

La regla de indivisión en régimen de separación de bienes (Art. 1.441 C.C.) y su alteración convencional

NORMAS DE INDIVISION EN EL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE
REGIMENES ECONOMICO-MATRIMONIALES. PARTICULAR
ESTUDIO DEL ARTICULO 1.441 *

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA

A) PRESUNCIONES Y RÉGIMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La técnica jurídica que comportan las presunciones parece consustancial con la normativa del derecho de familia y más específicamente con la regulación de los regímenes económicos del matrimonio. La constatación de este hecho se alimenta de datos objetivos que nos facilita la historia del Derecho privado, donde se observa como la idea de presunción se encuentra profundamente incardinada en la estructura normativa de los regímenes económicos del matrimonio solventando ciertos problemas que su realidad ofrece. Tales son, fundamentalmente, los que pudieran plantearse ante la aplicación de unos principios patrimoniales, pensados para relacionar personas extrañas entre sí, sobre una realidad específica, totalmente diversa, como es el matrimonio. En esta relación tan compleja resulta principio definidor el que los implicados no son ajenos el uno al

* Trabajo realizado en la Facultad de Derecho de Poitiers con una Beca para Investigación otorgada por el Consejo de Europa, junio-julio 1983.

otro sino, muy al contrario, se encuentran vinculados por lazos íntimos cuya intensidad trasciende a menudo la esfera de lo que resulta aprehensible por el derecho.

En este sentido, y a partir de la antigua presunción muciana (1), todas las codificaciones han recurrido con frecuencia a esta especial técnica normativa para acomodar los dictados del Derecho a la realidad patrimonial del matrimonio. Las presunciones de poderes entre los cónyuges, de mandatos tácitos entre ellos, y, muy especialmente, las presunciones de indivisión respecto de ciertos bienes, han resultado pilar básico para que el legislador regulara la estructura económica del matrimonio.

No nos resulta posible efectuar en este momento un estudio global de todas estas disposiciones, pues aún no careciendo el mismo de interés, excedería los límites y posibilidades que tenemos marcados. Ahora bien, ante la necesidad de elegir, fácilmente se nos alcanza la gran importancia que tiene una aparentemente simple regla probatoria: la norma que presume la indivisión. Tal presunción de comunidad ocupa un lugar esencial en la construcción técnica y funcionamiento de los regímenes económico matrimoniales (2).

A partir de la constatación de este hecho, cuya validez parece incuestionable, creemos de gran interés intentar comprender el sentido y alcance de tal presunción en un régimen como es el de separación de bienes, donde la misma *prima facie* se revela contradictoria.

Tal premisa se asienta en la constatación de las características básicas del régimen disociativo. En principio, este régimen se opone netamente al de comunidad al no prever la existencia de una masa patrimonial común. No hay sino bienes personales sobre los que cada esposo ejerce libremente los usuales poderes de administración y disposición. Consecuentemente, en pura teoría, la separación de bienes quisiera llevar a sus últimas consecuencias el postulado de que el matrimonio deja independientes la fortuna del marido y de la mujer, resultando reveladora la afirmación de SAVATIER de que «el matrimonio de las personas no comporta el matrimonio de los bienes» (3). De manera que, pudiera pensarse, el régimen de separación no plantea aparentemente problemas específicos derivados de la confusión de bienes. La permanencia del aislamiento jurídico-patrimonial de los esposos lo impediría.

(1) POMPONIO D. L. 51, tít. *De donationibus inter virum et uxorem*, XXIX, 1.

(2) Así se manifiesta PONSARD, M.: «La presumption de communauté», *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1948, pág. 390.

(3) SAVATIER, R.: *Le droit, l'amour et la liberté*, 2.^a ed., 1963, pág. 115.

Creemos haya sido este autor quien más claramente ha puesto de relieve, en su día, las contradicciones que existen en este tipo de régimen, continuando aún con gran vigencia las ideas vertidas sobre su estructura y función. Tanto en la obra citada como en el interesante estudio *Des inconvenients du régime conventionnel de separation de biens*, Dalloz hebdomaire, 1929, pág. 21.

Ahora bien, en la práctica tal independencia aparece cuestionada, pues la realidad de la vida cotidiana produce una confusión de bienes y poderes. Normalmente, los intereses de los esposos se mezclan inextricablemente haciendo necesaria, tanto durante su vigencia como a la hora de su extinción, la liquidación, o al menos precisión de ciertas titularidades. Tarea que contradice la esencia fundamental del régimen. Sin embargo, para solventar tales problemas, surgen las normas de indivisión tanto en régimen de gananciales como de separación. Será este último caso el que va a merecer nuestra atención. Tras ello, suponiendo un tema con cierta independencia, estudiaremos en el capítulo final la admisibilidad de los pactos que afectando a la titularidad de los bienes en régimen de separación no derivan de norma legal sino de la voluntad de los esposos. Pactos no sólo derogatorios del artículo 1.441, sino, como veremos, con mucha mayor trascendencia.

B) LAS NORMAS SOBRE INDIVISIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código sigue haciéndose eco de la larga tradición latina que establece una serie de normas presuntivas sobre la titularidad de los bienes que se encuentran en la esfera patrimonial de los cónyuges cuando éstos no pueden acreditar su exclusiva pertenencia. La presunción que, en su origen favorecía al marido, se proyecta ahora con unos perfiles distintos ante las concepciones igualitarias de marido y mujer en el ámbito matrimonial.

El Derecho romano, como hemos tenido ocasión de apuntar, parece que consagró la presunción muciana, según la cual los bienes de la mujer cuya procedencia no pueda justificar se presume que son donaciones del marido (4). Tal presunción pasó a los sistemas jurídicos influidos por el Derecho romano y, en nuestro país, tuvo gran arraigo en los derechos catalán y balear. Tan es así que la Compilación catalana continúa manteniendo la misma en el artículo 23, a pesar de que autorizadas voces, como la de DELGADO ECHEVARRÍA (5), solicitan su derogación, pues «produce desplazamientos patrimoniales sin causa en perjuicio de la mujer y a favor del patrimonio del marido» (6).

El Código francés, por su parte, no la recoge sino que, por el con-

(4) Sobre el tema de tal presunción *vid.* el completo estudio de DELGADO ECHEVARRÍA, J., en *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Ed. Tecnos, Madrid, 1974, págs. 167 a 264. Asimismo, PUIG FERRIOL, L.-ROCA TRIÁS, E.: *Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña*, tomo II: *Derecho familiar catalán*, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, págs. 88-104.

(5) *Op. y loc. cit.*

(6) Línea mantenida en el II Congreso Jurídico Catalán. Conclusión 12 de la sección 3.^a

trario, establece desde un primer momento la presunción de indivisión en el régimen de gananciales —artículo 1.402— para, con ocasión de la reforma de 1965, introducirla en el régimen de separación a través del actual artículo 1.538.

Sin embargo, debe destacarse que el precedente francés no es el único en el que se fijó nuestro legislador para sancionar el actual artículo 1.441, pues también el Derecho foral había normado la presunción que tratamos estableciendo la indivisión para el régimen de separación. Concretamente, tanto el artículo 3 de la Compilación Balear como la Ley 103,3 de la Compilación Navarra establecen la mencionada regla, si bien esta última ya es posterior a la reforma francesa.

El artículo 3 de la Compilación Balear, de la misma manera que ocurrió con el artículo 1.538 del Código francés que posteriormente examinaremos, suscitó no pocas críticas entre los comentaristas más autorizados quienes, contrarios al mantenimiento de la presunción muciana, lo son asimismo de la actual regla de indivisión carente de arraigo ninguno como tampoco lo tenía en el Derecho navarro. En este sentido MASOT MIQUEL (7) habla de la «presunción de copropiedad que, con tanta ligereza como imprevisión viene a ocupar dentro de nuestro Derecho el lugar de la presunción muciana».

Por su parte, la Nota de la Recopilación Privada de Navarra comenta en relación con el párrafo 3 de la Ley 103 que «es una norma práctica para resolver la pertenencia de los bienes cuya propiedad privativa no se demuestre».

Más recientemente la Ley de 19 de mayo de 1975, que modifica todo el estatuto jurídico de la familia en el Derecho italiano, incluye también la presunción de indivisión con carácter general en el régimen disociativo, apareciendo contenida tal regla en el actual artículo 219.

Actualmente, en el Código Civil, ha de constatarse la existencia de dos normas que consagran la indivisión. Una, la primera, se recoge en el artículo 1.361, proyectándose sobre la sociedad de gananciales. Otra, más polémica, introducida por la reforma de 1981, se contiene en el artículo 1.441 instituyendo un resultado aparentemente contrario a los que inspira el régimen económico en que se incluye. Debe destacarse, asimismo, que el contenido del artículo 1.441 extiende su vigencia al régimen de participación en base a lo dispuesto en el artículo 1.413, que hace aplicables a este régimen las normas relativas a la separación de bienes cuando, como aquí acontece, no sea materia específicamente prevista en su regulación. Consecuentemente, la idea de comunidad sobre los bienes

(7) MASOT MIQUEL, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., tomo XXXI, vol. 1.º: *Compilación de Baleares*, artículos 1-65, EDERSA, 1980, pág. 77.

cuya titularidad resulte falta de acreditación es principio tenido en cuenta por el legislador para todos los regímenes económico-matrimoniales que regula.

La primera observación que merecen los dos artículos citados es la muy distinta fundamentación de uno y otro, acorde en un caso con los principios inspiradores del régimen de comunidad, mientras que, en el otro, se presenta totalmente contrario a los mismos (8). Este primer dato obliga, necesariamente, a estudiar las razones que han movido al legislador para establecer tan específica norma y, de esta manera, facilitar la posterior comprensión de su significado y alcance (9).

Desde este punto de vista, la presunción de copropiedad parece más fácil de justificar en el régimen legal, ya que se revela como consecuencia lógica del principio consorcial dominante. Afirmación que apoyamos en la normal cotitularidad de los bienes familiares en este régimen donde lo anómalo resultaría la consideración de una propiedad individual de los esposos. Consiguientemente, en principio, de igual manera que parecería extraña una presunción de titularidad exclusiva en un régimen comunitario, lo es una norma determinante de la propiedad indivisa para un régimen de separación de bienes. En él, lo usual no será la confusión dominical de los bienes sino, por el contrario, el que tengan su origen en el patrimonio de uno u otro, debiendo adscribirse, en consecuencia, a la esfera del esposo que haya soportado su adquisición.

La presunción del artículo 1.361 es, de acuerdo con lo expuesto, una norma armónica con las que regulan el régimen consorcial. En este sentido expresa REBOLLEDA VARELA (10) como tal presunción «significa la armonía fundamental en un régimen en el que hay bienes comunes y privativos, en que hay normas para unos y otros, y en el que la presunción de comunidad resuelve conflictos internos del propio funcionamiento legal del régimen».

Por su parte la norma que consagra la indivisión en el régimen de separación ha sido más discutida en cuanto a su fundamentación y necesidad, pues ha de asentarse en unas bases distintas cuya precisión, como ya hemos apuntado, resulta más polémica. En el fondo el legislador ha pensado que la práctica ofrece la existencia de no pocas dificultades de

(8) En este sentido, REMY, P.: «Des présomptions légales dans les régimes matrimoniaux», tesis inédita realizada en Poitiers, 1971, afirma que tal presunción no tiene *vocation naturelle*.

(9) Sobre el tema de la fundamentación plantean distintas tesis LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil*, tomo IV: *Derecho de Familia*, edición experimental, fascículo tercero, Bosch, Barcelona, 1982, pág. 520), quien basa la presunción en el propio artículo 1.361, de la que resulta ser lejano eco, y REBOLLEDO VARELA, A. L. (*Separación de bienes en el matrimonio*, Ed. Montecorvo, 1983, páginas 104 y ss.), quien evita toda referencia a la norma del artículo 1.361.

(10) REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, pág. 103.

prueba acerca de la titularidad de ciertos bienes pertenecientes a los esposos en régimen de separación y que tal confusión material de bienes, producto de una íntima convivencia, exigiría de manera clave y tajante la posibilidad de resolver una eventual y continua situación de duda. Por ello, se dice, establece la consecuencia de la indivisión. Sin embargo, nada hubiera impedido plantear el caso de que, en supuestos de duda, el derecho exclusivo de uno u otro esposo fuera prevalente en base a ciertos criterios o indicios (11).

Sin que pueda olvidarse la existencia previa de la norma en el Derecho balear, tan criticada por algún autor, parece de gran interés observar la génesis de la misma en el Derecho francés, a cuyo impulso da gran prevalencia nuestro legislador. Tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa veían la necesidad de la presunción pero, a la vez, se sentían obligados a dar un trato igualitario para ambos cónyuges, muy difícil de producir de no sancionarse la indivisión. Por ello la Ley de 13 de julio de 1965 acoge tal solución para el régimen de separación en su artículo 1.538, párrafo 3 de la misma manera que se refleja en nuestro artículo 1.441, y los autores franceses justifican el resultado del precepto, más que un principio de justicia distributiva, paralizado en un régimen de separación de bienes, en un criterio de prudencia ante las dificultades de decantar la presunción a favor de uno u otro cónyuge (12).

Tal explicación sirve para dar una justificación teórica a nuestro artículo 1.441. Sin embargo, resulta esencial comprobar si en la realidad esto es así. Es decir, observar si el derecho común permitía dar soluciones a todos estos casos de duda o, por el contrario, la presunción de indivisión era una necesidad exigida por la realidad de los matrimonios en régimen de separación. Esta interrogante va a latir a lo largo de nuestro estudio y su solución será uno de los primordiales objetivos perseguidos.

En cualquier caso, es importante precisarlo, la necesidad de esta regla se veía siempre subordinada a la posible acreditación de la normal titularidad exclusiva de uno solo de los cónyuges. De manera que para su exacta configuración ha de predicarse, como característica esencial, la accesoriedad respecto del sistema de bienes exclusivos en materia de separación y, consiguientemente, la accesoriedad respecto de los principios

(11) En este sentido, TROPLONG (*Le droit civil expliqué*, París, 1854-1864; *Du contrat de mariage*, tomo III, núm. 2.246) mantenía la vigencia de la presunción muciana ante el silencio del Código que, respecto del régimen de separación, no sancionó la presunción de indivisión hasta la reforma de 13 de julio de 1965.

(12) En el fondo todos los ordenamientos que consagran esta regla la justifican de manera similar en razón a esas dificultades prácticas que la convivencia común ocasiona en orden a la prueba de titularidad de ciertos bienes. Baste aludir a la ya comentada Nota de la Recopilación Navarra al explicar la necesidad del último párrafo de la Ley 103.

probatorios del derecho común. Accesoriedad que, en última instancia, pudiera ser determinante de su inutilidad si las normas comunes bastaran siempre para determinar la titularidad exclusiva de uno u otro esposo (13).

Sentados estos preliminares entendemos que la siguiente labor que debe realizarse es la de precisar la verdadera naturaleza jurídica de las normas objeto de nuestro estudio. Tradicionalmente, de una manera unánime, la doctrina cataloga todas estas reglas como presunciones. Consideración que obedece, creemos, a la falta de un estudio profundo y sistemático de esta especial forma creadora de normas jurídicas y a sus aparentemente escasas consecuencias prácticas. Sin embargo, en contra de esta línea doctrinal estimamos necesario un tratamiento profundo y riguroso de este particular para mejor comprender su fundamento, significado y alcance.

II. NATURALEZA JURIDICA DE LAS NORMAS DE INDIVISION DEL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE REGIMENES ECONOMICO-MATRIMONIALES

Tradicionalmente, como hemos puesto de relieve, se viene considerando que las normas apuntadas, es decir, tanto la contenida en el artículo 1.361 como en el 1.441, se pueden encajar dentro de esa especial categoría de reglas constituida por las presunciones. Esta afirmación, válida incuestionablemente referida a la presunción de gananciales en el régimen legal, entendemos no lo es con respecto al artículo 1.361, siendo susceptible de una revisión crítica. Para ello, necesariamente, hemos de sentar, muy brevemente, las bases esenciales de presunciones y ficciones, normas estas últimas dentro de las cuales pretendemos encajar el dictado del artículo 1.441.

A) PRESUNCIONES Y FICCIONES EN EL CAMPO DEL DERECHO PRIVADO (14)

Presunciones y ficciones son categorías normativas existentes desde muy antiguo y cuya finalidad originaria puso de relieve IHERING (15) al

(13) Sobre este particular acertadamente intuye CAMPO VILLEGAS, E. («En torno a la transformación del régimen de gananciales en el de separación de bienes», en *Revista Jurídica Catalana*, 1977, pág. 303), que tal presunción de proindivisión produciría en la práctica un paulatino incremento de estas comunidades que, en parte, desvirtuaría el régimen querido de separación. Por ello parece necesario tener siempre muy en cuenta el carácter accesorio de la precitada norma probatoria, evitando que lo accesorio se convierta en principal.

(14) Sobre el tema, genéricamente, *vid. Les presumptions et fictions en droit*, Etudes par C. PERELMAN y P. FORIERS, Bruxelles, 1974.

(15) IHERING, R.: *L'esprit du droit romain*.

insertar en un rígido sistema una nueva regla que permita el acercamiento del supuesto a una norma admitida. En el fondo, como afirma GENY (16), suponen una reducción simplificadora de los elementos sustanciales del derecho, siendo una especial manera de elaboración técnica del derecho objetivo.

Estas categorías, dentro de esa especialidad común a ambas al vincular apariencia y realidad, tienen unas características propias que vamos a intentar deslindar.

a) *Las presunciones*

Resulta la presunción una especie normativa que fundamenta un efecto jurídico en la probabilidad de que se haya verificado el supuesto de hecho al que el ordenamiento jurídico liga tal consecuencia. Ante ciertas dificultades, normalmente probatorias, la ley efectúa una valoración de probabilidades y atribuye preferencia a uno de los eventuales supuestos de hecho. Es decir, de entre las varias realidades que pueden haberse dado en un determinado supuesto, la ley consagra la producción de una de ellas previa valoración y estimación de que resulta la más probable (17).

El esquema de la presunción requiere, por tanto, la existencia de un supuesto de hecho confuso e impreciso, difícil de perfilar por distintas y muy variadas circunstancias. A la vista de ello el ordenamiento jurídico positiviza la presunción en base a la cual se predeterminan en una concreta dirección los hechos jurídicos cuestionables. Predeterminación que trae como necesaria consecuencia la atribución del efecto jurídico que otra norma positiva otorga a ese supuesto de hecho que ya tenemos perfilado.

De acuerdo con ello resulta muy importante destacar algo apuntado anteriormente: el dato de que la Ley fundamenta la creación de la norma presuntiva en la probabilidad. En este sentido, si observamos como ejemplo el artículo 1.361 podemos afirmar que ante un régimen de gananciales lo normal, es decir lo probable, será que los bienes acerca de los cuales se plantean dudas en cuanto a su titularidad, sean bienes comunes a ambos cónyuges. El mayor número de fuentes para crear o aumentar el caudal comunitario en relación con las que existen para modificar los patrimonios privativos (18) produce como necesaria consecuencia lógica

(16) GENY, F.: *Science et technique en droit privé positif*, Ed. Sirey, París, 1921, tomo III: *Elaboration technique du droit positif*, núm. 2.228.

(17) Tales consideraciones las efectuamos básicamente referidas al Derecho privado, ya que en el ámbito del Derecho público la motivación que inspira al legislador puede ser distinta y no estar ligada a la probabilidad. Basta examinar para comprobarlo la presunción de inocencia del Derecho penal.

(18) Tengamos en cuenta lo que con gran precisión establece LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, fascículo 2.º, pág. 355) en el sentido

mayores probabilidades de que los bienes discutidos sean gananciales y no privativos.

Por el contrario, y ya podemos adelantar, en materia de separación de bienes la norma del artículo 1.441 no está basada en la probabilidad. De manera opuesta a lo que ocurre con el régimen consorcial, es incuestionable que lo normal sería la titularidad de los bienes en uno u otro esposo, pues las fuentes de creación de un patrimonio común son teóricamente inexistentes.

1. *Presunciones iuris tantum y presunciones iuris et de iure*

En materia de presunciones la aleatoriedad que puede implicar la idea de probabilidad como factor determinante de la elección del supuesto de hecho se ve a menudo corregida por la posibilidad de la prueba en contrario. De esta manera, aparecen configuradas las denominadas presunciones *iuris tantum* en las cuales la elección que la norma efectúa entre los varios supuestos de hecho posibles puede desvirtuarse mediante la prueba en contrario. Es decir, mediante el mecanismo de que quien se siente perjudicado por la presunción acredite la realidad de un supuesto de hecho diferente al que la Ley ha elegido por considerar probable. De acuerdo con ello podemos describir como ante el supuesto de presunción contemplado en el artículo 1.361, es decir, la catalogación de los bienes como consorciales, el esposo que se considera titular exclusivo de los mismos puede impedir la efectiva aplicación de la norma presuntiva mediante la acreditación, a través de los usuales medios probatorios, de su pertenencia. Con ello el efecto jurídico de la norma no entrará en juego.

Junto con esta especie y, en cierta medida, opuesta a ella, se encuentran las presunciones *iuris et de iure*. En éstas se eleva a categoría de axioma indiscutible esa valoración de probabilidades que la Ley, internamente, realiza. El resultado de esa valoración es considerado inatacable por la norma que así lo establece. De tal manera que una vez producido el supuesto necesario para que entre en vigor la presunción ya no es posible que el perjudicado por ella evite la consecuencia prevista en la regla presuntiva acreditando que el supuesto de hecho fue otro diferente

de que el patrimonio personal conserva su posición inicial sólo modificada por nuevas adquisiciones a título gratuito, por la transformación de los bienes que primitivamente lo integraban en otros que ingresan a cambio y reciben la misma cualificación patrimonial (subrogación real) y por los deterioros, pérdidas y gastos improductivos que lo disminuyen o accesiones que lo aumentan. Todas las demás mutaciones patrimoniales afectan a la masa común, y toda vez que los frutos y ganancias, aun de bienes privativos, pasan a engrosarla, es fácil pensar en la preponderancia de su importancia al tener prácticamente cegadas sus fuentes de acrecimiento las masas patrimoniales privativas.

al establecido por la Ley. Consecuentemente la distorsión entre la efectiva realidad y la apreciación que de la misma hace el derecho objetivo puede existir. La presunción *iuris et de iure* establece y concreta que en ciertas situaciones existe un determinado hecho jurídico, sea o no cierto, por estimarse muy probable que así haya ocurrido, no admitiéndose la prueba en contrario de que la realidad no es tal. Sería el caso de establecerse imperativamente que, en un régimen legal de gananciales, todos los bienes sobre los que no existiera un título material y escrito de propiedad exclusiva se considerarían comunes. Sin que fuera posible acreditar por otros medios la falsedad de tal supuesto.

En la práctica no son frecuentes las presunciones *iuris et de iure*, y las que existen se asemejan a las presunciones *iuris tantum*. Tal semejanza deriva de que si bien, teóricamente, no admiten prueba en contrario, ocurre que su supuesto de hecho incluye las formas de evitar las consecuencias de la presunción. Así, por ejemplo, el artículo 541 del Código Civil (19) supone presumir la existencia de un convenio para la creación de la servidumbre, y para evitar que nazca no es posible utilizar cualquier medio probatorio que acredite la inexistencia de tal acuerdo sino únicamente expresar «lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas» o hacer «desaparecer aquél signo antes del otorgamiento de la escritura» (20). De esta manera, en realidad, muchas de las presunciones absolutas implican únicamente una restricción de medios probatorios, pues si bien no admiten la prueba en contrario con carácter general, incluyen en su supuesto de hecho los medios probatorios capaces de desvirtuar su conclusión.

En el fondo, de acuerdo con lo expuesto, cabe afirmar que uno y otro tipo de presunción no presentan grandes diferencias, si bien, en pura teoría, la presunción absoluta puede legitimar lo falso mientras que la presunción relativa hace esto más difícil al admitir genéricamente la prueba en contrario.

b) *Las ficciones*

En la línea según la cual la norma puede ir distanciándose cada vez más de la realidad encontramos esta categoría de las ficciones. Es decir, la ficción supone una última etapa en este *iter* en el que realidad y derecho se van alejando paulatinamente.

En esta especie normativa el ordenamiento jurídico, conscientemente, legitima, dada su capacidad para ello, lo que resulta falso para de esta

(19) Dice este artículo 541 que «la existencia de un signo aparente de servidumbre... se considerará... como título...».

(20) Sobre este tema *vid.* mi trabajo sobre *Constitución de servidumbres voluntarias en el Derecho español*, Ed. Montecorvo, 1984.

manera poder atribuir a un determinado supuesto unas consecuencias jurídicas que no son las que normalmente produciría tal hecho. Así entendidas, las diferencia entre presunción y ficción no es difícil de establecer a nivel teórico, pues mientras que la presunción juega sobre el supuesto de hecho, fijándose en uno u otro sentido para posteriormente atribuirle el efecto jurídico que al mismo corresponda, la ficción juega sobre la consecuencia en cuanto que atribuye un efecto distinto al que según el derecho objetivo común correspondería.

Lógicamente la ficción no atribuye la consecuencia jurídica en base a la probabilidad de que se haya producido un hecho jurídico determinado. Ya hemos enunciado que al proyectarse su especialidad sobre la consecuencia y no sobre el supuesto de hecho las probabilidades de que éste sea uno u otro son irrelevantes para la norma ficticia. La ficción atribuye el efecto o resultado jurídico atendiendo a otras razones: fundamentalmente porque se cree necesario tutelar un interés o resultado distinto del que el normal juego de las normas positivas ocasionaría.

En este sentido la ficción supone una regla con una estructura muy similar a las presunciones y al resto de normas jurídicas. Existe un supuesto de hecho y, a partir de él, se establece un efecto jurídico. Sin embargo, y aquí radica su especialidad, tales consecuencias no son normales como ocurre en materia de presunciones, sino que instituyen un efecto al que no hubiera podido llegarse de ninguna forma de no existir la ficción.

Ahora bien, en materia de ficciones, también puede ocurrir algo similar a lo ya referido respecto de las presunciones *iuris et de iure*. Así, aunque utilizamos otra terminología, la ficción juega bien como norma principal, bien como regla accesoria, es decir, desempeña su función independientemente o, únicamente, con carácter subsidiario. Ejemplos típicos de una y otra son la ficción del artículo 334-4 y, ya lo adelantamos, la que resulta objeto de nuestra atención contenida en el artículo 1.441 (21).

Concretamente, el artículo 334 considera como inmuebles a las estatuas, vasos, utensilios, etc., objetos que, por sí mismos, aplicando el derecho común, nunca pudieran ser catalogados como tales. Ocurre, sin

(21) En todo caso debe destacarse que las categorías dogmáticas establecidas no tienen más valor que el de ayuda para explicar ciertas normas. Así, la idea de subsidiariedad podría aplicarse también a las presunciones absolutas.

En materia de ficciones diremos que la independencia o autonomía plena se dará cuando no haya posibilidad de alterar el supuesto de hecho mediante prueba en contrario, como ocurre con el artículo 334, mientras que la accesoriedad absoluta existirá cuando se posibilite todo tipo de prueba para precisar el supuesto de hecho. Prueba que, de no existir, llevará a la entrada en vigor de la consecuencia ficticia y a la atribución de un efecto jurídico diferente al que se daría respecto de los supuestos potencialmente planteados.

embargo, que el ordenamiento jurídico estima necesario otorgar a estas cosas un régimen similar al estatuido para el inmueble en que se encuentran. Para ello recurre a la ficción: es decir, conscientemente legitima lo que resulta falso dando lugar a una consecuencia jurídica que normalmente no podría producirse.

Por el contrario y de una manera general, decimos que en el artículo 1.441 se contempla una ficción (cosa que a continuación justificaremos) subsidiaria o accesorio. Únicamente se establece la indivisión en los casos en que no se pueda acreditar por cualquier medio probatorio la titularidad de los bienes.

Interesa, por último, dentro de este estudio genérico, destacar y subrayar, a la vista de lo expuesto, las diferencias entre presunciones y ficciones. La principal estriba en que mientras la presunción atribuye la normal consecuencia que el ordenamiento institucionaliza para un determinado supuesto de hecho, esto no es así en la ficción. En este sentido podemos decir que de no existir una concreta regla presuntiva se llegaría, posiblemente, si bien por otras vías más complicadas, a la consecuencia sancionada por la presunción. Así, en principio, ante el supuesto de hecho que contempla una «presunción *iuris tantum*» siempre se aplicará la consecuencia normalmente prevista en la Ley. Nunca se da la distorsión realidad-derecho porque la prueba en contrario lo evita. La presunción de gananciales ocasiona que si los bienes son gananciales se les aplique su régimen y si no lo son, a lo cual se puede llegar mediante la prueba en contrario, se aplique el régimen de los bienes privativos. Por lo tanto, básicamente, busca dirigir en uno u otro sentido la carga de la prueba.

Las presunciones *iuris et de iure* se asemejan más en este sentido a las ficciones. Especialmente cuando no sean accesorias, es decir, cuanto el supuesto de hecho no pueda verse mediatizado por ningún tipo de prueba en contrario (22). De esta manera, al no admitirse la misma, o admitirse muy parcialmente, puede ocurrir que la consecuencia jurídica que se atribuye al supuesto de hecho no sea la que en realidad debiera consagrarse, pues se ha apreciado la existencia de una base fáctica que no es la real. Sin embargo, en razón fundamentalmente de ciertas dificultades probatorias y para favorecer a quien pudiera resultar perjudicado por ello (finalidad asimismo patente en toda presunción relativa), se arbitra la determinación y concreción del supuesto de hecho en un cierto

(22) En el fondo, la diferencia entre la presunción *iuris tantum* e *iuris et de iure* radica en que la primera admite todo tipo de prueba en contrario y la segunda no. Sin embargo, toda vez que estamos ante categorías jurídicas sin concreción legal, no habría excesivos problemas para catalogar como presunciones *iuris tantum* aquellas que admiten algún tipo de prueba en contrario, y como presunciones *iuris et de iure* las que no lo hacen así. Con ello, en la práctica, esta última categoría quedaría muy disminuida.

sentido. La base de esta operación radica en una valoración de posibilidades de que así sea y, cuantas mayores sean, menor será la accesoriidad o subsidiariedad (es decir, las pruebas admitidas en contrario) de tal presunción. Por lo tanto ante una presunción *iuris et de iure* pura o independiente se produce no una inversión de la carga probatoria, sino dispensar de la misma a quien pudiera verse perjudicado por la dificultad de practicarla, pero a quien se cree necesario tutelar. Con tal esquema la posible distorsión realidad-derecho es más fácil que se produzca en comparación con el otro tipo presuntivo.

La ficción, por último, va más lejos: la consecuencia jurídica que sanciona no podría darse de no existir la norma ficticia. Así, ante el supuesto del artículo 334, no sería posible nunca establecer el carácter inmobiliario de una estatua al faltar la mencionada norma que así lo establece. En este sentido la ficción considera necesario atender a ciertos intereses reales y para tutelarlos sanciona un régimen jurídico distinto al que configuran las normas comunes. De manera que, necesariamente, toda ficción supone la derogación de alguna otra de las reglas contenidas en el ordenamiento jurídico. Es aquí donde verdaderamente se encuentra su esencia y la base para atribuir al artículo 1.441 la categoría de ficción.

B) EXAMEN DE LAS NORMAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 1.361 Y 1.441

a) *El artículo 1.361*

A la vista de cuanto acabamos de exponer, pocas dudas se pueden plantear respecto de la regla contenida en el artículo 1.361. El legislador se limita a establecer una presunción *iuris tantum* de ganancialidad de los bienes que, estando en la órbita conyugal, no puede acreditarse su pertenencia exclusiva a uno u otro cónyuge. Es decir, impone a quien invoca el carácter propio de un bien la carga de la prueba dispensando de la misma a quien puede aprovecharse de su existencia, siendo éste el papel habitual de las presunciones legales (23).

Tal presunción es en cierta medida inútil, ya que en la mayoría de los casos ni tan siquiera implica una inversión de la carga de la prueba (24). En este sentido, normalmente, de acuerdo con el artículo 1.214 del Código Civil y en armonía con el resto de principios procesales apli-

(23) Así lo afirman PLANIOL, M.-RIPERT, G.: *Traité pratique de Droit civil français*, tomo VIII, 2.^a ed., par J. Boulanger, núm. 162.

(24) Díez PICAZO, L. (*Sistema de Derecho Civil*, tomo IV, pág. 238), estima en sentido contrario que invierte la carga de la prueba de la condición privativa del bien hacia quien esto afirma. De cualquier forma no creemos necesario entrar en una polémica un tanto vana y en la que el papel desempeñado por la posesión del bien discutido sería factor de gran importancia para su resolución.

cables, es claro que quien pretende accionar respecto de algo debe probarlo (25). De todas formas en el régimen ganancial y a falta de otros títulos, las normas posesorias no bastarían siempre como título suficiente para acreditar la propiedad común de los bienes por lo cual, si bien el artículo 1.361 reafirma las normales consecuencias del fenómeno posesorio en materia de régimen legal, nunca está de más la regla indicada cobrando gran importancia en muchas situaciones. Concretamente, sin necesidad de más indagaciones, permite cumplir una de las principales funciones del régimen consorcial: facilitar el crédito de los esposos, pues supone un instrumento de inspirar a los acreedores la confianza necesaria (26). En este mismo sentido afirma LACRUZ (27) que «la presunción de ganancialidad es de extraordinario alcance práctico: al amparo del beneficio de la duda reconduce a la masa común una multitud de bienes muebles cuyo origen privativo no es posible demostrar, aunque lo tenga, pues los cónyuges no suelen guardar justificantes de sus adquisiciones particulares».

En otro orden de cosas, debemos insistir en que la base de la norma se apoya en la probabilidad de que los bienes resulten gananciales (28). Dato que nos permite configurar la regla como una presunción y, paralelamente, afirmar como sin ella, utilizando el derecho común en materia probatoria, se llegaría al resultado de ganancialidad en la mayoría de los supuestos en que hoy se aplica el artículo 1.361. Como dice REMY (29), esta presunción tiene *vocation naturelle*.

Por otro lado, la propia literalidad del precepto permite la catalogación de tal presunción como relativa al invocar expresamente la referencia a la posible prueba en contrario sin establecer cortapisa alguna. En resumen, estamos ante una presunción lógica y consustancial con el régimen de gananciales basada en la probabilidad de que los bienes tengan tal consideración consorcial. Regla con la que el legislador reafirma

(25) Así el viejo aforismo *actori incumbit probatio* es recogido desde antiguo por el Tribunal Supremo, donde ya aparece en la Sentencia de 28 de enero de 1898.

(26) Sobre el tema es de gran interés el trabajo de DAVID. J.: «Observations sur l'ingerence maritale en régime legal», *Rev. Trim. de Droit civil*, 1974, págs. 2 y ss., especialmente págs. 38 y ss.

(27) LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Op. cit.*, tomo V. pág. 378.

(28) En este sentido, CATTANEO, G. («Commentario a los arts. 215-219 del Codice civile italiano», en *Commentario sulla riforma del diritto di famiglia*, tomo I, parte prima, Padova, 1977, pág. 485), afirma que en el caso de la comunidad la presunción parece fundarse sobre la consideración de que la propiedad común constituye la regla, mientras que la naturaleza privativa de un bien sólo puede resultar de las circunstancias específicas señaladas por la Ley.

Asimismo se pronuncia LACRUZ BERDEJO (*op. cit.*, pág. 355), como ya hemos tenido ocasión de comentar.

(29) REMY, P.: *Op. cit.*, pág. 468.

en gran medida, si bien con una proyección específica, las normas probatorias de derecho común y que ayuda en muchos casos a disipar dudas que pudieran plantearse sobre la titularidad de ciertos bienes. El beneficio de la duda, como ya aparecía en el antiguo derecho castellano (30), favorece a la masa consorcial, si bien puede destruirse por el juego de todo tipo de pruebas (31).

b) *El artículo 1.441*

La cuestión, como ya hemos tenido ocasión de adelantar, se plantea radicalmente distinta cuando se acomete el estudio de esta norma que resulta una novedad en nuestro derecho, careciendo de antecedentes históricos tanto en el territorio de derecho común como en los territorios forales. En estos últimos, si bien la norma existe con anterioridad, tampoco responde a una tradición jurídica sino que, al instaurarse supuso también una regla totalmente nueva. De aquí la importancia que hemos dado a sus raíces en el Derecho francés, pues, inequívocamente, nuestro legislador se ha hecho eco de la reforma gala de 1965 para estatuir la presunción de indivisión del artículo 1.441, sin que podamos olvidar nunca la existencia anterior del artículo 3 de la Compilación Balear, así como la norma paralela del Derecho navarro. En suma, acertadamente o no, el derecho foral llevaba muchos años de ventaja en este concreto punto al Derecho común, habiéndose hecho eco de las corrientes imperantes en la doctrina europea e incluso como ocurre con el derecho balear, siendo precursor de las mismas. El que su fundamento y naturaleza resulten totalmente diferentes respecto de la presunción de indivisión en el régimen legal es algo intuido y reafirmado por la doctrina, tanto nacional, aún escasa (32) como extranjera (33), siendo significativas las palabras de CATTANEO (34) al indicar que el planteamiento para fundamentar la presunción de indivisión respecto del régimen consorcial no es válido para el régimen de separación «el cual no prevé la constitución de una

(30) Ley 203 de Estilo y artículo 1.407 en la redacción inicial del Código Civil.

(31) Siendo objeto fundamental de nuestro estudio el artículo 1.441, no entramos en más amplios debates sobre el artículo 1.361. En todo caso debe señalarse la profundidad con que la doctrina francesa ha estudiado el tema, destacando, entre otros, PONSARD, M. A.: *Op. cit.*, 1948; SAVATIER, R.: *La communauté conjugale nouvelle en droit française*, Dalloz, 1970; CORNU, G.: *Les régimes matrimoniaux*, en collection Themis, ed. Presses Universitaires de France, 2.^a edición, París, 1977, págs. 277 a 285; SIMLER, P.: «Le conflit des présomptions en régime de communauté», *Rev. Trim. de Droit civil*, 1970, págs. 478-525, y muy especialmente el trabajo de REMY, P., Poitiers, 1971, págs. 210-426.

(32) *Vid.*, como ejemplo, REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, pág. 102.

(33) *Vid.* SAVATIER, R.: *La separation de biens en droit français*, Dalloz-Defrenais, París, 1973, pág. 13.

(34) CATTANEO, G.: *Op. cit.*, pág. 485.

copropiedad sobre las adquisiciones realizadas separadamente no ofreciendo motivo alguno para considerar que la propiedad común sea más probable que la exclusiva».

Consecuentemente, tal y como vamos a intentar precisar, su estructura responde a otras necesidades y por ello ha de enmarcarse en una categoría normativa diferente, no siendo posible identificar esta norma con una presunción *iuris tantum*, como tradicionalmente se ha hecho, sino que resulta algo distinto: una ficción si bien con un acusado carácter subsidiario. Y ello a pesar de que la generalidad de los autores que se han ocupado del tema (35) no lo han considerado así, ni aún en la doctrina francesa, con una mayor tradición científica sobre el particular. En este sentido el párrafo 2.º de su artículo 1.538, paralelo a nuestro artículo 1.441, ha sido tradicionalmente catalogado como una norma presuntiva. Catalogación que, entendemos, obedece a un estudio falto de detalle sobre su naturaleza jurídica, en los términos que, a continuación y modestamente en cuanto a los resultados a obtener, pasamos a acometer.

1. *El criterio de la probabilidad como determinante del resultado*

Ya hemos tenido ocasión de significar como en materia de presunciones uno de los elementos que las caracterizan es el fundamentar la elección que realizan en una valoración de probabilidades. De tal manera que se determina un concreto efecto jurídico en razón de la probabilidad de que se haya producido realmente el supuesto de hecho al que tal consecuencia corresponde porque puede resultar de difícil probanza. Elemento que juega, en mayor o menor medida tanto en las presunciones *iuris tantum* como en las presunciones absolutas. En la práctica, ante la imposibilidad de prueba en contrario que predicamos de las presunciones absolutas, es imaginable que las probabilidades de que se haya dado el supuesto de hecho que la norma elige serán mayores que en las presunciones relativas.

Aplicando esta idea al artículo 1.441 cabe observar que el legislador no ha tenido en cuenta el criterio de la probabilidad en orden al establecimiento de la consecuencia de indivisión dominical (36). Certeramente REMY indica como *in sede* del régimen disociativo la presunción de indivisión no puede fundarse en la probabilidad. Desarrollando esta idea.

(35) Refiriéndonos a nuestra doctrina resulta cita obligada la de ALBALADEJO, M. (*Curso de Derecho civil*, tomo IV, Bosch, Barcelona, 1982, pág. 196), quien, aun hablando de presunción, parece poner de relieve uno de los elementos característicos de las ficciones al indicar que «el artículo 1.441 habla de que corresponderá a ambos por mitad, pero es claro que correspondiendo en realidad a quien corresponda, como no se demuestra se presume que es de los dos...».

(36) Así, CATTANEO (*op. y loc. cit.*) al advertir que no hay motivo alguno «para considerar que la propiedad común sea más probable que la exclusiva...».

afirmamos que lo probable no va a ser que los bienes, desde el punto de vista de su adscripción dominical, se encuentren confundidos por haberse adquirido con dinero proveniente de uno y otro patrimonio, sino lo contrario. Tal presunción, afirma REMY, no tiene una vocación natural sino subsidiaria a la vista de los principios que rigen la separación de patrimonios.

De la misma manera lo intuye REBOLLEDO VARELA (37) al indicar que «tal presunción de copropiedad es ajena al régimen de separación de bienes donde el principio fundamental que lo informa es el de separación de patrimonios y donde, de haber alguna presunción, tendría que haberla en favor de la privatividad del bien en beneficio de cualquiera de los cónyuges».

En resumen (38) la presunción de copropiedad atenta contra la esencia del régimen de separación de bienes. Máxime si tenemos en cuenta que, en Derecho español, el mencionado régimen disociativo no viene impuesto por la Ley sino que, expresamente, los esposos han de manifestar su deseo por medio de las oportunas capitulaciones de regir su vida económica matrimonial por un régimen que propugne la total separación entre los patrimonios de uno y de otro.

De esta manera, si bien en un régimen consorcial lo normal será considerar la indivisión dominical, esto no ocurrirá en el régimen de separación. En éste se tiende, en base a su propia esencia y finalidad, a la independencia patrimonial de cada uno de los cónyuges. Por ello, y a salvo de ciertos aspectos en que necesariamente ha de jugar la idea de comunidad (39) toda la vida económica del matrimonio ha de disociarse ante la existencia de dos patrimonios separados e independientes entre sí. Consecuencia de ello será que todos los bienes que se encuentran en su esfera patrimonial han de tener su origen en una u otra de las masas patrimoniales existentes. La simple lectura del artículo 1.437 del Código Civil bastaría para comprobar como la norma que estamos analizando, el artículo 1.441, no fundamenta su consecuencia en el hecho de la probabilidad; lo normal, ante un régimen de separación puro y simple, será que el bien discutido haya sido adquirido por uno u otro cónyuge si bien el paso del tiempo junto con la convivencia matrimonial, habrá borrado las señas de identidad de tal adquisición.

Por tanto, desde una perspectiva teórica, en la cual debemos movernos exclusivamente para determinar la naturaleza jurídica de un instituto, hemos de imaginar que todos los bienes detentados por los cónyuges

(37) REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, págs. 102 y 103.

(38) Seguimos en este punto ideas de CAMPO VILLEGAS (*op. cit.*, pág. 303).

(39) Relacionados fundamentalmente con el contenido del artículo 1.308 y siguientes.

en régimen de separación de bienes pertenecen a uno u otro por existir dos patrimonios perfectamente aislados sin posibilidad de convergencia entre sus titulares. Estos son, en principio, extraños entre sí y tales masas patrimoniales van modificándose independientemente, siendo esencial en tal consideración no sólo la idea y operatividad de la subrogación real (40), sino también, muy especialmente, la lógica preferencia adquisitiva que, respecto de los patrimonios privativos, impone el artículo 1.437-1.º al hablar de los bienes que «después adquiera por cualquier título» (41).

Con todo ello, y en conclusión, lo que intentamos resaltar es el hecho negativo de que la norma de indivisión recogida en el artículo 1.441, no resulta una consecuencia derivada de la realidad, es decir del normal juego de los principios que informan el régimen de separación de bienes. Por el contrario, lo normal será la titularidad exclusiva y no la copropiedad de los bienes que se encuentran en la esfera matrimonial.

Para una mejor comprensión de todo este planteamiento, hemos de resaltar, pues pudiera originar ciertas dudas, que estamos estudiando un régimen de separación puro y, esencialmente, teórico. Tal advertencia es necesaria, ante la frecuencia con que, en nuestra realidad jurídica, nacen ciertos regímenes de separación, constante matrimonio, que pudiéramos denominar patológicos. En efecto, no es raro encontrar este tipo de regímenes que no son sino regímenes comunitarios desvirtuados formalmente y en los que prima la intención de evitar las trabas sobre el patrimonio familiar. De esta manera, ante supuestos de crisis económica, se acude a las capitulaciones estableciendo este nuevo régimen con el único fin de conseguir, en la medida de lo posible, defraudar a los acreedores. Estos, ante tal conducta, se ven en la necesidad de hacer efectivo el contenido del artículo 1.317 —o acudir a la vía penal, indudablemente más económica—, lo cual no siempre resultará posible por la facilidad

(40) Sobre el tema *vid.* el interesante trabajo de MARÍN PADILLA, M. L.: «Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de familia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1978, págs. 717 a 773.

(41) Estima MARÍN PADILLA que la subrogación real carece de utilidad teórica y práctica en los regímenes de separación de bienes o en los de comunidad absoluta (*op. cit.*, pág. 717). Tal afirmación resulta cierta con carácter general, pero referida al régimen de separación de bienes necesita ser matizada. Efectivamente, se fundamenta tal idea en el hecho de que la subrogación real es un medio subsidiario que sólo se da cuando no hay otro remedio para mantener los bienes en su individualidad y afectación. Esto es absolutamente cierto en materia de gananciales en base a la norma del artículo 1.361, que consagra la ganancialidad sin necesidad de acudir al remedio de la subrogación real. Sin embargo, no puede efectuarse una norma tan tajante en materia de separación, pues el artículo 1.441 conduce a una solución distinta a la que se originaría a través del mecanismo subrogatorio. Este mantendría el carácter privativo de los bienes, aquélla establece, ante la falta de prueba, la titularidad común de los mismos.

de mutaciones patrimoniales, especialmente de bienes muebles potenciada por el actual artículo 1.323 (42).

En conclusión, del estudio de este inciso, obtenemos un dato inicialmente favorable a la catalogación del artículo 1.441 como una ficción. La presunción, vimos, descansaba sobre la probabilidad. La ficción, por el contrario, no. Indudablemente, en este sentido, deducimos que la norma estudiada se asemeja a una ficción en lugar de a una presunción.

2. La prueba en contrario del artículo 1.441

La posibilidad de una prueba en contrario, no sólo latente, sino expresamente referida en la norma cuestionada, pudiera parecer que, *prima facie*, inviste a dicha regla de una de las principales características de la presunción: la posibilidad de acomodar la situación contemplada en la norma a la propia realidad verificada.

Sin embargo, examinando detenidamente este artículo se observan ciertas especialidades respecto de tal planteamiento.

En primer lugar hemos de destacar que esta prueba es un presupuesto de la premisa fáctica. Consecuentemente, su importancia para considerar si nos encontramos o no ante una ficción es muy relativa. La especialidad de la ficción deriva de esa distorsión conscientemente realizada una vez que se da el supuesto normativo. Es decir, la ficción sanciona un efecto jurídico anómalo tras fijar el elemento de hecho (43).

En este sentido la premisa de la norma ficticia que analizamos va a ser la imposibilidad de prueba, siendo esencial destacar que no va a serlo la prueba en contrario a la copropiedad. Es diferente la falta de prueba sobre una titularidad exclusiva que la prueba en contrario a la indivisión. Por ello, tal ausencia de prueba es, en un orden lógico, previa a la declaración de indivisión. Si existe acreditación de una titularidad individual falta el presupuesto de hecho de la norma ficticia y, entonces, no entra en juego la consecuencia de indivisión en base al ya conocido carácter subsidiario del artículo 1.441 sobre el que tendremos ocasión de reincidir.

El supuesto de hecho de esta norma se compone en esencia de dos elementos. Uno de ellos, obviamente, será la existencia material de una

(42) Sobre el tema, genéricamente, *vid.* MAGARIÑOS BLANCO, V.: «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1982, páginas 47 y ss.

(43) En este sentido resulta mucho más clara la dicción de la Ley 103 de la Compilación Navarra al decir que «se presumirán la copropiedad del marido y mujer sobre aquellos bienes muebles cuya pertenencia privativa no conste». Es decir, el supuesto de hecho aparece configurado como la falta de constancia de una propiedad privativa, sin que hable para nada de una prueba en contrario.

serie de bienes incardinados en la esfera patrimonial de los esposos. El otro, la imposibilidad de prueba por su parte de una titularidad exclusiva.

Junto con esta primera idea hay otra que es preciso subrayar y que estimamos de gran importancia en orden a la configuración de la naturaleza jurídica de este instituto. Es el hecho de que la imposibilidad de uno de los cónyuges, que se pretende propietario de un bien, para acreditar su titularidad exclusiva, determinaría la necesidad de atribuir la propiedad al otro. De esta manera, de acuerdo con las normas usuales del derecho común, habría de considerarse que si uno de los cónyuges no prueba su pertenencia exclusiva sobre un bien que se discute y que, previsiblemente, estará siendo poseído por el otro, será éste quien deberá ser catalogado como propietario. Es decir, el derecho común no ofrece base ninguna para estimar la comunidad, salvo que se pruebe que en realidad existe tal (en cuyo caso la norma del artículo 1.441 no tiene, obviamente, virtualidad alguna), sino que habría de atribuirse la propiedad al otro cónyuge para no considerar la cosa *nullius*. Es cierto que el artículo 393 del Código Civil autoriza a presumir la igualdad de cuotas en una comunidad, pero también lo es que, en ningún caso, da pie para presumir la existencia de tal comunidad que, en principio, especialmente en nuestro régimen de comunidad de tipo romano, se considera antinatural.

Inciendiando sobre este particular, acertadamente ha puesto de relieve REMY (44) como la recta aplicación de los principios probatorios conduciría, en materia de separación de bienes, a declarar que el objeto sobre el cual uno de los cónyuges no consiga probar su derecho pertenece al otro. De esta manera, ante las reglas procesales en materia probatoria, la duda aprovecharía a quien hubiera tenido la suerte de resultar demandado, normalmente el esposo detentador de la cosa.

En virtud de estas instituciones, entendemos que el derecho común no bastaría, en principio, por sí solo, para sancionar la solución de indivisión a salvo de las matizaciones que proyectan sobre el tema las presunciones posesorias y que luego examinaremos. Por esta razón, el legislador, tomando conciencia de las dificultades probatorias que una dilatada convivencia puede motivar, recurre a una ficción para alterar las consecuencias que la falta de prueba de un esposo produciría en el supuesto contemplado. De esta manera, sancionando la indivisión, evita que la duda aproveche al demandado contra quien no se ha conseguido acreditar una titularidad exclusiva. Por ello decimos que el artículo 1.441 supone una ficción en cuanto establece la indivisión respecto de unos

(44) REMY, P.: *Op. cit.*, págs. 466 y 467.

bienes que en teoría y como resultado de la prueba fallida de un esposo, debieran considerarse exclusivos del otro.

Pudiéramos hablar de presunción si en dicha regla en lugar de establecer la indivisión se atribuyeran al marido o a la mujer los bienes disputados, con base en ciertos datos que reflejaran la posibilidad de que así fuera. Sin embargo no se ha hecho así porque las dificultades para elegir entre uno y otro son insuperables desde el momento en que se encuentra consagrado como principio general la total igualdad entre los cónyuges. En este sentido el propio artículo 14 de la Constitución reflejado en la órbita económico-familiar por el artículo 1.328 respecto de las convenciones entre esposos, vetaría cualquier norma discriminatoria salvo que se diera preferencia, indistintamente, a uno u otro cónyuge con base en ciertos indicios. Indicios necesariamente mínimos, pues no debieran bastar para probar la titularidad de uno u otro ante los Tribunales y que no son en realidad imaginables ante la amplitud probatoria que nuestro derecho procesal contiene.

Por todo ello cabe pensar que estamos ante una norma que en un plano teórico se presenta necesaria. Necesaria porque el legislador se ve precisado a distosionar la adecuación del derecho a la realidad creando una ficción al no existir posibilidad de presumir la preferencia de uno u otro cónyuge cuando ninguno acredite la titularidad exclusiva de un bien. Para evitar que la mera situación procesal de demandado favorezca a quien lo es, se establece la comunidad sobre los bienes indicados.

III. LA JUSTIFICACION Y ALCANCE DE LA FICCION DE INDIVISION CONTENIDA EN EL ARTICULO 1.441

Uno de los aspectos discutidos en la todavía escasa doctrina que en nuestro País se ha ocupado del tema, es el de la necesidad o no de la norma reflejada en el artículo 1.441. La polémica se encuentra abierta desde el momento en que REBOLLEDO VARELA la considera innecesaria mientras que otros autores, como por ejemplo LACRUZ, la estiman útil sobre la base de que, a menudo, las presunciones posesorias no bastarán para acreditar la titularidad exclusiva de uno de los esposos (45).

El tema resulta sugestivo y merece un pormenorizado análisis distinguiendo su posible aplicación en dos campos perfectamente diferenciados: el de las relaciones entre esposos por un lado y, respecto de terceros, por otro.

(45) Sobre el tema, REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, págs. 105 a 108; LACRUZ-SANCHO: *Op. cit.*, fasc. 3.º, pág. 520, y ALBALADEJO, M.: *Op. cit.*, tomo IV, página 196.

Asimismo hemos de significar como el tratamiento efectuado por REBOLLEDO, al estar incluido en un estudio monográfico, resulta más amplio y minucioso. Sin embargo, entendemos, no tiene en cuenta una serie de normas trascendentes y, a la vez, parece posible y necesario llevar a sus últimas consecuencias las enunciadas posibilidades de prueba en contrario. Es decir, las modalidades con que se pueden plantear ante el organismo jurisdiccional las eventuales pruebas contrarias a las presunciones posesorias. Temas todos ellos que pasamos a analizar.

A) LA NORMA DE INDIVISIÓN EN LAS RELACIONES ENTRE LOS ESPOSOS

Uno de los supuestos de posible aplicación del artículo 1.441 hace referencia a la polémica entre esposos acerca de la titularidad sobre un determinado bien. Duda que puede plantearse tanto durante la vigencia del régimen como a la hora de su extinción. La cuestión resulta diferente respecto de terceros por distintas causas que veremos entre las que debe destacarse el diferente juego de las presunciones posesorias en uno y otro caso.

REBOLLEDO VARELA entiende que es en este campo donde primordialmente podría tener vigencia la norma de indivisión pero, a la vez, especifica que «su introducción en el Código Civil no obedece más que a una finalidad de aclarar titularidades dudosas cuando ambos cónyuges estén coposeyendo un bien, y ninguno de ellos pueda demostrar su titularidad exclusiva. Siendo éste el sentido del artículo 1.441, su inclusión era totalmente innecesaria porque a igual solución se llega con la aplicación de las normas de Derecho común: los artículos 448 y 464. Se presume que ambos cónyuges son copropietarios en base a tales presunciones y, conforme al artículo 393, por mitad, evitándose una norma como la del artículo 1.441...» (46).

Ahora bien, prescindiendo de su eventual acierto, que no es momento de prejuzgar, entendemos que tales afirmaciones no tienen en cuenta una serie de elementos normativos que es preciso traer a colación.

Por un lado siempre han de tomarse en consideración las relaciones con terceros, que si bien REBOLLEDO VARELA trata posteriormente con detalle, no puede obviarse su valoración a la hora de efectuar la conclusión definitiva sobre la norma cuestionada.

Pero, por otro lado, parece posible diferenciar los supuestos de coposesión de aquellos otros en que ésta no exista, y hacerlo con claridad porque creemos que las normas aplicables en uno y otro caso son diferentes. De cualquier forma, en el sentido que afirma LACRUZ, hemos de

(46) REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, pág. 106.

pensar cómo existe la posibilidad de que las reglas posesorias aún en casos de posesión exclusiva, no basten para evitar la aplicabilidad del artículo 1.441. Son frecuentes las situaciones posesorias que no sirven como título dominical presunto, pues no cumplen las exigencias requeridas por los artículos 448 y 464. Para resolver esta cuestión, creemos necesario atender a otras normas, así por ejemplo el artículo 434, en los términos que más tarde precisaremos.

Paralelamente, los supuestos de coposesión, en los que primordialmente centra su tratamiento REBOLLEDO VARELA, son también susceptibles, entendemos, de una revisión crítica en la que deberá ser tenida en cuenta, con rango preferente, la norma del artículo 445 referida a las contiendas posesorias. Artículo éste que enuncia un principio de gran importancia que debidamente analizaremos: «la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas fuera de los casos de indivisión».

a) *Los supuestos de posesión exclusiva por uno de los cónyuges*

Antes de centrarnos en el estudio de este supuesto cabe efectuar una serie de advertencias generales, pues son previas al detalle de las cuestiones verdaderamente polémicas.

Así, en primer lugar, debe destacarse el hecho de que las dudas sobre la adscripción de un bien a uno u otro patrimonio no es frecuente que se susciten sobre la propiedad inmobiliaria. La mayor complejidad y garantías que exige su tráfico da lugar a la existencia habitual de títulos, normalmente inscritos, que permiten adscribir dicho bien al patrimonio de uno u otro esposo. Además, el juego de las presunciones legales que derivan de las inscripciones registrales sería siempre decisivo para eludir la aplicación del artículo 1.441.

Ahora bien, nada impide que el problema se plantee en similares términos a los que pasamos a exponer y —las soluciones tendrían las mismas vías con la salvedad de que el artículo 464— exclusivamente referido a los bienes muebles, no gozaría de virtualidad ninguna.

Obviamente, la cuestión es mucho más frecuente en materia mobiliaria ante su típica facilidad de tráfico y a la falta de una publicidad registral que se ve suplida por la apariencia posesoria. Por ello el hecho posesorio será remedio necesario, en múltiples ocasiones, para determinar la pertenencia a uno u otro esposo. Sin embargo, como queda apuntado, los artículos 448 y 464, cuya entrada en juego evitan la aplicación del artículo 1.441, exigen una posesión cualificada que, *a priori*, hemos de estimar no se dará siempre.

Por otro lado, lógicamente, todo el problema de la eventual legitimación que deriva del fenómeno posesorio se encuentra subordinado a

la inexistencia de otros datos que acrediten una pertenencia individualizada. Fundamentalmente hemos de pensar en la ausencia de títulos que reflejen la titularidad de un solo esposo y que, si bien su aptitud a tales fines deberá ser valorada en cada caso, tendrán inicialmente preferencia sobre el hecho posesorio. La existencia material de un título de dominio hace innecesaria la búsqueda de eventuales datos que le sustituyan. En este sentido resultan significativos tanto el artículo 448 como el artículo 464. Más este último en cuanto establece que la posesión equivale al título.

El tema de la eficacia probatoria de tales títulos excede los límites de nuestro trabajo y, por otra parte, supondría una reiteración de los acertados conceptos vertidos por REBOLLEDO VARELA (47). Todo ello, especialmente la segunda consideración, nos releva de su análisis, así como de otra cuestión que sería preferente a la prueba posesoria: la confesión de un cónyuge atribuyendo la titularidad al otro, expresamente recogida en el artículo 1.324. Su existencia será decisiva en los supuestos de duda que se plantea entre esposos, teniendo una virtualidad muy diferente, como tendremos ocasión de contemplar, respecto de terceros (48).

En consecuencia, queda clara nuestra intención de tratar exclusivamente el juego de la posesión y su eficacia probatoria, pues entendemos es el punto más cuestionable. Con ello no olvidamos la eficacia probatoria de otros datos que, hay que reiterarlo, siempre tendrán eficacia y aplicación preferente a las presunciones posesorias.

En otro orden de cosas debe indicarse que, *a priori*, será más fácil, planteando menos problemas, acreditar adquisiciones exclusivas realizadas a título gratuito tanto *inter vivos* como *mortis causa*. El problema se reducirá, en la mayoría de los casos, a demostrar la liberalidad y la identidad del bien en el patrimonio del donante respecto del que ahora está en el del donatario. Las adquisiciones a título oneroso, por el contrario, serán normalmente más difíciles de acreditar ante las razones ya apuntadas: la dilatada vida en común, la normal falta de diligencia en la conservación de justificantes para hacerlos valer frente al otro cónyuge. En todo caso la existencia de facturas expedidas a nombre de un esposo no siempre debiera ser decisiva de manera opuesta a lo que debe pensarse cuando sea posible acreditar el pago de tales bienes por uno solo de los cónyuges (49). Por otro lado, insistimos, si bien resulta imaginable

(47) REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, págs. 91 a 117.

(48) El tema también es tratado con detalle por REBOLLEDO VARELA (*op. cit.*, páginas 129 a 137).

(49) Esta cuestión se encuentra relacionada con la de la adquisición de bienes por un cónyuge con fondos pertenecientes a otro. Tema de gran complejidad que excede los límites de este trabajo y nos remitimos a los estudios de REBOLLEDO VARELA (*op. cit.*, págs. 108 y ss.), así como al citado de MARÍN PADILLA, por la gran trascendencia del principio de subrogación real para resolver la cuestión.

la existencia *ab initio* de todos estos títulos, una dilatada vida en común llevará frecuentemente a su desaparición y a la consiguiente necesidad de acudir a la publicidad posesoria como medio de evitar, entre esposos, la aplicación de la norma de indivisión contenida en el artículo 1.441.

Sentados estos precedentes, que de darse obviarían la aplicación de cuanto a continuación se detalla, podemos entrar ya de lleno en el juego del hecho posesorio a efectos de prueba referido exclusivamente a la órbita de las relaciones entre esposos. Es decir, cuando la polémica se centre en la relación interna sin que intervenga para nada un tercero con interés en aclarar la situación dominical de ciertos bienes.

Tal y como recogíamos en el encabezamiento, vamos a contemplar aquellos supuestos, faltos de título material, en que la posesión del bien litigioso no resulta compartida por ambos cónyuges. Se hace necesario entonces comprobar, si bien muy someramente para no exceder los límites de nuestro trabajo, las cualidades exigidas para que la posesión de un bien mueble sirva como prueba de la titularidad del mismo o, más concretamente, sirva para obviar la aplicación del efecto de indivisión sancionado por el artículo 1.441 (50).

Para determinar la aptitud posesoria, a los efectos que nos interesan, parece decisivo el concepto de buena fe. En este sentido se manifiesta el artículo 464 al hablar de que la posesión adquirida de buena fe equivale al título. Por su parte también nos valdría, con el fin de obviar la aplicación del efecto indivisorio sancionado en el artículo 1.441, el contenido del artículo 448 determinante de la identidad entre justo título y posesión en concepto de dueño. En todo caso, ya que la buena fe supone un *minus* respecto de la posesión en concepto de dueño, pero sirve por sí sola a los efectos previstos en el artículo 464, vamos a centrar nuestro estudio en ella para no desvirtuar la pretendida claridad de este trabajo con complicadas disquisiciones posesorias ajenas a su objetivo primario. En este punto es donde nos vemos obligados a disentir, o, al menos, matizar las afirmaciones de REBOLLEDO VARELA, quien centra todas las posibilidades de desvirtuar la norma de indivisión en la presunción del artículo 448, es decir, en la posesión en concepto de dueño. De tal manera que cuando hace referencia al artículo 464 no le concede una autonomía normativa en este terreno, sino que su cita es incidental y unida en todo caso a la del artículo 448 (51). En contra de todo esto consideramos que la buena fe posesoria, por sí sola, permite la entrada en juego de una importantísima presunción de legitimidad dominical como es la

(50) La cuestión aparece minuciosamente tratada, quizá con un excesivo casuismo, por SAVATIER, R. (*La separation...*, págs. 70 a 79, núms. 130 y ss.).

(51) REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, págs. 119 a 128.

consagrada en el artículo 464 (52). Es más, el campo de aplicabilidad de esta presunción será mucho mayor al verse beneficiada siempre por la que se establece en el artículo 434 del Código Civil, presunción de buena fe basada en la denominada prerrogativa de probidad: se supone que las personas son honestas mientras no se pruebe lo contrario. Idea que además en el terreno jurídico se mezcla con otra de carácter práctico, como es el pensarse más fácil destruir la eventual buena fe que exigir *ab initio* y en todo caso su probanza (53).

De acuerdo con esta línea argumental habría de pensarse que cuando no estemos ante una posesión adquirida de buena fe por el cónyuge detentador sería necesario aplicar automáticamente la presunción de indivisión (ha de tenerse siempre presente que partimos de la inexistencia de un título material que atribuya la propiedad exclusiva a uno de los esposos), pero esto no parece deba ser así como a continuación veremos, máxime cuando el esposo que intenta hacer valer su derecho exclusivo acuda al organismo jurisdiccional intentando la tutela de su derecho. Para llegar a esta conclusión es necesario tener en todo momento presente, antes de plantear los concretos supuestos el indicado artículo 434. Norma de gran trascendencia y que articulada con el artículo 464 impide la aplicabilidad del artículo 1.441 en las relaciones entre esposos. De acuerdo con ella, en principio resulta indudable que toda posesión exclusiva de un esposo, mientras no se pruebe lo contrario, es una posesión de buena fe que equivale al título en base al artículo 464 e impide la entrada en juego del artículo 1.441, con la necesaria salvedad de los supuestos coposesorios a los que luego haremos referencia.

Consiguientemente se trata de proyectar ahora la normativa aludida sobre la realidad práctica para comprobar si el principio teórico se distorsiona o no al ser aplicado.

En este sentido, por ejemplo, puede darse que la posesión esté en manos de uno de los esposos por habérsela arrebatado violentamente al otro. Lógicamente a falta de restitución voluntaria, el desposeído acudirá al correspondiente procedimiento posesorio para recuperar la posesión. Procedimiento que si se dan los presupuestos que la Ley exige triunfará pasando a sus manos la posesión de la cosa y viéndose así favorecido por las presunciones de los artículos 448 y 464. Si por el contrario no se acredita tal violencia será el detentador quién mantendrá una posesión apta para obviar la aplicación del artículo 1.441.

Más problemas pueden plantear otros eventuales vicios posesorios.

(52) Obviamente no podemos entrar en el análisis de esta compleja norma que consagra para unos la irreivindicabilidad mobiliaria de las adquisiciones *a non domino* y para otros únicamente la presunción de justo título.

(53) Díez PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo II, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 493.

Fundamentalmente cuando estemos ante una posesión equívoca, término éste que utilizamos en un sentido vulgar y amplio pudiendo tener su origen en muy distintas causas. En general la equivocidad derivará de que la cosa poseída le ha sido dejada por el otro cónyuge, propietario de la misma, para cumplir ciertos fines. Es decir, la está poseyendo precariamente en el sentido de posesión que se tiene por un concepto distinto al de dueño: así en virtud de un mandato realizado por el otro cónyuge, de un préstamo, etc. En estos casos el cónyuge precarista puede caer en la tentación de considerarse propietario y lógicamente poseedor de buena fe frente al otro cónyuge que se la reclama, siendo a éste a quien corresponderá la prueba de tal ausencia de posesión a título de dueño y paralelamente de la falta de la necesaria buena fe. Si lo consigue mediante el correspondiente procedimiento se verá favorecido por las presunciones de los artículos 448 y 464, mientras que, caso contrario, habrá de seguir presuponiéndose, al menos, la buena fe en el otro cónyuge que le permitirá seguir beneficiándose de la consecuencia del artículo 464.

Por tanto, en los distintos supuestos examinados llegamos a la conclusión de que cuando una cosa sea detentada por uno de los dos cónyuges, producirá la inviabilidad de la ficción de indivisión. Si llega a producirse el litigio posesorio porque en él se atribuirá tal posesión a uno u otro, si no se llega a tal extremo porque la presunción de buena fe y la equivalencia entre ésta y título favorecerán siempre al detentador de la cosa obviando la indivisión. Todo ello a expensas de que por el perjudicado no se insten las correspondientes acciones declarativas del dominio que en todo caso permanecerán abiertas (54).

Para dar claridad a todo este discurso lógico hay que tener presente, por último, algo que quizá pudiéramos haber puesto de relieve en primer lugar. Es el hecho de que en la solución de estos problemas hemos dado preferencia a las presunciones posesorias sobre la presunción, o como estimamos nosotros ficción, del artículo 1.441. La cuestión merece alguna justificación que entendemos no resulta difícil. Para ello es necesario aclarar una vez más, el *iter* lógico y estructura de la norma contenida en el artículo 1.441. Ya hemos visto que, al igual que toda regla jurídica, contiene un supuesto de hecho al que, posteriormente, una vez precisado, se otorga un efecto jurídico: la indivisión. Pues bien, las presunciones posesorias son preferentes a la consecuencia de indivisión porque desempeñan su papel en ese primer momento lógico, es decir, a la hora de precisar el supuesto de hecho de la norma del artículo 1.441. Las presunciones posesorias son medios de concretar el elemento fáctico

(54) Posteriormente, al tratar las relaciones con terceros, plantearemos con detalle las consecuencias de un eventual procedimiento petitorio, las cuales resultan aplicables *mutatis mutandis* a lo que en este momento se trata.

en un determinado sentido y, únicamente, cuando no fueran capaces de hacerlo permitirían el juego del efecto jurídico ficticio que descansa, precisamente, en la ausencia de prueba. Sin embargo, como hemos visto, el artículo 434 impide de raíz la posibilidad de evitar el efecto probatorio de la posesión siempre y cuando estemos ante una posesión detenida por uno sólo de los cónyuges, tanto si se entabla un procedimiento posesorio, como si no se lleva a efecto.

b) *Los supuestos de posesión común de los cónyuges*

Parece en principio que siendo éste el fenómeno normal planteará, además, problemas de mayor entidad, pues habrá más facilidad para la duda cuando los bienes respecto de los cuales los esposos polemizan, estén siendo detentados por uno y otro indistintamente. Así, será frecuente que esto ocurra con los muebles y objetos que existan en la vivienda conyugal, electrodomésticos, incluso vehículos, etc. Casos como vemos con una cierta importancia y entidad económica. En otro orden de cosas podemos significar que el problema no se dará cuando, como es frecuente, la separación de bienes obedezca a una separación convivencial de hechos (55), donde la confusión de bienes normalmente no existirá.

Es en todos estos supuestos donde, para REBOLLEDO VARELA, entra fundamentalmente en juego la presunción de indivisión del artículo 1.441. Sin embargo, matiza este autor, tal presunción resulta inútil porque mediante los mecanismos probatorios y presuntivos consagrados para la posesión en el Derecho común, se llegaría a las mismas soluciones. Es decir, los artículos 448 y 464 en relación con el 393 de nuestro Código Civil llevarían fatalmente a idéntica consecuencia. Sin adelantar aún conclusiones, que dejamos para más tarde, lo que sí debemos afirmar desde este primer momento es la imposibilidad de olvidar el papel que en estos supuestos ha de jugar el artículo 445 del Código Civil. Al menos, en cualquier caso, si se piensa que no tiene virtualidad alguna, resulta necesaria la justificación de tal afirmación. *Prima facie* parece que debería estudiarse la posible aplicabilidad de tal norma, expresamente referida a la coposesión.

Lógicamente la vida conyugal común producirá como consecuencia,

(55) En este sentido, y como en su momento apuntamos de una manera parcial, debe destacarse que junto con los supuestos en que la separación de bienes obedece a un detrimento de la economía familiar con la finalidad de evitar la acción de terceros acreedores, otra destacada fuente de regímenes disociativos tiene su origen en las situaciones de ruptura afectiva que conllevan frecuentemente pactos estableciendo la separación económica. Papel, el de este régimen, eminentemente patológico en nuestro país y con muy distinto juego al que, por ejemplo, desempeña en Francia. Sobre el tema *vid.* LACRUZ-SANCHO: *Elementos...*, tomo IV, fascículo 3.º, pág. 518 *in fine*.

casi necesaria, el que sobre determinados bienes exista de hecho una detentación común o indistinta de uno y otro cónyuge. El fenómeno resulta fácilmente imaginable en el ámbito del derecho de familia y pone de relieve la eventual contradicción de un régimen de separación de bienes en que, teóricamente, existen dos patrimonios con unos titulares totalmente extraños entre sí y, paralelamente, una íntima comunidad de vida entre tales personas. Por ello, uno de los campos en que más fácilmente se pueden producir contiendas posesorias, reguladas en cuanto a su solución por el artículo 445, es el del matrimonio con un régimen de disociación patrimonial. En efecto, si bien no es normal que se produzca un conflicto posesorio entre dos personas totalmente ajenas entre sí, cuanto mayor sea el grado de afinidad, en todos los sentidos, entre una y otra, más probabilidades de contienda posesoria existirán. El matrimonio en régimen de separación de bienes (siempre y cuando la misma no sea consecuencia de una separación de hecho) ocasiona que la disociación entre los esposos sea estrictamente económica o patrimonial, pero las situaciones posesorias pueden reflejar lógicamente la imagen de esa convivencia que llevan a efecto los esposos.

En otro orden de cosas se hace necesario advertir que ha de marginarse del objeto de nuestro estudio todos aquellos bienes que pueden considerarse comunes al amparo del artículo 1.319 del Código Civil. Sin entrar en mayores detalles sobre el alcance de esta norma es preciso poner de relieve como por tal vía se posibilita la existencia de una masa común de bienes, incluso en el régimen de separación, toda vez que estamos en presencia de una regla referida al régimen económico matrimonial primario, común a todas sus especies. De esta manera, sin cuestionar su contenido, hay que destacar como los bienes afectados por los artículos 1.318 y 1.319 deberán considerarse comunes por imperativo legal sin necesidad de acudir al artículo 1.441 para establecer tal efecto. Fuera del ámbito de tales artículos el citado 445, cuya trascendencia y efectos, como es sabido, resultan muy discutidos, parece de gran interés en el supuesto que venimos considerando (56).

Al estudiar el artículo 445, en cuanto resulta de utilidad en esta sede, lo primero que ha de tenerse en cuenta es la referencia a la indivisión. En efecto, la citada norma habla en primer lugar de que, «fuera de los casos de indivisión, la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas». Términos que han de interpretarse adecuadamente para no conducir a ciertos errores. En este sentido, si se

(56) Tal norma tiene gran trascendencia a la hora de determinar la posible vigencia en nuestro Derecho positivo de la polémica acción publiciana. Por ello nos remitimos a la monografía realizada por DE LA CUESTA, J. M.: *La acción publiciana*, Ed. Montecorvo, 1984, donde se tratan con detalle todas estas cuestiones.

invierte el orden lógico del razonamiento, pudiera pensarse, tal y como hace REBOLLEDO VARELA, que una vez consagrada la indivisión dominical en el artículo 1.441, la contienda posesoria no tiene razón de ser, pues estamos ante una situación de comunidad que acarrea la coposesión del bien objeto de la misma.

Sin embargo, como ya antes hemos podido argumentar, el orden lógico de este razonamiento no es acertado. Efectivamente el artículo 1.441 consagra la indivisión, pero de una manera subsidiaria. Es decir, el supuesto de hecho de su aplicación exige la previa imposibilidad probatoria de su pertenencia. De esta forma, antes de considerar la indivisión, es necesario comprobar si cabe presumir la titularidad exclusiva de un bien que, todavía, por definición, no hay razón alguna para pensar indiviso, especialmente en un régimen de separación de bienes. Y es sobre esta primera fase donde debemos proyectar los efectos del artículo 445. Es decir, en un momento en el que no puede jugar todavía, por definición, la consecuencia de indivisión y donde, efectivamente, existe esa contienda sobre el hecho posesorio, pues los dos esposos pretenden su exclusividad. Pretensión que, normalmente, no se proyectará sólo sobre la detentación posesoria del bien sino sobre su titularidad dominical.

Los ejemplos de la situación propuesta son imaginables en múltiples ocasiones. Así el vehículo utilizado indistintamente por ambos, pero puesto a nombre de un hijo, o de un familiar. Tanto en éste como en cualquier otro caso similar, haciendo una interpretación estricta de la legalidad contenida en el citado artículo 445 hay que llegar a la conclusión de que ante la imposibilidad de reconocer una situación posesoria equivalente en dos personalidades distintas, como a estos efectos son los esposos, no podría entrar en juego la norma del artículo 1.441, ya que imperativamente sería necesario determinar a quién corresponde la posesión de la cosa antes de efectuar la operación lógica que llevaría a la indivisión. De tal manera que si el artículo 445, prescindiendo de los problemas procesales que plantea y que luego veremos, sirviera siempre para determinar y aclarar las situaciones posesorias, una vez que así hubiera ocurrido entrarían posteriormente en juego las presunciones de los artículos 448 y 464, quedando sin posible contenido, también en este caso, la ficción de indivisión consagrada por el artículo 1.441.

Sin embargo, la práctica procesal del artículo 445, es decir, las dificultades para su viabilidad efectiva, ofrecen importantes correcciones a esta idea aparentemente diáfana. En efecto, junto con otras muchas dudas que presenta, una de las principales consiste en determinar el marco procesal que haga viable la solución, es decir la elección que a nivel teórico impone el artículo 445. Sin entrar en la difícil problemática de la acción publiciana, toda vez que en el fondo no afecta esencialmente a

nuestro discurso lógico, vamos a seguir (57) en este punto la tesis de DÍEZ PICAZO (58), para quien esta norma puede jugar en cualquier caso, sin ningún límite específico, ya que éstos no aparecen en su literalidad, pero, sin pretender solventar de una manera definitiva ni el problema de los derechos de fondo que, obviamente, habrán de dilucidarse en el correspondiente juicio petitorio ni tampoco los problemas estrictamente posesorios. Interpretación que, en contra de la minuciosa tesis de VALLET DE GOYTISOLO (59) se base en la propia letra de la ley en cuanto establece que sus soluciones tienen vigencia «mientras se decida sobre la posesión o propiedad por los trámites correspondientes».

A la vista de ello se nos plantea a continuación el tema de buscar el marco de aplicación procesal de esta norma. Ahora bien, tal cuestión no nos afecta específicamente. Lo importante para nosotros es la declaración literal del precepto que hace imposible mantener, ni aún provisionalmente, la situación de coposesión que, si se plantea, ha de ser resuelta. De esta forma, tanto si se estima que el cauce procesal adecuado es el de las medidas cautelares o de aseguramiento (DÍEZ PICAZO) como si se piensa viable la acción publiciana en cuanto acción independiente, el resultado va a ser el mismo. En uno y otro caso, más o menos provisionalmente, el juzgador se vería obligado a determinar la posesión en uno de los cónyuges o, en última instancia, acudir al depósito o guarda judicial de la cosa (art. 445 *in fine*).

Tal conclusión es más fácil de asimilar si se piensa, en la línea de DÍEZ PICAZO, que el contenido del artículo 445 sólo puede hacerse valer como medida cautelar, previa a otro procedimiento definitivo bien posesorio o petitorio. Entendido en este sentido, el juez determinaría previamente la atribución posesoria, teórica, a uno u otro, con el efecto de alterar la carga probatoria en el posterior y definitivo litigio. Este sería el auténticamente relevante, pues el juzgador, tratándose de un procedimiento posesorio, debiera atribuir la posesión a uno de ellos ante la prohibición del artículo 445, que impide hacerlo conjuntamente y en virtud, asimismo, del mandato del artículo 1,7 del Código Civil. Por otro lado, la imposibilidad de considerar la copropiedad en tal juicio posesorio, de lo que luego hablaremos, evitaría siempre la posible decisión sobre la coposesión debiendo aplicar antes, en todo caso, la solución de guarda judicial prevista en el último inciso del artículo 445.

(57) Sin que ello suponga tomar partido por esta tesis en cuanto a la posible vigencia de la acción publiciana.

(58) DÍEZ PICAZO, L. (*Fundamentos...*, tomo II, núms. 542 a 545, págs. 551 y siguientes).

(59) Sobre el tema *vid.* VALLET DE GOYTISOLO: «La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1947, segundo semestre, págs. 577 y ss.

Por otro lado las reglas decisorias que establece el artículo 445 no servirían de mucho en orden a la solución de conflictos posesorios como los que nos ocupan. Así, en primer lugar, se otorga la preferencia al poseedor actual cuando, para nosotros, ocurrirá que siempre han de existir dos poseedores actuales: ambos esposos. La antigüedad, segundo criterio normativo, tampoco será válido pues, normalmente, la posesión indistinta arrancará de la misma fecha: la de adquisición del bien. Por último, respecto de la posible existencia de un título tampoco será elemento a tener en cuenta, pues de existir el mismo entrarían en juego las otras presunciones posesorias sin que fuera necesario acudir a este recurso. Ahora bien, *a priori*, no pueden marginarse, siendo posible su aplicación en algún supuesto.

En conclusión, antes de replantear la relación entre esta norma y la ficción del artículo 1.441, el hecho que ha de destacarse, por encima de todo, es la prohibición que establece el artículo 445: la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas fuera de los casos de indivisión. En consecuencia el hecho posesorio y las funciones legitimadoras que el mismo cumple no pueden atribuirse a los dos esposos cuando surja contienda de este tipo salvo que, previamente, esté acreditada la copropiedad, cosa que aquí no ocurre: si estuviera previamente acreditada la copropiedad no sería necesario acudir al artículo 1.441.

1. *Los procedimientos posesorios*

Junto con la posibilidad de acudir a un procedimiento petitorio, cuestión que analizaremos en el siguiente epígrafe, puede el esposo que se sienta con derecho a la posesión exclusiva acudir a los correspondientes juicios posesorios.

La interrogante lógica radicará entonces en cuáles sean éstos. Indudablemente, en primer lugar, deben destacarse las acciones interdictales. Junto a ellas puede hablarse de la discutida acción publiciana, o de mejor poseedor, siempre y cuando se la otorgue sustantividad y, por último, pensar en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Respecto de este último no hacemos ningún tipo de consideración, pues, refiriéndose a inmuebles, exige un título inscrito, supuesto que queda por definición fuera del que nos ocupa (60).

La posibilidad de la acción publiciana, de la que ya hemos apuntado algunas observaciones, resulta complicada por múltiples motivos que aconsejan no hacer en esta sede un tratamiento de la misma. Parece, por ello,

(60) Tampoco analizaremos el posible desahucio por precario que pudiera tener alguna virtualidad.

que pueda centrarse el estudio del tema en las acciones interdictales, por otra parte procedimientos básicos y definidores de la protección posesoria.

Consecuentemente el supuesto normal (con independencia, insisto, de las acciones petitorias a las que luego me refiero) será que el esposo que pretenda la posesión exclusiva frente a la detentación indistinta vigente hasta entonces, acuda a un procedimiento interdictal (61).

Sin embargo para el esposo que se pretenda con derecho a una posesión exclusiva va a ser difícil acometer con éxito la vía interdictal frente al otro cónyuge. Afirmación que basamos en el hecho de que para justificar su derecho a poseer exclusivamente la única vía imaginable es la de probar en el juicio posesorio su propiedad individualizada.

Esto, como es sabido, resulta imposible en el procedimiento interdictal en el cual impera la idea de separación entre cuestiones posesorias y petitorias. Es decir, se encuentra prohibida la acumulación de ambos planteamientos de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial que tiene su base en los artículos 1.656, párrafo 2.º, y 1.652 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo no siempre ocurre así y la posesión conjunta pudiera obedecer a otras razones discutibles por vía interdictal. Por ejemplo, cuando el título en el cual fundamenta su detentación el cónyuge demandado cesara de tener efecto (título condicionado, título sometido a término, etc.), situación indudablemente con posibilidad de ser teóricamente contestada a través del interdicto de recobrar.

En todo caso la realidad pudiera ofrecer otras muchas posibilidades de acción interdictal entre cónyuges que siempre deben ser resueltas por el juzgador en uno u otro sentido y en las cuales no cabe dictaminar la coposesión salvo que el juez necesariamente atribuya la posesión en concepto de dueño a uno de los cónyuges, reconociendo, paralelamente, una posesión inferior en el otro. Pero nunca una coposesión en el sentido de poder de hecho equivalente para ambos por impedirlo el artículo 445 y también el principio de acumulación de las cuestiones posesorias y petitorias. Otra cosa es que el juez, en la práctica, invierta el orden lógico del artículo 1.441 y considere sin más, como pre-existente a la prueba en contrario, la consecuencia de indivisión. Pero esto, ya lo hemos puesto de relieve, supone alterar la esencia de la norma del 1.441: supone desvirtuar la prueba sobre la pertenencia exclusiva del bien que deja de ser el elemento fáctico o supuesto de hecho anterior a la producción del efecto de indivisión, para convertirse en una posterior prueba en contrario una vez que se ha consagrado esa consecuencia jurídica.

(61) Estas cuestiones, si bien no las hemos tratado con detalle en los supuestos de posesión exclusiva, pueden proyectarse también sobre ellos.

2. *Los procedimientos petitorios*

Hasta ahora hemos obviado expresamente el estudio de las consecuencias que sobre estos temas pueden proyectar los fallos que recaigan en un juicio petitorio. Es decir, tanto en el supuesto de que exista una posesión exclusiva de uno de los esposos (62) como ante una posesión o detentación conjunta, hemos estudiado la posibilidad de que el esposo perjudicado acudiera a los mecanismos procesales de defensa posesoria sin tener en cuenta la otra e importante vía como es la reclamación petitoria sobre su titularidad exclusiva. Y hemos observado también que la solución judicial que se dé ante el planteamiento de los correspondientes procedimientos posesorios, conjugada con las presunciones de los artículos 448, 464 y 434, se muestra suficiente en todo caso para obviar la aplicación del efecto previsto en el artículo 1.441. Conclusión en la que desempeñaba un importante papel la prohibición contenida en el artículo 445. Artículo éste que, en materia petitoria, no tiene virtualidad ninguna.

Sin embargo, lo más normal va a ser que el esposo que se siente perjudicado por esa detentación exclusiva del otro, o bien conjunta de ambos, acuda no a un posible procedimiento posesorio cautelar con base en el artículo 445 o estrictamente interdictal, sino que, directamente, intente atajar la situación mediante el correspondiente juicio petitorio destinado a la declaración definitiva de su titularidad dominical exclusiva.

Y es en estos supuestos donde parece que el artículo 1.441 puede tener virtualidad, como pasamos a exponer.

En tal juicio petitorio el actor buscaría la declaración de su dominio. El otro cónyuge, quien resultaría demandado, tendría varias opciones defensivas. Una primera, bastante simple y a menudo recomendable, limitarse a negar el dominio de su hoy contrincante. Otra segunda, oponerse alegando la pertenencia exclusiva de la cosa por vía reconvencional. Una última, fundamentar su contestación en la existencia de una situación de copropiedad basada en la adquisición conjunta del bien debatido. En este supuesto el fallo nos evita ulteriores problemas. Tanto si el juez atribuye la titularidad exclusiva al actor como si considera la existencia de una comunidad sobre el bien litigioso, no se podrá producir la situación de duda en que se ampararía el efecto del artículo 1.441.

El planteamiento intermedio es, sin embargo, más problemático. En principio, el juzgador debiera decidir la propiedad a favor de uno u otro, ya que el *petitum* de demanda y reconvención iría dirigido a ello. Ahora bien, no sería en absoluto incongruente la estimación parcial de ambas

(62) Expresamente advertimos en tal momento que dejábamos para más tarde el eventual tratamiento de la polémica petitoria. *Vid. supra* pág. 332, nota 48.

pretensiones con el resultado de establecer una comunidad cuyas cuotas serían las que estimara acreditadas o en último caso las que presuntivamente fija el artículo 393. De cualquier manera parece que tampoco debiera entrar en juego en estos casos la presunción de indivisión del artículo 1.441, sino la realidad acreditada en los autos.

Por último, cabe examinar el primer caso planteado, y en el cual si que podría tener relevancia la ficción del artículo 1.441. Concretamente, ante el planteamiento procesal que hemos expuesto, el juzgador tiene dos exclusivas opciones. Una primera, aceptar las alegaciones del actor y, estimando su demanda, declarar la pertenencia exclusiva del bien en su patrimonio. La otra sería desestimar la demanda, sin más pronunciamientos, ya que el demandado no los insta, en base a la falta de prueba de tal titularidad exclusiva. Este fallo produciría el cumplimiento exacto del supuesto normativo exigido en el artículo 1.441. Es decir, el cónyuge no ha probado una titularidad exclusiva que ha sido simplemente contestada por el otro. Hecho negativo y que produce instantáneamente, si bien atendiendo a un orden lógico esto acontece con posterioridad, la consecuencia de indivisión establecida en la norma que venimos comentando.

3) *La ausencia de un planteamiento judicial de la polémica*

Si hasta aquí hemos venido considerando las posibilidades de entrada en vigor de la indivisión sancionada por el artículo 1.441 ante eventuales y previos litigios posesorios o petitorios, el hecho de que la cuestión no llegue a plantearse ante el organismo jurisdiccional supone una clara vía de aplicación de la consecuencia prevista en el artículo 1.441.

En este sentido vemos que, salvo contadas excepciones, un tanto marginales, el planteamiento judicial obvia el supuesto de hecho previsto para el efecto de indivisión.

Sin embargo, como queda apuntado, si no se acude a la defensa, bien petitoria o posesoria, del interés que se estima perjudicado, la ficción tiene un campo de aplicación diferente, indudablemente mucho más amplio.

En principio, ante la falta de acción por parte de los cónyuges en defensa de su interés, hay que pensar en la imposibilidad de prueba de su derecho exclusivo y, consecuentemente, en que existe el supuesto de hecho que favorece la aplicación de la indivisión. Tal situación únicamente se ve perjudicada por las presunciones posesorias que hemos indicado y que operan *per se* con preferencia a la norma del artículo 1.441. En este sentido, la preferencia es indudable cuando estemos ante una posesión exclusiva de uno de los cónyuges, aun siendo la misma equívoca

o viciosa, pues en tanto no se destruya la presunción de buena fe posesoria amparada por el artículo 433 creemos que la misma prevalece sobre el supuesto normativo del artículo 1.441.

Sin embargo, en casos de detentación conjunta, la cosa cambia evidentemente. Aquí la ficción de indivisión tendrá lugar porque efectivamente lo establece el artículo 1.441. Por lo tanto, discrepamos, al menos desde un punto de vista dogmático, de la visión que hace REBOLLEDO VARELA. Es decir, con base en una situación de codetentación, sin que previamente se haya dictaminado la indivisión, no es posible aplicar los artículos 448 y 464, en relación con el 393. Entendemos que el artículo 445 impide que, moviéndonos en el ámbito estrictamente posesorio, pueda hablarse de una coposesión sin previa indivisión (y, no lo olvidemos, la indivisión es un efecto consagrado posteriormente), y la razón por la que puede establecerse la misma deriva directamente del artículo 1.441, que, de esta manera, no resulta ni inútil ni innecesario. De forma que si no existiera tal norma no podría llegarse a consagrar una coposesión sobre un bien sin haber establecido previamente la naturaleza indivisa del mismo. Por el contrario, la mera detentación conjunta de un bien, sin que ninguno de los esposos acuda ante el organismo jurisdiccional para atacarla, produce *per se* la consecuencia de la indivisión dominical de la que, posteriormente, nunca antes, cabe derivar la coposesión como fenómeno jurídico individualizado.

c) *Conclusiones finales en cuanto a las relaciones entre esposos*

Parece momento adecuado para efectuar una breve exposición sistemática de los resultados obtenidos, diversificando las posibles hipótesis.

1. *Detentación por uno solo de los cónyuges.*—Esta situación consideramos que siempre producirá la inexistencia del supuesto de hecho en que se fundamenta la consecuencia del artículo 1.441, toda vez que resultan preferentes las presunciones combinadas de los artículos 434 y 464.

De tal manera que tanto si el perjudicado acude ante el órgano jurisdiccional, como si no lo hace, siempre resultaría una declaración posesoria favorecida por el artículo 434, y que permite beneficiarse de la presunción dominical del artículo 464.

Afirmación ésta que debe hacerse teniendo en cuenta la salvedad que hemos expuesto (si bien referida a los casos de detentación común) de que el perjudicado acuda al correspondiente procedimiento petitorio, en el que, con determinadas particularidades, puede llegar a sancionarse la

falta de prueba de la titularidad exclusiva del actor, con la consiguiente vigencia del efecto de indivisión (63).

2. *Detentación conjunta por ambos*.—En estos casos la cosa cambia ante el principio enunciado en el artículo 445 y que impide aplicar *a priori* los beneficios de las presunciones posesorias a ambos cónyuges. De esta manera, si el cónyuge perjudicado acude a un procedimiento posesorio, difícil de articular en los términos expuestos al no poder alegarse la titularidad dominical exclusiva, el juzgador deberá determinar la preferencia posesoria de uno u otro, entrando en juego las conocidas presunciones, o bien colocaría la cosa en depósito o guarda judicial (artículo 445), obligando a las partes a acudir a un litigio petitorio para evitar la consecuencia de indivisión del artículo 1.441.

Si el esposo o esposa acuden a un procedimiento declarativo las consecuencias, como en el apartado anterior, están íntimamente relacionadas con el contenido del *petitum* de las partes en los términos que tuvimos ocasión de exponer.

Por el contrario, ante una situación de detentación posesoria indistinta, que no llegue a contestarse judicialmente, se está dando el supuesto de hecho del artículo 1.441, a la vez que entendemos la irrelevancia de los artículos 448 y 464, en relación con el artículo 393, párrafo 2.º, ya que la acción de estas normas se encuentra paralizada por la prohibición del artículo 445, en tanto no se haya acreditado la indivisión. Por ello cobra plena vigencia y utilidad en este caso la consecuencia sancionada por el artículo 1.441.

Por otra parte, es momento de destacar una importantísima función que puede desempeñar la norma discutida y ha sido olvidada por los tratadistas. Así, con independencia de su teórico acierto, la norma existe. Y su propia existencia conlleva un efecto que contribuye, paradójicamente, a mantener la pureza del régimen de separación: obliga a los esposos a ordenar adecuadamente su vida patrimonial de manera que cada uno de ellos pueda acreditar en todo momento la titularidad de los bienes que le pertenecen. La falta de esta mínima diligencia puede acarrearles el perjuicio que consagra la norma del artículo 1.441: la indivisión. Por ello decimos que coadyuva al mantenimiento de la esencia del régimen, ya que motiva a los esposos para fijar con precisión los límites de sus respectivos patrimonios y así obviar la duda que sobre los mismos pudiera plantearse.

En este sentido ha sido muy contestada la famosa afirmación vertida

(63) Debe destacarse aquí lo que ya hemos enunciado al tratar la naturaleza jurídica de la norma de indivisión: la falta de prueba de una titularidad exclusiva del actor no determina la titularidad exclusiva en el demandado, como sería normal, sino la cotitularidad de ambos.

en su día por SAVATIER de que la separación de bienes, más que un régimen, es la ausencia del mismo (64). Sin embargo, entendemos que tal idea es acertada, y el artículo 1.441 nos lo confirma al comprobarse con él que las normas de este régimen, si bien existen, están previstas para cuando el mismo funcione incorrectamente. Y así ocurre con esta regla, cuya aplicabilidad presupone la falta de la necesaria diligencia en los esposos para determinar sus respectivas esferas patrimoniales.

Consiguientemente, el aspecto inicial que hemos destacado es uno de los más importantes de la norma de indivisión. Evita tener que iniciar el estudio del régimen de separación con el conocido planteamiento de que «normalmente la convivencia de los esposos separados de bienes motiva que ciertos bienes muebles se encuentren confundidos...» De esta manera es fácil imaginar cómo el artículo 1.441 llevará en la práctica a que tal planteamiento patológico no sea necesario. Llevará, paradójicamente, al mantenimiento de la propia esencia y normal funcionamiento del régimen de separación de bienes.

d) *La problemática de los bienes adquiridos mediante potestad doméstica*

Indudablemente, cuanto hemos expuesto se encuentra al margen de la posible existencia de bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges en virtud de la potestad doméstica consagrada en el artículo 1.319. Tal norma, así como las que resultan complementarias, aparece dentro del capítulo destinado a disposiciones generales, y da lugar a una comunidad de activos y pasivos aun dentro del régimen de separación de bienes.

Consiguientemente, respecto de los bienes adquiridos para atender a las necesidades ordinarias de la familia, no tienen razón de ser las afirmaciones vertidas, ya que su consideración como comunes deriva de normas legales específicas que evitan tener que acudir a otros remedios.

En cualquier caso, su necesario destino de levantamiento de cargas familiares pone de relieve la importancia del aspecto pasivo o de responsabilidad de tal núcleo patrimonial. Tema que excede los límites de este trabajo y que ha merecido la atención de los tratadistas. A nuestros efectos únicamente interesa poner de relieve la copropiedad sobre estos eventuales bienes adquiridos para levantar las cargas matrimoniales, sin

(64) SAVATIER, R. (*Le droit, l'amour et la liberté*, 1937), al afirmar: «... la separation de biens est moins un régime matrimonial qu'une absence de régime matrimonial. Le prope de tout régime matrimonial n'est-il pas, en effet, de marier les biens pour parfaire le mariage des personnes, tandis que la separation de biens, c'est, au contraire, le principe d'indépendance des fortunes, donc la negation meme d'un régime matrimonial. Negation qui ne peut tout de meme pas etre complete...».

que sea preciso acudir al artículo 1.441 para atribuir tal consideración (65).

B) LA NORMA DE INDIVISIÓN EN RELACIÓN CON LOS TERCEROS

En relación con los terceros la institución que tratamos presenta indudables novedades, fundamentalmente derivadas de la introducción en el supuesto planteado de esa tercera persona, en la mayoría de las ocasiones acreedor de uno de los cónyuges (66), y a quien para nada habíamos tenido en cuenta hasta ahora. Consecuentemente, ante un planteamiento fáctico diferente, las soluciones, en principio, también habrán de serlo.

Hasta aquí todas las dudas se resolvían entre uno y otro esposo. Tales dudas, por otra parte, se referían necesariamente a la disputa sobre la titularidad de los bienes. Así, partiendo del hecho de que no podría haber ningún otro propietario de las cosas discutidas, la norma de indivisión, idealmente, se tenía en cuenta como remedio subsidiario de atribución de titularidad.

Sin embargo, cuando el tercero acreedor entra en juego, ya no le interesa tanto el problema teórico de la titularidad de los bienes, en el cual, por principio, no participa, sino la posibilidad de trabarlos para hacer efectivo el crédito que mantiene contra uno de los esposos. De esta manera, respecto de terceros, la indivisión no juega para atribuir, a falta de otro medio probatorio, una propiedad de manera equitativa, sino que busca evitar la defraudación del tercero ante la facilidad con que pueden transferirse los bienes patrimoniales mobiliarios de uno a otro esposo en el régimen de separación. En consecuencia, normalmente, el litigio no se da ya entre dos partes que se encuentran en un plano de igualdad (marido y mujer lo están), sino en una órbita diferente, pues el tercero no puede conocer la realidad patrimonial de unos bienes cuya titularidad no suele trascender del hogar familiar. Por ello resulta necesario atribuirle una mayor protección y *prima facie* parece que así acontezca al estatuirse la indivisión.

Efectivamente, la norma de indivisión se nos presenta con grandes

(65) Sobre el tema *vid.* ALBALADEJO, M.: *Curso...*, tomo IV, págs. 148 y siguientes; DÍEZ PICAZO-GULLÓN: *Sistema...*, tomo IV, págs. 188 y ss., y con más detalle LACRUZ-SANCHO: *Op. cit.*, fasc. 2.º, págs. 293-296.

(66) No hay que olvidar, sin embargo, la posibilidad de que los problemas surjan de una eventual adquisición del tercero que se pretende por uno de los esposos, precisamente el que no ha vendido, sea una adquisición *a non domino*. La aplicabilidad al caso de multitud de normas (arts. 71, 464, 1.322, 1.441...) hace su solución verdaderamente compleja, por lo que sólo apuntamos tal problemática.

posibilidades de desempeñar un importante papel en las relaciones de los esposos deudores con sus respectivos acreedores. Si hasta ahora hemos visto cómo, respecto de los esposos, es difícil de imaginar la efectiva aplicación de la ficción, toda vez que, por los medios expuestos, si éstos tienen interés en ello, pueden obviar su consecuencia jurídica, la situación es distinta en la relación con terceros. En este sentido, signifiquemos que la indivisión juega ahora en un ámbito diferente, posterior, pues el vínculo que relaciona al acreedor con el cónyuge deudor ha pasado ya su fase contractual normal y se encuentra en vías de ejecución por los medios que el Ordenamiento concede.

De acuerdo con lo anterior, y respecto de terceros, la indivisión se proyecta básicamente sobre la posibilidad de traba que aquél tiene contra el esposo deudor. Y la idea del legislador, no parece difícil intuirlo, radica en evitar que se vea defraudado en este trance ante las posibilidades que en tal sentido ofrece una disociación económica de patrimonios, pero, a la vez, la íntima convivencia de sus titulares. De no ser así hubiera bastado al legislador con excluir la aplicabilidad de la presunción en las relaciones con los terceros, como se hace en el artículo 1.324.

Por otro lado, la norma de indivisión del artículo 1.441 no cumple esa función previa que vimos si se daba ante la paralela regla del régimen consorcial: la de potenciar la capacidad de crédito del esposo frente a los terceros, sino todo lo contrario ante el diferente sistema de responsabilidades (67). El tercero es consciente de que sólo puede dirigirse contra los bienes de su deudor, y la norma del artículo 1.441 no amplía su esfera de acción, sino que más bien la reduce al obligarle a conocer exactamente los datos que acreditan el dominio sobre los elementos patrimoniales de su deudor, pues en otro caso la norma indivisoria le impedirá la traba de la totalidad de los bienes exclusivos.

A partir de la constatación de este hecho cabe advertir que si *prima facie* pudiera pensarse que la indivisión en el régimen de separación favorece al acreedor, quien así podrá trabar la mitad de ciertos bienes que fácilmente, mediante negocios simulados, se pudieran sustraer a su aprehensión, un análisis más detallado de los mecanismos de embargo que posee el acreedor nos llevará a conclusiones diferentes.

En efecto, la auténtica realidad procesal de los medios coercitivos que se otorgan a los acreedores muestra la prepotencia de su postura en el momento de la traba en relación con la posición que ocupa el deudor. Aspecto que posteriormente justificaremos, no tenido en cuenta por el

(67) Sobre esta cuestión *vid. supra* pág. 320, nota 22, en relación con las observaciones efectuadas por DAVID, J. (*op. y loc cit.*).

legislador, que se ha limitado a copiar la normativa francesa, cuya realidad era muy distinta, como pasamos a exponer.

a) *El alcance de la indivisión en relación con los terceros en el Derecho francés*

Ya hemos puesto de relieve cómo el legislador español ha tenido muy en cuenta el modelo francés a la hora de establecer en el régimen de separación la norma de indivisión. Si bien únicamente se ha admitido el último párrafo del artículo 1.538, es indudable que la paternidad de nuestro artículo 1.441 ha de buscarse originariamente en la Ley de 13 de julio de 1965, modificadora, en el país vecino, de los regímenes económico-matrimoniales, así como en el artículo 3.º de la Compilación Balear y Ley 113 de la Navarra.

Por esta razón parece interesante conocer las razones que movieron al legislador francés a instaurar tal presunción de indivisión para, posteriormente, valorar el acierto de la norma respecto de nuestro Derecho, en el que no existía precedente alguno, al menos en el territorio común.

Como queda apuntado, antes de 1965 tampoco el Derecho francés conocía esta regla. Tal ausencia, y en contra de alguna opinión aislada (68), produjo la creación de una presunción jurisprudencial que buscaba el beneficio de los acreedores y cuyo fundamento se ha intentado reflejar posteriormente en el artículo 1.538: evitar su defraudación por los esposos. En base a esta presunción se consideraban en todo caso exclusivos del cónyuge deudor los bienes trabados, incumbiendo la prueba de que esto no era así al otro esposo que se pretendiera propietario.

El cambio introducido por la Ley de 1965 produjo no pocas dudas en la doctrina francesa sobre la persistencia de la antigua presunción. Así, la mayor parte de la doctrina, ateniéndose a la letra de la Ley, estimó que la nueva norma hacía caduca la anterior jurisprudencia, de manera que, como indica RAYNAUD (69), la presunción de indivisión, en tanto no sea refutada, paraliza el derecho de persecución de los acreedores.

Sin embargo, no pocas voces se levantan en contra de esta interpretación, conscientes de que lo normado no supone favorecer a los acreedores, sino todo lo contrario. En este sentido, estima SAVATIER (70) que la antigua línea jurisprudencial ha de seguir manteniéndose, porque su fundamento sigue vigente: la necesidad de evitar a los terceros todos

(68) Así, TROPLONG (*Le droit civil expliqué*, loc. cit.), quien consideraba la persistencia de la vieja presunción muciana.

(69) MARTY, G.-RAYNAUD, P.: *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, par P. Raynaud, Ed. Sirey, París, 1978, núm. 446, págs. 348 y 349.

(70) SAVATIER, R.: *Op. cit.*, núm. 145, pág. 78.

estos fraudes que se ven amparados por la permeabilidad de los patrimonios conyugales. De esta manera recurre SAVATIER a la posible vigencia de una especie de acción pauliana ampliada que justificaría la acción de los acreedores. Acción que, por otra parte, pudiera explicarse teniendo en cuenta que el traspaso patrimonial de un esposo a otro implicará normalmente una donación. Y aunque el donatario haya obrado de buena fe el acreedor podría invocar en todo momento el fraude de que ha sido objeto por parte del donante y así trabar íntegramente los bienes objeto de la liberalidad.

Por su parte, REMY (71) llega a idénticas conclusiones: antes, como ahora, se trataba de no sacrificar al acreedor de uno u otro esposo ante el conflicto que pudiera plantear su cónyuge. Por ello el fraude de los esposos separados económicamente, respecto de sus acreedores personales, sigue siendo rechazable en las mismas hipótesis que antes de la Ley de 13 de julio de 1965.

La justificación que sobre tal afirmación da este autor encuentra sus raíces en los propios principios generales que informan el Derecho positivo. Y así, considera que la norma de indivisión no sería obstáculo para esta otra presunción jurisprudencial que haría de los bienes muebles detentados por los esposos una reserva de crédito análoga a la que ofrece la comunidad en el régimen de gananciales. Añade REMY, posteriormente, que tal similitud de regímenes pudiera resultar criticable para «mentes geométricas». Sin embargo, para los demás, mostraría cómo las presunciones legales, instrumento de adaptación de los diversos mecanismos matrimoniales de la sociedad conyugal, pueden enfrentarse parcialmente a lo que, con los principios de fondo de cada régimen, sería demasiado contrario a los imperativos naturales de esta sociedad entre hombre y mujer unidos por el matrimonio.

Ocurre que los Tribunales franceses no han tenido ocasión de manifestarse sobre este concreto punto, si bien, incidentalmente, existe cierta jurisprudencia, perjudicial para los terceros (72), que admite en contra de ellos la virtualidad de ciertas presunciones de indivisión establecidas convencionalmente. Sin embargo, los autores citados (SAVATIER, REMY, etc.) consideran que el caso no es análogo al de la presunción legal de indivisión, toda vez que las presunciones convencionales son expresamente oponibles a terceros en base al párrafo 2.º del artículo 1.538, lo cual entendemos no obsta para que pueda pensarse, al amparo de di-

(71) REMY, P. (*op. cit.*, págs. 474 y ss.), seguido en este punto por PATARIN, J.: *Course de doctorat sur le rôle et portée de la question de la preuve dans le droit des régimes matrimoniaux et des sucesions*, París, 1975.

(72) Por ejemplo, una Sentencia de la Corte de Casación de 29 de enero de 1974.

chas sentencias, en un cambio respecto de las soluciones admitidas antes de la reforma de 1965 (73).

En resumen, podemos extraer de este breve discurso la *ratio* de la norma de indivisión respecto de los terceros. El legislador ha pensado era necesaria una regla que, de alguna manera, sirviera como garantía del eventual crédito que pudieran tener los acreedores frente a un esposo. Sin embargo, ante la presunción jurisprudencial preexistente, parece que la nueva norma no ha supuesto un refuerzo para las garantías de los terceros, sino más bien lo contrario. Conclusión que, desgraciadamente, parece imponerse también en nuestro Derecho en los términos que pasamos a analizar.

b) *La situación de los terceros acreedores en nuestro Derecho*

Volviendo de nuevo a la realidad de nuestro Derecho positivo, hemos de preguntarnos qué representa efectivamente, y no sólo en un plano teórico, la norma de indivisión. Más concretamente, si supone una ventaja o desventaja para los terceros acreedores de uno de los esposos, si bien la respuesta a esta interrogante ya hemos tenido ocasión de adelantarla.

Indudablemente, en la línea apuntada por cierta doctrina francesa que, como hemos visto, propugna el mantenimiento de las soluciones anteriores, hay que pensar en lo segundo. Ahora bien: si a nivel teórico resultan válidas las afirmaciones tanto de SAVATIER como REMY, a la vez que deseables, su consecuencia, entendemos, será muy difícil de aplicar a nuestra concreta realidad normativa. La existencia material del artículo 1.441 parece impedirlo máxime cuando en nuestra jurisprudencia no existía consagrada la presunción sancionada por los Tribunales franceses.

Ahora bien: aun no existiendo tal, la práctica procedimental producía unas consecuencias al menos tan beneficiosas para el acreedor como las consagradas en el Derecho francés.

En este sentido, entendemos que si la ficción de indivisión no existiera, el tercero acreedor se iba a ver favorecido porque podría, sin más, embargar cualquiera de los bienes que estuvieran en la órbita familiar, correspondiendo a los cónyuges, o a uno de ellos, la prueba del dominio exclusivo del no deudor o incluso la prueba de la copropiedad, si esto fuera así. De esta manera la práctica procesal daba lugar al mismo re-

(73) Sobre tal cuestión *vid.* GOUBEUX, G.-BIHR, P.: *L'application jurisprudentielle de la loi du 13 juillet 1965*, Ed. Repertoire du Notariat Deffrenois, París, 1978, núms. 237-252, págs. 196 a 212.

sultado que en el país vecino había consagrado una específica presunción jurisprudencial.

Reincidiendo sobre este punto diremos cómo la realidad de nuestros mecanismos de traba revela la posibilidad de que quien embarga designe los bienes de su deudor que estima convenientes, aun en contra de las alegaciones, incluso presentación de títulos del embargado, especialmente en el campo de los bienes muebles. Posteriormente, será el eventual perjudicado quien deberá acreditar la improcedencia de la traba, para lo cual, hasta el momento de la adjudicación, tiene abierto el remedio procesal que comporta la tercería (74).

Ahora bien: ante la existencia del artículo 1.441, parece que el acreedor de uno de los esposos no va a poder operar así, salvo que, previamente, acredite la titularidad exclusiva del deudor. Y en este sentido la norma le perjudica, como también acontece en el Derecho francés (75), porque se le exige una prueba previa que le va a resultar muy difícil. De esta manera el supuesto de hecho de la ficción se dará siempre que en el momento del embargo el acreedor no acredite ante el Juez (en la práctica, ante quien materialice el embargo) la prueba de la titularidad exclusiva de su deudor respecto de los bienes que traba (76). Fuera de esta posibilidad, y de alguna otra que pueda imaginarse, deberá contentarse con embargar la mitad indivisa de los bienes que encuentre.

c) *Las posibilidades del tercero para evitar la indivisión*

Hemos puesto de relieve las dificultades que normalmente tendrá el tercero para acreditar la titularidad exclusiva de un bien en el patrimonio de su deudor. Dificultades originadas por la convivencia de los esposos para conseguir que bienes exclusivos de quien resulte deudor pasen a quien no lo es o, al menos, no sea posible acreditar esa titularidad exclusiva desempeñando su papel, como mal menor para ellos, la norma de indivisión (77).

(74) Sobre el tema *vid.* artículos 488 y 1.532 a 1.543 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(75) Son interesantes las afirmaciones de CHEVALIER DUMAS, F. («Le fraude dans les régimes matrimoniaux», *Rev. Trim. Droit Civil*, 1979, pág. 70), al considerar que con el nuevo artículo 1.538 los acreedores se han sacrificado en beneficio de los esposos. Pero ocurre que esto se vuelve frecuentemente contra ellos porque el acreedor, para evitar riesgos, exige que se obliguen solidariamente ambos esposos.

(76) Un supuesto en que pudiera imaginarse esto sería el de que el acreedor embargara los bienes de los que resultó vendedor y que dieron origen a la existencia del crédito contra un esposo.

(77) Reiteramos lo ilustrativo que sobre este tema es el trabajo de CHEVALIER DUMAS (*op. cit.*, págs. 40 y ss.), especialmente págs. 68 a 70, específicamente referidas a las situaciones fraudulentas que por esta vía pueden producirse para los terceros.

La cuestión, por otra parte, tiene un planteamiento muy diferente al de las relaciones entre esposos, pues al tercero se le exige la prueba que destruirá la indivisión en el momento de la traba, sin que sea normal la posibilidad de juicios posesorios o petitorios previos, como ocurre entre esposos. Estos quedarían reservados para un momento posterior, corriendo de su cargo la prueba, siempre difícil, de la exclusividad dominical en el esposo deudor.

Sin embargo, estas ideas reflejan un planteamiento práctico de la cuestión (que ha de tenerse muy en cuenta), pues, en teoría, las posibilidades legales de acreditar la titularidad exclusiva del cónyuge son iguales para los terceros que las relatadas en las relaciones internas del matrimonio. Sin olvidar que el tercero acreedor se ve favorecido por una serie de posibilidades que le ofrece el Ordenamiento jurídico. Aspectos todos estos que pasamos a detallar.

1. *Las presunciones posesorias.*

Indudablemente, y a nivel teórico, el tercero podrá verse beneficiado de las presunciones posesorias cuando con ellas quepa considerar la titularidad exclusiva de ciertos bienes respecto de su deudor. Ahora bien: en la práctica, tal eventualidad parece ilusoria, pues si hemos observado la facilidad de traspasar el dominio a uno u otro patrimonio conyugal los posibles cambios en el hecho posesorio son aún mucho mayores.

Por otra parte, en cambio, si pudiera verse perjudicado por tales presunciones posesorias en cuanto que, al intentar la traba, se alegue una posesión exclusiva y de buena fe por el otro cónyuge. Para evitar esto, entendemos que hay que considerar las presunciones posesorias de una manera muy restrictiva cuando favorezcan al esposo no deudor en perjuicio de acreedores del otro. Restricción que ha de llevarse hasta sus últimas consecuencias en el sentido de que sólo ha de considerarse válida si se apoya en un título indubitado.

En resumen, cabe atribuir al hecho posesorio una importancia probatoria mínima en las relaciones con terceros, de modo que el acreedor pueda, al menos, trabar la mitad indivisa de todos los bienes poseídos por los cónyuges, con independencia de la alegación de posesiones exclusivas en la órbita del no deudor, siempre y cuando no coadyuven a su credibilidad otros medios probatorios. De no hacerse así, la total ausencia de dificultades para la transmisibilidad del hecho posesorio, que no requiere sino la materialidad de la *traditio*, podría impedir la acción de los acreedores, planteándoles obstáculos casi insuperables.

2. *La confesión sobre la catalogación de los bienes.*

Si bien, como hemos visto, las normas comunes presuponen normalmente una situación de evidente inferioridad para el tercero acreedor, existen a la vez ciertos mecanismos normativos que pueden favorecerle específicamente y que, recogidos en otras partes del Código Civil, inciden sobre la norma indivisoria del artículo 1.441, alterando en alguna medida su configuración y resultado.

En primer lugar, directamente relacionable con el artículo 1.441, se encuentra el artículo 1.324, que ya hemos tenido ocasión de comentar. En el aspecto que ahora interesa produce como consecuencia la imposibilidad de impedir la traba de la mitad indivisa aportando la confesión realizada por uno de los cónyuges, lógicamente el propio deudor, en la cual se atribuya al esposo que no lo es la propiedad exclusiva de un determinado bien (78).

La norma que estudiamos revela cómo el legislador es consciente de la difícil posición en que se encuentra el acreedor, pues normalmente los cónyuges, económica, pero no afectivamente separados, estarán plenamente de acuerdo para evitar su acción. Por ello, en este artículo, lo que se hace es limitar los medios probatorios de que gozan los esposos para liberarse de posibles trabas que se produzcan como consecuencia de la regla que prevé el artículo 1.441. Indudablemente, el artículo 1.324 tiene una proyección más amplia, pero, en lo que a nosotros se refiere, la consecuencia indicada es la que resulta de interés.

Profundizando en el espíritu de esta regla hay que pensar que, de acuerdo con ella, la prueba de la titularidad exclusiva del cónyuge no deudor habrá de tenerse en cuenta muy estrictamente por quien aplique el derecho, no bastando una mera prueba indiciaria, sino muy cualificada. Toda vez que únicamente se permite al acreedor hacer presa sobre la mitad de la cosa, hemos de pensar que, al menos, la posibilidad de liberarse de tal traba sea compleja para el cónyuge que así lo pretenda. Caso contrario, los medios defraudatorios, ya de por sí amplios, se verían enormemente potenciados.

En otro orden de cosas, la norma que cuestionamos permite, por fin, una interpretación plenamente favorable para los acreedores (79). Así, de igual forma que la confesión de un cónyuge no puede perjudicarle, ocurrirá que, por el contrario, sí puede favorecerles. En este sentido, cuando exista tal prueba de que el bien dudoso pertenece al cónyuge deudor, el acreedor podrá fundar su embargo sobre la totalidad de la

(78) El tema aparece ampliamente tratado por REBOLLEDO VARELA (*op. cit.*, páginas 182 y ss.), quien recoge además la bibliografía más interesante.

(79) En similar sentido *vid.* REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, pág. 185.

cosa en tal dato. Es más, pensamos que tal confesión, a la que se refiere el artículo 1.324, deberá entenderse en un sentido muy amplio que abarque cualquier acto de los cónyuges, especialmente si es el deudor, encajable en la doctrina y efectos de los actos propios admitida de lleno en el espíritu del actual artículo 7.º, 1, del Código Civil (80). De existir algún acto que pudiéramos considerar propio, de uno u otro cónyuge (reconocimiento escrito, relación inventariada, etc...), no entraría en vigor la consecuencia del artículo 1.441, de modo que el acreedor podría efectuar la traba unitaria y total de los bienes reconocidos como exclusivos de su deudor (81).

3. *El juego de la potestad doméstica respecto de los terceros.*

Aunque pueda parecer obvio, no está de sobra destacar cómo sobre las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges al amparo de la facultad concedida por el artículo 1.319 tampoco puede operar la indivisión. Su aplicabilidad no tendría sentido alguno y perjudicaría a tales acreedores específicos, quienes es claro que pueden dirigirse contra los bienes de uno u otro esposo, en los términos establecidos por el párrafo 2.º del artículo 1.319. Siendo deudores, en todo caso, ambos cónyuges, no tiene razón de ser el artículo 1.441 para estos supuestos.

De la misma manera, cuando el acreedor haya conseguido obligar a ambos esposos por prever las posteriores dificultades con que pudiera encontrarse, tampoco habrá problema alguno ni necesidad de recurrir a la norma del artículo 1.441. El acreedor podrá trabar en este caso todo lo que encuentre, sin límite alguno, y de acuerdo con la genérica responsabilidad universal del artículo 1.911.

Esta forma de actuar los acreedores será usual y pone de relieve algo que ya hemos manifestado: el que la excesiva protección que el Ordenamiento jurídico otorga a los esposos en régimen de separación de bienes en relación con los terceros se vuelve frecuentemente contra ellos al exigir éstos la responsabilidad solidaria de ambos patrimonios. De esta manera la práctica produce una lógica desvirtuación de los principios y finalidades que se perseguían al pactarse un régimen de separación.

(80) Sobre esta cuestión sigue teniendo gran actualidad la monografía de Díez PICAZO, L.: *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1963, con las naturales correcciones necesarias para acomodar sus resultados al nuevo Título Preliminar.

(81) LACRUZ BERDEJO detalla otras cuestiones directamente relacionadas con este artículo 1.324. Vid. LACRUZ SANCHO: *Op. cit.*, tomo IV, fasc. 2.º, págs. 379 a 383.

4. *La aplicabilidad de la acción pauliana.*

Sin entrar en ulteriores precisiones, cabe mencionar también la eventual protección que el acreedor puede obtener en base a la facultad que le confiere el artículo 1.111 del Código Civil.

Ya hemos significado la posibilidad de mutaciones patrimoniales entre cónyuges, defraudatorias del interés de los terceros, y para las que el artículo 1.441 supone una escasa protección. Por ello, merece especial atención la norma apuntada, así como otras que buscan las mismas finalidades, concretamente la acción rescisoria contenida en el art. 1.291, 3. Por las razones expuestas estimamos que ha de potenciarse su aplicación en este campo ante la particularmente débil posición del tercero acreedor. Esta intencionalidad, por otra parte, late expresamente en el artículo 1.442, donde el legislador presume la existencia de traspasos fraudulentos entre esposos cuando uno de ellos haya sido declarado en quiebra o concurso (82).

C) EL JUEGO DEL ARTÍCULO 1.441 ANTE LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN

Teóricamente la extinción del régimen de separación no lleva aparejada la necesidad de practicar operación liquidatoria alguna. Sin embargo, la práctica puede resultar diferente, pues, normalmente, es en este momento en el que se plantean las dudas sobre la adscripción de los bienes a uno u otro patrimonio. En este sentido se ha llegado a decir, si bien faltando una base cierta para ello, que tal norma —la del artículo 1.441— sólo juega «en el momento liquidatorio del régimen de separación ante las dificultades que pudieran surgir y que la Ley disipa atribuyendo la propiedad por mitad» (83). En todo caso, parece preciso analizar las diferentes causas que pueden acarrear la extinción del régimen de separación, comprobando en cada una el papel que desempeña el artículo 1.441.

La primera de ellas será el pacto en capitulaciones de un nuevo ré-

(82) En relación con este tema hay que hacer referencia a los eventuales negocios simulados entre los cónyuges, minuciosamente tratados por REBOLLEDO VALERA (*op. cit.*, págs. 186 a 211) en sus diversas alternativas y a cuyas consideraciones nos remitimos.

(83) Así se pronuncia VÁZQUEZ IRUZUBIETA (*Régimen económico del matrimonio*, Madrid, 1982, pág. 407). En contra y a favor de la interpretación que sostenemos se manifiesta la totalidad de la doctrina: SAVATIER, R.: *La separation de biens*, pág. 127; AUBRY et RAU: *Op. cit.*, núm. 356, pág. 590; REBOLLEDO VALERA, A. L.: *Op. cit.*, pág. 178; CERDÁ GIMENO, J.: «La prueba de las titularidades de los bienes conyugales en el régimen de separación de bienes», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1979, pág. 633, etc.

gimen económico-matrimonial distinto al de separación. En este caso los problemas que pueden derivar del artículo 1.441 son los ya relatados, referidos a las relaciones entre esposos, únicos afectados por el cambio (84).

Lo mismo puede concluirse cuando la liquidación del régimen esté motivada por la disolución *inter vivos* del matrimonio mediante el divorcio, o bien cuando se produzca la separación legal que también hará necesaria la definitiva independencia patrimonial de uno y otro cónyuge. Tales situaciones, lógicamente, son susceptibles de originar mayores disputas sobre la titularidad de ciertos bienes que habrán de resolverse, como hemos puesto de relieve, de acuerdo con las pautas marcadas para las relaciones entre esposos.

La última causa que puede motivar la liquidación del régimen de separación es la que deriva de la extinción del matrimonio por muerte de un esposo. En este supuesto la cosa cambia, pues la eventual polémica ya no se restringe a los cónyuges, sino que intervendrá otra persona: el heredero o legatario. Prescindiendo de este último, pues nos llevaría a tratar el tema del legado de cosa ajena, es claro que inicialmente diremos que su posición se asemeja más a la de su causante que a la de un tercero, y de esta manera aplicar las soluciones expuestas para las relaciones entre esposos. En este sentido parece que, de acuerdo con los artículos 659 y 661, el heredero adquiere una posición similar a la de su causante, el cónyuge fallecido.

Ahora bien: habrán de tenerse muy en cuenta las especiales características que derivan de su condición de heredero, fundamentalmente respecto del hecho posesorio y las posibilidades de acreditar por este medio la titularidad exclusiva de su causante. Las dificultades con que se encontrará para ello harán frecuente la entrada en vigor de la ficción de indivisión, ya que, normalmente, el heredero, aun siendo realmente su causante propietario exclusivo de los bienes, no acudirá a la prueba de su derecho en vía judicial, salvo que posea un título material que lo acredite. Fuera de esta eventualidad sus medios probatorios serán meramente indiciarios y, a menudo, el conocimiento de ciertas realidades patrimoniales surgidas a lo largo de la vida conyugal, escaso. De tal forma que el heredero estará en este sentido en una posición inferior a la del cónyuge sobreviviente.

Concluida esta exposición, no nos queda sino destacar algo que ya

(84) Otra cosa es la finalidad defraudatoria que puede perseguirse con tal mutación. En estos casos, y con relación a los terceros, es preciso ver el trabajo citado por MAGARIÑOS BLANCO sobre «Cambio de régimen económico-matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1982, págs. 47 a 115.

hemos tenido ocasión de significar: en todos los casos en que la indivisión tenga operatividad estaremos ante una comunidad dominical ordinaria (85), regida por las normas de los artículos 392 a 406; su régimen no tiene nada que ver con el estatuido para los bienes que se integran en la sociedad de gananciales, cuyas normas carecen de virtualidad alguna.

IV. LAS CLAUSULAS CONVENCIONALES SOBRE PROPIEDAD DE LOS BIENES EN EL REGIMEN DE SEPARACION

Uno de los temas tratados con más profusión en la doctrina francesa, reflejo indudable de una práctica frecuente, fue, y sigue siéndolo aún, el de la validez de las cláusulas incluidas en el contrato matrimonial para adscribir a uno u otro esposo la propiedad de los bienes existentes en la esfera patrimonial de ese matrimonio o bien alterar el régimen probatorio establecido en el Derecho común para acreditar tales titularidades. Cuestión que cobra especial relieve ante el régimen económico-matrimonial de separación de bienes por las especiales características del mismo, como tendremos ocasión de matizar.

Si bien, a menudo, se habla globalmente de presunciones convencionales de propiedad, entendemos que tal terminología resulta imprecisa para referirse con ella a todas las eventuales cláusulas que los esposos pueden convenir (86). El uso de tales términos implica necesariamente la consideración de dichas cláusulas como presunciones cuando, frecuentemente, su naturaleza puede ser otra. Así ocurre ante lo que denominaremos pactos atributivos de la propiedad (87), que no tienen encaje en la categoría de las normas presuntivas, ya que mientras éstas tienen una naturaleza eminentemente probatoria, aquellos pactos afectan al derecho sustantivo. Por otro lado, pudiera darse que la naturaleza de estos convenios se asemejara a las ficciones, si bien no resulta fácilmente imagi-

(85) Asimismo, ALBALADEJO, M.: *Op. cit.*, tomo IV, pág. 196, y Díez PICAZO-GULLÓN: *Sistema...*, tomo IV, pág. 285, etc.

(86) Entiendo que el uso de esta terminología tiene su origen en el Derecho francés, donde tales presunciones se estudian en base a que el artículo 1.538 regula conjuntamente tanto la denominada presunción de indivisión legal como las presunciones que alteran el régimen legal referido.

Así, *vid.* MORIN, G.-MORIN, M.: «La réforme des régimes matrimoniaux», *Repertoire du Notarial Defrenois*, París, 1967, págs. 490 y ss.; SAVATIER, R.: *La separation...*, págs. 13 y ss., etc.

Sin embargo, en nuestro Derecho, no hay razón alguna para identificar siempre tales pactos con las presunciones, ya que, como veremos, fácilmente exceden de su ámbito.

(87) *Vid. infra* págs. 362 y ss. sobre la distinción entre pactos declarativos y atributivos.

nable ante la dicción del artículo 1.253, que parece excluir la virtualidad de las ficciones convencionales (88).

Tras esta advertencia terminológica preliminar, y justificado con ella el encabezamiento del capítulo, podemos iniciar su exposición analizando la estructura de tales pactos convencionales. Básicamente, consisten en instituir un supuesto de hecho que, en general, supondrá la indicación de que ciertos hechos (inscripción en algún registro, posesión en exclusiva, tenencia en un inmueble propio de uno de los esposos, existencia de título de propiedad a nombre de uno de ellos, etc.) serán decisivos a la hora de configurar la adscripción dominical de determinados bienes a uno u otro cónyuge (pactos atributivos) o bien darán lugar a una presunción favorable al esposo que se encuentre en tales condiciones (pactos presuntivos o probatorios).

En uno y otro caso, la norma convencional se complementa con un efecto jurídico que consistirá en que cuando exista la base fáctica pactada el bien pertenecerá o se presumirá su atribución a quien se ve favorecido por la cláusula convenida. Nos movemos, por lo tanto, en el campo de las normas convencionales, basadas en el principio de autonomía de la voluntad de los esposos para regular los aspectos económicos de su matrimonio y que en última instancia tienen su fundamento legal en el artículo 1.091 del Código Civil.

JUSTIFICACIÓN Y PLANTEAMIENTO DE SU ESTUDIO

Quizá la proyección práctica de estos pactos no tenga aún excesivo relieve en nuestro país. Consecuencia obligada de la aún escasa implantación del régimen de separación, donde con mayor abundancia se presentan estos convenios, pues hasta hace muy poco, quizás aún hoy, se ha visto en tal régimen disociativo una situación un tanto incompatible con los fines del matrimonio, socialmente desaprobada. Sin embargo, actualmente, la estadística comienza a mostrar un claro aumento de los matrimonios regidos por el sistema de separación de bienes al haber desaparecido gran parte de las trabas sociales que dificultaban su implantación. Por esta razón no parece arriesgado prever que en el futuro, al igual que aconteció en Francia, tal tipo de clausulado se irá haciendo cada vez más frecuente en las capitulaciones matrimoniales que establezcan la separación de bienes.

(88) Toda vez que el artículo 1.253 exige en materia de presunciones no legales la vinculación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, parece inadmisibles la existencia de una ficción convencional en que, por definición, tal vinculación no puede darse, pues la consecuencia de tal norma no es la que se daría según las normas comunes que hubieran de aplicarse al supuesto de hecho.

Como queda apuntado, tal realidad ha producido que en el vecino país la doctrina haya sentido la necesidad de estudiar a fondo la cuestión. Necesidad intuita a partir del primer tercio de este siglo y que ha originado no pocas páginas sobre el tema. Y así, si inicialmente (89) lo que se pretendía era colmar las lagunas que presentaba un tratamiento legal incompleto de la materia, hoy, tras la reforma de 1965, la cuestión se dirige hacia distintos derroteros, ya que el legislador ha tenido muy en cuenta el desarrollo dogmático de la figura, completando, de acuerdo con los esquemas doctrinales, la parca regulación anterior.

En efecto, como ya ocurría antes de la reforma de 1965, y más hoy ante la dicción del artículo 1.538, que establece como sabemos una norma paralela, si bien ampliada, a nuestro artículo 1.441, es frecuente el que para prevenir dificultades de prueba, cuya consecuencia sanciona la norma citada con la indivisión, Abogados y Notarios inserten en los capítulos matrimoniales que establecen el régimen disociativo una serie de cláusulas presuntivas o atributivas de la propiedad de los bienes que en el futuro posean los esposos, especificándose, de acuerdo con ellas, quién será el propietario de los mismos.

Esta práctica parece razonable estimar que en el futuro se produzca en nuestro país y, seguramente, también por la vía de la denominada jurisprudencia cautelar. Tal afirmación no puede tildarse de gratuita o aleatoria, pues no es la realidad francesa el único dato que permite llegar a ella, sino que en el Derecho balear, donde la norma de indivisión en el régimen de separación tiene cierta antigüedad (90), también se ha producido el mismo fenómeno. Si bien con menor proyección ante lo reducido de su ámbito de aplicación territorial. Por desconocer la concreta realidad balear nos permitimos apoyarnos para efectuar tal apreciación en el testimonio de Cerdá Gimeno (91), Notario ibicenco, quien parece manifestar la existencia en dicha región insular de una práctica en este sentido con el fin de prevenir litigios y con evidente trascendencia para los usos forenses. Este dato, unido al proporcionado por la realidad francesa, facilita una eventual visión de futuro de una situación que puede plantearse a la vuelta de muy poco tiempo en los matrimonios que, sujetos personalmente al Derecho común, tienen pactado el régimen de di-

(89) En este sentido cabe ver los trabajos de SAVATIER, R. («Des clauses de presumption de propriété dans le régime de separation de biens», *Rep. Defrenois*, 1934, artículo 24.006, pág. 741), y ROSSIGNOL (*Presomption de propriété*, ibíd., 1953, art. 27.192), muy anteriores ambos a la regulación de 1965.

(90) Recordemos que la Compilación Balear, donde aparece legalmente sancionada la indivisión, es anterior a la Ley francesa, concretamente del año 1961.

(91) CERDÁ GIMENO, J.: «La prueba de las titularidades de los bienes conyugales en el régimen de separación de bienes», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1979, pág. 634.

sociación patrimonial. Todo ello, entendemos, hace necesario, a la vez que legitima sobradamente, el estudio de estas cláusulas y su viabilidad de acuerdo con la normativa vigente.

Para acometer tal tarea dividiremos el objeto de este capítulo en cuatro cuestiones básicas.

La primera, lógicamente, consistirá en describir las variantes contractuales que pueden los esposos insertar en sus capitulaciones. Parece que, antes de analizar jurídicamente una figura, cuya realidad no es aún conocida con precisión en nuestro Derecho, es preciso fijar las modalidades que su utilización ofrece. Será ésta una cuestión ajena a la discusión jurídica, que se limitará a comprobar la existencia de las diferentes cláusulas que pactan los esposos con la intención de regular el destino futuro de sus bienes. Para solventar el tema parece necesario acudir a la realidad social francesa, donde existe consagrada una reiterada práctica en este sentido.

Con esta base fáctica, necesaria para la posterior discusión del instituto, pueden ya abordarse las cuestiones polémicas desde el punto de vista jurídico, y para empezar, inevitablemente, todo lo referido a la validez de tales pactos de acuerdo con nuestro Ordenamiento jurídico vigente. La eventual eficacia de estas cláusulas habrá de referirse, por otro lado, a las distintas modalidades que las mismas ofrecen.

En otro orden de cosas diremos que el tema de la aptitud jurídica de estos convenios habrá de plantearse inicialmente como cuestión general, pero de inmediato, como ya nos ha ocurrido en muchas de estas cuestiones, habrá de diseccionarse su tratamiento en la doble vertiente de las relaciones internas del matrimonio, por un lado, y por otro, de la eficacia de tal clausulado en las relaciones de los esposos con terceros, cuyo crédito puede verse indudablemente influido por el juego de este tipo de pactos matrimoniales.

Por último, la contemplación de la doctrina francesa da pie para suscitar en nuestro Derecho un interesantísimo problema que presupone responder afirmativamente a la cuestión de la validez de este tipo de cláusulas. Nos referimos a si tales normas contractuales pueden ver alterada su consecuencia por el hecho de la prueba en contrario. Es decir, refiriéndonos a la mecánica de la norma presuntiva, cuando ello sea posible, analizar si cabe configurar las mismas como presunciones *iuris et de iure* o incluso pactos con efectos inmediatos excedentes de la naturaleza probatoria y, por tanto, sin que para nada pueda hablarse en ellos de la prueba en contrario, o, por otra parte, estimar necesaria la consideración de todas estas cláusulas como presunciones *iuris tantum* sus-

ceptibles de ver destruida la consecuencia que establecen en base a la contraprueba de su supuesto de hecho.

A) LAS DISTINTAS VARIANTES DE CLÁUSULAS CONVENCIONALES

Dentro de los eventuales pactos que pueden incluirse en las capitulaciones matrimoniales, también fuera de ellas, si bien entonces sus efectos quedarán en todo caso reducidos a la mera relación interna entre los esposos, se suele distinguir (92) entre presunciones o pactos declarativos, por un lado, también denominados presuntivos o probatorios, y, en segundo lugar, pactos atributivos. Distinción que tiene gran importancia a la hora de dar validez y encajar sistemáticamente los distintos supuestos que la realidad ofrece, si bien, lógicamente, carece de base positiva alguna para establecerla.

Moviéndonos en el campo de la teoría diremos que los pactos probatorios tienen una función estrictamente probatoria, en el sentido de dirigir en una determinada dirección el régimen de prueba de la situación planteada acerca de la titularidad en uno u otro esposo de una serie de bienes que se encuentran en su esfera patrimonial. Básicamente, suponen el establecimiento, modificación o supresión de las reglas legales probatorias contenidas tanto en el Código Civil como en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y más concretamente, en la mayoría de los casos, ello se producirá a través de la creación de una presunción *iuris tantum*. Es decir, ante la existencia de determinados supuestos se presumirá que el bien pertenece al cónyuge a quien tal presunción favorece. Por ello diremos que a menudo este tipo de pactos se identifican con las presunciones convencionales en las que es posible *a priori* la prueba en contrario.

Junto con este tipo de cláusulas, cabe hacer referencia a las que suponen expresamente una atribución directa de titularidades dominicales sobre determinados bienes, excediendo en consecuencia de la mera presunción o convención sobre el régimen probatorio de una situación de hecho. Implican la común intencionalidad de favorecer a uno u otro cónyuge o, frecuentemente, a ambos de una manera indistinta. Esto se concreta en la adscripción al patrimonio del beneficiado de una serie de bienes cuando se den los requisitos o supuestos de hecho previstos. Estas —cláusulas, afirmó, un tanto confusamente, SAVATIER— (93) implicarán a menudo una auténtica donación entre cónyuges. Cuestión ésta que más adelante intentaremos aclarar (94).

(92) Así, REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, pág. 144.

(93) SAVATIER, R.: *La separation...*, núm. 18, pág. 17.

(94) *Vid. infra* págs. 366 y ss.

La diferencia entre ambas es, al menos desde el punto de vista teórico, tajante. En el supuesto de pactos atributivos se hace necesaria una clara manifestación de los contratantes en el sentido de dotar de efectos inmediatos y reales a la producción del supuesto de hecho al que se ligan los mismos. Así, habrá que incluir en este tipo todos aquellos pactos que hablan de que «pertencerán a uno u otro esposo los bienes que...» Dicción diferente a la que se reflejará en los pactos probatorios, donde se dirá que «se presumirán —o considerarán— de uno u otro esposo los bienes que...» Parece, por lo tanto, decisivo llegar a conocer la real intención de los contratantes al verificar el convenio y deducir de su manifestación de voluntad, debidamente interpretada, el alcance de los pactos, ya que, *a priori*, fácilmente se nos alcanza la mayor relevancia de los pactos atributivos respecto de los probatorios. Todo ello a salvo del juicio que sobre su admisibilidad nos formaremos a continuación y del que no adelantamos ahora conclusiones.

El propio SAVATIER, quien acogió en su día la distinción que hemos reflejado, nos ofrece una serie de ejemplos de uno y otro tipo.

Así, entre los primeros, es decir, las normas aclaratorias de la propiedad de los bienes, hace referencia a aquellos pactos en los que se indica el que se presumirá la propiedad en el esposo que tenga en su posesión los bienes muebles, o que se presumirá la propiedad de las joyas y valores encontrados en una caja fuerte para el esposo que resulte titular de la misma, o la del mobiliario que se encuentre en el apartamento de uno de los esposos, o que ha alquilado individualmente, etc.

En todo caso, hay que tener muy presente que frecuentemente este tipo de presunciones no van a gozar de un tratamiento específico, por ser una mera reiteración de las que ya se encuentran recogidas en el Derecho positivo, por ejemplo, en los artículos 434, 464, etc., los cuales a menudo subsumirán en su normativa muchos de los pactos relatados, careciendo, en consecuencia, de especificidad alguna respecto de las presunciones legales apuntadas.

Dentro de las convenciones a incluir en las que hemos denominado atributivas enuncia SAVATIER aquellas destinadas a presumir, más bien atribuir a uno de los esposos, la propiedad de los bienes que usa personalmente. Suponen un reforzamiento de la eficacia probatoria de la posesión y a menudo serán más fácilmente encajables en lo que hemos denominado presuntivos.

Entre los pactos atributivos ocupan un lugar relevante los destinados a favorecer al cónyuge sobreviviente, justificables plenamente en base a un sentimiento afectivo. Propiamente suponen una liberalidad *mortis causa*, ya que sus efectos no se proyectan sino hasta el momento de la muer-

te de uno de los esposos y, en consecuencia, dada la naturaleza de tales pactos, no podrán suponer un quebrantamiento del régimen legítimo establecido imperativamente para los herederos forzosos en el Código Civil. Asimismo, digamos que su estudio y eficacia se encuentran relacionados con el derecho de sucesiones más que con las normas que estamos tratando.

Es posible imaginar, en este mismo apartado de los pactos atributivos, aquellos en los que se establece la pertenencia de ciertos bienes al marido o a la mujer cuando se dé un determinado supuesto de hecho. En este caso cabe la configuración como una estipulación unilateral a favor de uno u otro esposo, pudiendo entonces fácilmente chocar con el contenido del artículo 1.328, o cabe que favorezcan indistintamente a ambos, supuesto que será el más frecuente.

Por último, es posible insertar cláusulas estableciendo la indivisión de ciertos bienes siempre y cuando las mismas supongan una alteración de los términos del artículo 1.441, ya que, caso contrario, como hemos tenido ocasión de significar, no implicarían novedad alguna respecto del régimen legal. Así ocurriría cuando se concretara a determinados medios probatorios la posible prueba de la titularidad exclusiva de los bienes, sancionando la indivisión de no producirse la misma. Una variante de este supuesto sería la de establecer que entrara en juego, con sus presupuestos normales, la consecuencia de indivisión, pero en proporciones desiguales, favoreciendo en concreto a uno de los esposos.

B) LA CUESTIÓN DE LA VALIDEZ DE TALES PACTOS

a) *Planteamiento general*

Es un tema largamente debatido en la doctrina el de la validez de todas aquellas cláusulas convencionales que de una u otra forma alteran el régimen probatorio establecido en las leyes procesales o incluso en las propias leyes sustantivas (95). Sin entrar aún en la concreta proyección de este tipo de pactos sobre el régimen económico disociativo, cabe significar la existencia de dos tendencias contrapuestas. Una primera partiría de afirmar la validez de los mismos, imperante en la doctrina francesa, si bien con ciertas limitaciones. Otra, reflejada por nuestra doctrina procesal clásica, en los términos que relatamos, aboga por la idea denegatoria de la eficacia de tales convenios.

(95) Genéricamente *vid.* GUASP, J.: *Derecho procesal civil*, tomo I, Introducción y Parte General, 3.ª ed., Madrid, 1968, y SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, tomo XVI, volumen 2.º, EDESA, 1981, págs. 28 y ss.

En todo caso, parece importante advertirlo, el tema excede de la alteración convencional del régimen contenido en el artículo 1.441, e incluso de las normas sobre el régimen de separación. Ahora bien: el hecho de que el artículo 1.538 del Código francés, paralelo de nuestro artículo 1.441, regule con amplitud este tipo de pactos con ocasión del régimen de separación, revela, como ya expusimos, la importancia del tema en la práctica de este sistema económico-matrimonial donde son muy frecuentes los pactos analizados. Tal situación es imaginable se trasplante poco a poco a nuestra realidad social y de aquí su tratamiento justificado en esta sede, si bien, de modo general, el tema excede no sólo el régimen matrimonial de separación de bienes, sino el propio Derecho civil, impostándose en los fundamentos del Derecho procesal. Ante este dato se hace necesario advertir que no se trata ahora de analizar el complejo tema de la validez genérica de los pactos derogatorios de normas probatorias, sino, únicamente, de ver la proyección de la cuestión en el sistema de separación de bienes. Ello no obsta para realizar un breve planteamiento global del tema antes de entrar en la eficacia de las concretas cláusulas pactadas por los esposos en régimen de separación de bienes.

Como queda apuntado, en el Derecho francés, y bajo la reserva de los casos en que están en juego derechos cuyos intereses no pueden ser objeto de convención por las partes (básicamente se habla de derecho dispositivo por oposición a derecho imperativo), se estima permitido estipular la derogación de las reglas legales sobre la carga de la prueba o las que autorizan o prohíben el empleo de determinados modos probatorios (96), tesis con gran raigambre jurisprudencial. Por su parte, la jurisprudencia italiana, aun en contra de la opinión doctrinal mayoritaria (97), ha llegado a admitir, con cierta uniformidad de criterios, el que las partes pueden lícitamente convenir la admisión de uno solo de entre los medios de prueba previsto por la Ley, o la exclusión de concretos medios probatorios en razón de que, siendo posible disponer de ciertos derechos privados, las partes pueden libremente transigir sobre ellos, con lo cual podrán también alterar su régimen probatorio.

De modo general, la más reciente doctrina procesalista española, expuesta por SERRA DOMÍNGUEZ (98), estima que para resolver sobre la licitud o ilicitud de los pactos probatorios ha de partirse del carácter dispositivo o no del derecho material debatido en el proceso y, paralela-

(96) Sobre el tema *vid.* AUBRY et RAU: *Droit civil français*, 6.^a ed., par P. Esmein, tomo XII, ed. Libr. Techniques, París, 1958, págs. 81 y ss.

(97) Opinión que arranca de LESSONA, T.: *Teoría de las pruebas en el Derecho judicial italiano*, trad. por Aguilera de Paz, Madrid, 1942, pág. 277.

(98) SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Op. cit.*, pág. 29.

mente, del carácter indisponible de las normas procesales probatorias, de conformidad con el artículo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De tal manera que habrá de distinguirse hasta qué punto afectan únicamente al derecho material o tienen su razón de ser exclusivamente en el ámbito del proceso, supuesto este último en el que han de considerarse ineficaces.

b) *Los límites a la validez de las concretas cláusulas estipuladas en la relación interna de los esposos*

El enunciado que antecede marca con precisión el objetivo de las siguientes páginas que vamos a dedicar a analizar pormenorizadamente la eficacia de los convenios expuestos. Eficacia que, por ahora, referimos estrictamente a la relación entre esposos. Ello implica prescindir de momento, lo dejamos para un momento posterior, de la eventual validez de tales pactos respecto de terceros.

Hemos señalado cómo, de una manera genérica, los límites que se imponen a este tipo de pactos provienen de dos fuentes. Así, en primer lugar, se dice que tales pactos no han de afectar a normas de carácter imperativo sobre las que la autonomía de la voluntad no tiene relevancia ninguna. En segundo lugar, hay que pensar en la invalidez de cláusulas que supongan una alteración del propio Derecho procesal, pues siendo una cuestión de orden público suponen también derecho imperativo inmodificable por los esposos. En consecuencia, si bien pudieran refundirse en uno solo, parece acertado examinar ambos límites en su concreta proyección sobre los pactos suscritos por los esposos en régimen de separación de bienes, con el fin de preestablecer y evitar las posibles dudas que se susciten acerca de la titularidad de los bienes que se encuentran en la órbita patrimonial de la pareja.

1. *El límite de las normas imperativas*

Parece claro que todo pacto, establecido en sede del régimen disociativo de patrimonios y dirigido a presumir, probar, acreditar o atribuir la titularidad de los bienes en favor de uno u otro esposo, no puede ir contra las normas que, con carácter imperativo, instituye el Código Civil en esta materia.

Sin embargo, ocurre que tales reglas serán muy escasas, fundamentalmente desde el momento en que las donaciones entre cónyuges, para las que ésta pudiera ser una vía de fraude, se admiten plenamente y sin cortapisa alguna en el artículo 1.323. La ausencia de este precepto podría cuestionar la validez de alguno de estos pactos, especialmente los que hemos denominado atributivos, pues pudiera pensarse que a través de

ellos se producen donaciones entre cónyuges. Admitido el posible traspaso gratuito de bienes entre cónyuges, hay que pensar que siendo válido lo más también lo será lo menos. De manera que todas aquellas cláusulas que pudieran entrañar, en última instancia, una donación entre esposos han de admitirse plenamente en cuanto no chocan con precepto imperativo alguno y a salvo que puedan verse afectadas por otras limitaciones, como son las que a continuación, en el siguiente epígrafe, trataremos (99).

En otro orden de cosas, debe subrayarse que no existe norma alguna dentro de las destinadas a regular la separación de bienes que imponga con carácter imperativo el régimen de adscripción de la titularidad de aquellos a uno u otro esposo. Teniendo en cuenta la conocida afirmación de que la esencia de este régimen consiste, precisamente, en la ausencia de régimen, con más razón cabe afirmar la falta de disposiciones imperativas.

Sin embargo, dentro del denominado régimen primario del matrimonio, integrado por todas aquellas disposiciones aplicables con carácter general a esta institución, sí que es posible encontrar una serie de preceptos que, afectando al tema, se encuentran sustraídos a la voluntad negocial de los esposos y que, en consecuencia, pueden suponer un límite a los pactos cuestionados. Concretamente, el artículo 1.328 estipula, refiriéndose a las capitulaciones matrimoniales, que no es posible la inclusión en las mismas de pactos contrarios a las leyes, a las buenas costumbres o que resulten limitativos de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge. Esta norma refleja, en su última parte, si bien con evidente desacierto, el principio constitucional de igualdad de los esposos consagrado genéricamente en los artículos 14 y 32 de nuestra Constitución y que, asimismo, se refleja en otros lugares del articulado del Código Civil.

Dejando a un lado la referencia que en dicho artículo se contiene a las leyes, cuyo tratamiento puede subsumirse en la segunda de las limitaciones que hemos enunciado, y que luego analizaremos, podemos detenernos en su último inciso, de contenido claramente imperativo y susceptible de verse afectado por alguno de los pactos anteriormente descritos. Concretamente, por todos aquellos que suponen el favorecimiento de uno solo de los cónyuges, al no proyectar las eventuales consecuencias favorables del pacto indistintamente, sino sobre uno de ellos. Pacto que pudiéramos catalogar como *in tuitu personae*.

Antes de analizar la cuestión cabe indicar que si bien otras normas,

(99) Vid. epígrafe siguiente sobre el límite de las normas procesales de orden público. *Infra* págs. 368 y ss.

de las incluidas en el régimen primario, han de considerarse también imperativas (art. 1.320, por ejemplo), no parecen ser susceptibles de alteración mediante los convenios que examinamos.

La literalidad del artículo 1.328, un tanto desconcertante por otra parte en cuanto parece prohibir el que los cónyuges «puedan autolimitar sus derechos, a diferencia de lo que ocurre con cualquier otro ciudadano» (100), choca frontalmente con los referidos convenios unilaterales, tanto presuntivos como atributivos, cuando no se apliquen indistintamente sus efectos a ambos esposos. Sin embargo, prescindiendo de la gramaticalidad del precepto, no parece haya inconveniente en justificar tales pactos cuando el esposo designado haya aportado la mayor parte de los bienes que componen la esfera patrimonial de la pareja o cuando los productos de su trabajo conformen la generalidad de los recursos con que se atiende a las cargas familiares. Por ello, nos resulta válida la afirmación que efectúa LACRUZ (101) al interpretar el precepto y que, en muchos de estos supuestos, evitará la invalidez de tales cláusulas. Expresamente afirma este autor que el artículo 1.328 no impide a cada cónyuge limitar sus facultades cuando el plan de la economía familiar parte de una desigualdad inicial en sus bases o cuando uno de los esposos proporciona a la familia la totalidad de sus medios de sustento.

En resumen, si bien el artículo 1.328 supone un límite a la eficacia de los pactos que establezcan un régimen probatorio o atributivo de la propiedad de los bienes, en distintos términos que los del Derecho positivo, hay que indagar la situación real subyacente para ver si implican o no una sumisión de uno a otro cónyuge o una manera de limitar, sin causa alguna que los justifique, su propia capacidad económica. Fuera de estos casos, parece que la interpretación gramatical del precepto debe rechazarse en beneficio de la admisibilidad de los pactos destinados a favorecer, en los términos expresados, a uno u otro esposo.

2) *El límite de las normas procesales de orden público*

Ya hemos manifestado que el supuesto podría subsumirse también en el artículo 1.328, en cuanto que la prohibición de pactos contra la ley incluye, según la interpretación que estimamos más correcta, la de ir contra las normas de orden público, como genéricamente se califican las procesales. Sin embargo, nos ha parecido expositivamente más acertado disociar el tratamiento de ambos límites.

A nivel general, como concepto no discutido, cabe expresar como todas aquellas convenciones que afecten exclusivamente al Derecho proce-

(100) LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...*, tomo IV, fasc. II, pág. 327.

(101) LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Op. cit.*, pág. 329.

sal, también en materia probatoria, deben considerarse cuestiones de orden público sustraídas a la autonomía de la voluntad. En este sentido, al apuntar la cuestión, Díez Pícazo (102) afirma que el argumento en contra de los contratos de prueba es el de que las normas de Derecho procesal deben ser consideradas como de orden público.

Sin entrar en el complejo debate que ocupa a los procesalistas acerca de la naturaleza de las distintas normas procesales y su relación con la autonomía de la voluntad, creemos que el planteamiento abstracto y general que se ha indicado ha de matizarse al aplicarse sobre nuestro campo de trabajo. Hay que tener en cuenta que los conceptos generales son a menudo susceptibles de variación para acomodarlos a concretas realidades. Por ello, con base en las afirmaciones de Serra Domínguez (103), y marginando de nuestra intención el fin de justificar planteamientos globales, vamos a centrar la polémica en los concretos pactos que venimos analizando. Y para ello han de traerse a colación, separadamente, los pactos atributivos, por un lado, y, posteriormente, examinar la validez de los convenios declarativos o presuntivos que parecen plantear mayores dificultades.

c) *Los pactos atributivos*

Hemos calificado como tales aquellos que implican la intencionalidad manifestada de favorecer a uno u otro esposo, o a ambos indistintamente, a través de la adscripción de los bienes que se encuentren en determinadas condiciones respecto de ellos.

El tratamiento de esta cuestión se encuentra un tanto mediatizado, y creemos que desvirtuado, a partir de la equiparación que efectuó SAVA-creemos que desvirtuado, a partir de la equiparación que efectuó SAVA-la cláusula suponga una ventaja aparentemente gratuita para el esposo favorecido. Tal concepción carece de rigor científico, a pesar de lo cual ha sido acogida y llevada hasta sus últimas consecuencias por Rebollo Varela (105). Para este autor, la validez y eficacia de las presunciones atributivas excede de su eventual catalogación como cuestión de prueba, en lo cual estamos plenamente de acuerdo, encuadrándose en

(102) Díez Pícazo, L.: *Sistema de Derecho civil*, tomo IV, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, pág. 289.

(103) Serra Domínguez, M.: *Op. y loc. cit., vid. supra* pág. 66.

(104) Savatier, R.: *La separation...*, pág. 17.

(105) Rebollo Varela, A. L.: *Op. cit.*, págs. 166 y 167.

Puede ocurrir que los bienes fueran pre-existentes en el matrimonio a la hora de concertar el pacto, lo cual no será frecuente si el régimen de separación se pacta *ab initio*. Ahora bien, la situación es la misma, pues, como veremos, desde que comienza el matrimonio los efectos del régimen que se convenga sustraen a la consideración de donaciones o contratos onerosos a todas las transferencias patrimoniales que se produzcan como efecto del mismo.

el específico marco de las donaciones y constituyendo, por lo tanto, típicos negocios gratuitos, de lo cual disentimos. Ello conlleva la aplicación de su régimen contractual —el de la donación— y la invalidez de tales pactos en la práctica totalidad de los supuestos en base al artículo 635, en cuanto sanciona la nulidad de las donaciones sobre cosa futura que aquí se produciría. Tal invalidez se refuerza, además, por la dificultad de cumplir ciertas formalidades esenciales exigidas en materia de donaciones, especialmente tratándose de bienes inmuebles que precisan de su inscripción registral.

Sin embargo, estimamos que la cuestión ha de replantearse totalmente, pues la tesis de SAVATIER, secundada por REBOLLEDO VARELA, no tiene razón de ser en materia de regímenes económicos matrimoniales. Para obtener luz sobre el tema nada mejor que acudir a la esencia y eficacia del estatuto que regula un determinado régimen económico-matrimonial. Estima LACRUZ (106), quien expone con meridiana claridad estos conceptos, que el régimen matrimonial, y por lo tanto todas las normas legales o convencionales que conforman su estatuto jurídico, produce sus consecuencias desde el momento de la celebración del matrimonio, tanto se trate de un régimen legal como convencionalmente pactado. Y, como consecuencia de ello, los cambios de titularidades a que dé lugar se producen automáticamente, *ipso iure*, sin necesidad de particulares contratos traslativos de la propiedad de los bienes, cuyo régimen se altera respecto del que pudiéramos denominar común. Es el llamado «efecto real de los regímenes económicos del matrimonio». Tal efecto, tratándose de un régimen convencional, se produce en virtud de las normas fijadas por los esposos que han de producirse sustitutivas de las normas legales y cuya virtualidad deriva de la dicción y contenido de numerosos artículos, como son el 1.325, 1.315 y 1.316, entre otros. Estas reglas convencionales gozan de la misma eficacia que poseía el régimen sancionado por el Código Civil, suponiendo una normativa delegada cuyos límites hemos de encontrar en el ya conocido artículo 1.328.

La consecuencia de todo ello, en cuanto al tema que nos interesa, resulta ser algo incidentalmente apuntado también por LACRUZ y que aparece ampliamente desarrollado en el Derecho francés, donde, además, goza de un tratamiento legal específico. En este sentido, ocurre que cuando los efectos del régimen matrimonial dan lugar a una serie de atribuciones patrimoniales en beneficio de un esposo, éstas no se reputan nunca adquiridas a título gratuito. Es la cuestión de las ventajas matrimoniales —*avantages matrimoniaux*— del Derecho francés, minuciosamente tratadas por su Código y doctrina y reguladas como institución espe-

(106) LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...*, tomo IV, fasc. II, pág. 281.

cífica en el artículo 1.527 de aquél. Tal artículo, si bien se incluye dentro de los destinados a regir los regímenes de comunidad convencionales, es indudable su aplicabilidad al régimen de separación, pues tiene el mismo fundamento. El caso más típico, revelador de la falta de gratuidad sancionada ante las ventajas matrimoniales, es el establecimiento de una comunidad universal entre un cónyuge de gran fortuna y otro que nada tenga. Acto que, como queda dicho, aparece expresamente sancionado en el artículo 1.527 como no gratuito.

En todos estos supuestos, afirma también LACRUZ, no sólo debe hablarse de que falta la liberalidad y, por tanto, la condición de gratuidad en tal acto, sino que tampoco puede hablarse de onerosidad en un sentido típico. Lo que se está produciendo es una atribución «que deriva directamente de las normas hipotéticas de régimen matrimonial, pues éstas, en sí, no pueden ser actos a título oneroso o gratuito, tratándose de actos del legislador o de actos calcados de los del legislador y destinados precisamente a sustituir a la legislación, en los que nunca puede haber correspectivo». No creemos necesario añadir nada a tal exposición, pues entendemos aclara perfectamente, por remisión a la esencia y efectos del régimen matrimonial, la imposibilidad de encajar las eventuales atribuciones que se originan mediante los pactos analizados dentro de la distinción en actos a título oneroso y gratuito.

Toda esta problemática se plantea minuciosamente en el Derecho francés con ocasión del análisis de su artículo 1.527. Antes de hacer una breve referencia al mismo y a la doctrina que lo desarrolla es preciso reiterar el objetivo y fundamento de todo este discurso lógico: se trata de justificar la falta de aptitud para equiparar tales convenios, fundamentalmente los atributivos, con las donaciones de cosas futuras. Tema que se proyecta no sólo sobre el régimen de separación, sino sobre cualquier otro que imaginemos.

Exponiendo brevemente el Derecho francés diremos que las ventajas matrimoniales se configuran como aquellos provechos particulares que el régimen económico-matrimonial ocasiona para uno de los esposos (107). La cuestión se intuye más fácilmente respecto de los pactos destinados a favorecer a uno solo de los esposos que cuando afectan indistintamente a ambos, de manera que tanto el uno como el otro puedan verse favorecidos. Ahora bien: la doctrina francesa considera e incluye en el régimen de las ventajas no sólo las que se confieren *ad personam*, sino las que resultan producto de una determinada situación en la que puedan encontrarse ambos esposos.

(107) Sobre el tema *vid.* CORNU, G.: *Les régimes matrimoniaux*, Ed. Presses Universitaires de France, 2.^a ed., 1977, págs. 546 y ss., con cita de abundante bibliografía.

Una vez que la atribución se produzca, el artículo 1.527 sanciona con precisión lo que LACRUZ intuye y predica con claridad aun a falta de disposición legal: el que tales ventajas matrimoniales «ne sont point regardés comme des donations». Norma de la cual, en sentido contrario, extraen los autores franceses otra interpretación que no compartimos (108): la de que las ventajas matrimoniales son onerosas en todo caso. Para nosotros, siguiendo a LACRUZ, no son de una ni otra categoría, pues el pacto inicial que da lugar a ellas no puede encajarse en ese tradicional esquema de los actos onerosos y gratuitos. En todo caso, la discusión no plantea especial interés, ya que el objetivo que perseguimos es rechazar la catalogación como acto gratuito, la cual parece indudable, aunque posteriormente se afirme que es un pacto oneroso o se indique que por las propias especialidades del estatuto económico-matrimonial no quepa su encaje ni en una ni en otra categoría.

En concordancia con todo cuanto queda expuesto entendemos imposible hablar de donación, tanto si el pacto favorece específicamente a uno como a ambos esposos. Así, todo convenio incluido en el marco económico-matrimonial (109), aun comportando una ventaja para uno de los cónyuges, no es nunca una donación, sino la resultante del propio régimen del cual el cónyuge aventajado se aprovecha como copartícipe. Consecuentemente, al no ser una donación, escapa de las normas prohibitivas ya citadas que pudieran acarrear su invalidez. De la misma manera, en el régimen jurídico de tales pactos no ha de incluirse la aplicabilidad del artículo 620 ni tampoco del artículo 622. A propósito de este último creemos que tampoco pueden equipararse estos convenios a las donaciones onerosas que llevarían a la virtualidad del genérico régimen contractual previsto en el Código Civil, sino que sus reglas serán siempre las específicamente dirigidas a normar los regímenes económico-matrimoniales. En resumen, estamos ante un convenio o pacto con ocasión del matrimonio que se proyecta, en general, sobre los bienes futuros de los esposos y que, si bien pudiera considerarse oneroso, toda vez que es claro nunca lo será gratuito, parece mejor su catalogación como neutro al no ser encajable en ninguno de los dos términos de una distinción que por las circunstancias del caso resulta inaplicable. Son pactos atípicos sobre cosas futuras cuyo efecto será la adscripción a uno u otro patrimonio de los objetos y bienes que se encuentran en la esfera del matrimonio.

Todos estos convenios, como afirmaba REBOLLEDO VARELA (110), ex-

(108) CORNU, G.: *Op. cit.*, pág. 552.

(109) No debe equivocarnos la idea de que el régimen de separación supone la ausencia de régimen. Tal afirmación, como sabemos, no se hace en sentido técnico y, por tanto, es indudable que también este régimen posee un estatuto legal o convencional.

(110) REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, pág. 166 *in fine*.

ceden plenamente de ser una cuestión probatoria y no puede verse afectada su validez por el límite que en materia contractual suponen las normas probatorias estimadas unánimemente como de orden público. Son pactos sustantivos que para nada afectan a eventuales reglas procesales. Convenios sujetos a la disciplina del artículo 1.328 y que, en principio, no van ni contra ley alguna ni contra las buenas costumbres. Si bien no cabe descartar la eventualidad de que así pueda suceder.

Continuando con el análisis de estas cláusulas cabe destacarse que los esposos desde un primer momento en que las suscriben conocen el que determinados hechos implicarán la atribución de una titularidad dominical de los bienes a aquel de ellos que se encuentre en esa posición. De esta manera el régimen común de adscripción de los bienes al esposo que soporta su adquisición se transforma y sustituye por un régimen convencional distinto, en el que la atribución de la titularidad del bien va a venir determinada por un hecho distinto: el de estar, por ejemplo, tal cosa registrada a su nombre, en su vivienda exclusiva, etc. Este pacto, y otros similares expuestos, resultan plenamente aptos para conseguir, en el sistema de separación de bienes, el que no llegue a producirse esa normal confusión sobre la titularidad de ciertas cosas y los consiguientes litigios que ello ocasionaría. Razón por la cual difícilmente podría alegarse que van contra las buenas costumbres.

En otro orden de cosas, cuando uno de los esposos tenga interés en evitar la consecuencia establecida convencionalmente, pondrá en cada momento y situación los medios necesarios con el fin de que no llegue a existir el supuesto fáctico para el que convencionalmente han establecido el efecto de atribuir la propiedad de los bienes. Y es este momento de poner de relieve otra importante cuestión, como es la de que tal convenio, en base a conocidas normas del Código Civil, tiene fuerza de ley entre las partes. En el presente caso la norma convencional que vincula a los esposos está constituida, como cualquier otra, por un supuesto de hecho (la puesta a nombre del esposo de determinado bien, la ubicación de los mismos en vivienda privativa de uno de ellos, etc.) y una consecuencia o efecto jurídico como es la atribución de la cosa al patrimonio del cónyuge en quien concurren las condiciones del supuesto fáctico normativo. La convención implicará, por tanto, una norma de derecho sustantivo que vincula plenamente al Juzgador, no incidiendo para nada en cuestiones procesales que pudieran invalidarla.

Asimismo, debe destacarse que la referencia a una eventual prueba en contrario no tiene razón alguna de ser en el sentido de que sea posible demostrar que el bien, aun estando por ejemplo a nombre de un esposo, ha sido adquirido con bienes del otro. Los pactos atributivos no son por definición meras presunciones en las que pudiera hablarse de prueba en

contrario, no son medios para facilitar la prueba de la titularidad de los bienes de acuerdo con el régimen común, sino que son una manera de alterar el mismo, estableciendo un supuesto de hecho distinto para la atribución de los bienes privativos. Lo cual, en los términos expuestos, resulta plenamente válido, siempre y cuando el pacto no choque con el principio de igualdad instituido en el artículo 1.328. Consiguientemente, la prueba en contrario lo será de que no se da el supuesto fáctico exigido por el convenio, ley entre las partes. Y esto no causaría indefensión procesal alguna, pues los medios de prueba quedarían intactos, si bien para acreditar un hecho distinto al instituido con carácter general. Tal indefensión, que pudiera acarrear también la nulidad del pacto, no existe, ya que dándose un supuesto como el imaginado, en que el bien adquirido figura a nombre de quien no soportó su adquisición, sin causa que lo motive, el perjudicado, para evitar la consecuencia convencionalmente pactada, podrá acudir ante el Tribunal alegando y probando a través de cualquier medio un eventual dolo, error, mala fe, etc., o asimismo, caso de que la posesión sea el supuesto de hecho determinante, instar las acciones oportunas para obviar tal consecuencia, demostrando la existencia de vicios que puedan desvirtuar la misma.

Por último, para finalizar con el tema, a salvo de los eventuales efectos respecto de terceros que más adelante examinaremos, entendemos que la función de estos pactos no es meramente legitimadora del tráfico, como afirma REBOLLEDO VARELA (111), sino que, en la línea de CERDÁ GIMENO (112), si bien en base a consideraciones algo diferentes parece que deba afirmarse que su campo de aplicación es eminentemente procesal, en el sentido de que vinculan plenamente al Juez como ley aplicable al caso que se le plantee. Es decir, no se agota su función en la posibilidad de que el cónyuge favorecido actúe en el tráfico sin tener que acreditar su titularidad exclusiva, cuestión, como veremos, íntimamente ligada con la de la eficacia de tales pactos frente a terceros, sino que suponen una norma sustantiva directamente aplicable por el Juzgador y que encuentra su apoyo, en la relación *inter partes*, en los ya citados artículos 1.323, que consagra la plena libertad contractual de los esposos, y el apartado 1.º del artículo 1.271, en cuanto permite la contratación sobre cosas futuras.

d) *Los pactos aclaratorios de la prueba*

El presente tema parece más polémico que el anterior desde el momento en que la vinculación de este tipo de cláusulas con los convenios

(111) REBOLLEDO VARELA, AL L.: *Op. cit.*, págs. 168 y ss.

(112) CERDÁ GIMENO, J.: *Op. cit.*, pág. 634.

sobre la prueba parece evidente. Con la subsiguiente consecuencia de declarar apriorísticamente su invalidez por afectar a materias generalmente consideradas como de orden público.

Sin embargo, existen poderosas razones que nos obligan a rechazar, o al menos matizar, ese planteamiento absoluto y que vamos a tratar de exponer a continuación.

Los pactos que incluimos en este epígrafe genérico —pactos aclaratorios, declarativos o presuntivos— pueden ser de dos tipos fácilmente diferenciables y en los que, como veremos, se dan límites distintos para su eventual validez.

Unos, los más frecuentes, los identificamos con el concepto típico de presunción. En virtud de ellos, y para asegurar permanentemente la independencia patrimonial de los esposos en régimen de separación de bienes, se suele especificar por éstos en su contrato económico-matrimonial que «se presumirán del marido o de la mujer los bienes que estén registrados en cualquier Registro público a su nombre, o los que se encuentren en inmueble propio de uno de ellos, etc.». Los otros, por el contrario, no suponen la creación convencional de una presunción sobre la titularidad de los bienes, sino que implican la alteración del régimen probatorio sancionado en el Código y en la Ley adjetiva. Así, por ejemplo, se conviene el que la prueba de la titularidad exclusiva de los bienes inmuebles se producirá únicamente a través de la existencia de título a favor de uno de los esposos y caso contrario se considerarán de ambos, o se excluye la prueba testifical para acreditar la titularidad de los inmuebles, etc.

Antes de continuar con el análisis de la eventual validez de ambos tipos convencionales hemos de reiterar que restringimos por ahora nuestras conclusiones a las relaciones entre esposos, dejando para más tarde su eficacia en relación con los terceros.

En principio, como queda apuntado, parece que, por tratarse de convenios que afectan a una cuestión de orden público, debieran rechazarse. Tesis sustentada por REBOLLEDO VARELA (113) al afirmar que «en nuestro Derecho no parece posible, como se realiza en las presunciones convencionales de propiedad, el establecer un medio de prueba como decisivo para demostrar la titularidad de un bien; el prohibir la prueba en contrario o el dar valor de prueba a presunciones que no cumplen los requisitos del artículo 1.253, por no existir un enlace preciso y directo entre el hecho presumido y el hecho que se presume; o, simplemente, invertir la carga de la prueba». Tales ideas son parcialmente aceptables en los términos que aclararemos, pero, en todo caso, en virtud de distintos

(113) REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, págs. 158 y ss.

razonamientos y nunca en base al principio general de que van contra el orden público y por ello han de rechazarse.

En efecto, continúa REBOLLEDO VARELA, respecto de las cláusulas conteniendo presunciones de propiedad que tienen una mera finalidad de facilitar la prueba de las titularidades, sólo serán válidas y eficaces cuando se remitan a las normas que, de modo general, rigen en esta materia. De donde concluye su inutilidad. Ahora bien: esta última afirmación parece un grave error, pues es claro que si tales presunciones no se establecen por los esposos no existirán; de donde hay que concluir su gran utilidad: no son presunciones legales, sino convencionales.

Esta tesis negatoria, enunciada por REBOLLEDO VARELA, ha de verse atemperada por una serie de datos que aconsejan revisarla.

En primer lugar, observamos que, en la línea indicada en el epígrafe anterior, los esposos pueden alterar el derecho sustantivo al que se liga la titularidad de los bienes, es decir, el supuesto de hecho que produce tal efecto, siempre y cuando ello no vaya contra los términos del artículo 1.328, y muy especialmente que no se altere la igualdad entre los cónyuges. De acuerdo con ello, parece que quien puede efectuar lo más también podrá hacerlo con lo menos. Y los pactos que analizamos actualmente es claro que suponen un *minus* respecto de los que hemos denominado atributivos. Aquí los esposos no pretenden variar convencionalmente la norma que regula la atribución de la titularidad de los bienes, sino sólo modificarla a través de un cambio en su régimen probatorio (114).

Por otro lado, un importante sector doctrinal, entre los que cabe destacar a PÉREZ JOFRE (115), CAMPO VILLEGAS (116), GARRIDO PALMA (117), CERDÁ GIMENO (118) e incluso LACRUZ (119), afirman en base

(114) Debe insistirse en la importancia que ha de darse a la voluntad de los esposos y a su interpretación para configurar los pactos como atributivos de la propiedad o meramente probatorios en los términos expresados. Ello por la diferencia de régimen aplicable a unos y otros.

(115) PÉREZ-JOFRE ÉSTEBAN, J.: «La evolución del Derecho de familia en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges», *Revista de Derecho Notarial*, 1975, julio-diciembre, pág. 243.

(116) CAMPO VILLEGAS, E.: «En torno a la transformación del régimen de gananciales en el de separación de bienes», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1977, página 297, quien basa tal conclusión en el antiguo artículo 1.315, hoy artículo 1.325.

(117) GARRIDO PALMA, J.: «El matrimonio y sus regímenes económicos», *Revista de Derecho Privado*, 1979, págs. 428 y 429.

(118) CERDÁ GIMENO, J.: *Op. cit.*, págs. 635 y 636.

(119) LACRUZ BERDEJO, J. L., entiende que «los cónyuges pueden convenir que las propiedades exclusivas de uno de ellos se considere demostrada a partir de ciertos hechos... Mas es dudoso que estas presunciones convencionales produzcan efectos respecto de terceros» (LACRUZ-SANCHO: *Elementos...*, tomo IV, fasc. 3.º, página 522).

a unas u otras razones y con mayor o menor universalidad la validez de dichos pactos.

No parece tampoco despreciable el ejemplo que nos suministra el Derecho comparado, concretamente el Derecho francés y también, incidentalmente, el italiano. Dice al respecto el artículo 1.538, 2, del Código francés, cuyos términos actuales provienen de la reforma operada por la Ley de 13 de julio de 1965, que las presunciones de propiedad establecidas en el contrato de matrimonio tienen efectos frente a terceros, al igual que en la relación entre esposos si no se ha pactado otra cosa. Por su parte, el artículo 2.698 del vigente Código italiano sanciona la validez de los pactos sobre la carga de la prueba siempre y cuando se trate de derechos disponibles y además que la inversión o modificación no haga excesivamente difícil el ejercicio del derecho por la otra parte. Sobre este particular estima SERRA DOMÍNGUEZ (120), postura que hacemos nuestra, que también en nuestro Derecho los pactos invirtiendo la carga de la prueba pueden considerarse válidos mientras no exista prohibición legal expresa y siempre y cuando no se produzca la ruptura del equilibrio contractual, estableciendo una verdadera exoneración de responsabilidad para alguna de las partes.

De acuerdo con todo ello parece que la formulación *in genere* de la invalidez de todos estos pactos en base a su contradicción con las normas procesales de orden público ha de matizarse y restringirse en cuanto a su alcance. Fundamentalmente, además, porque choca con otro principio que tras la reforma operada en nuestro Derecho positivo por las leyes de 1981 tiene gran importancia: la plena libertad y reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los esposos para regular la economía de su matrimonio. Tales pactos se mueven entre uno y otro principio y, por lo tanto, no parece adecuado aplicar a rajatabla las consecuencias de uno u otro.

Asimismo, la indudable trascendencia y beneficios que estos convenios ofrecen en un régimen de separación al facilitar la prueba de la titularidad de unos bienes que, aplicando las normas de Derecho común, puede resultar difícil y originar no pocos litigios (121), nos hacen decididamente partidarios de la validez de los mismos.

Para justificar de una manera global la eficacia de estas cláusulas que afectan en alguna medida al régimen probatorio de la titularidad de los bienes, creemos de interés acudir a los conceptos vertidos por SERRA DOMÍNGUEZ (122), quien establece, dicho en pocas palabras, el rechazo de

(120) SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Op. cit.*, pág. 74.

(121) El propio legislador intuye esta eventualidad y para subsanarla sin tener que acudir al régimen probatorio común, a menudo de difícil acreditación, instaura la consecuencia de indivisión en el artículo 1.441.

(122) SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Op. cit.*, pág. 29.

los convenios que afecten exclusivamente al Derecho procesal, mientras que si se proyectan también sobre el derecho material cabe su admisibilidad.

Aplicando esta idea sobre los pactos que venimos analizando vemos que sólo serían rechazables aquellas cláusulas que nada tengan que ver con la adscripción de la titularidad de los bienes y la forma de acreditar su pertenencia. Así ocurriría si, por ejemplo, se pacta que el cauce procesal a seguir ante eventuales litigios fuera, en todo caso, el de los incidentes. O la alteración de plazos probatorios, de emplazamiento, etc. Sin embargo, cuando el pacto se proyecte, como ocurre en casi todos los supuestos vistos, sobre la manera de atribuir las titularidades de bienes conyugales para evitar posibles litigios, e incluso la aplicabilidad del artículo 1.441, o para aclarar sin necesidad de tal planteamiento judicial de la cuestión la atribución de los bienes, constante el régimen disociativo, creemos debe afirmarse inicialmente su validez.

Dentro de este marco general han de establecerse otros límites a la admisibilidad de estas convenciones probatorias. Así, en los términos que exponía el Código Civil italiano —art. 2.698—, es claro que han de afectar a normas de derecho dispositivo; y esto, en sede de regímenes económicos, especialmente el de separación parece la regla absoluta. Por otro lado, tampoco será posible la alteración convencional de normas probatorias si éstas vinieran imperativamente tipificadas por la Ley, lo cual tampoco se produce en el sistema disociativo.

Por último, y este límite parece más importante, tales pactos no han de suponer un desequilibrio en la relación de equilibrio conyugal, por lo que han de mirarse con sumo recelo cuando favorecen a uno de los esposos solamente. Ello iría contra los principios generales del derecho obligacional y especialmente contra el ya conocido artículo 1.328. También es claro que la existencia apriorística de una eventual indefensión procesal en una de las partes acarrearía la nulidad del pacto, principio acertadamente formulado en el comentado precepto del Código italiano.

En base a cuanto queda expuesto, debemos afirmar la validez en materia de régimen de separación de cuantos pactos estima SERRA DOMÍNGUEZ (123) válidos de modo general: pactos prohibitivos de un medio de prueba, en general la testifical (124); establecimiento de un único medio de prueba cuya inexistencia, sin necesidad de litigio alguno, pro-

(123) SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Op. cit.*, págs. 30 y 31.

(124) No resulta claro uno de los supuestos enumerados por SERRA DOMÍNGUEZ. Concretamente el pacto excluyendo algún medio probatorio, como, por ejemplo, la prueba testifical. Cabe pensar que tal pacto afecta estrictamente al Derecho procesal, pues al instituir un supuesto de hecho negativo es difícil considerar que se proyecte sobre el Derecho material aplicable. Cuestión no muy clara y que permite una interpretación en uno y otro sentido acerca de su validez.

duzca la consecuencia de indivisión del artículo 1.441; inversión de la carga de la prueba, si bien este pacto no es fácilmente imaginable en el campo que tratamos; o incluso la admisión de medios de prueba no admitidos por el hecho, aunque la cuestión también parece difícil de prever ante la amplitud probatoria sancionada por nuestras leyes.

En el campo de las concretas presunciones, junto con las limitaciones vistas, debe citarse una nueva restricción impuesta por el artículo 1.253, norma inderogable por la voluntad de los esposos y que nos hace coincidir parcialmente con REBOLLEDO VARELA. Es decir, tales presunciones convencionales serán válidas siempre y cuando entre la base fáctica de la presunción y la consecuencia sancionada exista una ligazón lógicamente admisible. No sería, por lo tanto, válida la presunción de que los bienes puestos a nombre de un esposo pertenecieran al otro.

Y creemos que, con los límites expresados, todos estos pactos tienen eficacia en orden a la configuración del derecho sustantivo aplicable en un proceso, siendo, por lo tanto, plenamente vinculante para un Juzgador. Este, por ejemplo, si bien podrá recabar y admitir cualquier medio de prueba en el proceso, aun habiéndose pactado la necesidad de que exista título escrito para acreditar la titularidad de los bienes, debería desestimar una demanda en que faltara la constancia de tal título aunque por otros medios pudiera haberse acreditado la pertenencia del bien. Es decir, deberá sancionar que no procede la declaración de titularidad exclusiva por no darse el presupuesto probatorio al que las partes ligaban tal consecuencia jurídica (125). Distinto será el tema en las relaciones con terceros, que más adelante examinaremos.

Como conclusión de todo ello, consideramos que los pactos referentes al régimen probatorio de la titularidad de los bienes en régimen económico-matrimonial de separación son válidos siempre y cuando no vengán exclusivamente referidos al derecho procesal aplicable, sino que se proyecten sobre normas de derecho material, como son las que rigen la pertenencia de los bienes a uno u otro cónyuge. Afirmación basada en que no alteran norma imperativa alguna y con la limitación de no implicar la desvirtuación del necesario equilibrio obligacional entre los esposos en los términos impuestos por la ponderada exégesis del artículo 1.328. Y si tales pactos consisten específicamente en una presunción, surge como nuevo límite el que deriva del artículo 1.253, en cuanto obliga a que entre el hecho base de la presunción y la consecuencia sancionada haya un enlace preciso y directo. Todo lo cual hace que los convenios así establecidos vinculen plenamente al Juez como derecho sustantivo aplicable a la hora de resolver un conflicto entre esposos.

(125) En el mismo sentido, CERDÁ GIMENO, J.: *Op. cit.*, pág. 636.

Y como razón última que justifica estas conclusiones se encuentra no sólo el principio de libertad contractual de los esposos en orden a regular la economía de su matrimonio, sino la incuestionable importancia de tales pactos para evitar dudas y litigios sobre la titularidad de ciertos bienes a los que no resulta fácil aplicar los principios probatorios del Derecho común pensados para aclarar dudas entre personas que no se encuentran afectivamente unidas por el vínculo que el matrimonio supone.

C) LA POSIBILIDAD DE LA PRUEBA EN CONTRARIO

Ya hemos tenido ocasión de incidir sobre el tema en alguno de los supuestos planteados. Ocurre que las especialidades de cada uno de ellos hacen que la cuestión deba o no plantearse según los casos. Por ello debe distinguirse, a estos efectos, entre pactos atributivos y pactos probatorios. A su vez, en el segundo término de esta distinción habremos de diseccionar el análisis de aquellos convenios que suponen únicamente la alteración genérica del régimen probatorio común, y aquellos otros que llegan a tal consecuencia a través de la implantación de una presunción convencional de titularidad de los bienes. Es aquí, en este último caso, donde el tratamiento de la prueba en contrario goza de virtualidad.

a) *Pactos atributivos*

Ya subrayamos en su momento cómo ante la convención de los esposos acordando que determinados actos o hechos jurídicos impliquen la adscripción de la titularidad al esposo en quien concurren esas condiciones no tiene razón de ser el que se plantee la posibilidad de prueba en contrario (126). Esta sólo cobra virtualidad frente a normas presuntivas en sentido estricto que preestablezcan la prueba en una u otra dirección. Nunca ante normas materiales o sustantivas. En estos casos la prueba irá encaminada a acreditar la existencia del supuesto de hecho al que se liga la adscripción de la titularidad del bien, mientras que el otro esposo dirigirá la suya a negar la constancia de tal supuesto fáctico.

b) *Pactos probatorios*

Acabamos de exponer la necesidad de distinguir entre los que implican una alteración del régimen probatorio común y los que pueden encajarse en la típica categoría de las presunciones, si bien establecidas convencionalmente:

(126) *Vid. supra* pág. 373 *in fine*.

1) *Pactos que implican la alteración del régimen probatorio común*

Al igual que en el caso anterior, tampoco aquí tiene razón de ser la referencia a la prueba en contrario. Esta sólo se dará cuando la alteración provenga de un convenio que establezca una presunción sobre la titularidad de los bienes (127), tema sobre el que incidimos a continuación.

2) *La prueba en contrario de las presunciones convencionales*

Era una cuestión tradicionalmente debatida en la doctrina francesa anterior a la reforma de 1965 la de si las presunciones convencionales de propiedad podían configurarse como presunciones absolutas o, en todo caso, habían de ser susceptibles de prueba en contrario. Esta interrogante se planteaba fundamentalmente en la relación entre esposos, pues, respecto de terceros, se admitía unánimemente la posibilidad de la contra-prueba (128).

La cuestión quedó inequívocamente resuelta por la actual redacción del artículo 1.538, al disponer que la prueba en contrario será siempre de derecho tanto entre esposos como respecto de terceros. Dejando a un lado esta última cuestión, vamos a centrar nuestro estudio en averiguar si la misma solución es trasplantable a nuestro Derecho, donde no existe norma positiva que expresamente regule el supuesto.

La única regla que pudiéramos pensar afecta a cuestiones similares aparece contenida en el artículo 1.251: las presunciones establecidas por ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente la prohíba. Tal norma nos va a servir, a pesar de no ser posible su aplicación ni tan siquiera analógica al caso, para rechazar la solución impuesta por el artículo 1.538 del Código francés.

En este sentido, entendemos que la norma apuntada, el artículo 1.251, es trasplantable a las presunciones convencionales con la misma posibilidad de que las partes pueden o no establecer la virtualidad de la prueba en contrario a la presunción sancionada. De esta manera, diremos que las presunciones convencionales que venimos tratando admiten la contra-prueba, salvo que expresamente se pacte por los esposos lo contrario. Y ello porque hemos señalado que el pacto es ley entre las partes y, por tanto, sus limitaciones son las de ésta, no habiendo razón alguna para alterar el régimen sancionado legalmente en relación con el estipulado convencionalmente que le sirve de sustitutivo. El propio artículo 1.091, en relación con los ya citados 1.315 y 1.325, ampara, creemos, la posi-

(127) *Vid. supra* págs. 374 y ss.

(128) En este sentido *vid.* MORIN, G.-MORIN, M.: *La réforme...*, pág. 115.

bilidad de excluir la prueba en contrario de igual forma que el artículo 1.251 lo prevé para las presunciones legales.

Ahora bien: lo que en la práctica ocurriría es que cuando se convenga la imposibilidad de prueba en contrario no estaríamos ante un pacto de los que hemos denominado presuntivos, sino atributivo de la propiedad, si bien atemperado por el artículo 1.253, cuyos límites también parece han de regir en aquéllos. Una vez que hemos considerado acertada la validez de los pactos atributivos no existen dificultades para justificar la posibilidad de excluir la prueba en contrario de las presunciones convencionales.

D) LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS DE LOS PACTOS SOBRE PROPIEDAD DE LOS BIENES

A lo largo de la exposición precedente hemos manifestado nuestra idea de exponer separadamente la cuestión de la validez de estos pactos frente a terceros que se relacionan patrimonialmente con los esposos. En este sentido, han de considerarse terceros a todas aquellas personas que se vinculan de una u otra manera con los esposos mediante relaciones jurídico-patrimoniales. No olvidemos que nos movemos en el campo de la economía del matrimonio, sin que deban interferirse ahora otros vínculos ajenos al régimen económico del matrimonio, ligados con los efectos personales que éste puede producir.

Antes de nada ha de subrayarse que la cuestión no plantea problema alguno si las eventuales cláusulas acordadas no tienen reflejo registral. Es decir, no se han suscrito al otorgarse las capitulaciones matrimoniales que establecen la disociación económica, ni se han incorporado posteriormente al Registro al amparo del artículo 1.333. Tal falta de publicidad los hace ineficaces para trascender del orden interno matrimonial.

Sin embargo, la cuestión resulta más compleja cuando tales pactos aparecen inscritos, al igual que las capitulaciones a las que complementan. Ante tal situación el Derecho francés ofrece una clara solución al establecer la eficacia de los mismos frente a terceros, en los mismos términos que respecto de los esposos. Así se desprende de los términos literales del artículo 1.538, sobradamente conocido.

Ahora bien: en nuestro Derecho, ante la falta de una norma expresa con tal contenido, la solución no parece tan clara. En este sentido, autores decididamente partidarios de la eficacia de los pactos en el orden interno de la pareja, como son, por ejemplo, LACRUZ y CERDÁ GIMENO, intuyen las dificultades que plantea la admisibilidad de su eficacia frente a

terceros. Concretamente, este último (129) habla de que una cosa «es la eficacia frente a terceros, lo cual es tema de responsabilidad por deudas conyugales, al cual me remito, y otra es la eficacia *inter partes* en los pactos estableciendo la presunción», la cual admite plenamente. En parecidos términos expresa LACRUZ (130) sus dudas acerca de la eficacia de tales convenios frente a terceros.

Las opiniones reflejadas nos parecen plenamente acertadas, a falta, insistimos, de norma que expresamente sancione la oponibilidad de estos pactos frente a terceros. El fundamento de tal tesis no parece difícil de encontrar. Concretamente se desprende del artículo 1.091 del Código Civil, en cuanto afirma que las obligaciones nacidas de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, complementado por el artículo 1.257, al especificar que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos (131). Es claro que tales normas cobran plena vigencia en esta materia en cuanto que no existe regla específica que, en sede de régimen económico-matrimonial, altere tal estatuto común a toda relación obligatoria. Ante esta ausencia, y en contra del Derecho francés, en que específicamente se sanciona un régimen derogatorio del derecho común obligacional, su validez es incuestionable, quedando, en consecuencia, al margen de su eficacia los terceros. Mas no los herederos de uno u otro esposo a quienes habremos de aplicar todo cuanto ha quedado expuesto respecto de la validez de los pactos entre cónyuges (132).

Estas afirmaciones acerca de la ineficacia respecto de terceros entendemos, por otra parte, han de aplicarse indiscriminadamente a las diferentes variantes que estos pactos pueden presentar, sin que sea posible establecer diferencias entre pactos presuntivos o atributivos, pues el fundamento de su ineficacia frente a terceros es igual para todos ellos.

En otro orden de cosas, hemos de confirmar parcialmente lo que dice REBOLLEDO VARELA (133) al especificar que dichas cláusulas serán válidas y eficaces «en cuanto que los medios de prueba a que se remiten son válidos y eficaces, aunque no estén expresamente establecidos en las ca-

(129) CERDÁ GIMENO, J.: *Op. cit.*, pág. 635.

(130) LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Op. cit.*, tomo IV, fasc. 3.º, pág. 522.

(131) Por otro lado, pudiera en algún supuesto parecer que el pacto entre esposos contuviera alguna estipulación en favor de terceros, entendida ésta en sentido amplio, lo cual posibilitaría su eventual aceptación por éstos y la entrada en vigor del último párrafo del artículo 1.257. Interpretación un tanto forzada de esta norma, que en última instancia significaría que el tercero puede admitir el pacto de los esposos si con ello resulta favorecido y rechazarle en los demás supuestos.

(132) Por otro lado, el Código, en materia de relaciones con terceros y economía del matrimonio, prevé la posibilidad de que ciertos hechos tengan distinta relevancia en la relación interna y respecto de terceros. Ejemplo de ello es el artículo 1.324 que refuerza la tesis que defendemos.

(133) REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, págs. 159 y 160.

pitulaciones matrimoniales. La validez y eficacia de tales cláusulas vendrá dada por la aplicación de las normas generales de prueba y no por voluntad de los cónyuges que los han incluido en sus capitulaciones. Ahora bien: mientras que REBOLLEDO VARELA refiere tales afirmaciones tanto a la relación interna como a la externa, creemos que ha de restringirse su virtualidad a esta última solamente.

Por otro lado, la tesis que sustentamos se asienta en razones de pura equidad que aconsejan la defensa de los intereses de los acreedores, terceros en relación con los esposos. Estos difícilmente pueden evitar, en condiciones normales, el juego defraudatorio que la connivencia de los esposos es susceptible de acarrear a sus legítimas expectativas. Pues bien: la admisibilidad de la eficacia *erga omnes* de estos pactos sería una nueva traba a la ya de por sí difícil posición de los acreedores. Es claro que, a través de sencillas operaciones, los esposos pueden alterar la titularidad de los bienes o el juego de las presunciones de uno a otro según sus conveniencias. Y todo ello sin necesidad de efectuar negocio traslativo alguno ante la conocida eficacia real de los pactos contenidos en el estatuto jurídico-matrimonial. De esta manera se haría aún más difícil el ejercicio de ciertas acciones que el Ordenamiento concede al tercero para atacar las enajenaciones fraudulentas que le perjudican.

En resumen, entendemos que, ante la falta de norma legal expresa que lo autorice, los pactos sobre propiedad de los bienes de los esposos en régimen de separación únicamente tendrán eficacia entre ellos mismos. En cuanto a los terceros, habrán de aplicarse en todo momento los principios generales en materia probatoria, así como las normas que rigen la adscripción de los bienes a uno u otro patrimonio en orden a la eventual responsabilidad de cada uno por deudas frente a terceros.

VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ
Profesor titular de Derecho Civil