lugar de la cosa, en la sociedad conyugal, según el Fuero, falla esta regla, haciéndose común el precio aunque proceda de la cosa raíz propia de un cónyuge». Según FONTANELLA (5), la finca comprada únicamente se subroga en lugar de la vendida, cuando ésta se hubiere vendido para comprar aquélla.

No obstante la dificultad en admitir la subrogación real en caso de reemplazo, por ser el dinero cosa mueble y fungible, ésta fue adquiriendo adeptos, y así PORTOLÉS (6) reconoce que cuando el marido vende una cosa inmueble suya, y con el dinero recibido compra otra, la cosa comprada sucede en lugar de la vendida, no teniendo la mujer parte en ella. Una cosa es que el dinero aportado como sitio se confunda, dice MARTON (7), o que permanezca confundido en el consorcio hasta el día de la

(3) MIGUEL DE MOLINO, *Repertorio de los fueros y observancias del Reino de Aragón*, 1507, v. *vir et uxor* y *permutatio*.

(4) FRANCO y GUILLÉN, *Instituciones del Derecho civil aragonés*, 1841, nota 7, artículo 28.

DIESTE, *Diccionario del Derecho civil aragonés*, Madrid, 1864. Véase sociedad conyugal, págs. 537 y sigs.

(5) FONTANELLA, *De pactis nuptialibus*, cláusula 7.ª, glosa 3.ª, parte 15, número 26.

(6) Gerónimo PORTOLÉS, *Scholia*, con anotaciones al Repertorio de Miguel de MOLINO, 1587 a 1592. Comentario a la observación 53, núms. 16 y 64, de *vir et uxor*.

(7) MARTON y GAVIN, *Derecho y jurisprudencia de Aragón...*, 1865, páginas 522 y 536.

disolución y otra muy diferente que se haga común, y así una sentencia de 15 de julio de 1881 dijo que aunque los créditos, por regla general se reputan como muebles, cuando se trata de una cantidad asegurada en una casa en sustitución de otra aportada al matrimonio, no puede, en tal caso, perder el carácter de inmueble para los efectos de la división en perjuicio de los herederos de la mujer.

Otra razón por la que se da la subrogación real en caso de reemplazo es, observa BLAS, el que al exigir la observancia 40 pechas al infanzón que casare con plebeya por los bienes que ésta aporta al matrimonio, aunque la adquisición se hiciera con el precio de bienes aportados por la mujer, el hecho mismo, de no exigir pechas dos veces, indica que los bienes adquiridos subrogan a los vendidos anteriormente (8). La subrogación real además, dicen MARTON y NOUGUES, es más conforme con los principios de estricta justicia; si el dinero, dice el segundo, no se ha consumido, en una u otra parte ha de estar, y habiendo un fundo que se adquirió por una cantidad equivalente, no cabe que el precio se busque fuera de él (9). El asunto del reemplazo, dice ISABEL, está sin solución segura y definitiva; lo más estrictamente foral, porque el Derecho castellano ya hemos visto que lo admitía, es la no subrogación real; el precio de lo vendido es común como mueble, y el inmueble adquirido por compra lo es también; no hay una disposición foral que autorice su reaparición en la compra ulterior, a pesar de lo cual, termina diciendo que, en un régimen como el aragonés, en que tanto se procura atender a la equidad, parece que el ánimo más debe inclinarse al lado de la subrogación real que al opuesto (10).

La subrogación real por reemplazo que establece el Fuero Real, dice JUAN FRANCISCO DE LA RIPA, no se dará a no ser que las especiales circunstancias de la venta y de la compra persuadan claramente de que el fin de esta operación no hubiera sido otro que vender una para poseer la otra en su lugar, en cuyo caso se aplicaría la subrogación real (11). La subrogación real fue aplicada con amplitud, antes de nuestro Código Civil, en el caso de permuta de bienes propios de los cónyuges, pero en este

(8) Andrés BLAS Y MELENDO, *Derecho civil aragonés*, Madrid, 1873. *Derecho civil aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales con el Derecho común*, 1898, págs. 131 y sigs.

(9) S. Pedro NOUGUES, *Tratado de consorcio conyugal, con arreglo a la jurisprudencia de Aragón*, Zaragoza, 1859.

MARTON, *ob. cit.*, págs. 522 y sigs.

(10) M. ISABEL Y BADA, *Exposición y comentario del Cuerpo legal*. Texto literal del Apéndice vigente desde el 2 de enero de 1926, Zaragoza, 1926, págs. 450 y sigs.

(11) Juan Francisco LA RIPA, *Ilustración a los cuatro procesos de Aragón*, 1764, tratado de la división, núm. 22.

caso no había ningún obstáculo que impidiera aplicarla, puesto que una especie sucede en lugar de otra (12).

Nuestro Código Civil, siguiendo la tradición, aplicó el principio de subrogación real en los bienes propios de los cónyuges en el régimen legal de gananciales, lo mismo que las Compilaciones de Aragón, Navarra y Códigos extranjeros.

Son bienes propios de cada uno de los cónyuges, dice el artículo 1.396, números 3 y 4 del Código Civil: «*Los adquiridos por derecho de retracto o por permuta con otros bienes, pertenecientes a uno solo de los cónyuges. Y los comprados con dinero exclusivo de la mujer o del marido*».

El Apéndice del Derecho Civil foral de Aragón (15-12-1925) estableció la subrogación real en el caso del inmueble dado a la mujer como aixovar o firma de dote (art. 61), a efectos de viudedad foral (artículo 66-II-1.º), como principio general de equilibrio entre los patrimonios privativos y ganancial (art. 57) y en el artículo 48, sobre bienes gananciales. La reciente Compilación aragonesa (8-4-1967) aplica la subrogación real más ampliamente, incluso, que el Código Civil, lo mismo que ha hecho recientemente la Compilación de Derecho Civil de Navarra (1-3-1973).

Según el artículo 38 de la Compilación aragonesa son bienes privativos de los cónyuges:

- 4) «Los que vienen a *reemplazar* a otros propios y ello aunque se adquieran con fondos comunes, si media voluntad expresa de ambos cónyuges en tal sentido (13).
- 5) Aquellos que vienen a *compensar por la privación* de otros propios o por los daños inferidos a los mismos o a la persona de su cónyuge.
- 6) Los *recobros en virtud de carta de gracia*, así como los adquiridos por el *ejercicio del derecho de retracto*, excepto el arrendamiento de viviendas.»

(12) Miguel DE MOLINO, *ob. cit.*, *Repertorium...* Véase *permutatio* y *divissio*, vers. *Item los Vagillos*, etc.

LA RIPA, *ob. cit.*, núm. 20.

DIESTE, *ob. cit.*, véase sociedad conyugal, pág. 538.

Sentencias de 11 de diciembre de 1860, 23 de febrero de 1880, 14 de julio de 1882, 7 de julio de 1898, 15 de junio de 1881, 30 de mayo de 1859 y 6 de noviembre de 1866.

(13) José Luis LACRUZ BERDEJO, «Los bienes privativos en la comunidad local aragonesa», *Revista Temis*, núm. 25, Zaragoza, 1969, págs. 82 y sigs. «La compra de un bien en calidad de privativo a costa de fondos comunes e incluso propios del otro cónyuge, si bien es posible en Aragón por simple acuerdo entre los cónyuges, no supone subrogación real, sino atribución a título gratuito, lucrativo o caso de que persista una obligación de reembolso, a título de préstamo, que puede ser o no impugnable, pero sin que su suerte repercuta en la titularidad de la cosa comprada.»

Son bienes privativos de los cónyuges, según la Ley 84 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra:

- 4) «Los adquiridos por compra, permuta, dación en pago, venta y transacción y por otra subrogación cualquiera de bienes privativos.
- 5) Los adquiridos con cargo a bienes de conquista si en el título adquisitivo ambos cónyuges hacen constar la atribución privativa a uno de ellos.
- 6) Los adquiridos por derecho de retracto convencional o legal perteneciente a uno de los cónyuges.»

En Cataluña, y según el artículo 7 de su Compilación (22-7-1960), en defecto de pacto, el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes, y lo mismo la Compilación de Derecho Civil especial de Baleares (21-4-1961), artículo 3; la Compilación de Derecho Civil foral de Vizcaya y Alava (31-7-1959), en su artículo 42 establece, a falta de pacto, el régimen de comunidad foral de bienes, y la Compilación de Derecho Civil de Galicia (2-12-1963), en su artículo 47, la compañía familiar gallega, por lo que el principio de subrogación real carece de utilidad en estos regímenes matrimoniales.

Después de la reciente reforma de 13 de julio de 1965, el régimen legal francés es el de comunidad de gananciales o régimen legal, artículos 1.400 a 1.491 del Código Civil francés. El régimen legal italiano (Código 1942) es el de separación de bienes y el régimen legal de la República Federal alemana, después de la puesta en vigor de la Ley de igualdad de derechos del hombre y de la mujer en materia civil (Gleichberechtigungsgesetz, 1-7-1958), consiste en una reglamentación según la cual el marido y la mujer tienen derechos enteramente iguales. Se trata de una separación de bienes de carácter particular: los bienes del marido y de la mujer están separados, pero los dos esposos están sometidos a restricciones en el derecho de disponer de sus bienes (arts. 1.365, 1.369 BGB). Este régimen se designa como «régimen de participación en los gananciales (Zugewinnngemeinschaft), puesto que no existen bienes comunes. Como ya hemos adelantado en otra ocasión, Alemania es el único país de los aquí estudiados que tiene una teoría general del principio de subrogación real; combinando los artículos 1.382 y 1.381 BGB, corresponde por subrogación real: todo lo que se adquiere en virtud de un derecho incluido en los mismos patrimonios especiales, así como los objetos que por desaparición, deterioro o destrucción de los que integraban al patrimonio ingresan en sustitución de aquéllos.

A continuación vamos a estudiar cada uno de los casos de subrogación real establecidos en el artículo 1.396 del Código Civil.

a) *Subrogación real por permuta.*

Nos encontramos ante un caso de subrogación real a la que por producirse de pleno derecho y automáticamente se la ha llamado subrogación real perfecta. Para que se produzca la subrogación real en la permuta de un bien propio de un cónyuge por otro no se requiere formalidad alguna, pues además de que así lo establece la ley, se presume la voluntad de subrogar de los contratantes, salvo prueba en contrario (14). No obstante la aparente sencillez de la aplicación de la subrogación real, ésta ha planteado, desde siempre, un problema de difícil solución.

Cuando un bien propio, mueble o inmueble, de uno de los cónyuges es cambiado o permutado por otro, el nuevo bien que sustituye al primero es propio; pero esto que se presenta así de fácil en el caso, poco frecuente, de que el valor de los bienes permutados sea idéntico o al menos muy semejante, ya no lo es tanto cuando son de diferente valor. ¿Qué ocurre si al ser los bienes permutados de distinto valor, una de las partes ha de entregar un suplemento en metálico como compensación? ¿Y si este suplemento en metálico ha sido pagado, en este caso, con dinero ganancial o privativo del otro cónyuge? Como hemos visto en mi primer

(14) José María MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1951, Editorial Reus, 5.ª ed., tomo IX, pág. 550, cita catorce casos de subrogación real en los bienes propios de los cónyuges.

CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, tomo V, vol. 1.º, págs. 270 y sigs.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Familia*, Barcelona, 1966, Editorial Bosch, págs. 137 y sigs.

LACRUZ BERDEJO, «Los bienes privativos de los cónyuges en la comunidad legal aragonesa», *Revista Temis*, núm. 25, págs. 67 y sigs., Zaragoza, 1969.

«Estudios de Derecho civil. La dote. Estructura del acto de constitución de la dote», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1951, 2.º semestre, Madrid, 1951, págs. 423 y sigs.

SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XXI, Madrid, 1904, págs. 375 y sigs. y 27.

F. CLEMENTE DE DIEGO, «Dictamen: El incremento de valor de las acciones de un Banco apartadas por el marido como capital propio, ¿es propio o ganancial?», *Revista de Derecho Privado*, 1921, págs. 47 y sigs.

M. DE LA CUEVA, «Subrogación real de bienes», *Revista Temis*, 1933, págs. 177-236 y 281.

J. M.ª FONCILLAS, «De la subrogación real», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1935, núm. 124, págs. 279 y sigs.

LAURENT, *Principes de Droit civil français*, 5.ª ed., París, 1878, tomo 23, páginas 230 y sigs.

POTHIER, *Oeuvres complètes*, París, 1844, tomo VIII, págs. 125 y sigs.

BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit civil*, Recueil Sirey, 1926, 14.ª ed.; *Traité théorique et pratique de Droit civil*, París, 1907, tomo III, núms. 63 y sigs. y 83. HENRY, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, Thèse, París, 1813, páginas 186 y sigs.

Marc LAURJOL, *ob. cit.*, tomo II, págs. 346 y sigs.

Julien BONNECASE, *Subrogation réelle*, Supplément de Droit civil de Baudry-Lacantinerie, París, 1926, tomo III, págs. 728 y sigs.

trabajo, el Tribunal de la Rota se pronunció ya sobre este mismo problema.

Nuestras leyes: artículo 1.396 del Código Civil y Ley 84,4 Compilación navarra no especifican nada. El antiguo artículo 1.407 del Código Civil francés decía «que el inmueble adquirido durante el matrimonio a título de cambio por otro inmueble perteneciente a uno de los cónyuges no entra en la comunidad *est subrogé au bien et place de celui qui a été aliéné, sauf la récompense s'il y a saulte*». Ni que decir tiene que si el suplemento en metálico le es debido a la mujer o al marido, no hay problema y éste será también propio. El problema se presenta cuando el suplemento ha de ser pagado a quien permutó con el marido o con la mujer, en cuyo caso las soluciones dadas por la doctrina tienen en cuenta, sobre todo, la importancia económica de esa compensación o suplemento.

Para unos, cualquiera que sea el valor y la importancia de la compensación en metálico, el bien permutado será propio por completo, sin perjuicio del crédito de la masa común o privativa del marido o de la mujer, según el caso contra el contratante. Puesto que la ley no distingue, decía LAURENT (15), el intérprete no debe distinguir. La distinción en este caso es una de estas disposiciones arbitrarias, que sólo el legislador puede consagrar. La única excepción que admite es cuando constituye fraude, pues éste mismo hace excepción a todas las reglas. PAULMIER, HENRY y BAUDRY-LACANTINERIE (16) están también de acuerdo en que, cuando la ley no distingue, ellos tampoco deben hacerlo. La solución racional, dice HENRY, es admitir que un bien sea propio hasta la concurrencia de su valor. Pero esta solución que teóricamente es verdadera, es en la práctica difícilmente aplicable, pues entre otras cosas crearía serias complicaciones a la hora de la liquidación de la masa común. En una sentencia de la Corte Suprema francesa de 9 de agosto de 1870 (D. 71-1-156), en el caso de expropiación de un inmueble propio del marido por la ciudad de París y en la que ésta le cedió a cambio un terreno con la carga de levantar un edificio, por lo que los cónyuges vinieron a ser deudores de una recompensa de consideración al Estado, la Corte decidió, en primer lugar, que el acuerdo entre la ciudad de París y los cónyuges era una permuta y que la recompensa con la que están gravados los cónyuges no impediría al inmueble ser propio por completo; que la casa construida sobre el terreno propio del marido era también propia de él, salvo recompensa a la comunidad por los gastos de la construcción. El Tribunal

(15) LAURENT, *ob. cit.*, tomo 21, núms. 354 y sigs., y págs. 399 y sigs.

(16) PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 116 y sigs. y 210 y sigs.

HENRY, *ob. cit.*, págs. 190 y sigs.

BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, tomo III, núms. 63 y sigs. y 83.

se limitó, pues, y a pesar de la importancia de la compensación, a aplicar el artículo 1.407 del Código Civil francés que no distinguía.

Pero aunque la ley no distinga, opinan la mayoría de los autores que hay que hacer excepciones cuando la compensación es tal que constituye el objeto principal del contrato. Entre nuestros autores, partidarios de considerar el bien permutado propio por completo, salvo recompensar, podemos citar a MANRESA, VALVERDE y MEZQUITA DEL CACHO (17). No hay que ver, dice MEZQUITA DEL CACHO, en el suplemento en metálico un precio de adquisición, sino un crédito dado el carácter accesorio de la diferencia en metálico respecto a lo principal, que es la permuta. Dos razones alega MANRESA en apoyo de su opinión: primero que la ley no distingue, y segundo que a la ley le repugna la indivisión, lo que no obsta, dice, para que si el acto merece más bien el calificativo de compraventa, no se le aplique el número 4 del artículo 1.396 del Código Civil.

La opinión más difundida y que constituye la mayoría consiste en considerar la importancia de la compensación en metálico, en relación con el bien propio de uno de los cónyuges. La doctrina está de acuerdo en que si el suplemento es mínimo, el bien permutado sea propio por completo, sin perjuicio del crédito correspondiente. En el caso de que el suplemento sea de un valor superior e incluso considerable, opina TROPLONG (18) que se han de examinar las circunstancias, para ver si se trata más bien de una venta encubierta como permuta, en cuyo caso el bien será ganancial. AUBRY y RAU (19) distinguen entre el caso en que la compensación sea grande y cuando constituye el objeto principal del contrato. En el primer caso proponen una indivisión, el bien será propio hasta la concurrencia de su valor y ganancial o propio del otro cónyuge por el resto, y en el segundo el bien será ganancial por completo, salvo recompensar; de la misma opinión POTHIER, H. LEÓN y J. MAZEAUD (20). Como en estos casos quedan confusos, dice GULLÓN BALLESTEROS (21), los límites entre la permuta y la compraventa, el criterio legal es acudir a la inten-

(17) JOSÉ MARÍA MANRESA, *ob. cit.*, *Comentarios...*, tomo IX, págs. 543 y sigs. y 279 y sigs.

VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, 3.ª ed., Valladolid, 1926, Editorial Cuesta, págs. 295 y sigs., cap. XI.

(18) TROPLONG, *Le Droit civil*, tomo I, *Du contrat de mariage*, Bruxelles, 1850, páginas 217 y sigs.

(19) AUBRY y RAU, *ob. cit.*, tomo VIII, bienes propios.

(20) POTHIER, *ob. cit.*, tomo VIII, págs. 125 y sigs., en las que cita el artículo 143 de la Costumbre de París, que no distingue, y el artículo 385 de la Costumbre de Orleans, que declara que si hay recompensa el bien será propio hasta la concurrencia por evidentes razones de equidad y derecho.

H. LEÓN y J. MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, tomo 4, *Régimen matrimoniaux*, Editorial Monthrestien, 1963, págs. 167 y sigs.

(21) GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 1972, Edit. Tecnos, pág. 68.

ción de las partes, y si ésta no consta, el contrato será permuta si el valor de la cosa excede al del dinero o su equivalente, y compraventa en caso contrario.

ANDRÉ COLOMER (22) se muestra partidario de la indivisión por razones de inestabilidad monetaria en los regímenes matrimoniales. Es falsa la opinión que la califica de cambio por completo, lo mismo que se la desnaturaliza también, atribuyéndole el carácter de una venta pura y simple. En su apoyo cita el autor una sentencia de la Corte Suprema francesa de 30 de octubre de 1950. Puesto que la subrogación real tiene como misión restablecer el equilibrio de los patrimonios momentáneamente roto por un acto voluntario de los cónyuges, considerar que el bien es propio por completo, cualquiera que sea la importancia de la suma pagada por el otro cónyuge o por la comunidad, es desconocer la función de la subrogación real en los regímenes de comunidad, puesto que se sustituye un nuevo desequilibrio al antiguo. El hecho de establecer una indivisión entre los esposos, o de uno de ellos con la comunidad, admite COLOMER, no le parece tan complejo y, sobre todo, y a pesar de sus inconvenientes, considera que la indivisión es la única en salvaguardar, en nuestros días, el equilibrio de los intereses pecuniarios de los esposos. Entre dos males hay que elegir el menor. De la misma opinión DE LA CÁMARA ALVAREZ (23).

Por último, podemos citar la opinión de dos grandes maestros, LACRUZ BERDEJO y SANZ FERNÁNDEZ (24). El primero considera que cuando la suma entregada por parte del precio es común o privativa y excede notablemente al valor de los propios (o dotados), el negocio jurídico que se realiza en una compraventa seguida de la cesión de un bien propio (o dotal) a título de dación en pago por parte del precio. Para el segundo, la adquisición ha de ser única, bien para la sociedad conyugal, bien para el cónyuge contratante, porque así lo exige, por un lado, la tendencia del legislador de darle un carácter unitario y no crear un estado de indivisión entre el permutante y la sociedad conyugal, damos por caso, y por otra parte, la voluntad del cónyuge adquirente, en el que es difícil presumir el deseo de hacer una adquisición en parte privativa y en parte ganancial.

(22) André COLOMER, *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux*, París, 1955, págs. 72 y sigs.

(23) Manuel DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», *A. D. C.*, 1969, págs. 67 y sigs.

(24) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, *Derecho de Familia*, páginas 137 y sigs.

LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, *Los bienes privativos de la comunidad legal aragonesa*, núm. 17.

SANZ FERNÁNDEZ, *Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad*, Centenario de la Ley del Notariado, Estudios jurídicos varios, III-I, Madrid, 1964, páginas 299 y sigs.

Únicamente en el caso de que así lo expresen los cónyuges, se podrá sostener el criterio anterior, inscribiéndose en el Registro, artículo 95, las cuotas correspondientes.

Haciéndose eco de la opinión más dominante en este problema, la nueva redacción del artículo 1.407 del Código francés (reforma de 13 de julio de 1965) ha venido a solucionar esta cuestión, al establecer el artículo 1.407 del Código Civil que: «*Le bien acquis en échange d'un bien qui appartenait en propre à l'un des époux est lui-même propre, sauf la récompense due à la communauté ou par elle, s'il y a soulte.*»

Toutefois, si la soulte mise à la charge de la communauté est supérieure à la valeur du bien cédé, le bien acquis en échange tombe dans la masse commune, sauf récompense au profit du cédant» (25).

b) *La subrogación real por derecho de retracto perteneciente privativamente a uno de los cónyuges.*

Estamos ante el caso de que lo adquirido en virtud de un derecho de retracto perteneciente privativamente a uno de los cónyuges, es propio del cónyuge titular del derecho. El admitir si este fenómeno se ha producido por el principio de subrogación real o por otro principio, depende de la teoría a seguir. Según la teoría alemana de la subrogación real es propio de un cónyuge lo adquirido en virtud de un derecho que tenga la categoría de bien propio (26); por el contrario, la teoría de la subrogación real según la doctrina italiana, francesa y española no considera este fenómeno como propio de la subrogación. No obstante, en España, por influencia del Derecho alemán, algunos autores estudian este caso como propio de nuestro principio.

Nuestro Código Civil establece en el artículo 1.396, núm. 4, que son bienes propios de los cónyuges: «los adquiridos por retracto o por permuta con otros bienes pertenecientes a uno solo de los cónyuges», y el artículo 1.337, núm. 2, del Código Civil, refiriéndose a qué bienes son dotales, dice: «los adquiridos durante el matrimonio por derecho de retracto perteneciente a la mujer». La Compilación aragonesa en su artículo 38, núm. 6, distingue entre: «los recobrados en virtud de carta de gracia, así como los adquiridos por el ejercicio del derecho de retracto, ex-

(25) J. PATARIN y G. MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, tomos I-II, 2.ª ed., Repertoire du notariat défrenois, París, núms. 131 a 138 y, sobre todo, números 158 a 165, tomo 1.º

René SAVATIER, *La communauté conjugale nouvelle*, Dalloz, París, 1970, páginas 163 y sigs., 191 y sigs.

(26) Heinrich LEHMAN, «Derecho de Familia», vol. IV, R. D. P., Madrid, 1953, traducción de la 2.ª ed. alemana por José M.ª NAVAS, págs. 140 y sig.

ENNECERUS-KIPP-WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, Parte general, tomo I, páginas 616 y sigs., trad. PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Barcelona, 1934.

cepto el arrendamiento de viviendas». La Compilación navarra ha distinguido claramente el fenómeno subrogatorio del que no lo es, encerrando éste en el número 4 de la Ley 84.

Son bienes propios, Ley 84, núm. 4, «los adquiridos por compra, por permuta, dación en pago, venta y transacción o por *cualquier otra subrogación real* en lugar de los bienes privativos», y, en un número aparte, dice que también son bienes propios: «los adquiridos por derecho de retracto convencional y legal perteneciente a uno de los cónyuges, sin perjuicio del reembolso que proceda».

La subrogación real, como hemos podido ver a lo largo de su evolución histórica hasta nuestros días, consiste en el traslado de un derecho sobre un nuevo objeto que ha venido a sustituir a su objeto antiguo; supone, por tanto, un solo derecho y dos objetos procedentes uno del otro. Estamos de acuerdo en que lo adquirido por un derecho de retracto, convencional o legal, pertenece privativamente como propio al cónyuge titular del derecho, pero en lo que no estamos de acuerdo es en que en ambas clases de retracto, lo adquirido sea propio por subrogación real. El que se obtengan iguales resultados no quiere decir que las causas sean las mismas. La doctrina francesa e italiana no mencionan, con relación a la subrogación real, lo adquirido por derecho de retracto, sólo PAULMIER (27) habla de subrogación real en caso de venta de un inmueble con pacto de retroventa. La mayoría de los autores españoles, influidos por el Derecho alemán y quizá también por el hecho de que al haber establecido el legislador español en el artículo 1.396, núm. 3, del Código Civil el derecho de retracto junto a la permuta, han atribuido la misma causa a los dos fenómenos.

BONEL y SÁNCHEZ (28), aun reconociendo que el fenómeno del retracto va en contra del tecnicismo de la palabra subrogación real, consideran que en rigor de derecho no se da más que ésta, por cuanto en lugar del derecho de retracto y la acción que debe utilizarse para conseguirlo, se obtiene el inmueble objeto de dicho retracto y, por consiguiente, este inmueble viene a sustituir o subrogar a aquel derecho de retracto. La subrogación real para este autor, como para los que admiten ésta para

(27) PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 129 y sigs.

(28) CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, págs. 270 y sigs.

COSSÍO, *Tratado práctico o crítico del Derecho civil*, «La sociedad de ganancias», libro II, Madrid, 1963, págs. 46 y sigs.

MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*, págs. 295 y sigs.

ROCA SASTRE, *ob. cit.*, *La subrogación real*, págs. 295 y sigs.

PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, págs. 622 y sigs.

CÁNOVAS COUTIÑO, «Relaciones económico-matrimoniales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1964, marzo-abril, págs. 159 y sigs.

BONEL y SÁNCHEZ, *Código Civil español*, Barcelona, 1891, Edit. A. López Robert, tomo IV, págs. 326 y sigs. y 392 y sigs.

explicar los efectos del ejercicio del derecho de retracto convencional y legal, es la *sustitución de un derecho, que no se extingue al ejercitarlo, por un inmueble*, en contra de la verdadera esencia de la subrogación real: *conservación de un derecho a pesar del cambio de objeto*.

No parece clara, señala MANRESA (29), la idea de subrogación real en el número 2 del artículo 1.337 y número 3 del artículo 1.396 del Código Civil. Pero puesto que el derecho pertenece a la mujer o a uno de los cónyuges, justo y hasta necesario es que lo que en virtud de ese derecho se adquiriera corresponda también a la misma. Es justo y necesario, nadie lo duda, pero ¿por qué acudir a la subrogación real en el retracto legal cuando lo que se produce y en el patrimonio en que se produce es una negación rotunda de lo que es en sí la subrogación real? Es lógico, insiste VALVERDE (30), que cuanto se adquiriera por un derecho de retracto, sea del titular del derecho, y en fin, todo cuanto signifique una *sustitución o subrogación de bienes o derechos del caudal primitivo de uno de los cónyuges*. Sólo LACRUZ BERDEJO (31) apunta que esta adquisición está relacionada con el principio de accesión.

El error puede también proceder de haberse considerado de manera unitaria los retractos convencionales y legales y de haberles atribuido la misma causa. Según se trate de retracto convencional o legal, lo adquirido será propio o dotal por subrogación real o por el principio de accesión.

El retracto convencional es el que nace con ocasión de una venta con pacto de retro o carta de gracia (arts. 1.507 y 1.518 del Código Civil). Solamente en el retracto convencional está bien empleada la palabra *retraer*, que por otro lado hace referencia a un mismo patrimonio en donde se produce la mutación de objetos. *Retraer* significa volver a traer a nuestro patrimonio una cosa que ya ha estado en él antiguamente y por ello las condiciones que la subrogación requiere se dan claramente aquí. El marido o la mujer vende un bien a otra persona, recibiendo un precio, pero reservándose el derecho de volver a comprar el bien que ha salido de su patrimonio. En el caso de que transcurrido el plazo legal o convencional no se ejercite ese derecho, la subrogación real se realizó simplemente con la venta de un bien propio y hay subrogación real del precio a la cosa. En el caso de ejercitarse el derecho a retraer, el bien antiguo que salió del patrimonio por venta vuelve a ser comprado por el antiguo vendedor, produciéndose la subrogación real en dos fases: cosa por precio y precio por cosa. Aunque no es necesario que sea precisamente con el mismo

(29) MANRESA, *ob. cit.*, págs. 279 y sigs.

(30) VALVERDE, *ob. cit.*, págs. 295 y sigs. y 370 y sigs.

(31) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, págs. 172 y sigs.

LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, *Estructura del acto de constitución de la dote*, páginas 23 y sigs., y *Bienes privativos...*, núm. VII.

precio de la cosa anteriormente vendida creemos que, en aplicación del número 4 del artículo 1.396 del Código Civil, «los comprados con dinero exclusivo de la mujer o del marido», y del número 4 del artículo 1.337 del Código Civil, «los adquiridos por compra con dinero perteneciente a la dote», es necesario que el dinero empleado en la nueva adquisición sea privativo del cónyuge retrayente (32).

Pero nada de esto ocurre en los retractos legales, pues desde el punto de vista del titular del derecho de retracto legal y considerando su patrimonio, la palabra retraer no es apropiada para el caso. El titular del derecho de retracto legal actúa por primera vez sobre una cosa que nunca le ha pertenecido ni ha formado parte de su patrimonio. Lo que aquí se da es una subrogación personal de este titular en lugar del que adquiere el bien del vendedor y lo adquirido ejercitando este derecho entrará en su patrimonio, pero no en forma derivada, sino originariamente y en virtud de un nuevo derecho concedido por la ley por las distintas circunstancias que determinan las clases de retractos: de comuneros, colindantes, enfiteúticos, censos a primeras cepas, etc.

Lo adquirido por derecho de retracto perteneciente privativamente a uno de los cónyuges, es justo y lógico que pertenezca como propio al cónyuge retrayente, pero también es verdad que será propio, pero no por subrogación real. Esta no es la sustitución de un derecho por una cosa, ni la sustitución de derechos, sino la conservación de un solo derecho sobre otro objeto que ha venido a sustituir al antiguo. La subrogación real ha de ser además estudiada desde el patrimonio de una persona y es precisamente en ese patrimonio donde han de producirse las condiciones necesarias para que la subrogación real se realice. El principio de accesión, como ya dijo LACRUZ BERDEJO, es perfectamente aceptable para explicar los retractos legales, pero no para los convencionales que tienen su fundamento en el principio de subrogación real.

No dice nuestro Código Civil si la adquisición de los retractos debe ser con dinero privativo u otro, pero parece ser que la jurisprudencia y la doctrina han considerado que lo principal es el derecho y no el dinero empleado que, según LACRUZ BERDEJO, se debe a motivos importantes de política jurídica, pero que, al mismo tiempo, es un privilegio contra el principio que prohíbe constituirse bienes propios a costa de los comunes (33).

(32) Narciso RIAZA, *Los retractos. Errores dominantes acerca de la materia*, Madrid, 1919.

(33) GARCÍA GOYENA, *Comentarios al artículo 1.273, Proyecto de 1851*.

SCAEVOLA, *ob. cit.*, págs. 286 y sigs.

MANRESA, *ob. cit.*, págs. 286 y sigs.

SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 303 y sigs.

Con relación al derecho de retracto se ha planteado recientemente el problema de la consideración de las acciones adquiridas en virtud de un derecho de preferente suscripción perteneciente a un cónyuge propietario de otras acciones propias. La doctrina y la jurisprudencia, de acuerdo con lo dicho antes, han considerado que dichas acciones son privativas, incluso si el desembolso se hace con dinero ganancial. DE LA CÁMARA, que considera este caso como propio de la subrogación real, opina que hay que distinguir si el contra-valor de las acciones está representado exclusivamente por el importe del reembolso o si las nuevas acciones valen más porque se transfiere a ellas una parte del valor de las antiguas. La subrogación real netamente aplicada, dice, conduce a una solución mixta: las nuevas acciones se desplazan hacia el patrimonio común en la medida en que haya contribuido realmente a su adquisición, y lo procedente es repartir proporcionalmente las acciones nuevas entre los cónyuges accionistas y la sociedad de gananciales (34). LACRUZ BERDEJO considera que hay que determinar la naturaleza del derecho de preferente suscripción; supuesto éste como privativo, las nuevas acciones lo serán, aunque sean adquiridas a costa del caudal común (35).

De acuerdo con lo que hemos dicho anteriormente, no es necesario hacer estas consideraciones propias de la subrogación real, cuando en realidad este principio no se aplica aquí. En Francia las nuevas acciones son enteramente comunes o propias, según sea la comunidad o las reservas sociales, quienes constituyen la mayor parte, sin que en ningún momento se haga referencia a la subrogación real como posible explicación del fenómeno (36).

PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, págs. 464 y sigs.

Clemente DE DIEGO, *ob. cit.*, págs. 55 y sigs.

CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, tomo IV: *El retracto convencional y legal*, páginas 146 y sigs., y *Derecho de Familia*, tomo V, págs. 270 y sigs.

Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1881, 9 de noviembre de 1891, 8 de noviembre de 1893, 14 de mayo de 1929, 31 de mayo de 1930, 18 de abril de 1934 y 24 de noviembre de 1960.

(34) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *ob. cit.*, págs. 67 y sigs.

Caso práctico: ¿son gananciales o privativos del cónyuge las nuevas acciones adquiridas durante el matrimonio, en base al derecho preferencial para sucribirlas en su cualidad de accionista, con acciones heredadas o aportadas a la sociedad conyugal?, año 9, núm. 33, 1957, págs. 71-78.

(35) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, págs. 172 y sigs.

(36) André COLOMER, *ob. cit.*, págs. 76 y sigs. Sentencias de la Corte Suprema francesa de 6 de octubre de 1941 y 19 de diciembre de 1935. Corte de Amiens, 26 de marzo de 1947, y Corte Suprema, 30 de octubre de 1950 (calificación del acto como cambio y venta). Cámara de Apelación, 24 de junio de 1903 (acciones propias en virtud de un derecho de inscripción preferente). Sentencias de 18 de diciembre de 1936 y 8 de octubre de 1941 (comunes).

c) *Bienes propios por compra con dinero exclusivo de la mujer o del marido*

Según el artículo 1.396-4 del Código Civil, son bienes propios de cada uno de los cónyuges: «los comprados con dinero exclusivo de la mujer o del marido» y, el número 4 del artículo 1.337 del Código Civil: «los adquiridos por compra con dinero perteneciente a la dote». Son bienes propios «los que vienen a reemplazar a otros propios, y ello aunque se adquieran con fondos comunes, si media voluntad expresa de ambos cónyuges», dice el artículo 38-4 de la Compilación aragonesa. La Ley 84-4 de la Compilación navarra dice que son bienes propios de los cónyuges «los adquiridos por compra, permuta, dación en pago, venta, transacción y por otra subrogación cualquiera de bienes privativos».

La subrogación real de los bienes propios de los cónyuges se realiza, generalmente, por medio de una venta, empleo o reemplazo de bienes propios dentro del régimen de gananciales. En caso de venta de un bien propio del marido o de la mujer distingue la doctrina francesa entre si el precio ha sido ya pagado y, por tanto, ha caído en la comunidad confundiendo con el dinero común o si, por el contrario, no ha sido todavía pagado. Siendo condición esencial de la subrogación real la identidad del bien subrogado, ésta no se daría en el primer caso, por lo que la doctrina francesa distinguió entre propios perfectos e imperfectos. En este segundo caso el derecho de propiedad que el marido o la mujer tenía sobre el antiguo bien vendido ha sido sustituido por un derecho de crédito frente a la comunidad ejercitable el día de la disolución de ésta.

Puesto que la subrogación real supone la conservación de un derecho a pesar del cambio de su objeto, la doctrina lógicamente se preguntó si verdaderamente en el caso de que el precio recibido de la venta del bien propio se confundiera con el dinero común, se producía una subrogación real o si, por el contrario, había que rechazarla por completo. Como podemos ver, se trata del mismo problema que se planteó la doctrina aragonesa con ocasión de la regulación del reemplazo de los bienes propios de los cónyuges en el Fuero Real. Los partidarios de la subrogación real suelen alegar en su favor, entre otras razones, una sentencia de la Corte Suprema francesa de 11 de abril de 1854 (S. 54-1-161) en la que se decidió que la mujer ejercía su derecho sobre el precio de sus propios vendidos a título de propietario y no como simple acreedora. Puesto que la mujer sigue siendo propietaria, nada se opone al principio de subrogación real, porque la mujer conserva su derecho de propiedad aunque sobre un objeto distinto; pero otra S. estableció todo lo contrario teniendo en cuenta, sobre todo, el interés de los terceros, es decir, que la mujer no tenía más

que un derecho de crédito y no un derecho de propiedad: S. 16 de enero de 1858 (S. 1858-1-10) (37).

En el caso de que el dinero sea todavía debido, éste como representando al bien propio vendido, es también propio por subrogación real. Una Resolución de la D. G. R. N. de 30 de marzo de 1943 (R. T. II, página 289, B. O., 17 de abril) estableció, sin más, que «facultada judicialmente la mujer para enajenar, existe una subrogación real, de conformidad con el antiguo aforismo: *subrogatum sapit naturam*..., el propio o las obligaciones correspondientes se colocarán en el lugar de las fincas y seguirán el destino o finalidad que a las mismas se hubiere atribuido». A pesar de la confusión del precio de venta con el dinero común, consideramos que el precio está identificado, reconocible, precisamente, por ser el objeto de un crédito.

El mismo problema se presenta en los bienes propios por empleo o reempleo. Lo adquirido con dinero puede serlo por una aportación originaria o, por el contrario, como en caso de reempleo, proceder de una venta anterior de un bien propio de uno de los cónyuges. La doctrina francesa, como en el caso anterior y teniendo en cuenta la probable confusión en la comunidad del precio de la venta anterior, vuelve a referirse a la subrogación real en los bienes propios perfectos e imperfectos (38). A pesar del inconveniente técnico de la confusión del dinero privativo con el común, la subrogación real fue ganando terreno en la doctrina francesa, lo mismo que ya había ocurrido en la española. El razonamiento jurídico, dirá BAUDRY-LACANTINERIE (39), tiende, en estos casos, a considerar el bien como ganancial; pero ante esta injusticia, es necesario hacer ceder a los escrúpulos jurídicos ante el interés legítimo del marido y de la mujer. La ley no puede exigir que el dinero empleado en la adquisición del nuevo bien sea idénticamente el mismo, puesto que el dinero puede estar, desde hace tiempo, confundido.

Si con este dinero confundido se adquiría por la mujer o por el marido propietario del bien antiguo otro bien, éste pasaba de ser un propio imperfecto en perfecto, cumplidos los requisitos del artículo 1.434 del Código Civil francés. Esta teoría de la conversión de un propio imperfecto en perfecto le parece a CAPITANT (40) carente de todo valor, porque no hay un texto que prohíba esta transformación. Para HENRY (41), el precio

(37) PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 91 y sigs.

(38) LAURIOL, *ob. cit.*, tomo I, págs. 242 y sigs. y 299 y sigs.

H. LEON y J. MAZEAUD, *ob. cit.*, págs. 125 y sigs.

BONNECASE, *ob. cit.*, págs. 775 y sigs.

PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 165 y sigs. y 91.

HENRY, *ob. cit.*, págs. 200 y sigs.

AUBRY y RAU, *ob. cit.*, tomo VIII, bienes propios.

(39) BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, *Précis*, tomo III, núm. 65.

(40) CAPITANT, *ob. cit.*, págs. 394 y sigs.

no debe caer en la comunidad, puesto que está afecto a las necesidades del marido o de la mujer; si de hecho, ha caído, es porque el dinero no siendo cosa individualizada, se ha confundido con el resto del patrimonio de la comunidad y ha hecho por eso mismo imposible toda idea de subrogación real. Pero su valor no está menos afecto a las necesidades de la mujer o del marido y, todo bien que sucede al dinero está forzosamente como él gravado de la misma afectación y, por consiguiente, debe revestir la cualidad de propio. Si se generaliza aquel sistema, termina HENRY, llegaremos a la conclusión de que la subrogación real no sería posible cuando en lugar de un bien se adquiriera un crédito por el dinero que ha caído en la comunidad. Pero esto no está permitido por la ley misma que consagra la validez del reemplazo. En realidad y de una manera general, se debe reconocer a todo bien que haya reemplazado un valor propio el carácter de propio, pero conviene añadir esto, que la subrogación real no puede transmitir este carácter a las cosas no individualizadas que de hecho se confunden con el patrimonio de la comunidad, y que no puede llegar a ser propio perfecto.

La reciente reforma de los regímenes matrimoniales francesa de 13 de julio de 1965 ha venido a solucionar rotundamente esta antigua cuestión, al decidir en el artículo 1.406 del Código Civil que: *Forment aussi des propres, par l'affet de la subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des propres, ainsi que les bien acquis en emploi ou remploi, conformément aux articles 1.434 y 1435*. Aunque la reciente reforma francesa mantiene la presunción de ganancial a favor de la comunidad, las ocasiones de que se produzcan confusiones entre los patrimonios propios y común, es cada vez menor, lo mismo que en España tras la reforma del 2 de mayo de 1975, teniendo en cuenta que el nuevo artículo 1.428 del Código Civil concede a cada uno de los esposos el poder de administración, disposición y gozo de sus propios bienes. Por lo tanto, si el esposo o la esposa vende un bien suyo tiene derecho a recibir ellos mismos su precio e incluso pueden afectar al reemplazo valores que le pertenecen en la comunidad. Las cuentas corrientes bancarias, en especial, mantendrán completamente separadas, sin que caigan en la comunidad las cantidades recibidas por la venta de los bienes propios. Disuelta la comunidad *chacun des époux reprend ceux des biens qui n'étaient point entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou les biens que y ont été subrogés* (42).

Carece nuestro Código Civil de artículos como el 1.434 y 1.435 del Código francés, que regulan las condiciones que se necesitan para que se

(41) HENRY, *ob. cit.*, págs. 200 y sigs.

(42) René SAVATIER, *ob. cit.*, págs. 163 y sigs., 191 y sigs.

J. PATARIN y G. MORIN, *ob. cit.*, págs. 144 y sigs., tomo I.

produzca el empleo o reemplazo de los bienes propios de los cónyuges: artículo 1.434, 1.º, del Código Civil, *L'emploi ou le remploi est censé fait à l'égard d'un époux toutes les fois que, lors d'une acquisition, il a déclaré qu'elle était faite de deniers propres ou provenus de l'aliénation d'un propre, et pour tenir lieu d'emploi ou de remploi. A défaut de cette déclaration dans l'acte, l'emploi ou le remploi n'a lieu que par l'accord des époux et il ne produit ses effets que dans leurs rapports réciproques.*

Cuando el empleo o reemplazo se hace con dinero de la mujer, además de los requisitos exigidos en el artículo anterior, el nuevo artículo 1.435 del Código Civil requiere: *la déclaration du mari que l'acquisition est faite de deniers propres à la femme et pour lui servir d'emploi ou de remploi no suffit point, si cet emploi ou remploi n'a été formellement accepté par elle avant la liquidation définitive; si elle ne l'a pas accepté, elle a simplement droit à la récompense du prix du bien vendu.* La doble declaración del marido, cuando se trata del empleo o reemplazo de dinero de la mujer, no tiene carácter definitivo, sino condicional. La subrogación real respecto a los esposos, y una vez que la mujer ha aceptado el empleo o reemplazo de su dinero, tendrá carácter retroactivo, pero respecto a terceros sólo desde el momento de la aceptación (43). En cuanto a ésta, opina la doctrina y jurisprudencia que puede establecerse por todos los medios siempre que demuestren, de una manera evidente e irrecusable, la adhesión de la mujer.

También la doctrina y jurisprudencia francesa, anterior a la reforma de 1965, distinguía entre el reemplazo convencional u obligatorio para el marido y el legal o facultativo. En la actualidad, al conservar la mujer el poder de administrar, disponer y gozar de sus bienes propios, el marido no es responsable, como antes, del empleo o reemplazo de los bienes de la mujer. El nuevo artículo 1.430 del Código Civil así lo establece: *le mari n'est point garant du défaut d'emploi ou de remploi des biens propres à la femme, à moins qu'il ne se soit ingéré dans les opérations d'aliénation ou d'encaissement, ou qu'il ne soit prouvé que les deniers ont été recus par lui, ou ont tourné à son profit.*

El reemplazo convencional con anterioridad a la reforma se consideraba obligatorio para el marido. Sin embargo, TROPLONG (44) aplaude una Sentencia de la Corte de París de 5 de agosto de 1849, confirmada por la Cámara de Apelaciones de la Corte Suprema de 1 de febrero de 1948, en la que se alegaba que la señora Perrot no tenía acción

(43) HENRY, *ob. cit.*, págs. 194 y sigs.

TROPLONG, *ob. cit.*, págs. 319 y sigs.

PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 172 y sigs.

H. LEON y J. MAZEAUD, *ob. cit.*, págs. 174 y sigs.

AUBRY y RAU, *ob. cit.*, tomo III, núms. 65 y sigs.

(44) TROPLONG, *ob. cit.*, págs. 319 y sigs.

contra el marido durante el matrimonio, puesto que no tenía fundamento tratar más que si el marido hubiera malversado y motivado separación de bienes. La señora Perret, casada bajo el régimen de comunidad, había estipulado en el contrato de matrimonio que si durante el matrimonio con el señor Perret se vendía un inmueble propio de uno de los esposos, se emplearía el dinero en la adquisición de otros.

Aunque nuestro artículo 1.396-4 del Código Civil sólo habla de los bienes comprados con dinero exclusivo de la mujer o del marido y, el artículo 1.337-4 del Código Civil se refiere solamente a los bienes comprados con dinero perteneciente a la dote de la mujer, la doctrina tanto española como extranjera se plantea el mismo problema que ya hemos visto al tratar de los bienes propios adquiridos por permuta con otros bienes, por lo que nos remitimos a lo ya dicho en el caso de que el bien nuevo comprado lo sea en parte con dinero ganancial o privativo del otro cónyuge y en parte con dinero propio del cónyuge contratante. La reciente reforma francesa de los regímenes matrimoniales ha venido también a solucionar el problema de la calificación de los bienes adquiridos en parte con dinero propio de uno de los esposos y en parte con dinero ganancial. Dice así el artículo 1.434-3 del Código Civil: *Quand le prix du bien acquis excède la somme dont il a été fait emploi ou remploi, la communauté a droit à récompense pour l'excédent. Si, toutefois, le montant de la récompense devait être supérieur à la moitié du prix, le bien acquis tomberait en communauté, sauf la récompense due à l'époux (45)*. La reciente reforma francesa, por lo que tendremos ocasión de observar, ha oído resolviendo los eternos problemas que ha planteado el principio de subrogación real, aceptando la opinión dominante en la doctrina y jurisprudencia.

d) *Otros casos de subrogación real en los bienes propios de los cónyuges*

La doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo a partir de 1850 que las indemnizaciones (gratuitas, de seguros, expropiación, de responsabilidad, por daños materiales, etc.) recibidas a causa o por razón de un bien propio de uno de los cónyuges, representan al bien expropiado, destruido, dañado, etc., proceden de él y, por tanto, se produce una subrogación real, por la que los derechos que tenían los cónyuges sobre los

(45) BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, tomo III, núms. 71 y sigs.

E. GAUDENET, *Rev. Trim. Derecho civil*, 1911, págs. 123 y sigs. *Régimen dotal reemplazos anticipado-subrogación real*. S. Req., 12 abril 1910.

LAURENT, *ob. cit.*, págs. 403 y sigs., núm. 359.

HENRY, *ob. cit.*, págs. 194 y sigs.

LAURITOL, *ob. cit.*, págs. 242 y sigs.; tomo I, págs. 299 y sigs.

TROPLONG, *ob. cit.*, págs. 319 y sigs.

antiguos bienes se trasladan sobre las indemnizaciones recibidas precisamente por razón de ellos (46).

Carecemos en nuestro Código civil, pero no en las Compilaciones de Aragón y de Navarra de un artículo que, como en el BGB y RG. alemán (BGB arts. 1.370, 1.383 y 1.381; RG. 138-3, 90-65, 139, 292), digan que son bienes propios de los cónyuges por subrogación real las indemnizaciones recibidas por destrucción, deterioro o privación de un objeto perteneciente a los bienes propios. La reciente reforma francesa ha venido a suplir esta falta por medio del artículo 1.406-2 del Código Civil francés que dice que *forment aussi des propres, par l'effet de la subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des propres, ainsi que les biens acquis en emploi ou remploi, conformément aux articles 1.434 et 1.435.*

A pesar de que el legislador español no reguló este caso concreto de subrogación real en los bienes propios de los cónyuges, no ha sido obstáculo para que ésta se aplicara ampliamente fuera de los casos especialmente regulados por el Código Civil. El artículo 38-5 de la Compilación de Aragón acoge esta subrogación real cuando dice que son bienes propios «aquellos que vienen a compensar por la privación de otros propios o por los daños inferidos a los mismos». La Compilación de Navarra, sin referirse concretamente a este caso, lo sobrentiende, cuando en la Ley 84,4, después de referirse a otros casos de subrogación real, termina diciendo que son bienes propios de los cónyuges los adquiridos *por otra subrogación cualquiera de bienes privativos.*

Sobre los problemas que la aceptación de la subrogación real en las indemnizaciones planteó la doctrina tanto nacional como extranjera a partir de 1850, nos remitimos a mi trabajo que se publicará en breve: *El principio general de subrogación real en los derechos reales de garantía y goce.*

Igual que en los bienes propios del marido o de la mujer, la subrogación real puede producirse en los bienes reservados de la mujer que constituyen una masa particular de bienes comunes reservada, según la recien-

-
- (46) CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, págs. 270 y sigs.
 SANTORO PASSARELLI, *ob. cit.*, págs. 74 y sigs.
 H. LEON y J. MAZEAUD, *ob. cit.*, págs. 167 y sigs.
 Heinrich LEHMAN, *ob. cit.*, págs. 140 y sigs. y 135 y sigs.
 André COLOMER, *ob. cit.*, págs. 51 y sigs.
 ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, tomo IV, 5.ª ed., págs. 306 y 313 y sigs.
La subrogación real, ob. cit.
 GALINDO Y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria de España*, tomo III, 4.ª ed., Madrid, 1903, págs. 226 y sigs.
 LAURIOL, *ob. cit.*, págs. 246 y sigs., tomo I.
 BONNECASE, *ob. cit.*, págs. 705 y sigs., S. Le Machand, Cass. 28 juin 1831 y S. Pinol, Cass. Cour de Rouen, 27 decembre 1828.
 VALVERDE, *ob. cit.*, págs. 370 y sigs., cap. XIV.
 PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 130 y sigs.

te reforma francesa, a la administración, al goce y a la libre disposición de la mujer (arts. 224 y 1.401-2 del Código Civil francés). La subrogación real interviene en esta masa patrimonial, como en el patrimonio propio de los cónyuges, para completar la obra social querida por el legislador (47).

Otro caso previsto por la ley en el que se produce una subrogación real lo constituye el artículo 1.035 del Código Civil, referente a la colación. Desde el momento en que el legislador prevee que podrán llevarse a la masa hereditaria *los bienes o valores* donados por el causante, puede ocurrir que cuando un mueble o inmueble colacionable propio o dotal sea llevado a la herencia y en la partición le sea adjudicado al donatario un bien distinto del antiguo donado, éste nuevo bien sustituirá al antiguo y será propio o dotal igual que el antiguo donado.

Dice el artículo 1.035 del Código Civil: «el heredero forzoso que concorra con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los *bienes o valores* que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición». Solamente en el caso de que se lleven a la herencia los mismos bienes *en nature* se puede hablar de subrogación real. Esta supone la sustitución de un bien material por otro, no de un simple valor por otro valor. Por esta razón, de que para que un bien proceda de otro es necesario que estén identificado e individualizados, SANTORO PASSARELLI considera que al contrario del artículo 859 del Código Civil francés, que provee la colación en naturaleza, el artículo 1.015 del Código Civil italiano al regular que es colacionable sólo en valor del bien donado, anula toda posibilidad de subrogación real (48).

La Ley 335,1 de la Compilación del Derecho Civil de Navarra establece que «la colación se realizará a elección del obligado, bien mediante *aportación efectiva de los bienes objeto de la liberalidad, bien computando el valor que en el momento de la muerte del causante tengan aquellos*

(47) Alex WEILL, *Précis Dalloz*, 3.^a ed., *Les personnes, La familia, Les incapacités*, 1972, artículo 224 del Código Civil francés.

J. PATARIN y G. MORIN, *ob. cit.*, págs. 168 y sigs., tomo I.

R. SAVATIER, *ob. cit.*, págs. 194 y sigs.

BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, *Précis*, núm. 279 y sigs., L. 13 julio 1907.

CAPITANT, *ob. cit.*, págs. 394 y sigs.

HENRY, *ob. cit.*, págs. 206 y sigs., S. del Tribunal del Sena de 20 de diciembre de 1909.

(48) HENRY, *ob. cit.*, págs. 210 y sigs. S. Montpellier, 11 de noviembre de 1854; S. 54, 2, 687.

André COLOMER, *ob. cit.*, pág. 254.

Julien BONNECASE, *ob. cit.*, pág. 720.

SANTORO PASSARELLI, «La subrogazione reale», *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1926, pág. 75, núm. 70.

bienes o hubieran tenido los anteriores enajenados...». El artículo 273 de la Compilación de Cataluña no habla más que de colacionar los *bienes* que haya recibido del causante, salvo voluntad contraria de éste, expresada en el testamento o codicilo, o al otorgar la donación o liberalidad.

Dentro de la calificación de bienes propios por subrogación real se encuentra lo adquirido por la lotería, siempre que sea inequívoco el juego de ella y se demuestre la procedencia del dinero con que se ha comprado el billete (49). También y por analogía con el número 3 del artículo 1.337 del Código Civil, es propio, por subrogación real, lo adquirido por dación en pago de un bien privativo de uno de los cónyuges; en caso de indivisión de un bien propio de uno de los cónyuges cuando después de hecha la partición se le adjudicara el precio de su parte indivisa, en caso de redención de censos, etc.

La Compilación aragonesa establece también la subrogación real en la disponibilidad del derecho de viudedad foral, tanto en la exposición de motivos como en el artículo 83-2, que dice así: *Haya o no descendencia, puede enajenarse la plena propiedad de los bienes determinados, concurrendo el viudo usufructuario con el mudo propietario, pero, salvo pacto en contrario, quedarán subrogados el precio o la cosa adquirida en lugar de la enajenada.*

Nuestro Código Civil todavía prevé otro caso de subrogación real en los bienes propios de la sociedad de gananciales. Nos referimos al número 2 del artículo 1.404 del Código Civil, que dice así: «Serán gananciales los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca». En este caso la subrogación real se ve claramente; el derecho que el cónyuge tenía sobre el solar se traslada al dinero que procede de él. Estamos ante un caso, dice SANZ FERNÁNDEZ (50), de *accesión invertida superficie solo cedit* y, según GARCÍA GRANERO, ante un artículo contrario a los preceptos del Derecho romano y al Derecho histórico español, así como al criterio seguido por casi la totalidad de las legislaciones extranjeras contemporáneas y norma peculiarísima de nuestro Derecho (51).

Según se desprende de este artículo, se hace referencia a los edificios de nueva planta (SS. de 21 de octubre de 1909, 21 de septiembre de 1911, 19 de octubre de 1900, 2 de febrero de 1952, 29 de marzo de 1954 y 3 de febrero de 1966) no a las mejoras, reparaciones extraordinarias, am-

(49) LACRUZ BERDEJO, «Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre 1963.

CÁNOVAS COUTÍNO, «Relaciones económico-matrimoniales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 1964, págs. 173 y sigs.

(50) SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 283 y sigs.

(51) GARCÍA GRANERO, «Edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges», *Revista de Derecho Privado*, 1950, págs. 194 y sigs.

pliaciones, construcciones de accesorios, mayor elevación dada al edificio, etcétera, ni tampoco a las edificaciones de finca rústica con objeto de facilitar su explotación.

La doctrina predominante entiende que los medios invertidos han de ser gananciales (SS. de 11 de octubre de 1900, 24 de mayo de 1922, 3 de febrero de 1966 y Resolución de 29 de marzo de 1954) y el edificio terminado constante matrimonio (Resoluciones de 15 de julio de 1918 y 19 de octubre de 1900). Según esta doctrina y jurisprudencia, es evidente que dicha casa ha pasado a ser ganancial por ministerio de la ley y como tal debe reputarse para todos los efectos del Registro. La subrogación real en este caso es automática, sin que sea necesario hacer constancia de ella. Si el terreno es dotal o parafernial, se requerirá el consentimiento de la mujer para la declaración de obra nueva, pudiendo pedir la mujer la constitución de hipoteca legal sobre esa finca u otra para garantía de su crédito, e incluso exigirla como condición previa al consentimiento.

Al pasar automáticamente la propiedad del suelo de privativo a ganancial la sociedad de gananciales adquiere el terreno con todas las limitaciones, cargas, gravámenes inscritos de naturaleza real que consten en los asientos registrales, que por este hecho pasarán a gravar a la finca en su nueva descripción o situación objetiva. Desde el punto de vista de los acreedores, se dan otras tantas subrogaciones reales automáticas, pues su objeto antiguo ha cambiado y ha sido sustituido por otro al que el derecho de crédito se desplazará. Dado el carácter automático del artículo y teniendo en cuenta el interés de terceros, deberá hacerse constar la existencia de edificaciones sobre bienes privativos con el mayor detalle posible, incluyendo todas aquellas circunstancias de hecho que provoquen o puedan provocar la aplicación o exclusión de la norma.

Si más tarde se destruyera el nuevo edificio, ¿volvería el suelo a ser propiedad privada del cónyuge? GINÉS CÁNOVAS (52), SANZ FERNÁNDEZ (53) y BONILLA ENCINA (54), responden afirmativamente, alegando SANZ FERNÁNDEZ que, puesto que el suelo privativo se convirtió en ganancial automáticamente, si luego se hace constar la destrucción del edificio quedaría el suelo automáticamente convertido en privativo.

HERNÁNDEZ GIL y LACRUZ BERDEJO (55) opinan que debería permanecer ganancial.

(52) CÁNOVAS COUTINO, *ob. cit.*, págs. 169 y sigs.

(53) SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 283 y sigs.

(54) J. F. BONILLA ENCINA, «Caso práctico», *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 94, pág. 18.

(55) HERNÁNDEZ GIL, «La accesión invertida», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 48, julio-agosto, núm. 491, pág. 745.

- e) *Qué ocurre en el seguro de vida designándose beneficiario al cónyuge sobreviviente y cuyas primas se hubieran satisfecho con dinero ganancial*

En relación con el principio de subrogación real en las indemnizaciones recibidas en virtud o por razón de los bienes propios de los cónyuges, se ha planteado recientemente la cuestión de si la indemnización por el seguro de vida, cuyas primas se hubieran satisfecho con dinero ganancial, es privativa y pertenece al cónyuge beneficiario o ganancial por haber sido este patrimonio el que ha pagado las primas del seguro.

Este caso, según LACRUZ BERDEJO (56), ofrece un doble problema: el de la comunicabilidad de los diversos derechos de él derivados y el de si las primas pagadas deben reembolsarse al consorcio. En el primer caso, dice, el derecho a la indemnización pertenece al sobreviviente (S. de 22 de diciembre de 1944), pero el capital a abonar al contratante que vive al vencimiento será ganancial, si el seguro cumple su plazo constante matrimonio y parece que también debe ser ganancial, durante el tiempo de vigencia del seguro los derechos del contratante (capital-valor de rescate). En cuanto al reembolso a la comunidad, la sentencia citada responde afirmativamente.

De acuerdo con RIERA AÍSA y MEZQUITA DEL CACHO (57), no se da en este caso la subrogación real. Según este último, para que se produjera una subrogación real habría de ingresar algo en el patrimonio al tiempo que sale el objeto o elemento sustituido; el capital del seguro sólo se acredita con la muerte del asegurado y no llega nunca a entrar en su patrimonio privativo, adquiriéndolo el beneficiario.

Las primas no representan en el contrato del seguro al bien, sino que son meros gastos de conservación. Las indemnizaciones subrogan a los bienes destruidos, deteriorados, expropiados, etc., y el contrato de seguro se hace por razón de estos bienes y por su causa, pero en el caso que estamos considerando, la indemnización del seguro de vida, pertenece al sobreviviente como bien propio, pero este bien propio es originario y aleatorio, con lo que la subrogación real está excluida. Esta supone, como hemos dicho, la conservación de un derecho ya existente y en ésta se crea un derecho nuevo y a título gratuito con respecto al patrimonio del beneficiario.

(56) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, *Derecho de Familia*, páginas 169 y sigs.

(57) RIERA AÍSA, «El llamado derecho propio del beneficiario en el seguro de vida al capital del mismo y las relaciones jurídicas familiares, sucesorias y obligacionales del que lo contrata», *An. Ac. Matr. Not.*, 1951.

MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*, *Principales aplicaciones de la subrogación real...*

En cuanto al derecho de reintegro que tiene la comunidad por las primas pagadas, RIERA AÍSA lo critica por implicar tal criterio un enorme peligro para la subsistencia de la institución del seguro, subrayando algunos casos en los que la devolución del valor de las primas pagadas igualará al capital del seguro o lo dejará reducido irrisoriamente. A su juicio, y por razones de equidad, cuando las primas no excedan de lo admisible, atendiendo a la posición de la familia, no deberán ser integradas y sí sólo cuando sean abusivas o cuando el designado beneficiario no sea el cónyuge copartícipe de la comunidad.

Una vez estudiada la aplicación de la subrogación real en los bienes propios de los cónyuges en el régimen legal de gananciales, vamos a referirnos a continuación a los bienes dotales por subrogación real.

II. LA SUBROGACION REAL EN EL REGIMEN DOTAL

La subrogación real en los bienes dotales está establecida en nuestro artículo 1.337-1, 2, 3 y 4 del Código Civil, muy semejante en su redacción al artículo 1.273 del Proyecto de 1851 y al artículo 1.396 del Código civil. Dice así el artículo 1.337 del Código Civil: «Tendrán también el concepto de bienes dotales los inmuebles (o muebles) adquiridos durante el matrimonio:

- 1.º Por permuta con otros bienes dotales.
- 2.º Por derecho de retracto perteneciente a la mujer.
- 3.º Por dación en pago.
- 4.º Por compra con dinero perteneciente a la mujer.»

Como podemos ver, este artículo, excepto el tercer apartado, tiene la misma construcción que el artículo 1.396 del Código Civil, que regula cuáles son los bienes propios de los cónyuges en el régimen legal de gananciales, por lo que nos remitimos a lo dicho en iguales casos anteriormente. Pero si en relación con la subrogación real lo dicho al tratar de los bienes propios de los cónyuges es aplicable a la legislación española y alemana, cuya regla general es la alienación de la dote, no ocurriría lo mismo en el Derecho francés y en el italiano, en donde la dote es inalienable y estaba prohibido aumentarla durante el matrimonio. No obstante, esta regla de inalienabilidad y precisamente por ella ambos países, a través del principio de subrogación real, han hecho más flexible este régimen, hasta tal punto que hoy día se puede decir que tanto en Italia como en Francia la dote puede cambiar durante el matrimonio por subrogación real, prin-

cipio que en gran manera y con las máximas garantías vienen a beneficiar a los propios cónyuges (58).

Efectivamente, los artículos 1.543 del Código Civil francés y 1.391 del Código Civil italiano prohíben constituir y aumentar la dote durante el matrimonio. Pero bien pronto y por acuerdo entre las partes fueron muy frecuentes las llamadas cláusulas de empleo y reemplazo en los contratos de matrimonio, por medio de las cuales los cónyuges intentaban evitar el perjuicio que la inalienabilidad podía acarrearles. De tal manera se usó de estas cláusulas que no sólo llegaron a ser de estilo, sino que terminaron por desfigurar el régimen dotal.

Los Códigos francés e italiano preveen la venta de bienes dotales para ciertas necesidades. Así, los artículos 1.557 y 1.558 del Código Civil francés dicen que los inmuebles constituidos en dote no pueden ser vendidos ni hipotecados durante el matrimonio, ni por el marido, ni por la mujer, ni por los dos conjuntamente, salvo las excepciones que enumera el artículo 1.558, tales como para el establecimiento de los hijos, para su colocación, para liberar de prisión a la mujer, para prestar alimentos a la familia, para realizar reparaciones indispensables a la conservación de los inmuebles dotales, para pagar deudas de la mujer o de los que constituyeron la dote y cuando el inmueble pertenezca proindiviso a varias personas y sea indivisible. En estos casos se requerirá la autorización judicial y la venta se hará por subasta pública, con la obligación siempre de reemplazar el excedente en la masa dotal. En Italia el artículo 1.405 del Código Civil (antiguo art. 187) permite también la venta de bienes dotales en caso de necesidad o utilidad.

En cuanto al caso de compra con dinero dotal, el artículo 1.553 del Código Civil francés establecía que el inmueble adquirido con dinero dotal no es dotal, si la condición de empleo no ha sido estipulada en el contrato de matrimonio. Lo mismo ocurre con el inmueble dado en pago de la dote constituida en dinero. Lo mismo el artículo 1.403 del Código Civil italiano (antiguo art. 171).

En caso de permuta de un bien dotal por otro, el artículo 1.559 del Código Civil francés y artículo 1.406 del Código Civil italiano (antiguo artículo 187) establecen que un inmueble dotal puede ser cambiado, pero con el consentimiento de la mujer, por otro inmueble del mismo valor, o al menos por la 4/5 partes, justificando la utilidad del cambio, auto-

(58) Marc LAURIOL, *ob. cit.*, tomo I, pág. 135, y tomo II, págs. 348 y sigs.

Julien BONNECASE, *ob. cit.*, págs. 688 y sigs.

André COLOMER, *ob. cit.*

H. LEON y J. MAZEAUD, *ob. cit.*, págs. 152 y sigs. y 595.

R. RUGGIERO, *ob. cit.*, vols. I y II, Madrid, 1924 y 1931, págs. 804 y sigs.

LONGO, *ob. cit.*

SANTORO PASSARELLI, *ob. cit.*, págs. 51 y sigs.

rización judicial y mediante estimación de expertos nombrados de oficio por el Tribunal. En el caso de autorización judicial el inmueble recibido a cambio será dotal y el excedente del precio, si lo hay, lo será también y como tal será empleado en provecho de la mujer.

Pero el hecho de que en Francia e Italia la dote sea inalienable, salvo los casos excepcionales establecidos por la ley, no nos permite aceptar como válido para la dote lo dicho para los bienes propios de los cónyuges. Respecto a la dote, tanto la doctrina francesa como la italiana se nos presentan interpretando estos artículos restrictivamente. Lo dicho en la permuta, en el caso de que hubiera una diferencia de valor entre los bienes permutados favorable al que contrató con el marido o con la mujer, no es válido aquí. La dote durante el matrimonio no puede aumentar por lo que la doctrina considera en este caso como en el de compra en parte con dinero ganancial y en parte con dinero dotal, que el nuevo bien adquirido sólo es dotal hasta el montante de su valor, siendo ganancial o privativo del otro cónyuge por el resto. La indivisión ha sido preferible por la mayoría de los autores de acuerdo con la regla de inalienabilidad dotal (59).

En cuanto al empleo o reemplazo de los bienes dotales, los bienes así adquiridos sólo serán dotales si la condición de empleo y reemplazo ha sido establecida en el contrato de matrimonio. En una Sentencia de la Corte Suprema francesa de 23 de abril de 1833 (D. 33-1-286), una mujer casada bajo el régimen dotal aportó al matrimonio una cantidad de dinero pero sin estipular, en el contrato de matrimonio donde establecían una sociedad de gananciales, la condición de empleo del dinero dotal. Durante el matrimonio, parte de la dote fue empleada en la compra de una casa y en el acto de adquisición el marido alegó que se adquiría la casa con el empleo del dinero dotal y con el consentimiento de la mujer. Más tarde se produce una separación de bienes y la mujer renuncia a la sociedad de gananciales. Los acreedores del marido embargan la casa como ganancial, a lo que se opone la mujer reivindicando el inmueble como bien dotal e inalienable. Ante el silencio del contrato de matrimonio, la Corte Suprema decide que las cláusulas por las que los cónyuges hicieron dotal un inmueble que no lo era por el contrato de matrimonio

(59) SANTORO PASSARELLI, *ob. cit.*, págs. 97 y sigs.

LAURENT, *ob. cit.*, págs. 463 y sigs.

BAUDRY-LACANTINIERE, *ob. cit.*, págs. 381 y sigs. y núms. 394 y 429. Tomo III, *Précis*.

TROPLONG, *ob. cit.*, págs. 257 y sigs.

HENRY, *ob. cit.*, pág. 210.

FRANCESCO FERRARA, *Diritto delle persone e di famiglia*, Edit. Dott, Nápoles, 1941, págs. 345 y sigs.

PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 232 y sigs.

eran inútiles, por lo que la casa fue declarada ganancial y propiedad exclusiva del marido como consecuencia de la renuncia de la mujer a la sociedad de gananciales.

En caso de empleo o reemplazo de bienes dotales, los autores franceses y italianos aplican los artículos 1.434 y 1.435 del Código Civil francés, que como hemos visto exigen la doble declaración del marido en el caso de que el reemplazo sea de un bien de él, y la aceptación de la mujer cuando el marido actúa por cuenta o en nombre de ella. Sin embargo, autores como TROPLONG (60) señalan las diferencias que hay entre el reemplazo de un bien propio y el de un bien dotal; mientras el primero es una obligación legal introducida tanto en interés del marido como de la mujer, el reemplazo dotal es una obligación precisa del marido, impuesta por el contrato de matrimonio que no autoriza la venta sin esta condición. Es un error, dice TROPLONG, el querer considerar y tratar de igual manera el régimen de comunidad y el régimen dotal. El reemplazo es una combinación nacida del régimen de comunidad, éste es su campo de origen; en el régimen dotal ha entrado tardíamente y por adaptación, habiéndose aplicado aquí por la Costumbre de Normandía (arts. 540 y 541) y por la jurisprudencia del Parlamento.

La subrogación real en el régimen dotal como en los bienes propios de los cónyuges se aplica también en caso de indemnizaciones debidas por expropiación de bienes dotales, indemnizaciones por seguros, de responsabilidad, por daños, en el caso de dote establecida de parte indivisa: la parte que le corresponde a la mujer después de la división será dotal, tanto si le corresponde en la división una parte concreta, como si se le asigna parte del precio de venta de la cosa indivisa a un extraño, en caso de redención de censos, etc. (61).

La Ley francesa de 13 de julio de 1965 suprimió pura y simplemente el régimen dotal, regulado por los antiguos artículos 1.540 a 1.581 del Código Civil francés. Sin embargo, el artículo 11 de la ley estableció que si los esposos habían hecho un contrato de matrimonio antes de la entrada en vigor de la presente ley, continuarían rigiéndose por las estipulaciones de su contrato. Si en el contrato de matrimonio los esposos

(60) TROPLONG, *ob. cit.*, págs. 333 y sigs.

(61) MANRESA, *ob. cit.*, pág. 279.

BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, núms. 1.751 y 1.736. Tomo VIII: *De traité théorique et pratique de Droit civil*, París, 1907, Edit. Sirey. *Précis de Droit civil*, *ob. cit.*, tomo III, núms. 431, 429 y 409.

L. BONEL y SÁNCHEZ, *ob. cit.*, págs. 46 y sigs.

VALVERDE, *ob. cit.*, págs. 295 y sigs.

E. GAUDENET, *ob. cit.*, págs. 123 y sigs.

FERRARA, *ob. cit.*, págs. 345 y sigs.

SANTORO PASSARELLI, *ob. cit.*, págs. 97 y sigs.

HENRY, *ob. cit.*, págs. 210 y sigs.

habían adoptado el régimen sin comunidad o el régimen dotal, continuarán también rigiéndose por las estipulaciones de su contrato así como, según los casos, por las disposiciones de los antiguos artículos 1.530 a 1.535 del Código Civil, o por la de los antiguos artículos 1.540 a 1.481 del mismo Código y del antiguo artículo 5.º del Código de Comercio. Sin embargo, durante la fecha de dos años a contar desde la entrada en vigor de la presente ley, podrían, observando las demás disposiciones previstas en el artículo 17, colocarse bajo el régimen de comunidad legal o bajo el régimen de separación de bienes (62).

A continuación estudiaremos, especialmente, el número 3 del artículo 1.337 del Código Civil, es decir, los bienes dotales por dación en pago.

a) *Subrogación real por dación en pago de la dote*

En España la aplicación de la subrogación real en caso de dación en pago de la dote no ha planteado ningún problema; el antiguo objeto del derecho es constituido, por acuerdo de las partes y autorizado por la ley, por otro bien que viene a reemplazarlo. Si el derecho que se tenía sobre el antiguo bien era dotal o privativo, el bien recibido por su causa o por razón de él, también será dotal o privativo: SS. de 3 de febrero 1966 y 21 de febrero de 1971.

Entre el bien antiguo y el nuevo se establece una relación de causalidad, aunque no una relación de procedencia directa material. Estamos, podemos decir, ante un caso semejante a la subrogación real producida en las indemnizaciones. El bien nuevo representa al antiguo y procede de él por disposición de la ley y, sobre todo, por acuerdo de las partes y aceptación del acreedor que permite, sin extinguir su derecho, que éste recaiga sobre otro objeto distinto del antiguo establecido. La subrogación real en este caso no ha planteado problemas de ninguna clase, habiéndose aceptado sin más por la doctrina y jurisprudencia española (63). Si la dote, dice LACRUZ BERDEJO, consiste en dinero y el constituyente para librarse de su deuda cede en pago al marido bienes inmuebles o muebles, tales bie-

(62) G. MORIN y M. MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, tomo II, ob. cit., págs. 16 y sigs.

(63) CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., págs. 270 y sigs.

ROCA SASTRE, ob. cit.

MEZQUITA DEL CACHO, ob. cit.

LACRUZ BERDEJO, ob. cit., *Estudios jurídicos...*, La dote, págs. 425 y sigs.

SCAEVOLA, ob. cit., págs. 388 y sigs.

MANRESA, ob. cit., págs. 279 y sigs.

L. BONEL y SÁNCHEZ, ob. cit., págs. 326 y sigs.

PUIG BRUTAU, ob. cit., págs. 464 y sigs.

VALVERDE, ob. cit., págs. 295 y sigs.

nes son siempre dotales sin ulterior requisito; la subrogación real es automática y aplicable por analogía a los bienes propios de los cónyuges.

Pero si en España no presenta problemas, no ocurrió lo mismo en Francia. Ya hemos visto que el artículo 1.553 del Código Civil francés y 1.403 del Código Civil italiano establecían que el inmueble adquirido con dinero dotal no es dotal si la condición de empleo no ha sido estipulada en el contrato de matrimonio, y lo mismo ocurre en el caso del inmueble dado en pago de la dote constituida en dinero. Para que se produjera la subrogación real en la dación en pago de la dote dineraria era preciso que así se hubiera constituido en el contrato de matrimonio. Lo mismo que era necesaria esta estipulación, también se requería que se satisficieran las condiciones requeridas por el artículo 1.434 del Código francés, como lo declaró una sentencia de la Corte francesa de 26 de julio de 1939 (S. 69-1-401, D. 69-1-455). La Corte Suprema consideró que la dación en pago no es un cambio, sino una venta cuyo precio hubiera sido compensado por el crédito del adquirente; por consiguiente, y como en toda venta, está sometida a las exigencias de forma previstas por el artículo 1.434 del Código Civil (doble declaración del marido de que la adquisición está hecha con el dinero proveniente de la venta y que la adquisición se hace para que tenga lugar el reemplazo). La subrogación real en este caso no era automática y de pleno derecho como se considera en España y, sin embargo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de París, contra la que se recurrió en la sentencia anterior, estableció que la dación en pago que sustituye un inmueble a un crédito propio de uno de los cónyuges producía de pleno derecho la subrogación real, considerándose propio el inmueble recibido sin que hubiera necesidad de satisfacer las condiciones del artículo 1.434 del Código Civil, sentencia Corte de Apelación de París, de 12 de febrero de 1868 (D. 68-249; S. 68-2-176). La subrogación real en el caso de dación en pago, decía HENRY, no interviene de una manera eficaz más que cuando el nuevo bien se presenta con el carácter de una cosa individualizada, si no es prácticamente imposible porque el nuevo bien, confundiéndose a continuación con el patrimonio de la comunidad, no es susceptible de permanecer afectado con toda propiedad a las necesidades del esposo (64).

Pero la creación más curiosa relacionada con el principio de la subrogación real es la llamada por los franceses teoría de la *dot incluse*. El origen de esta teoría estaba en el deseo de la jurisprudencia francesa de proteger a la mujer en su dote mobiliaria, procurando seguir el *valor* a través de las distintas fluctuaciones del patrimonio y mantenerlo siempre igual. En los países de Derecho escrito, nos dice PAULMIER (65), se establecía

(64) HENRY, *ob. cit.*, págs. 202 y sigs.

(65) PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 232 y sigs.

que el inmueble dado al marido, después de contraído matrimonio, en pago de una dote constituida en dinero, no era dotal, sino propio del marido, que venía a ser simple deudor de la mujer por la suma dotal originariamente constituida. La subrogación real, por tanto, no se producía, Agen, 21 de diciembre de 1809 (S. 10-11-351).

Ante estas injusticias empezaron a aparecer en los Parlamentos varias soluciones, entre ellas las de distinguir según las personas que hacían la dación y quiénes las recibían. Si era un tercero el que hacía la dación en pago no había subrogación real, pero si era el marido, el inmueble dado por él en pago de la dote sería dotal por subrogación real, Corte de Grenoble, 25 de abril de 1830 (S. 30-2-311). En el caso de que se consideraran a las personas a las que se les hacía la dación, si éstas eran el marido y la mujer conjuntamente o el marido, pero en nombre de la mujer, la subrogación real tenía lugar, pero si se le hacía sólo al marido, el inmueble recibido pasaba a ser de su propiedad, salvo recompensa a la mujer. Corte de Toulouse, 5 de junio de 1809.

La idea de la *dot incluse*, dice BAUDRY-LACANTINERIE (66), fue expuesta desde 1835 por TESSIER y pronto invocada en la práctica, aunque con cierta timidez al principio, así como duramente criticada después. De una manera general, podemos decir que cada vez que un bien tome el lugar de un valor dotal, sin que la subrogación real completa se produjera, será parafernial, pero éste bien, como representando un valor dotal, estará gravado de dotalidad hasta la concurrencia de este valor. El inmueble podrá ser vendido, pero el tercer adquirente estará obligado frente a la mujer al reembolso de la cantidad que represente ese valor dotal, incluso en el bien parafernial. También será embargado el bien parafernial gravado de dotalidad, pero la mujer conservará un derecho preferente frente a los acreedores sobre el precio del embargo.

La jurisprudencia que aplicó la llamada teoría de la *dot incluse* fue muy abundante. En una célebre Sentencia de la Corte Suprema de 20 de febrero de 1849 en casación, frente a la sentencia de la Corte de Nimes de 30 de mayo de 1846, se estableció lo siguiente: «Considerando que ninguna constitución dotal podrá prevenir más que de un contrato; que se seguía de allí que en caso de conversión de bienes en valores de otra naturaleza, estos nuevos valores no se encuentran gravados de dotalidad más que si la conversión había sido prevista en los acuerdos matrimoniales, o estipulando en los acuerdos hechos durante el matrimonio, entre el marido y la mujer; que el carácter de dotalidad no se transporta sobre los bienes adquiridos con dineró dotal durante el matrimonio, ya por el marido sin la mujer, ya por la mujer sin el marido; que en caso de insolven-

(66) BAUDRY-LACANTINIERE, *ob. cit.*, *Précis*, tomo III, págs. 450 y sigs.

cia del marido, los bienes así adquiridos estaban, en favor de la dote y por la necesidad de su conversión, afectos de la dotalidad que se ha llamado subsidiaria, la cual permite a la mujer a la que se le ha restituido su dote, reivindicarlos nada más que hasta la concurrencia de la dote y en caso de insuficiencia de otros bienes; que esta asimilación se interpreta como habiendo creado una dotalidad subsidiaria y limitada a un derecho real sobre el inmueble, en caso de insuficiencia de otros bienes, para la conservación del dinero dotal». En esta sentencia se resolvía la adjudicación de un inmueble por el marido en pago de la dote dineraria de la mujer.

Esta sentencia, dice TROPLONG (67), decide claramente que la compra de la mujer o la dación en pago recibida por ella, no dotalizan el inmueble de pleno derecho. Los autores que señalan lo contrario están condenados por esta sentencia y sobre todo por el artículo 1.553 del Código Civil. La superstición de la dotación era tan grande en algunos espíritus, que dos sentencias terminaron por declarar dotales los inmuebles recibidos por la mujer en pago de su dote pecuniaria: S. de la Corte de Rouen, 26 de junio de 1824 (D. 24-2-21); Corte de Toulouse, 19 de septiembre de 1829 y Corte de Nîmes, 31 de septiembre de 1832 (D. 32-2-104). Estos casos, dice TROPLONG, han de ser señalados entre los de exageración dotal.

En otra sentencia de la Corte Suprema de 12 de abril de 1870 (D. 70-1-264), el marido no tenía dinero disponible y cedió a la mujer en pago uno de sus inmuebles, el cual era parafernial porque la dote no podía ser constituida ni aumentada durante el matrimonio (art. 1.543 del Código Civil francés y 1.391 del Código Civil italiano), pero la jurisprudencia consideró que desde el momento en que ha sustituido a un crédito dotal, debía estar gravado de dotalidad hasta la concurrencia del montante del crédito. Según esta sentencia, *el immeuble sera gravé de la créance dotales entre les mains de la femme, comme il aurait été grevé de l'hypothèque légale entre les mains du mari.*

Un constituyente que había prometido a la mujer una dote dineraria, no pudiendo liberarse de otro modo le dé en pago un inmueble. A falta de estipulación de empleo, la Corte Suprema juzgó que el inmueble era parafernial, pero gravado de dotalidad hasta la concurrencia del montante del crédito debido a la mujer por el tercero constituyente: S. de la Corte Suprema de 22 de febrero de 1905 (D. 1905-1-241) y Corte Suprema de Pau, 8 de junio de 1892 (D. 94-2-315); el inmueble atribuido a la mujer después de la separación, en pago de sus *reprises dotales*, es parafernial, pero gravado de dotalidad, Corte de Montpellier, 21 de junio de 1871

(67) TROPLONG, *ob. cit.*, págs. 257 y sigs.

(D. 71-2-175). Un padre constituye una dote en dinero, pero muere durante el matrimonio sin haberla pagado; la hija recibe en la sucesión del padre un inmueble para reemplazar su dote, inmueble que será parafernial gravado de dotalidad por el valor de la dote prometida: S. de la Corte de Toulouse, 21 de julio de 1855, recurrida en Casación el 1 de diciembre de 1857 (D. 58-1-71). Otras dos sentencias, a falta de una cláusula de empleo en el contrato de matrimonio, determinaron que el bien adquirido con dinero dotal la primera y con el dinero procedente de la restitución de la dote la segunda, era parafernial, pero gravado de dotalidad, Corte de Grenoble, 11 de julio de 1857 (D. 57-2-210) y Corte Suprema, 1 de agosto de 1900 (D. 1901-1-145).

A pesar de su frecuente aplicación, esta teoría fue duramente criticada por parte de la doctrina francesa, entre otras razones, por haber restablecido una teoría ya abandonada: la dotalidad subsidiaria; por haber creado una tercera categoría de bienes que no eran claramente ni dotales ni paraferniales y, sobre todo, y en la doctrina más reciente, porque la subrogación real no puede consistir en la simple conservación de un valor, en seguir a ese valor a través de las distintas mutaciones del patrimonio. La subrogación real, como decíamos frente a la teoría moderna, requiere en todo momento un valor individualizado (68).

Como es natural, esta teoría estaba justificada plenamente para HENRY (69). Para este autor era la traducción exacta de la idea de afectación y de subrogación real, la cual era necesaria para mantener perpetuamente afectados a las necesidades del *ménage* un *valor constante*; lejos de ir en contra del principio de inmutabilidad, está para salvaguardarlo conservando siempre intacto el valor de la dote sin aumento ni disminución. En el Derecho francés, dice, un crédito dotal es tan indispensable como un inmueble; es, pues, natural decidir que cada vez que un bien tome el lugar de un crédito dotal, será indisponible en la misma medida que el crédito que reemplaza. La teoría de la *dot incluse* es necesaria, es el resultado económico necesario para evitar consecuencias absurdas.

Una vez estudiadas las especialidades que la regla de inalienabilidad dotal trajo consigo, en relación a la subrogación real, vamos a referirnos a otros casos previstos en nuestro Código Civil.

(68) Marc LAURIOL, *ob. cit.*, tomo I, págs. 136 y sigs., y tomo II, pág. 348.

Julien BONNECASE, *ob. cit.*, págs. 688 y sigs.

H. LEON y J. MAZEAUD, *ob. cit.*, págs. 152 y sigs., 487 y 595.

R. RUGGIERO, *ob. cit.*, págs. 804 y sigs.

SANTORO PASSARELLI, *ob. cit.*, págs. 58 y sigs.

CAPITANT, *ob. cit.*, págs. 394 y sigs.

BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, tomo III, págs. 450 y sigs.

(69) HENRY, *ob. cit.*, págs. 214 y sigs.

b) *Otros casos de subrogación real en los bienes dotales establecidos en el Código Civil.*

Según el artículo 1.345 del Código Civil, «La mujer que tuviere en su favor dote confesada por el marido antes de la celebración del matrimonio o dentro del primer año de él, podrá exigir en cualquier tiempo que el marido se la asegure con hipoteca, siempre que haga constar judicialmente la existencia de los bienes dotales o la de otros *semejantes o equivalentes*, en el momento de deducir la reclamación». La doctrina española está de acuerdo en que la expresión utilizada en este artículo: bienes semejantes o equivalentes, no significa ni que los bienes sean semejantes materialmente ni por un valor igual al que tenían los bienes antiguos, sino que hace referencia a la consideración jurídica de los bienes que han venido a sustituir por medio del principio general de subrogación real a los antiguos bienes dotales. La expresión «semejantes» no debe considerarse, por tanto, sino como equivalente y equivalente no en cuanto cantidad, sino en la consideración jurídica idéntica de que gozan los bienes que existen en la actualidad en la dote de la mujer adquiridos por subrogación real de los antiguos (70).

Según LACRUZ BERDEJO, el procedimiento para hacer constar los dotales existentes es el artículo 165 LH, cuando hace referencia a los bienes semejantes o equivalentes, es decir, no es necesario probar si tiene el concepto jurídico de bienes subrogados, sino simplemente la existencia de la adquisición y los bienes adquiridos. ROCA SASTRE y CASTÁN, por el contrario, opinan que la confesión del marido debe constar en documento público.

La obligación del marido de garantizar con hipoteca nace desde el momento de la entrega de los bienes dotales, cuyo importe o cuya individualidad o equivalencia debe restituir, y también desde la enajenación de los inmuebles mientras no se adquieran otros por subrogación real (subrogados, art. 1.371 del Código Civil y 183 de la Ley Hipotecaria).

Pero la hipoteca a lo largo del matrimonio puede ampliarse, reducirse o extinguirse, y por ello hacerse nuevamente exigible a medida que aumente o disminuya el importe de la obligación de restituir o cesa ésta o se reduce el valor de la garantía (art. 1.350 y 1.351 del Código Civil; 163, 172, 183 y 117 de la Ley Hipotecaria). Por tanto, y en virtud del principio

(70) SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XXXI, págs. 442 y sigs.

GALINDO Y ESCOSURA, *Legislación hipotecaria de España y Ultramar*, Comentarios, tomo III.

SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, libro III, págs. 716 y sigs.

CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, pág. 427.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, págs. 145 y sigs.

ROCA SASTRE, *ob. cit.*, *Derecho hipotecario*, tomo IV, págs. 654 y sigs.

general de que la mujer tiene en todo momento derecho a completa garantía de sus aportaciones matrimoniales, el artículo 183 de la Ley Hipotecaria dice que la mujer podrá exigir la *subrogación real de su hipoteca* en otros bienes del marido, en cualquier tiempo que lo crea conveniente, desde que haya consentido por escrito en la enajenación o gravamen de los inmuebles afectados a su dote como condición previa para prestar dicho consentimiento; también otras personas, en su nombre, pueden pedir la subrogación real. Por medio de este principio, el derecho de hipoteca que existía sobre el bien antiguo del marido, pasa a gravar con todas sus prerrogativas al nuevo inmueble que sustituye al antiguo del marido vendido con el consentimiento de la mujer. La subrogación real se produce claramente con la conservación de un derecho de hipoteca de la mujer a pesar del cambio de objeto (71).

El tercer caso de subrogación real establecido en nuestro Código Civil está relacionado con las especialidades de la dote mobiliaria, artículo 1.359 del Código Civil, que exige, en el caso de venta de bienes dotales consistentes en valores cotizables, efectos públicos, etc., una subrogación real obligatoria como condición previa a esta enajenación. La subrogación real interviene aquí para conservar *in natura* los bienes de la mujer, consiguiendo así armonizar perfectamente los intereses de ambos cónyuges. Esta medida que la ley concede en virtud de la importancia económica de los efectos públicos, valores cotizables, etc., puede hacerse extensiva mediante una cláusula de empleo y reemplazo en el contrato de matrimonio para los bienes privativos de los cónyuges, considerándose éstas como el medio más eficaz, en momentos de desvalorización de la moneda, para proteger, sobre todo, a la mujer que, por su situación en el matrimonio, resultaría la más perjudicada (me refiero a su situación antes de la reforma del 2 de mayo de 1975).

Dice así el artículo: «El marido que recibe en dote estimada o inestimada efectos públicos, valores cotizables o bienes fungibles y no los hubiera asegurado con hipoteca, podrá, sin embargo, sustituirlos por otros equivalentes, con el consentimiento de la mujer si ésta fuera mayor, y con el de las personas a que se refiere el artículo 1.352 del Código Civil si fuera menor. También podrá enajenarlos con el consentimiento de la mujer o de las personas antes mencionadas, a condición de invertir su importe en otros bienes, valores o derechos igualmente seguros» (reemplazo).

Dicho artículo, dada la importancia económica de los bienes dotales, permite o permutarlos por otros equivalentes (en este caso equivalentes hace referencia al valor o montante) o enajenarlos con la condición de reemplazo consiguiente. Teniendo en cuenta el artículo 137 del Código

(71) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, *Derecho hipotecario*, tomo IV, págs. 664 y sigs.
VALVERDE, *ob. cit.*, págs. 320 y sigs.

Civil, lo que se exige del marido al restituir la dote no es el importe de los valores no existentes, sino los valores mismos, que si no existen, han de ser adquiridos por él por igual cantidad en que fueron vendidos (72).

La subrogación real por reemplazo obligatorio está también regulada en el artículo 31 de la Compilación aragonesa, que establece como condición previa de la venta, que el precio obtenido se emplee en otros bienes determinados: «La dote asignada a la mujer por sus ascendientes no podrá ser enajenada mientras el matrimonio no tenga hijos (descendencia), sin el consentimiento de los padres de la mujer o del que de ellos viviere o, en su defecto, de la Junta de Parientes, y siempre con la obligación de invertir el precio en otros bienes determinados, que gozarán de igual condición jurídica».

Una vez estudiados los casos de bienes propios y dotal por subrogación real, y la aplicación extensiva de ésta a casos no previstos especialmente en nuestro Código Civil, vamos a tratar a continuación del requisito imprescindible para que la subrogación real se produzca en el régimen legal de gananciales, nos referimos a la prueba de la subrogación real en los bienes propios de los cónyuges.

III. PRUEBA DEL CARACTER PRIVATIVO DE LOS BIENES EN LA COMUNIDAD LEGAL DE GANANCIALES

Para que se de la subrogación real en los bienes propios de los cónyuges, en la comunidad legal de gananciales, el cónyuge que alegue que los bienes son privativos suyos, debe probarlo suficientemente, dado que el artículo 1.407 del Código Civil establece «que se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer».

La Ley francesa de 13 de julio de 1965 mantiene la presunción de ganancialidad a favor de la comunidad, artículo 1.402,1 del Código francés: «Tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi».

En el caso de subrogación real por reemplazo, no basta probar una venta y una compra posterior para demostrar que el bien comprado procede del antiguo, sino que es necesario establecer que el bien comprado lo ha sido con dinero privativo procedente de la venta anterior; es nece-

(72) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, págs. 156 y sigs.

SCAEVOLA, *ob. cit.*, págs. 577 y sigs.

SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, págs. 735 y sigs.

CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, págs. 440 y sigs.

sario probar la existencia de un vínculo de procedencia entre los dos actos jurídicos. Esta exigencia de probar la relación entre estos dos actos jurídicos en el caso de reemplazo está regulada en el artículo 1.434 del Código Francés que establece que en el momento de la adquisición el marido haga una doble declaración: primera, que la adquisición está hecha con el dinero proveniente de la venta y, segunda, que la adquisición se hace para que tenga lugar el reemplazo. Cuando el reemplazo se hace por el marido por cuenta de la mujer, el artículo 1.435 del Código francés exige la aceptación de ésta, además de la doble declaración del marido, como hemos visto anteriormente.

Al carecer el principio de la subrogación de unos medios de prueba especiales, se tiene que acudir al Derecho común. A veces, sin embargo, las instituciones en las que la subrogación real interviene, con mayor o menor fuerza, tienen sus propias reglas de prueba, eventualmente aplicables, siendo éste el caso del régimen matrimonial de gananciales y de los artículos 95 y 96 de la Ley Hipotecaria y 144 del Reglamento Hipotecario, reforma de 1959.

a) *Quién puede hacerla.*

La prueba ha de hacerla el cónyuge que afirma el carácter privativo del bien: *actori incumbit probatio* (SS. de 28 de enero de 1898 y 13 de marzo de 1930), sin que sea necesaria ni precisa la intervención del otro cónyuge (73). Sin embargo, decía SANZ FERNÁNDEZ (74), antes de la reforma del 2 de mayo de 1975, que parecía haber en la prueba hecha por la mujer cierta intervención del marido por haber prestado su licencia con anterioridad o sin su licencia, según el artículo 169 del Reglamento del Notariado y artículo 94 del Reglamento Hipotecario, pero ésta no era precisa según la sentencia de 30 de marzo de 1943. Hoy ya no es caso.

La prueba de los bienes privativos y, por tanto, la prueba de la subrogación real es irrefutable y presenta, la mayoría de las veces, graves problemas. El número de sentencias y sobre todo de Resoluciones de la Dirección General que han considerado como gananciales bienes que se decían privativos de la mujer por falta de pruebas suficientes, son muy

(73) CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, págs. 265 y sigs.

Ángel REQUENA, «Carga de la prueba para acreditar la condición de bienes parafernales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1935. Sentencia de 15 de mayo de 1934.

PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, pág. 464: manifestación de los dos cónyuges con intención de aplicar la subrogación real, aunque sin manifestación expresa.

(74) SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 307 y sigs. Sentencia de 24 de noviembre de 1905.

numerosas (75). Como nos dijo MANRESA (76), en un país como el nuestro, donde por apatía o temor a gastos y molestias se omiten formalidades legales, resulta de hecho que es con frecuencia difícil justificar la procedencia del dinero, con lo cual, aun siendo cierta una adquisición privativa, legalmente queda convertida y ha de ser mirada como ganancial.

b) *Por qué medios.*

La prueba del carácter privativo de los bienes puede hacerla el cónyuge por todos los medios de prueba admitidos en Derecho. Solamente puede admitirse la prueba documental auténtica por medio de documentos que hagan fe contra terceros, bien se trate de documentos públicos o de documentos privados de fecha fehaciente. No se consideran bastantes como medios de prueba: la declaración de testigos, las meras presunciones, las simples declaraciones del cónyuge adquirente, ni las informaciones *ad perpetuam memoriam*, ni las actas de notoriedad.

En una Resolución de la Dirección General de 13 de septiembre de 1926 se estableció que era suficiente para la prueba de parafernalia de un bien, lo siguiente: 1.º, que el dinero sea exclusivo de la mujer; 2.º, el asentimiento del marido; éste no es necesario, según una Resolución de la Dirección General de 30 de marzo de 1943 (ni ahora tras la reforma del 2 de mayo); 3.º, aportación de documentos que demuestren de un modo auténtico el ingreso de cierta cantidad en el patrimonio peculiar de la mujer casada, no siendo necesario que sea idénticamente el mismo procedente de una venta anterior, por ejemplo, y 4.º, la no existencia de actos de disposición por parte de la titular de los parafernalia, lo que demostraría con ello que se ha mermado la cantidad necesaria para adquirir la finca o el derecho.

La nueva redacción del artículo 1.402,2 del Código Civil francés admite una gran amplitud de medios de prueba: «Si le bien est de ceux no portont en eux-mêmes preuve ou marque de leur origine, la propriété personnelle de l'époux, si elle est contestée, devra être établie par écrit. A défaut d'inventaire ou autre preuve préconstituée, le juge pourra prendre en considération tous écrits, notamment titres de familia, registres et papiers domestiques, ainsi que documents de banque et factures. Il pourra même admettre la preuve, par témoignage ou présomption, s'il constate qu'un époux a été dans l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit».

(75) Sentencia de 23 de octubre de 1915, 7 de noviembre de 1913, 11 de mayo de 1911 y 27 de mayo de 1915. Resoluciones de 13 de mayo de 1911, 30 de marzo de 1943. Sentencias de 4 de enero de 1897, 3 de febrero de 1911, 24 de noviembre de 1905, 28 de noviembre de 1953, etc.

(76) MANRESA, *ob. cit.*, págs. 279 y sigs.

Es muy difícil, dice SANZ FERNÁNDEZ (77), dar una regla general sobre este punto, ya que en todo caso se trataría de una cuestión de prueba para un supuesto particular y la calificación definitiva dependerá de la eficacia de los documentos aportados y del conjunto de las pruebas en relación con la situación concreta (v. Resolución de 30 de marzo de 1943). Pero entre los medios de prueba, ha sido un problema muy debatido por la doctrina y jurisprudencia española reciente el valor que se le debe conceder a las simples manifestaciones de los cónyuges acerca del carácter privativo de los bienes y, especialmente, a la confesión o aseveración que el marido haga en la escritura de compra de realizar la adquisición con dinero privativo de la mujer. Hasta hace poco el Tribunal Supremo y sobre todo la Dirección General de los Registros y del Notariado se han pronunciado por la negativa de este testimonio como medio de prueba auténtico (78). A esta jurisprudencia podemos añadir la opinión de GONZÁLEZ ENRIQUE y ROCA SASTRE (79), que niegan autenticidad a este medio de prueba, el primero basándose en la imperatividad del artículo 1.407 y Resolución de 11 de marzo de 1957, y el segundo en que las donaciones serían entonces válidas entre esposos y con los terceros, y en que el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial (suprimido en la reciente reforma del 2 de mayo) no actuaría sino frente a terceros y no entre ellos y sus herederos.

La reforma del Reglamento Hipotecario de 17 de marzo de 1959 en sus artículos 95, 96 y 144 establecen las siguientes distinciones:

a) *Adquisiciones sin declarar la procedencia del precio.*—Artículo 95-1.º: «Cuando los bienes se adquieran por los dos cónyuges o por uno de los dos sin que se haga declaración sobre la procedencia del precio o contraprestación, se inscribirán los nombres de ambos conjuntamente sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal».

A posteriori se inscribirán en igual forma, tanto las adquisiciones por un cónyuge a su propio nombre y en las que hace él mismo la declaración

(77) SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 308 y sigs.

(78) Resoluciones de 22 de mayo de 1895, 23 de abril de 1898, 13 de mayo de 1911, 11 de septiembre de 1915, 17 de enero de 1913, 9 de junio de 1936, 15 de julio de 1935, 10 de julio de 1935, 7 de agosto de 1933, 2 de mayo de 1936 y 30 de marzo de 1943. Sentencias de 3 de febrero de 1966, 12 de febrero de 1951, 14 de marzo de 1932, etc.

(79) GONZÁLEZ ENRIQUE, «La confesión extrajudicial y el artículo 1.407 del Código Civil», *An. Ac. Matr. del Not.*, XIII, especialmente págs. 493 y sigs.

ROCA SASTRE, *ob. cit.*, *La subrogación real*, págs. 281 y sigs.

CASASSÚS, «Enajenación por cónyuges de bienes y confesión de uno de ellos de que los mismos fueron adquiridos con dinero privativo de uno de los cónyuges», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XXXVI, núms. 384-385, 1960, páginas 399 y sigs.

VIRGILI SORRIBES, «Proyección de la presunción muciana en el Derecho común», *An. Ac. Matr. del Not.*, X, pág. 312.

sobre el precio, pero no intenta o no consigue demostrarlo, con las adquisiciones de ambos cónyuges con especificación de cuota indivisa, si no puede incluirse en los apartados 2 y 3 del artículo 95.

b) *Adquisiciones por un cónyuge con simple aseveración de su propiedad por el otro.*—Artículo 95-2. Cuando en la adquisición por cualquiera de los cónyuges asevere el otro que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad del adquirente sin acreditarlo, se practicará la inscripción a nombre de éste y se hará constar dicha circunstancia, sin que el asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de tales bienes.

Art. 96. «Los actos dispositivos a que se refiere la regla 2.ª, se otorgarán por el cónyuge titular con el consentimiento del otro.» Se prohíbe la autorización judicial y los bienes se encuentran en situación ambigua.

c) *Adquisición de bienes privativos cuando se acredite que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad del cónyuge adquirente.*—Artículo 95-3.º, se practicará la inscripción a su nombre y se hará constar que los bienes son parafernales o dotes de la mujer o privativos del marido, según proceda.

d) *Prueba posterior de la condición privativa.*—Si practicada la inscripción se justifica con posterioridad el carácter privativo del precio o contraprestación, se hará constar así por nota marginal, que determinará la atribución de los bienes inscritos.

Conforme al artículo 144 del Reglamento Hipotecario y a las Resoluciones de 20 de septiembre de 1907, 13 de enero de 1955 y 22 de diciembre 1959, el embargo por deudas del marido podrá anotarse preventivamente sobre finca inscrita a nombre de la mujer, cuando no se hubiere justificado la procedencia privativa del precio de adquisición, siempre que la adquisición hubiere tenido lugar a título oneroso durante el matrimonio, no conste la pertenencia exclusiva del dinero a uno de los cónyuges y haya sido dirigida la demanda contra ambos.

A pesar del artículo 92-2 del Reglamento Hipotecario, un número destacado de autores proponen que la confesión del marido de que la adquisición se hace con el dinero propio de la mujer produzca efecto respecto a los cónyuges, aunque no respecto a terceros. Como defensores de esta eficacia podemos señalar a LACRUZ BERDEJO, VALLET DE GOYTISOLO, COSSÍO Y CORRAL y CABALLO DE LA SOTA (80). LACRUZ BERDEJO alega que no es suficiente el argumento del fraude, basándose en el artículo 1.344

(80) LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, *La dote*.

VALLET DE GOYTISOLO, «Dictamen acerca de los requisitos necesarios para inscribir la transmisión a terceros de un inmueble adquirido por mujer casada», *Anuario de Derecho Civil*, 1949, págs. 654 y sigs.

«Comentarios a la Sentencia de 11 de mayo de 1965», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 448-449, pág. 1243, y Comentario a la Sentencia de 13 de mayo de 1965.

COSSÍO Y CORRAL, *La sociedad de gananciales*, vol. 1-1.º: *Tratado práctico y*

del Código Civil que se aplica tanto a los dotales como a los parafernales. Si no se admite este medio de prueba, dice LACRUZ, se dará el caso de un cónyuge viudo que, no habiendo hijos, habrá de entregar la mitad de todo aquello que tiene, cuya pertenencia no puede demostrar, a su suegro y cuñados, y ello aunque el premuerto, previendo el caso, haya reconocido la aportación a la titularidad privativa de esos bienes; relacionando, dice, los artículos 1.232 y 1.344 con el artículo 1.218 del Código Civil, la declaración de un cónyuge relativa a los bienes o créditos conyugales, en cuanto testimonio, tienen siempre *inter partes* eficacia probatoria relativa (presunción *iuris tantum* de veracidad), pero en cuanto confesión siempre la tiene absoluta.

Buena es la protección de los adquirentes, dice VALLET DE GOYTISOLO, mientras no se desorbite, mientras no se desequilibre, superponiéndola sin discriminación a la protección de la mujer, de la familia y de tantos otros intereses estáticos que no deben ser arrollados, sin más, por intereses, también respetables, pero no los únicos a considerar como son los dinámicos, de los adquirentes de buena fe a título oneroso. No se puede pretender ver toda la vida a través sólo del Registro, sino al contrario, hay que ver el Registro al servicio de la vida, de la realidad jurídica, colocado en su sitio, con su función propia, equilibradamente, ayudando y no suplantando a la justicia.

Tres célebres sentencias han venido recientemente a confirmar y a asentar el principio de eficiencia *inter partes* de la confesión del marido, aunque no frente a terceros. En la sentencia de 11 de marzo de 1965 (*Rep. de Jurisprudencia Aranzadi*, año 1965, t. 32, pág. 1847), la parte actora alegó que el piso a que se refiere la demanda lo compró con el dinero procedente de la venta de 86 acciones de la Unión Española de Explosivos y, que por tanto, el piso comprado es parafernial. El demandado, esposo de la actora, alega que el piso lo compró con dinero de su pertenencia, producto de la venta de determinadas fincas rústicas. En la escritura de compra del piso se hizo constar que el pago se verificaba con el importe de la venta de las acciones referidas, aunque el marido alegaría más tarde que lo hizo así por ceder a una caprichosa obsesión de su mujer en este sentido, y además argumentó en su favor que el precio no fue guardado ni depositado ni en cuenta en el Banco de España del que la mujer era cliente, ni en ningún otro Banco o establecimiento. El piso en cuestión fue inscrito en el Registro «sin que haya acreditado el carácter parafernial invertido en la compra por la señora adquirente». El juez de

crítico del Derecho civil, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, núms. 58 y sigs.

CABELLO DE LA SOTA, «La titularidad registral de la mujer casada en el nuevo Reglamento Hipotecario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, XXIII, abril 1947, págs. 234 y sigs.

primera instancia dictó la sentencia estimando la demanda que, apelada a la Audiencia, ésta la confirmó igual que más tarde en casación.

La sentencia de 13 de mayo de 1965 declaró a su vez: «la presunción muciana que tiene calidad *iuris tantum* se puede destruir por la confesión del marido, si ésta no se enfrenta «con acto alguno probatorio sobre la falsedad de dichas manifestaciones y la inexactitud del carácter parafernial reconocido del precio abonado por la finca». Y el considerando cuarto de la sentencia de 2 de febrero de 1951, que ha venido a tener valor de doctrina legal y jurisprudencial, falló que «la confesión del marido en cuanto a las relaciones entre los cónyuges enerva la presunción legal del artículo 1.407 del Código Civil y la presunción muciana (artículo 23 de la Compilación de Cataluña) en sus respectivos supuestos, y sólo cede si demuestra su simulación».

La subrogación real es, por el contrario, automática en caso de dación en pago, tanto de bienes dotales como privativos, en las indemnizaciones de seguros, expropiación forzosa, evicción de un bien total o privativo, en caso de permuta y en los patrimonios especiales, como en caso de petición de herencia, aceptación a beneficio de inventario, etc. (81).

1) *Tiempo en que puede hacerse la prueba.*

La prueba del carácter privativo de los bienes propios de los cónyuges en el régimen de gananciales puede hacerse en el momento mismo de la adquisición o después de él, pero antes de la inscripción y después de la inscripción, en cuyo caso la prueba se inscribirá por nota marginal, artículo 95 del Reglamento Hipotecario (82). Según SANZ FERNÁNDEZ, si la inscripción la realiza un solo cónyuge adquirente, la justificación la puede hacer por solo; pero si la inscripción se practica a nombre de ambos y para la sociedad de gananciales, debe ser necesario el consentimiento de ambos, puesto que para uno de los cónyuges supone la cancelación de

(81) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, págs. 171 y sigs. Sentencia de 26 de enero de 1914.

VALLET DE GOYTISOLO, «Pignus Tabernae», *Anuario de Derecho Civil*, VI-IV, octubre-diciembre 1953, págs. 483 y sigs.

MARC. LAURIOL, *ob. cit.*; JULIEN BONNECASE, *ob. cit.*; ROCA SASTRE, *ob. cit.*

(82) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de abril de 1930. Compra con licencia de una finca hipotecada, comprometiéndose a pagar en su día el crédito; pagado más tarde con dinero parafernial, se consideró la finca definitivamente de la mujer.

Sentencia de 15 de mayo de 1929. Admite la posibilidad de justificar que son privativos de la mujer los bienes que fueron adquiridos por el marido, aunque fuera del campo registral.

Sentencia de 18 de diciembre de 1950. El momento decisivo para determinar el carácter de los bienes comparados será el de consumarse su adquisición. Y Sentencia de 6 de julio de 1927.

un derecho y, en este caso, opina SANZ FERNÁNDEZ, sería más conveniente practicar una nueva inscripción en vez de llevarla a cabo por nota marginal, según el artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

En Francia, y a pesar de la antigua redacción de los artículos 1.434 y 1.435 del Código Civil, que obligaba al marido a hacer la doble declaración de que la adquisición se hacía con dinero privativo y para tener lugar el empleo o reemplazo, en el acto mismo de adquisición, la jurisprudencia dispuso a los esposos de respetar el momento de la declaración, dando lugar a los llamados reemplazos *par anticipation* y *a posteriori*, posibles también en España después de la reforma de nuestro Reglamento Hipotecario de 1959 (83). La mayoría de los autores franceses admitieron la validez del reemplazo *par anticipation*, tales como LAURENT, HENRY, LAURIOL, BAUDRY-LACANTINERIE, TROPLONG, GAUDEMET (84) por presentar éste serias garantías de sinceridad. En este caso los esposos podían aprovechar una buena ocasión, comenzando por comprar un bien aprovechando las circunstancias favorables y con intención de pagar esta adquisición con el precio de una venta todavía no realizada. Para que este reemplazo fuera válido, la jurisprudencia requería que en el momento de la adquisición el cónyuge en cuyo beneficio se adquiría el bien tuviera un bien propio susceptible de ser vendido. Una sentencia de la Cámara Civil de 14 de mayo de 1879 (D. 79-1-420) establecía que *Le resploi anticipé ou antérieur à l'aliénation du propre n'est prohibé par aucune disposition du loi, ni quant à la femme, ni quant au mari* (85). Sin embargo, y aunque la jurisprudencia francesa también admitió el reemplazo *a posteriori*, casi todos los autores están de acuerdo en que puede ser objeto de posibles fraudes, sobre todo si se trata del reemplazo de un bien del marido, pues éste podía muy bien abandonar los malos negocios y aprovechar siempre los que le fueran beneficiosos en perjuicio, en primer lugar de la mujer y, subsidiariamente, de la propia comunidad, siendo insuficiente que se

(83) Marc LAURIOL, *ob. cit.*, tomo I, págs. 386 y sigs.

H. LEON y J. MAZEUD, *ob. cit.*, págs. 174 y sigs.

André COLOMER, *ob. cit.*, págs. 39 y sigs.

(84) LAURENT, *ob. cit.*, págs. 403 y sigs., núm. 359: el reemplazo con anticipación se concilia perfectamente en el texto y el espíritu de la ley.

HENRY, *ob. cit.*, págs. 194 y sigs.: muy frecuentes en las prácticas notariales. Sentencia de la Corte de Agen de 28 de julio de 1858 (D. 59, 1, 1.275).

LAURIOL, *ob. cit.*, págs. 242 y sigs. y 299 y sigs., tomo I.

BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, tomo III, *Précis*, núm. 71.

TROPLONG, *ob. cit.*, págs. 319 y sigs.

E. GAUDENENT, *Rev. Trim. Derecho civil*, 1911, págs. 123 y sigs. S. Roqu., 12 de abril de 1910, reemplazo por anticipación-subrogación real.

(85) S. Corte de Apelaciones de 12 de abril de 1910 (D. Ley 1.478). S. de la Corte de Montpellier de 4 de diciembre de 1924 (D. 25-2-55). Es necesario que en el momento de la compra el esposo adquirente posea un bien propio.

alegue en su favor que el régimen de la comunidad es un régimen de confianza.

Las dudas que todavía pudieran haber sobre la validez del reemplazo *par anticipation o a posteriori*, han sido borradas por la nueva redacción del artículo 1.434-1,2 del Código Civil francés debida a la reforma de 13 de julio de 1965.

Artículo 1.434-1,2: «L'emploi ou le remploi est censé fait à l'égard d'en époux, toutes les fois que, lors d'une acquisition, il a déclaré qu'elle était faite de deniers propres ou provenus de l'aliénation d'un propre, et pour lui tenir lieu d'emploi ou de remploi. A défaut de cette déclaration dans l'acte, l'emploi ou le remploi n'a lieu que par l'accord des époux, et il ne produit ses effets que dans leurs rapports réciproques.

Si l'emploi ou le remploi est fait par anticipation le bien acquis est propre, sous la condition que les sommes attendues du patrimoine propre soient versées dans la communauté avant qu'elle ne soit liquidée.»

IV. EL PROBLEMA DE LA COMPRAVENTA CON PRECIO APLAZADO EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: SU REPERCUSION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En relación con la subrogación real y con la prueba del carácter privativo, dotal o parafernial del bien adquirido con dinero procedente de una de estas tres clases de bienes, se ha planteado recientemente el problema de la compraventa con precio aplazado, en relación con el régimen de comunidad de gananciales.

¿Qué carácter tiene la adquisición que los cónyuges hacen durante el matrimonio a través de una compraventa con precio aplazado? ¿Cómo se inscribirá el bien comprado de esta forma? ¿Privativo o ganancial? Y la inscripción ¿será definitiva o provisional, retroactiva o no?

Se nos vuelven a presentar los mismos problemas que ya hemos visto al tratar de los números 3 y 4 de los artículos 1.337 y 1.396 del Código Civil. Para unos autores la compraventa a plazos con dinero privativo, en parte, y el resto de los plazos, con dinero ganancial, hace aparecer una especie de comunidad compleja: LACRUZ BERDEJO, MANRESA y COSSÍO (86). Para otros, se atenderá a la importancia de los plazos o el precio aplazado, pronunciándose siempre en contra de la indivisión y considerando el precio minoritario como un crédito a favor de los bienes corres-

(86) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, págs. 411 y sigs.
MANRESA, *Comentarios*, IX, págs. 583 y sigs.
COSSÍO, *ob. cit.*, págs. 61 y sigs.

pondientes: MEZQUITA DEL CACHO, DE LA CÁMARA y MÉNDEZ APENELA (87).

BORRACHERO (88), basándose en el carácter consensual de la compraventa, dice que el carácter privativo o ganancial del bien debe hacerse en el momento de la transmisión, sin que pueda suspenderse su calificación hasta el momento del pago completo del precio aplazado. A partir de la transmisión del dominio, para este autor, la relación obligacional del pago del precio aplazado es totalmente independiente; si marido y mujer adquieren conjuntamente sin declarar con qué dinero pagarán los plazos fijados, el bien tendrá carácter ganancial inmutable, sin perjuicio del crédito correspondiente, artículo 1.407 y 1.400-1 del Código Civil; si el marido adquiere para sí, declarando que pagará con dinero privativo los plazos, entonces el bien será privativo e inmutable, artículo 1.396-3 del Código Civil y lo mismo si declara la mujer con la debida licencia marital.

Se le achaca a esta teoría que el Código Civil atiende más a datos objetivos que a la voluntad de las partes y, por otra parte, están los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario con su nueva valoración de la simple confesión de uno de los cónyuges. Según MÉNDEZ (89), no interesa en estos casos los pactos y estipulaciones de las partes, sino la procedencia del dinero y esto es lo que opinamos nosotros y parece que ha sido, la mayoría de las veces, lo que ha considerado la jurisprudencia.

En cuanto a si la calificación privativa o ganancial es irrevocable o no, LACRUZ BERDEJO, DE LA CÁMARA y MÉNDEZ (90) opinan que no es irrevocable, pues el artículo 1.407 del Código Civil establece una presunción de ganancialidad hasta que no se demuestre lo contrario, y además el artículo 95 del Reglamento Hipotecario regula la variación de una calificación inscrita en el Registro de la Propiedad.

LACRUZ dice: acaso la solución esté en dar por buena la adquisición a nombre de un cónyuge cuando a ello asienta el otro y, en cambio, cuando se trate de actos unilaterales del cónyuge administrador, dejar en sus-

(87) MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*, págs. 657 y sigs.

SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 310 y sigs.

DE LA CÁMARA ALVAREZ, *ob. cit.*, págs. 54 y sigs. «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», *Anuario de Derecho Civil*, 1969.

MÉNDEZ APENELA, «La compraventa con precio aplazado y la sociedad de gananciales», *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1971, págs. 109 y sigs. y 136.

(88) M. BORRACHERO, «Algunos problemas de la compraventa con precio aplazado», *Revista de Derecho Privado*, 1949, págs. 959 y sigs.

(89) MÉNDEZ APENELA, *ob. cit.*, págs. 112 y sigs.

(90) LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, págs. 413 y sigs.

DE LA CÁMARA ALVAREZ, *ob. cit.*, págs. 53 y sigs.

MÉNDEZ APENELA, *ob. cit.*, págs. 125 y sigs.

ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo IV, Barcelona, 1968, págs. 58-59.

penso la condición privativa o común del bien hasta la realización del pago. Este criterio, que nos parece justo, lo sigue también ROCA SASTRE.

DE LA CÁMARA, por el contrario, opina que es necesario admitir una calificación inicial con un valor simplemente provisional. Si se trata de una compraventa con el precio totalmente aplazado, se tendrá que partir de la voluntad de las partes y en el caso contrario, se tendrá en cuenta para la calificación provisional la procedencia del precio pagado; el sucesivo pago de plazos se irá anotando en el Registro por notas marginales, llegando a la calificación definitiva cuando el precio sea pagado íntegramente o en parte mayoritaria y la calificación no será retroactiva.

Por último, MÉNDEZ opina que el problema que se está tratando es un problema de prueba y no de derecho. Las dudas que existen sobre el dinero con que van a ser pagados los plazos, son insolubles, mostrándose de acuerdo con DE LA CÁMARA en que es necesario una calificación provisional, pero ésta lo será de acuerdo con el artículo 1.407 del Código Civil y se inscribirá a nombre de ambos cónyuges sin atribución de cuotas y para la sociedad, estableciéndose en el asiento correspondiente la nota del aplazamiento del pago del precio y las manifestaciones de los cónyuges o del cónyuge, según los casos.

La doctrina y la jurisprudencia no han ofrecido una solución a este y otros problemas de la misma índole, siendo las soluciones propuestas muy variadas. ¿Qué ocurre si la mujer paga el precio aplazado con dinero ganancial, pero en concepto de préstamo concedido por el marido como administrador de la sociedad? (91). Los problemas de esta clase que se pueden plantear en los que entran en conflicto las tres masas de bienes que pueden darse en la comunidad son muchos. La aplicación del principio de subrogación real rectamente aplicado, procedencia del dinero y, salvo diferencias considerables entre la aportación de una masa patrimonial y otro, una comunidad indivisa según su respectiva participación, tenemos que rechazarla por completo, pues no tiene en teoría casi ningún partidario y en la práctica no se ha establecido nunca. Dada la prohibición general de crearse los cónyuges bienes propios a costa de los privativos o comunes, consideramos mejor la solución de MÉNDEZ, favorable a la comunidad de gananciales, donde el fraude, si se presentara, sería menor para el cónyuge perjudicado. Como en los casos anteriormente considerados, tenemos que terminar diciendo que, en cierta medida, es éste un problema de hecho y que el juez decidirá ante las circunstancias del hecho concreto (92).

(91) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 57, como privativo.

DE LA CÁMARA, *ob. cit.*, pág. 53, como ganancial.

(92) Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1929, 27 de octubre de 1950 y 28 de noviembre de 1953.

V. LA SUBROGACION REAL Y LA INESTABILIDAD MONETARIA

En los últimos años ha llamado la atención de la doctrina, tanto nacional como extranjera, las situaciones injustas que la desvalorización de la moneda, tan frecuente hoy día, ocasionan con relación a la sociedad legal de gananciales (93). La facilidad con que el marido estaba, antes de la reforma del 2 de mayo de 1975, en condición de enriquecerse en detrimento de su mujer, era desconcertante, sobre todo teniendo en cuenta que, en este régimen, el artículo 1.412 del Código Civil lo configura como administrador de la sociedad (93 bis).

Cuando bienes de la mujer, dote estimada, venta de bienes dotales inestimados, venta de bienes parafernales, etc., se convierten en créditos frente a la sociedad de gananciales o frente al marido a través de un crédito hipotecario, se produce una situación injusta para ella, puesto que el crédito es por el valor que tenían los bienes en el momento de constituirse la dote (art. 1.346 del Código Civil) o bien por el valor de los bienes en el momento de la venta (art. 1.367 del Código civil) y hasta el momen-

(93) JOSÉ BONET CORREA, «Validez de la cláusula de escala móvil», *ADC*, tomo XXII, año 1969, comentario a la Sentencia de 8 de febrero de 1967.

— «Problemática actual de las obligaciones pecuniarias», *Revista de Derecho Notarial*, año 1962, tomo 36, pág. 200.

— «Los préstamos hipotecarios con cláusula de estabilización», *Revista de Derecho Notarial*, 1960, tomos 29-30, págs. 43 y sigs.

— «Los arrendamientos con cláusula de escala móvil», *ADC*, 1955, tomo VIII-I, páginas 89 y sigs.

— «La cláusula de escala móvil—valor pan—en el arrendamiento de local de negocio», *ADC*, 1956, tomo IX-I, págs. 286 y sigs.

— «La revalorización de las rentas vitalicias», *Revista de Derecho Notarial*, 1960, tomo 27, págs. 235 y sigs.

LACRUZ BERDEJO, «Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1963, septiembre-octubre.

R. M. ROCA SASTRE, «Eficacia de la cláusula valor oro», *RDP*, 1950, págs. 1 a 24.

G. CÁNOVAS COUTIÑO, «Relaciones económico-matrimoniales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1964, págs. 137 y sigs.

J. GARCÍA GRANERO, *Edificación con dinero ganancial...*, ob. cit., pág. 193.

André COLOMER, *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux*, París, 1955.

J. ROCA, «Protección del interés de la mujer en el patrimonio ganancial (artículo 1.413 del Código Civil)», *ADC*, tomo XII, año 1959.

VALLET DE GOYTISOLO, «La antítesis inflación-justicia», *Revista Jurídica de Cataluña*, 5 (1960), págs. 531 y sigs.

CASTÁN TOBEÑAS, *El retracto convencional*, págs. 151 y sigs. Tomo IV: Obligaciones y contratos.

René SAVATIER, ob. cit., págs. 18 y sigs.

(93 bis) A pesar de la Reforma del 2 de mayo de 1975, considero que todavía es interesante lo dicho en este apartado sobre el papel que la subrogación real podría haber desempeñado frente a la inestabilidad monetaria.

to de la liquidación de la sociedad (arts. 1.418, 1.366 y 1.391 del Código Civil), en el que la cantidad de dinero que representan esos bienes ha sufrido desvalorizaciones, por lo cual la mujer recibe un dinero desvalorizado. Es patente que estos fenómenos y procesos monetarios establecen un desequilibrio, un grave perjuicio y también un beneficio y ganancia, según sople el viento de la inflación o deflación y según se ocupe el puesto de deudor o acreedor.

El hecho de que dada la situación de la mujer en la sociedad de gananciales sea la más perjudicada, no quiere decir que sea la única. Un cónyuge bajo este régimen sufre de la desvalorización directamente cuando llega a ser acreedor, o de su cónyuge o de la comunidad o indirectamente cuando es la sociedad la acreedora de uno de ellos.

La prohibición de constituirse bienes propios a costa de los gananciales o de los del otro cónyuge, aunque no conste expresamente en nuestro Código Civil, es un principio general que puede deducirse del contenido de los artículos 1.401 con el 1.396 del Código Civil. Sin embargo, ocurre con frecuencia que la sociedad de gananciales hace «préstamos» al patrimonio privativo de uno u otro cónyuge, según está permitido por los artículos 1.404-1, 1.410, 1.419, 1.437-2 y 1.396 del Código Civil para liquidar a la terminación de la sociedad. Al estudiar estas situaciones, LACRUZ BERDEJO (94) comenta que al artículo 1.401 del Código Civil se debió añadir un apartado 4.º que dijera: «Los procedentes del despojo legal de los cónyuges según o conforme con el artículo 1.407 del Código Civil» y CÁNOVAS COUTIÑO (95) reconoce que en la práctica profesional y en relación íntima con nuestra economía, se ha podido comprobar esta realidad.

Para combatir estas injusticias, dice ESTEPA MOYANO (96), pretendemos en nuestros despachos salvar dificultades aplicando el principio de subrogación real; pero refiriéndose al caso concreto de la inflación, nos dice que como casi siempre las escrituras de venta o enajenación por la mujer casada no reflejan el verdadero valor de lo enajenado o, más claramente el precio real de la venta, por culpa del Impuesto de Transmisiones, antes de Derechos Reales, el legítimo deseo de que la mujer sea reintegrada en aquello que enajenó resulta fallido, pues la compra de fincas o bienes en cuantía equivalente no recibe el carácter de parafernales, ya por no poderse justificar la procedencia del precio, ya porque el consignado en la escritura de enajenación fue bajísimo, en interés de los ad-

(94) LACRUZ BERDEJO, *Los regímenes económicos...*, ob. cit.

(95) CÁNOVAS COUTIÑO, ob. cit., págs. 158 y sigs.

(96) J. ESTEPA MOYANO, «Sobre la urgente necesidad de reforma del régimen matrimonial de bienes en el Derecho civil común español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1973, núm. 494, págs. 121 y sigs.

quirentes, ya por el tiempo transcurrido, con el consiguiente efecto de depreciación del signo monetario. Cuando alguna vez, nos dice ESTEPA MOYANO, se inscribe una subrogación real de este tipo es, sin duda, por casualidad, pues las cifras manejadas suponen unos valores que, en serio, no se creerían ni los niños de escuela.

Otro caso en que los esposos se perjudican indirectamente a través de la sociedad de gananciales lo constituye el anticipo para pago de deudas peculiares del marido o la mujer efectuadas con dinero o bienes gananciales, artículos 1.410 y 1.419 del Código Civil, es decir, de deudas contraídas por el marido o la mujer que no sean de la responsabilidad exclusiva de la comunidad, tanto si tales deudas están contraídas antes o después del matrimonio, y no digamos el caso del artículo 1.404-2 del Código Civil, en el que el marido o la mujer propietarios de un terreno pasan a acreedores de la comunidad de una cantidad de dinero liquidable a la terminación de la sociedad. El marido, con más facilidad que la mujer, dada su situación privilegiada de administrador de la sociedad, puede mejorar sus propios bienes a costa de la comunidad, produciéndose el consiguiente aumento de valor de sus bienes, en el que la sociedad de gananciales no participa, e incluso creárselos, abusando de la cláusula «de anejos de propios». Podemos citar también el caso de adquisición de bienes propios por derecho de retracto perteneciente a un cónyuge y con dinero, o del otro cónyuge o ganancial.

A todos estos casos podemos añadir el de la constitución de una renta vitalicia. Por ejemplo, cuando una viuda con el usufructo universal sobre todos los bienes, por comodidad u otras razones, acuerda con los herederos del marido convertir este usufructo en una renta fija vitalicia, con la consiguiente pérdida de valor de su renta a medida que pasa el tiempo y el consiguiente aumento de valor de los bienes sobre los que recaía el usufructo.

El Código Civil francés casi enumera estos casos cuando establece en su artículo 1.437 que «Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme, soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, telles que le prix ou partie du prix d'un bien à lui propre ou le rachat des services fonciers, soit pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels, et généralement toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense». Por la misma razón, pero en caso contrario, el artículo 1.433 del Código Civil francés dice que «la communauté doit récompense à l'époux propriétaire toutes les fois qu'elle a tiré profit de biens propres.

Il en est ainsi, notamment, quand elle a encaissé des deniers propres

ou provenant de la vente d'un propres, sans qu'il en ait été fait emploi ou remploi.

Si une contestation est élevée, la preuve que la communauté a tiré prodt de biens propres peut être administrée par tous les moyens, même par témoignages et présomptions».

Lo más perjudicial, como hemos podido apreciar, es la congelación de los créditos de los patrimonios privativos o del ganancial hasta la liquidación de ésta, que generalmente ocurre pasado mucho tiempo. La Compilación de Navarra prevé en su Ley 88 que «en todo caso, aun sin disolver la sociedad de conquistas, deberán reintegrarse entre los patrimonios privativos y el de conquistas los lucros que se hubieren producido sin causa a favor de uno de ellos en detrimento del otro». En el Derecho aragonés, siempre por acuerdo de las partes o por justa causa, se pueden liquidar las obligaciones de unos patrimonios con otros en el régimen legal antes de la liquidación de la sociedad, artículo 47-2, que dice textualmente: «El pago de las obligaciones existentes entre el patrimonio consorcial y los privativos, aunque válido en cualquier momento por acuerdo entre los cónyuges, sólo puede exigirse antes de la liquidación de la sociedad cuando así se hubiere pactado o mediado justa causa». Es siempre justa causa la disposición abusiva de capital común en beneficio propio.

Carecemos en el Derecho común de una disposición de este género que evitaría en gran medida estas situaciones perjudiciales para los patrimonios especiales o común del régimen de gananciales. Según MEZQUITA DEL CACHO (97), dado el carácter rigurosamente normalista de nuestro Derecho, no puede prosperar en España una revisión del precio o la ejecución del crédito antes de la disolución del patrimonio, pero LACRUZ BERDEJO y COSSÍO (98) están de acuerdo en que deben actualizarse los créditos, pues lo contrario va en contra de la equidad. El Código Civil, dice el primero, se limita a descurir *quodo plerumque accidit*, a no ser que la tensión obligacional creada entre las masas se extinga en momento anterior a la liquidación de la sociedad; lo que viene a decir el Código Civil, dice, es que cuando los desplazamientos patrimoniales entre masas no han sido corregidos constante matrimonio, han de compensarse en la cuenta final, pero no pone inconveniente de tipo general a que se corrijan, ingente el consorcio, el enriquecimiento de una parte y el correlativo empobrecimiento de otra.

No obstante, a esta consideración se le opone, además de la redacción del Código Civil, la jurisprudencia y la Dirección General de los Regis-

(97) MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*

(98) A. COSSÍO, *ob. cit.*

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, págs. 169 y sigs. Sentencia de 22 de noviembre de 1932.

tros y del Notariado (S. de 7 de octubre de 1909). Sin embargo, en la reciente reforma del 13 de julio de 1965 del Código Civil francés se ha aplicado el principio de enriquecimiento sin causa al establecer el artículo 1.469 que «La récompense, est en général, égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant.

Ello ne peut, toutefois, être moindre que la dépense faite quand celle-ci était nécessaire.

Et elle ne peut être que le profit subsistant, quand la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien qui se retrouve, aujour de la dissolution de la communauté, dans le patrimoine emprunteur. Si le bien acquis, conservé ou amélioré a été aliéné pendant la communauté, le profit est évalué au jour de l'alienation; si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, le profit est évalué sur ce nouveau bien» (99). Según una reciente sentencia francesa de la Corte Suprema, 1.^a Cámara Civil de 16 de julio de 1969 (D. 1970, 181, nota de R. SAVATIER), es en la fecha de la partición de la comunidad cuando se apreciará, en cada caso, el provecho subsistente.

Existen tres remedios para combatir estas situaciones que una depreciación de la moneda hacen injustas. Uno le corresponde a la jurisprudencia que puede adoptar un criterio valorista, con base en un principio de equidad y en la justicia conmutativa, es decir, ésta puede llevar a cabo lo que se llama «revalorización judicial». Otro remedio es propio del legislador y consiste en la revisión del Código Civil tan necesaria en esta cuestión precisamente y, por último, está la actuación de los particulares al añadir en sus contratos de matrimonio cláusula de estabilización que, según nuestro artículo 1.315 del Código Civil, no tienen más que las siguientes limitaciones: no ser contrarias a las leyes, buenas costumbres ni

(99) J. PATARIN y G. MORIN, *ob. cit.*, págs. 244 y sigs, tomo I.

R. SAVATIER, *ob. cit.*, págs. 205 y sigs.

Sentencia del Tribunal Supremo francés de 17 de junio de 1952. La mujer común en bienes le debe al marido inmediata reparación por el perjuicio que le ha causado sustrayendo capitales que pertenecían al marido por la venta de un inmueble propio, puesto que se proponía reemplazar el precio.

Sentencia de la Corte de Lyon de 19 de mayo de 1937. Un marido bajo el régimen de comunidad vende sin autorización de la mujer valores mobiliarios que eran propios de ella. Es condenado a restituir una suma igual al valor de dichos bienes en el día del juicio.

Sentencia de la Cámara de Apelaciones de 18 de julio de 1933. En un régimen dotal el marido vende sólo valores mobiliarios dotales, cuando en el contrato de matrimonio exigía el consentimiento de la mujer. Los jueces deciden que el marido como gerente es responsable de las faltas que ha podido cometer a lo largo de su gestión y lo condenan a restituir, si no en especie, al menos en naturaleza, los valores mobiliarios dotales, a falta de lo cual se debe pagar una suma de dinero igual al curso en Bolsa de los dichos valores al día de la restitución.

Sentencia de la Corte de Toulouse de 5 de febrero de 1870. Venta dotal no seguida de reemplazo obligatorio.

en detrimento de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges, artículo 1.316 del Código Civil.

Entre las llamadas cláusulas estabilizadoras se encuentra la de escala móvil, que, según J. BONET CORREA (100), además de estar reconocida en varias sentencias (SS. de 17 de junio y 30 de octubre de 1964 y 11 de diciembre de 1966), ni es ilícita ni abusiva, ni supone un enriquecimiento para el acreedor, pues la finalidad es perseguir la equivalencia de las prestaciones para quienes, con diligencia, prevean las posibles alteraciones del valor monetario. La equidad de esta cláusula estabilizadora está en que el evento de desvalorización o depreciación puede ser para compensar o nivelar el contenido económico de las prestaciones dinerarias para ambas partes, de manera que repercuta no sobre una sola de las partes, sino en las dos. No obstante, razones de política social bloquean esta cláusula, admitida hoy en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1959. En Francia, una sentencia de la Corte de París de 2 de julio de 1953 la ha considerado válida, así como otra sentencia de la Corte del Sena de 6 de junio de 1952, en relación con una constitución de dote (101).

Con la cláusula valor-oro se estipula que el crédito deberá pagarse en cualquier moneda de curso legal al tiempo del pago, si bien agregando, en su caso, al importe nominal del crédito, el del quebranto, diferencia o depreciación que, con relación al oro, tuviera entonces la moneda en la que se verifica el pago. La doctrina de la subrogación real, dice ROCA SASTRE (102), constituye un fuerte apoyo en favor de la validez y eficacia de esta cláusula, pero también por diversas razones que no son del caso enumerar, la jurisprudencia la condena y sólo se usa en reglamentaciones internacionales.

A estos y otros remedios para combatir la depreciación, vamos a añadir nosotros un empleo de la subrogación real a través de una cláusula de empleo y reempleo obligatorio, establecida por los esposos en capitulaciones matrimoniales. Como dice J. ROCA (103), no existe un fraude en sí de la venta por el marido de los bienes gananciales, sino en la aplicación que hiciera el marido del valor obtenido una vez que ingresó en el patrimonio ganancial (artículos 1.408 y 1.407 del Código Civil).

Sin la cláusula de empleo y reempleo obligatorio un bien propio convertido en dinero por venta se desvalorizaría dentro de la comunidad. Mientras que con esta cláusula se obliga al marido a reemplazar el dinero en otros bienes, valores o derechos seguros, tal como está establecido en el artículo 1.359-2 del Código Civil: «A condición de invertir su importe

(100) J. BONET CORREA, *ob. cit.*, *Validez de la cláusula de escala móvil...*

(101) André COLOMER, *ob. cit.*, págs. 198 y sigs.

(102) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, *Eficacia de la cláusula...*, 1950.

(103) J. ROCA, *ob. cit.*, *La protección del interés...*, págs. 515-528.

en otros bienes, valores o derechos igualmente seguros», para salvaguardar el patrimonio de la mujer; y el artículo 2.023 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el patrimonio del menor, al establecer que por causa de utilidad o necesidad, puede el juez autorizar la venta de bienes del menor con la condición de que el dinero obtenido se invierta en nuevos bienes indicados por el juez al conceder la autorización.

Si para la protección del patrimonio del menor y la dote de la mujer la ley establece como condición previa a la venta de los bienes un reemplazo del precio de venta en otros bienes o valores seguros, ¿por qué no va a ser válida, y para proteger en especial a la mujer en tiempos de desvalorización y depreciación monetaria, una cláusula de empleo y reemplazo obligatorio establecida en las estipulaciones matrimoniales?

Por medio de esta cláusula, la depreciación monetaria tendría un campo de aplicación más reducido donde ejercer sus depreciaciones y en todo caso todos sufrirían las consecuencias. Para la mujer supondría el valor constante de sus bienes a pesar de los cambios que pueden ocurrir e incluso en los casos en que el marido no llevara a cabo el empleo o reemplazo obligatorio, pues no sólo devolvería en su día el dinero que representa el crédito, sino que también sería condenado a una indemnización por incumplimiento.

Pero la mejor ventaja de esta cláusula la constituye el hecho de producir sus efectos a lo largo del matrimonio, de manera que fuera de los casos en que el bien subrogado es un crédito de suma de dinero, da al cónyuge, en favor del cual va a intervenir, la seguridad que supone el derecho de propiedad sobre el de crédito en estos momentos de depreciación, sustrayéndose además el riesgo de la insolvencia del cónyuge.

No es contraria a la ley, puesto que en cierta forma la establece como condición previa a la venta de bienes dotales y del menor sometido a patria potestad (artículos 1.359 y 164 en relación con el art. 2.023 LEC). Ni a las buenas costumbres ni depresivo a la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges (desaparecida en la reforma del 2 de mayo de 1975). Una sentencia de 21 de febrero de 1900 admitió un pacto entre esposos en las capitulaciones matrimoniales, por el que se obligó al marido a aplicar el capital que recibió en concepto de dote estimada a la construcción de casas.

En cuanto a terceros, nuestro artículo 1.321 del Código Civil en relación con el 1.280-3 del Código Civil, establece que las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan de ellas o del régimen económico conyugal habrán de constar por escritura pública y el artículo 1.324 establece una forma excepcional ante el secretario del Ayuntamiento. Si median bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos, las ca-

pitulaciones se inscribirán en el Registro de la Propiedad (arts. 2, 162-1.º y 169 y ss. LH) y en el Registro Mercantil si se trata de un comerciante (art. 21, núm. 1.º, en relación con el 27 y 28 Cg. cm., y arts. 76, núm. 7, y 78 a 81 del Reglamento Mercantil de 14 de diciembre de 1956).

La Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957 ha venido a completar la publicidad de las capitulaciones matrimoniales, al establecer que pueden hacerse indicaciones al margen de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil (art. 77-1.º) a petición de parte (art. 264-1.º y 2.º del Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958).

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.322 del Código Civil, el artículo 77-2.º dispone que en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado, sino desde la fecha de la indicación registral.

VI. LA SUBROGACION REAL EN EL REGIMEN FILIAL

La subrogación real no ha planteado problemas con relación a la venta de los bienes de los menores sujetos a la patria potestad. La subrogación real no sólo está autorizada por el juez en su primera fase de venta de bienes del menor, sino también en su segunda fase de reemplazo del excedente del precio en otros bienes no menos seguros. La subrogación real está aplicada aquí con las máximas garantías.

El artículo 164 del Código Civil (art. 225-1.º del Código Civil italiano y artículo 128 del Código Civil francés) exigen que se dé una causa de utilidad o necesidad para que el juez pueda autorizar la venta que el padre o madre pretendan realizar de los bienes de sus hijos sujetos a la patria potestad (104). Probadas estas circunstancias, el juez concede la autorización según el artículo 2.023 LEC, atendiendo a las instrucciones del Ministerio Fiscal y exige que el precio de la venta se invierta efectivamente en nuevos bienes, ya indicados al solicitarse la autorización, y que el secretario judicial correspondiente asista al otorgamiento de la escritura de venta y se incaute el precio para asegurar así su inversión.

El mismo juego de la subrogación real puede darse en los bienes de menores sujetos a tutela, en caso de venta, permuta, concesión de presta-

(104) RUGGIERO, *ob. cit.*, págs. 945 y sigs.

Marc LAURIOL, *ob. cit.*, págs. 126 y sigs. El empleo sólo para muebles.

HENRY, *ob. cit.*, págs. 257 y sigs. Sentencia de la Cámara de Apelaciones de 28 de febrero de 1899 (D. 1.905-1, 28).

VALVERDE, *ob. cit.*, págs. 511 y sigs.

ROCA SASTRE, *ob. cit.*, *La subrogación real*.

MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*, *Principales aplicaciones*.

(105) Henry LEHMAN, *ob. cit.*, págs. 314 y sigs. y 403 y sigs.

mos y otros previstos en el artículo 269 del Código Civil. En Alemania (105), únicamente en cuanto a la adquisición de cosas muebles con medios patrimoniales del hijo, según el artículo 1.646 BGB, siendo la subrogación real, en este caso, automática. Configurado el patrimonio del hijo como especial, están excluidos de la administración del padre: 1.º, los bienes que adquiera *mortis causa* o por atribución patrimonial de un tercero si así lo manifiestan los causantes... y los subrogados de los mismos (1.638, III-1.651, 1, núm. 2 y II), y 2.º, lo que el hijo adquiera con su trabajo independiente y sus subrogados (1.651, 1 y II; 1.638, II).

M.^a LUISA MARÍN PADILLA
Doctor en Derecho