

El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil*

S I N O P S I S

I. INTRODUCCION

II. BREVE REFERENCIA A LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

A) Algunos problemas:

- a) *Contenido.*
- b) *Modificación.*
- c) *Ineficacia.*

B) La forma.

C) Aspectos registrales.

III. PROBLEMAS COMUNES

A) La disposición de la vivienda habitual de la familia.

B) Los actos a título gratuito:

- a) *Regla.*
- b) *Ambito.*

C) La confesión de privatividad.

- a) *Contenido.*
- b) *Efectos:*
 - a') En cuanto a terceros.
 - b') En cuanto a los herederos voluntarios.
 - c') En cuanto a los herederos forzosos.
 - d') En cuanto a los acreedores.

IV. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

A) Disposiciones generales.

B) La administración:

- a) *Ambigüedad legal.*
- b) *Atribución.*

(*) Conferencia de don PEDRO AVILA ALVAREZ (24 de noviembre de 1981) en el Centro Europeo de Seminarios, Estudios y Conferencias (CESEC) de Madrid.

- C) **La disposición. El consentimiento del «otro cónyuge»:**
 - a) *El consentimiento previo.*
 - b) *El consentimiento general.*
 - c) *El consentimiento «concebido en términos generales».*
- D) **La adquisición.**
- E) **El cobro de créditos.**

V. EL NUEVO REGIMEN DE PARTICIPACION Y SU POSIBLE INFLUENCIA EN EL TRAFICO

VI. LA SEPARACION DE BIENES. SU REPERCUSION REGISTRAL

I. INTRODUCCION

La publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de 19 de mayo último de la Ley de 13 del mismo mes es la causa de que nos encontremos ahora reunidos, no para que yo enseñe, sino para que juntos pensemos sobre el alcance y trascendencia de la citada Ley, en la parte referente al régimen económico matrimonial.

Doy por conocidos los conceptos generales sobre los distintos regímenes matrimoniales para que nos limitemos a considerar las modificaciones introducidas. Pero como el tiempo de que disponemos es escaso, no podremos ocuparnos de todas ni podremos hacerlo profundamente (o «en profundidad»). Por otro lado, mi no sé si formación o deformación profesional, me inclinaré a considerar preferentemente lo que pueda afectar más directamente al tráfico de inmuebles.

Y apenas es necesario indicar que lo que yo diga, lo diré a título de ensayo, con posibilidad de rectificación ante opinión mejor fundada, y sin dogmatismo alguno, que sería impertinente: por la persona que os habla, un modesto estudioso del Derecho, a quien —diría parodiando a TERENCIO— nada de lo jurídico le es ajeno, y por la materia de que os habla, la reforma del Código Civil, virgen todavía, no hollada por la doctrina ni la jurisprudencia.

* * *

Si quisiéramos señalar los hitos principales de la reforma introducida en el Código Civil por la Ley citada, en el tema que nos ocupa, tendríamos que fijarnos en estos tres:

- 1) La libertad de contratación entre cónyuges, como consecuencia de la mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales.

2) La administración conjunta de los bienes gananciales, como consecuencia de las tendencias igualitarias de ambos sexos (aunque éstas también aprobarían una administración solidaria).

3) La introducción del régimen de participación, como consecuencia de la inadecuación del régimen de gananciales a concepciones, a mi juicio equivocadas, sobre la familia y el matrimonio.

Tengamos en cuenta estos tres hitos para lo que vamos a decir.

II. BREVE REFERENCIA A LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

A) Algunos problemas

Aquí quiero tratar solamente de tres puntos conflictivos, referentes al contenido de las capitulaciones, a su modificación y a la ineficacia especial de ellas por la no celebración del matrimonio proyectado.

a) *Contenido*

Según el artículo 1.328: «será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o *limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge*».

¿Es contraria a la igualdad de derechos la atribución de la administración a uno solo de los cónyuges en los distintos regímenes?

Claro que en los regímenes de separación o de participación, todos los bienes son privativos y entonces no podría atribuirse, por ejemplo, la administración de los bienes de la mujer al marido, pero no porque no estando a la recíproca el pacto sería limitativo de la igualdad, sino porque el marido sólo podría actuar en representación de la mujer, y esta representación no puede concederse irrevocablemente, ya que está basada en la confianza y ésta puede desaparecer. Sería más que contrario a la igualdad, contrario a la moral, que un cónyuge tuviera que estar y pasar por una administración irregular de sus bienes por el otro cónyuge.

Lo mismo puede decirse respecto a los bienes privativos en la sociedad de gananciales, cuya administración corresponde al respectivo cónyuge propietario. Pero respecto a los bienes comunes surge el problema que parece que habrá que resolver en el sentido de la posibilidad de

atribuir a un solo cónyuge la administración (incluyendo en ella la disposición), por las siguientes razones:

1.^a Porque no repugna a la razón que en una sociedad se instituya una dirección única.

2.^a Porque no se sabe hasta qué punto puede hablarse de que con tal atribución se contradice la igualdad de derechos y si no sería más acertado decir que se va contra la igualdad de obligaciones.

3.^a Porque con ese criterio restrictivo habría que prohibir las donaciones de un cónyuge a otro e incluso los contratos onerosos entre cónyuges, a menos que se demostrara la exacta equivalencia de las prestaciones.

4.^a Porque la regla (del art. 1.375 del Código Civil) de administración conjunta de los bienes gananciales por ambos cónyuges admite pacto en contrario en capitulaciones matrimoniales, es decir, que dicho artículo permite la atribución de aquélla a un solo cónyuge.

b) *Modificación*

Uno de los requisitos para que sea válida «la modificación de las capitulaciones» es que se realice «con la asistencia y concurso de las personas» que en ellas intervinieron como otorgantes si vivieren, y «*la modificación* afectare a derechos concedidos por tales personas».

El problema que hay que resolver aquí es si la palabra modificación ha de traducirse por «capitulación matrimonial modificativa» o por «estipulación modificativa contenida en una nueva capitulación matrimonial», porque con el primer significado, la nulidad por la falta de asistencia y concurso de los terceros (es decir, los otorgantes distintos de los esposos) otorgantes de la primera capitulación, se extenderá a todo el nuevo otorgamiento, aunque sólo uno de sus pactos afectase a derechos concedidos por esos terceros; en cambio, con la segunda traducción, la nulidad o validez habrá que estudiarla cláusula por cláusula para rechazar por nulas solamente las que afecten a dichos derechos.

Me inclino por esta segunda solución porque no se ve el interés de esos terceros en que se declare la nulidad total de la capitulación, cuando su voluntad queda respetada con la nulidad parcial, es decir, con la no validez del pacto que afecte a los derechos concedidos por ellos. Aparte de que el criterio riguroso de nulidad total podría burlarse fácilmente sin más que incluir en otra escritura distinta las cláusulas no afectantes a los repetidos derechos.

c) *Ineficacia*

«Todo lo que se estipule en capitulaciones matrimoniales —dice el artículo 1.334— bajo el supuesto de futuro matrimonio, quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año.»

Dada la referencia del artículo a lo que se estipule «bajo el supuesto de futuro matrimonio» habrá que entender que la ineficacia no se producirá respecto a aquellos pactos que expresamente estén no subordinados a la celebración de aquél, sino únicamente a los que estén necesaria o expresamente subordinados, así como a los que según la interpretación de las capitulaciones resulte que se hayan implícitamente subordinado a tal celebración.

Si aun después de transcurrido el plazo, el matrimonio llega a contraerse (vgr., a los trece meses de otorgadas las capitulaciones), el matrimonio se regirá por el régimen de la sociedad de gananciales, y si con posterioridad los cónyuges deciden «revitalizar» aquellas capitulaciones, habrán de proceder a la liquidación de aquella breve sociedad.

¿Y qué suerte correrán los asientos que hayan podido practicarse en el Registro de la Propiedad recogiendo los actos contenidos en las capitulaciones que devienen ineficaces? No tenemos ninguna norma hoy que autorice la cancelación de tales asientos si no es con el consentimiento de todos los interesados; pero es de suponer que en futuras reformas de las normas hipotecarias se permita la cancelación a solicitud de una sola parte, si bien deberá exigirse, creemos, un requerimiento (después del año) a los demás interesados, así como el transcurso de otro breve plazo desde el requerimiento para que los demás puedan oponerse a la cancelación presentando vgr. el certificado que acredite la celebración del matrimonio dentro de plazo.

B) *La forma*

Está claro que las capitulaciones han de constar en escritura pública en todo caso, sin la antigua, y creo que desusada, excepción del artículo 1.324, antiguo, hoy derogada.

En cambio, la regulación del aspecto formal de las modificaciones (que también han de constar en escritura pública en todo caso) no es precisamente un modelo de claridad: «La existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones —dice el artículo 1.332— se indicará

mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, y el Notario lo hará constar en las copias que expida».

Pues bien. Este precepto plantea, entre otros, estos problemas:

1.º ¿Qué es lo que hay que indicar? No será ciertamente el hecho de «la existencia de pactos modificativos», como dice el artículo, sino el hecho del otorgamiento de dichos pactos y las circunstancias que permitan «localizarlos» (Notario autorizante, fecha, población, etc.).

2.º ¿Qué es lo que ha de hacerse constar en las copias? A pesar del empleo del pronombre neutro «lo» (y nunca mejor dicho lo de «neutro») por el artículo que comentamos, lo que el Notario deberá hacer es transcribir en las copias la nota que habrá puesto en la matriz con los datos indicados antes.

3.º ¿A qué copias se refiere? ¿A las de la modificación o a las de la escritura modificada? Como lo primero no tiene sentido, hay que entender que la nota se extenderá en la matriz de la primitiva escritura y se transcribirá en las copias que posteriormente se expidan de ella, con lo cual no se sabe si el legislador conseguirá su finalidad, puesto que en las ya expedidas no aparecerá para nada la modificación.

En resumen, que, a mi juicio, el artículo habrá que entenderlo como si dijera: «el otorgamiento de pactos modificativos de las capitulaciones matrimoniales se hará constar por nota en la matriz de la escritura que las contenga, y el Notario transcribirá dicha nota en las copias que en lo sucesivo expida de dicha escritura».

C) Aspectos registrales

En relación con el Registro de la Propiedad, los artículos del Código Civil referentes a las capitulaciones matrimoniales solamente contienen esta breve indicación: «Si aquéllas o éstos (los pactos, resoluciones y hechos modificativos) afectaran a bienes inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria» (art. 1.333).

A la vista de este precepto hay que preguntar ¿cuándo y cuánto se inscribe del contenido de las capitulaciones matrimoniales? Porque el precepto es demasiado amplio y demasiado escaso... «Cuando afectaran a bienes inmuebles». Pero si los cónyuges o futuros cónyuges carecen de bienes de momento y pactan un régimen de comunidad de inmuebles, las capitulaciones afectarán a bienes de esta clase y, sin embargo, no

serán inscribibles. Y esto mismo puede ocurrir aunque aquéllos tengan bienes inscritos a su nombre. Porque lo que se inscribe (y con esto contestamos al «cuánto») no son ciertamente las capitulaciones matrimoniales, sino únicamente aquellos actos que contengan de los a que se refieren los artículos 2.º de la Ley Hipotecaria y 7.º de su Reglamento, relativos a bienes inmuebles o derechos reales concretos y determinados, es decir, el contenido propiamente capitular, el establecimiento de un régimen económico matrimonial concreto, raras veces habrá que hacerlo constar en los inmuebles ya inscritos.

No se ocupa el Código, porque no es misión suya, de que en la inscripción de actos referentes a bienes comunes de los cónyuges o privativos de cualquiera de ellos, se haga constar el régimen económico-matrimonial pactado, al menos cuando no sea el supletorio de la sociedad de gananciales, con referencia a las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones. Quizá tampoco sea necesario regularlo, pero sí lo es indicar que de las estipulaciones contenidas en aquéllas sólo será preciso mencionar las que modifiquen las facultades del dominio o titularidad del bien inmueble o derecho real de que se trate, y eso siempre que no constaren ya en anterior inscripción de la finca.

¿Será necesario acreditar ante el Registro la vigencia de las capitulaciones en cuya virtud se actúe? Creemos que en los actos de disposición de bienes inscritos y de cuya inscripción podrá deducirse, por su silencio o por su consignación expresa, el régimen matrimonial aplicable, bastará consultar el Registro y tener en cuenta la modificación que en su caso representen las capitulaciones respecto al régimen allí proclamado, aunque no sean las últimas. Tratándose de actos de adquisición, como el Registro no dirá nada respecto al régimen matrimonial del adquirente, si el cónyuge que comparece solo declara estar vigente el de la sociedad de gananciales, no necesitará probar su vigencia, porque si el régimen vigente fuera el de separación o el de participación, él sería el primer interesado en demostrar esa vigencia. Pero si tal cónyuge declara que adquiere en régimen de separación o de participación, habrá de presentar las capitulaciones y acreditar su efectividad en el momento de la adquisición.

III. PROBLEMAS COMUNES

Antes de abordar los problemas de cada uno de los regímenes matrimoniales regulados por el Código, quiero referirme a otros que pueden darse en más de un régimen matrimonial, a saber: la disposición de la vivienda habitual de la familia, los actos realizados por los cónyuges a título gratuito y la confesión por un cónyuge respecto a la pertenencia de un determinado bien.

A) La disposición de la vivienda habitual de la familia

Regula esta materia, como sabéis, el artículo 1.320, introducido en el Código Civil por la reforma que nos ocupa y sin antecedentes en nuestro Derecho patrio.

La doctrina que se deduce de la combinación de los dos párrafos de este artículo, la concreto así (refiriéndome al inmueble):

En caso de disposición de un piso o edificio privativo de un cónyuge, que pueda servir de vivienda o morada, habrá de manifestar el disponente que aquéllos no constituyen la vivienda habitual de la familia; y si, por serlo, no pudiera hacer tal manifestación, será preciso para el acto de disposición el consentimiento del otro cónyuge o la autorización judicial.

Sentada esta doctrina (aplicable, por cierto, en toda clase de regímenes matrimoniales) hay que resolver estos dos problemas: 1.º ¿Qué significa la expresión legal «disponer de los derechos sobre la vivienda habitual»? 2.º ¿Qué es vivienda familiar habitual?

Para mí, en virtud de la expresión legal dicha, entran en los actos de disposición los siguientes:

- La transmisión por cualquier título oneroso o lucrativo de la propiedad del piso o edificio, aun con reserva del derecho de arrendamiento, puesto que con éste la posición de los ocupantes (familia) sería más débil que antes de la transmisión.
- La transmisión de la nuda propiedad, aun reservándose el disponente el usufructo, porque tal transmisión, o mejor, la inevitable extinción del usufructo, impediría la adjudicación de la vivienda al otro cónyuge si es el superviviente, conforme al número 4.º del artículo 1.406 del Código Civil.

- La constitución de una hipoteca, porque implica una enajenación en potencia, o la de un derecho real de goce, como una servidumbre de paso, que dificultaría o perjudicaría el uso normal de la vivienda.

En cuanto al segundo de los problemas dichos (¿qué es vivienda familiar habitual?), no será difícil precisar, a los efectos de exigir la declaración o manifestación dicha o el consentimiento conyugal, qué es vivienda, para excluir los solares, locales de negocio, fábricas, etc.; por su parte, el adjetivo «habitual» es bastante significativo para excluir de la norma que nos ocupa aquellas viviendas que la familia, sin abandonar su hogar o morada, ocupe temporalmente (segunda residencia). Pero puede suscitar dudas cuándo una vivienda deja de ser familiar. Veamos un supuesto:

Si el marido, por ejemplo, deja el domicilio conyugal, que es de su propiedad, y en el que sólo habita la mujer, por carecer de descendencia, ¿podrá hacer la manifestación de que no se trata de vivienda familiar o habrá que entender que la vivienda seguirá siendo hogar familiar mientras la habite cualquier familiar *strictu sensu* distinto de su propietario? Parece más aceptable esto segundo: el mismo artículo 96 (de nueva redacción), que trata de los efectos de la nulidad del matrimonio, separación y divorcio, atribuye el uso de la vivienda a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden en esos casos de anormalidad del matrimonio, y establece que para disponer de la vivienda cuyo uso corresponda al cónyuge no titular, se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.

Ante todo esto concluimos: ¡Ay de los matrimonios cuyo único lazo de unión sea la unidad de vivienda! Más le valiera al cónyuge propietario cederla en arrendamiento y alquilar otra para hogar familiar. El inquilino puede llegar a ser amigo; el o la cónyuge puede llegar a ser enemigo, por lo que quizá sea preferible tener inquilino fuera que cónyuge dentro. Pero algo se suavizarán los inconvenientes con la posibilidad de autorización judicial.

B) Los actos de título gratuito

a) Regla

Nos referimos, claro está, a la disposición a título gratuito de bienes comunes, porque la de los privativos sólo tiene relevancia en el régimen de participación.

El Código Civil viene a establecer una separación tajante entre los actos a título oneroso y los actos a título gratuito. Así como, celebrados por un solo cónyuge, aquéllos son anulables por el artículo 1.322, 1, y, por tanto, susceptibles de confirmación, éstos son nulos de pleno derecho por quedar excluidos del párrafo uno citado. Pero es que, además, el artículo 1.378 exige para la validez que «concurra el consentimiento de ambos cónyuges», es decir, la actuación simultánea de ambos.

Yo entiendo que, en consecuencia, no es posible para estos actos ni el consentimiento previo de un cónyuge que venga a autorizar *a priori* el acto de liberalidad que «actúe» el otro ni el consentimiento *a posteriori* (o ratificación), porque cuando éste se diera vendría a actuar sobre un acto nulo, muerto, al que no podría vivificar. Tampoco creo que pueda valer un pacto en capitulaciones matrimoniales que habría de ser general: la sociedad de gananciales es una «sociedad» de ganancias y poco se gana con una donación.

¿Quiere esto decir que no hay medio de salvar para un acto a título gratuito las distancias geográficas o morales que puedan impedir la comparecencia simultánea de ambos cónyuges? No, porque siempre cabría la posibilidad de un poder especial, a menos que derogemos la regla *potest facere per alium quod potest facere per se ipsum*.

Y no nos escandalicemos por esta rigurosa conclusión. La misma Dirección General de los Registros y del Notariado, en 6 de octubre de 1966, a pesar de no existir entonces un artículo como el 1.378 citado, declaraba:

«Tales actos (a título gratuito de bienes inmuebles gananciales) habrán de ser realizados por ambos cónyuges, BIEN CONJUNTAMENTE —LO QUE SERIA LA FORMULA TECNICAMENTE MAS CORRECTA—, y que es la empleada en los (antiguos) artículos 1.343 y 1.409 del Código Civil, o bien incluso por uno de ellos con el consentimiento del otro —como alguna vez ha apuntado la jurisprudencia *para tratar de salvar el negocio*, dada la existencia clara de una plena conformidad del acto—, de modo que la no prestación del consentimiento por uno de los esposos acarrea la nulidad plena de la transmisión verificada.»

b) *Ambito*

Hay una excepción al principio antes dicho: las liberalidades de uso. Y esta excepción lo es no sólo a la regla de concurrencia, de mutuo acuerdo, de actuación doble, sino también a la regla de los dos consen-

timientos. Es decir, que para estas liberalidades basta el consentimiento de un cónyuge.

Lo que puede discutirse es si el principio de que se trata es aplicable solamente a la donación o lo es también a otras atribuciones patrimoniales que no entran dentro de su concepto, pero que también carecen de contraprestación, como la hipoteca por deuda ajena o la renuncia a un derecho ganancial (vgr., el retracto de colindantes o el de comuneros por razón de una finca o participación gananciales), o a otros actos gratuitos, como el préstamo sin interés o el comodato, en los que hay gratuidad, pero no donación. Mi opinión es que todos estos actos podrá realizarlos un cónyuge con consentimiento del otro, es decir, actuando uno solo con consentimiento previo, simultáneo o posterior del otro. En cambio, yo daría la solución contraria para las donaciones onerosas, que caerían, a mi juicio, en la órbita del artículo 1.378.

Queda, por último, determinar si, ya que no cabe en los actos a título gratuito la actuación de un solo cónyuge, supliendo el Juez el consentimiento del otro (como cabe en los actos a título oneroso), sería posible, en los casos de transferencia de la administración legal o judicialmente a un cónyuge, con arreglo a los artículos 1.387 y 1.388 (v. gr., casos de ausencia o de abandono de familia), que el cónyuge administrador obtuviese autorización judicial (que aquí no sería suplencia del consentimiento) para realizar la donación de un bien inmueble. Piénsese, para resolver, que el artículo 1.389 permite en esos casos excepcionales, los actos de disposición del cónyuge administrador con autorización judicial para ciertos bienes, y no distingue entre actos a título oneroso y actos a título gratuito, y que si se niega la posibilidad de la donación, puede impedirse, vgr., la colocación de un hijo que exija un fuerte desembolso, viniendo así a sumarse a una desgracia familiar, otra.

C) La confesión de privatividad

Con este epígrafe aludo al contenido del artículo 1.324, reformado, del Código Civil, que dice así: «Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges».

Antes de exponer nuestra inteligencia de este precepto ha de advertirse:

1.º Que se trata de resolver, en parte, la injusticia que se producía antes de atribuir carácter ganancial, por el artículo 1.407 del Código Civil, a bienes que en realidad tenían el carácter de privativos de uno de los cónyuges.

2.º Que se aplica a toda clase de regímenes, puesto que incluso en los regímenes de separación o de participación siempre hay bienes cuya propiedad no puede determinarse (alhajas, muebles, etc.).

3.º Que enerva, en parte, tratándose del régimen de la sociedad de gananciales, la presunción de ganancialidad del nuevo artículo 1.361, que ha venido a sustituir al artículo 1.407 antiguo, sin más cambio que la sustitución, con mejora del tecnicismo, de las palabras «se reputan» por las de «se presumen», y la expresión «todos los bienes del matrimonio» por la de «los bienes existentes en el matrimonio», con lo cual no sé si mejora la redacción, porque si inexacto era partir de que el matrimonio tiene bienes, inexacto es también que en el matrimonio existan bienes...

4.º Que la confesión no constituye título para la adquisición del dominio, como explicaré más adelante.

Sentado esto quiero poner las cartas boca arriba y anticipar que mi interpretación del artículo 1.324 me lleva a «leerlo» como si dijera así: «Si se duda a quién pertenece un bien poseído por los esposos, por no existir título de adquisición del mismo, podrá probarse la pertenencia exclusiva a uno de ellos por la confesión del otro; pero si bien éste y sus herederos voluntarios habrán de estar y pasar por tal confesión, ésta podrá ser desconocida por los herederos forzosos del confesante y por los acreedores».

A pesar de mi impericia, quizá logre aclarar esto a continuación, distinguiendo en la confesión que nos ocupa su contenido, sus efectos y sus consecuencias.

a) *Contenido*

El precepto lo concreta: que determinados bienes *son propios* del cónyuge del confesante, es decir, que ha habido un título material (careciéndose de título formal), por el que el otro cónyuge ha adquirido la propiedad del bien de que se trate.

Pero esta confesión no podrá hacerse cuando exista un título de propiedad de un cónyuge, que viniera a desmentir la confesión: Si un cónyuge ha adquirido por donación un inmueble, no puede confesar que es propiedad del otro cónyuge, porque esta confesión se desmentiría por

el título y la inscripción (en su caso) a favor del confesante; para destruir éstos (título e inscripción) habría que probar la existencia de otro título posterior por el que se transmitiera la propiedad al otro cónyuge (v. gr., una donación del cónyuge propietario al otro, una compraventa, etc.). La propiedad se adquiere —no es necesario recordarlo— «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», y la confesión no es ese contrato que se necesitaría para la adquisición por el otro cónyuge.

Esto quiere decir que el precepto que nos ocupa sólo puede aplicarse respecto a aquellos bienes, como los fungibles (entre ellos, el dinero), cuya conexión con el título de adquisición es tan difícil, o como los bienes muebles (mobiliario, alhajas, cuadros, etc.), en que no suele haber título, sino que viven al amparo del *possession vaut titre*, proclamado por el artículo 464 del Código Civil.

Entonces se dirá, ¿no cabe la confesión en materia de bienes inmuebles que no funcionan como fungibles, que tienen, por lo general, título e inscripción y que es donde se produce la mayor dificultad? Aquí querría yo venir a parar y mi contestación es: no cabe confesión respecto a un inmueble titulado como ganancial o como propio de un cónyuge, pero sí cabe respecto al dinero que se entregue como precio de la adquisición, porque este dinero es fungible y cabe la duda de a quién pertenece. Y una vez confesada su privatividad ésta arrastrará al inmueble por la subrogación que proclama el artículo 1.346, 3.º, del Código Civil.

Pero si en la adquisición del inmueble no se ha hecho la confesión de privatividad del precio y, en consecuencia, no se deduce aquella subrogación, cabrá hacer la subsanación de la escritura de compra (pongamos como ejemplo de contrato) correspondiente para incluir tal confesión y con ello obtener la rectificación de la inscripción que proclamaba la ganancialidad de la adquisición.

b) *Efectos de la confesión*

a') En cuanto a terceros

A primera vista, el artículo 1.324 puede dar la impresión de que se trata de una norma de liquidación de la sociedad conyugal, que solamente ha de tenerse en cuenta en dicha liquidación, pero no en el tráfico durante la vigencia del régimen ganancial. Así podría deducirse de la expresión «para probar entre cónyuges», con la cual parece que la confesión es indiferente para los terceros, los cuales si los bienes carecen de título o aparecen como gananciales, tienen que considerarlos con

este carácter por muchas que sean las protestas de un cónyuge de no tener arte ni parte en aquéllos.

Sin embargo, considero engañosa tal apariencia por lo siguiente:

1.º Si se tratara de una norma de liquidación estaría incluida entre los preceptos dedicados a la liquidación de la sociedad conyugal y no entre unas «disposiciones generales» aplicables a todos los regímenes.

2.º La expresión «probar entre cónyuges» no quiere limitar los efectos de la confesión, porque para esto está el final del precepto dedicado a determinar a quién no perjudicará la confesión, sino que lo que quiere es limitar el ámbito de aplicación, como si dijera «tratándose de cónyuges», para indicar las personas que pueden hacer la confesión.

3.º La prueba, según la expresión del Código, es de que determinados bienes *son* (presente de indicativo) propios de un cónyuge, es decir, lo son hoy y lo serán en lo sucesivo hasta su enajenación. Si se tratara de una norma que sólo hubiera que tener en cuenta al extinguirse la sociedad, no serviría para los bienes que se hubieran enajenado, a menos que se refiriera a los bienes que «habían sido» propios del cónyuge.

4.º Se trata de un reconocimiento de propiedad, de que los bienes son propios; pero el reconocimiento de una propiedad que no surta efectos *erga omnes* (con determinadas excepciones) sería una burla.

Por tanto, el cónyuge, digamos «confesado» es dueño contra terceros y a favor de terceros, de donde resulta que el que adquiriera solamente de ese cónyuge adquiere bien, sin necesidad de que el cónyuge confesante preste su consentimiento para la enajenación.

Y esto es lógico. Si el marido (v. gr.), en el régimen de la sociedad de gananciales, confiesa que el precio de la adquisición del inmueble es privativo de la mujer y que, por tanto, él no tiene nada que ver con tal inmueble, pensará con razón que carece de ella el que le requiera para que preste su consentimiento al acto de administración o de disposición que la mujer pretenda realizar sobre dicho bien.

b') En cuanto a los herederos voluntarios

Respecto a éstos, la confesión produce todos sus efectos. Ellos no pueden pretender que se incluyan en la masa hereditaria del confesante ni los bienes «confesados», ni los que por subrogación los hayan sustituido. Aquí bien claramente quedan incluidos *a sensu contrario*, entre los perjudicados, los herederos voluntarios, frente al confusionismo del artículo 655, que concede derecho a pedir la reducción de donaciones a todos los que tengan derecho a una parte alícuota de la herencia.

c') En cuanto a los herederos forzosos

¿En qué consistirá ese «no perjuicio» a los herederos forzosos? Pues sencillamente en la consideración de la confesión frente a ellos como una donación, con la consiguiente aplicabilidad del artículo 654 del Código Civil, es decir, que se considerará dentro de la masa hereditaria del confesante, al menos contablemente y acaso realmente, la participación que en el bien confesado o subrogado le correspondiera.

d') Efectos en cuanto a los acreedores

Para no extenderme demasiado, en este punto sólo diré:

1.º Que a pesar del laconismo del artículo 1.324, habrá que entender que se refiere a los acreedores cuyos créditos sean anteriores a la confesión.

2.º Que cualquier impugnación del acreedor se detendrá ante el tercero hipotecario, como se detiene la impugnación por fraude ante el adquirente del donatario, a menos que sea cómplice en el fraude.

c) *Consecuencias*

Quiero abordar ahora dos cuestiones en relación con lo dicho, dentro del campo registral inmobiliario:

1.ª Vengo sosteniendo que la confesión sólo sirve respecto al precio del inmueble, no respecto a éste. Pues bien, ¿cómo se compagina esta restricción con la libertad de los cónyuges para celebrar entre sí «toda clase de contratos», según el artículo 1.323? O si se quiere de otra forma: ¿cómo podrá pasar un bien registrado del patrimonio ganancial al privativo y viceversa? Distingamos:

a) Del patrimonio ganancial al de un cónyuge (a título, por ejemplo, de compraventa). No creo pueda articularse una compraventa directa porque tendrían que vender ambos cónyuges a uno solo (con confesión o justificación de privatividad del precio), y este último cónyuge tendría que ser al mismo tiempo vendedor y comprador. Será preciso un rodeo: el de la previa conversión de la comunidad ganancial en comunidad romana. En efecto: parece que nada se opone a que, puesto que los cónyuges pueden liquidar en cualquier tiempo la sociedad, se permita la liquidación parcial de ésta concretada a la finca de que se trate, adjudicar ésta por mitad a ambos cónyuges y que uno venda al otro su mitad indivisa.

b) Del patrimonio de un cónyuge al ganancial. No sé si el problema será el mismo, pero aquí, al menos, pueden cubrirse formalmente las apariencias sin necesidad de rodeo: un cónyuge transmite actuando en nombre propio y el otro adquiere «en representación» (entre comillas) de la sociedad conyugal.

2.^a En la inscripción del inmueble cuyo precio es privativo de un cónyuge según confesión del otro, pero sin justificación alguna (objetiva) de tal privatividad, ¿será menester que se haga alguna referencia a la inmunidad de herederos forzosos y acreedores? Entendemos que no, porque si después no surge el tercero hipotecario habrá sido inútil tal referencia, y si surge como según lo antes dicho, no se verá afectado por ella, ésta sólo serviría para enturbiar el Registro y confundir al tercero. Lo que sí debe quedar claro para conocimiento de herederos (forzosos) y acreedores es que la privatividad no tiene más prueba que la confesión.

IV. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

A) Disposiciones generales

He de confesar, para que se vea que no todo son críticas adversas, que a mí el artículo 1.344 (moderno), que viene a ser una descripción del régimen de la sociedad de gananciales, me gusta bastante. Por este régimen, viene a decir, se hacen comunes de ambos cónyuges «desde ya» ciertos bienes, y cuando se extinga tal régimen cada uno de los cónyuges tendrá derecho a la mitad del conjunto de esos bienes.

No me explico que hayamos estado cerca de cien años sin darnos cuenta, o mejor dicho, para no pluralizar, que haya estado yo muchos años (aunque menos de ciento) sin darme cuenta de la falta de lógica del Código Civil, que sin darnos en el artículo 1.392 más que una norma de liquidación de un régimen matrimonial y sin explicarnos en qué consiste la ganancialidad de un bien, señalaba en el artículo 1.401 una serie de bienes que se llamaban gananciales. Sólo por deducción podíamos llegar a la conclusión de que bienes gananciales eran aquellos que estaban destinados (ellos o los que los sustituyeran) a formar parte de la masa partible entre ambos cónyuges a la extinción de la sociedad.

En cambio, el nuevo artículo 1.344 me parece más correcto: empiezo por sentar que en el régimen que nos ocupa se hacen comunes de ambos

cónyuges determinados bienes, y termina con una norma de distribución aplicable a la disolución del régimen. Con esto ya resulta lógico que el Código dedique otro artículo (o varios) a señalar con el apelativo de gananciales qué bienes son los que se hacen comunes, aunque esta sinonimia entre gananciales y comunes no la indique expresamente, como podría haberlo hecho para más precisión en el artículo 1.347, con ésta o parecida entrada: «son bienes gananciales o comunes de ambos cónyuges».

También es de alabar la inclusión en el artículo 1.362, entre los gastos a cargo de la sociedad de gananciales, los de adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes; porque si desde ahora (es decir, sin esperar a la disolución) se hacen comunes las ganancias brutas de un cónyuge (v. gr., el resultado de su trabajo o industria), es lógico que sea la comunidad la que satisfaga los gastos realizados para la obtención de esas ganancias.

En cambio, la norma que determina el nacimiento de la sociedad no me parece tan exacta. Al decir el 1.345 que empieza «en el momento de la celebración del matrimonio o, posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones matrimoniales», olvida, por lo menos, un caso en que ni comienza con el matrimonio ni precisa pacto en capitulaciones, a saber, el del confuso 1.374: cuando la sociedad se disuelva por embargo de bienes gananciales por deudas de un cónyuge, se aplicará el régimen de separación, «salvo que en el plazo de tres meses, el cónyuge del deudor opte en documento público por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales». O sea, que comienza una nueva sociedad sin pacto, sin capitulaciones y por la sola opción de un cónyuge.

B) La administración

a) *Ambigüedad legal*

Si se me permite, voy a distinguir sin gran rigor científico, que tampoco es necesario para el fin que ahora persigo, entre los actos que pueden recaer sobre un bien o un patrimonio, tres clases: actos de conservación, actos de explotación y actos de disposición, entendiendo por los primeros aquellos que tienden a salvaguardar el bien o patrimonio impidiendo su deterioro o corrigiendo el que se haya producido; por los segundos, aquellos que tienden a la puesta en valor normal, a la fructificación, del bien o patrimonio, y por los terceros, los que implican una

enajenación total o parcial, actual o potencial, de aquéllos. Y esta distinción es interesante porque, como sabemos, estos últimos actos por comprometer el porvenir (en la expresión de PLANIOL) exigen muchas veces requisitos, habilitaciones, autorizaciones o consentimientos especiales.

Pues bien: el Código Civil después de la reforma dedica una sección de su articulado, la cuarta del capítulo VI del título III del libro IV, a lo que llama «administración de la sociedad de gananciales». Y ¿qué clase de actos de los antes indicados se comprenden en esa administración? Aquí está la ambigüedad del Código. Porque unas veces la administración comprende las tres clases de actos indicadas, como en el epígrafe de la sección o como en los artículos 1.388 y 1.389, porque este último, en su apartado dos, contiene una excepción para los actos de disposición de determinados bienes, lo que demuestra que la regla general de disposición está incluida en la «administración» de que hablan el 1.388 y el primer apartado del 1.389. Otras veces, en cambio, por la oposición a la disposición, sólo comprende los actos de conservación y explotación de que hemos hablado, como ocurre en los artículos 1.384 y 1.390.

Pero me parece observar que cuando el Código emplea la expresión «administración», se refiere a las tres clases de actos, y que cuando emplea la expresión «actos de administración», se refiere a las dos primeras clases de actos, excluyendo, por tanto, los de disposición. Y si mi observación no es cierta (por la excepción que significaría el artículo 1.387, que habla de administración y disposición sin aludir a los actos), me parece que es *ben trovata*, y a ella me voy a atener en lo que sigue.

Sin embargo, no para ahí la cosa, porque en el primer artículo de la serie, que abre la sección cuarta, el 1.375, se introduce otro término distinto, que, por cierto, ya no vuelve a utilizarse en esta sección, a saber, el de «gestión», para atribuir, en la forma que luego veremos, «la gestión y disposiciones» de los bienes gananciales. ¿Querrá referirse el Código con la palabra «gestión» solamente a los actos que hemos llamado conservativos, quedando así descolgados los actos de explotación? No lo creo, y creo, en cambio, no sólo que en la traducción de «gestión» por «conservación y explotación» no hay peligro alguno, sino también que si no lo hacemos así, si no entendemos por gestión todo lo que no sea disposición, queda ininteligible el régimen de la sociedad de gananciales.

b) Atribución

En esta materia de atribución de la administración creo que pueden sentarse estas reglas:

1.^a La administración corresponde a un cónyuge o a los dos, solidaria o conjuntamente, según lo pactado en las capitulaciones matrimoniales.

2.^a A falta de pacto capitular corresponde a ambos cónyuges conjuntamente.

3.^a Aun correspondiendo la administración conjunta a ambos cónyuges según ley, hay casos en que se suple el consentimiento de un cónyuge por la autorización judicial (art. 1.376 y 2.º párrafo del 1.377) y otros en los que cabe la administración en sentido estricto (actos de administración) de un solo cónyuge (art. 1.384).

4.^a Cualquiera que sea el contenido del pacto capitular, hay supuestos excepcionales en que rige la administración individual (transferencia posterior de la administración *ope legis* o judicialmente por los artículos 1.387 y 1.388) con más o menos limitaciones.

Esto quiere decir que así como la regla legal de administración conjunta se ve afectada por lo dispuesto en los artículos 1.376 y siguientes, en cambio, no consideramos de derecho necesario más que algunos de esos artículos, como los señalados de transferencia legal o judicial de la administración.

Pero volvamos a la regla primera, porque no es tan indiscutible como la he sentado.

Creo que no debe caber duda acerca de la posibilidad del pacto de atribución de la administración solidariamente a ambos cónyuges. Tampoco debe caberla respecto a la atribución a un cónyuge de la facultad para realizar actos de administración. El mismo artículo 1.376 admite *a sensu contrario* la posibilidad de que no sea necesario el consentimiento de ambos cónyuges para actos de administración.

El problema grave es el de determinar si es posible pactar la atribución de la disposición a uno solo de los cónyuges. En contra de esta posibilidad podría argumentarse lo siguiente:

1.º El artículo 1.375 sienta dos normas para decidir a quién corresponde la administración, por este orden: 1) La norma pactada. 2) La norma legal. Y poco después, el artículo 1.377 dicta que «para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges». Ahora bien, este precepto

(artículo 1.377) no se refiere al caso de que rija la norma legal, puesto que ésta es de administración conjunta y no va a repetir una exigencia ya establecida; luego tiene que referirse al caso de que rija la norma pactada, que, en consecuencia, habrá de respetar esta regla del doble consentimiento para la disposición.

2.º Obsérvese la diferencia entre el artículo 1.376 y el 1.377, al tratar de suplir el consentimiento de un cónyuge por la autorización judicial. El primero viene a decir: «Si fuere necesario el consentimiento de ambos cónyuges para actos de administración...», y el segundo: «Será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para actos de disposición...». Aquél acude a un caso que puede ocurrir; éste sienta una regla sin limitación.

3.º Parece ilógico que se exija siempre, por la trascendencia de los actos de disposición, la suplencia del consentimiento conyugal por la autorización judicial (1.377, 1.387, 1.389) y, en cambio, se permita que una inexperta y enamorada novia atribuya irrevocablemente la facultad de disponer, olvidándonos de las garantías que hay que tomar ante los esposos *ne mutato amore invicem spoliarentur*.

A pesar de estos argumentos, me inclino por admitir la posibilidad del pacto que nos ocupa por estas, entre otras, razones:

1.ª La expresión «sin perjuicio», que hace que los artículos siguientes puedan entrar en juego, sólo puede referirse, por su colocación en la frase y por la estructura de ésta, a la norma legal de administración conjunta, y quiere decir que aunque, en principio (a falta de pacto), la administración (incluyendo, como sabemos, la disposición) es conjunta, hay algunos casos en que, por aplicación de los artículos siguientes, no es precisa tal conjunción (v. gr., actos de administración del artículo 1.384 o casos de los arts. 1.387 a 1.389). Pero tal expresión deja intocado el pacto capitular si lo hay.

2.ª Sería una extraña manera de legislar, erigir en primera norma sobre administración de la sociedad de gananciales, el pacto capitular y luego declarar intocable, es decir, de Derecho necesario, todo el contenido de la sección dedicada a esta materia. Si tal fuera la voluntad del legislador, habría establecido, al revés, la prioridad de la regulación legal y la posibilidad de que en lo poquito no regulado rigiera lo dispuesto en las capitulaciones matrimoniales.

3.ª El artículo 1.375 viene a decir que si en materia de gestión y disposiciones, los cónyuges o futuros cónyuges no pactan otra cosa, aquéllas (gestión y disposición) serán conjuntas; por tanto, esa otra cosa que pueden pactar tiene que ser la administración no conjunta, es decir, la individual o la solidaria.

4.^a La reiteración que significa el artículo 1.377 tiene cierta explicación. El legislador de 1981 se encontró con el artículo 1.413 de 1958, que exigía para los actos de disposición del marido el consentimiento de la mujer, y al introducir el principio de administración conjunta debió de parecerle que quedaba menos remachada que en 1958 la exigencia del doble consentimiento, e introdujo la norma del artículo 1.377 aprovechando que tenía que prever los casos en que no fuera factible la conjunción en la disposición, como lo había previsto en el artículo 1.376 para los actos de administración.

5.^a El argumento de la debilidad del llamado sexo débil es un tanto melodramático y trasnochado. Hoy la mujer, joven o no, sabe exigir sus derechos tan bien como antes (y ahora) cumplía sus deberes y buscar asesoramiento cuando desconoce aquéllos.

C) La disposición

Ya he tenido ocasión de decir que el párrafo 1 del artículo 1.377 dispone que: «Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges», dedicándose el segundo párrafo a la posibilidad de que el consentimiento de un cónyuge sea suplido por el Juez, a la que sólo podemos aludir.

¿Son estos actos de disposición a los que se refiere el artículo 1.322, que necesitan que uno de los cónyuges actúe con consentimiento del otro? Yo creo que sí, entre otras razones, porque si aquel precepto, el 1.322, no se refiriera a los actos de los artículos 1.376 y 1.377 quedaría sin aplicación. Es decir, que en los actos de disposición a título oneroso puede actuar un cónyuge con consentimiento del otro, lo que no es exactamente igual a que tengan que actuar los dos. Y es que la posición de los cónyuges no es la misma que la de dos comuneros. Estos están uno al lado de otro y actúan en líneas paralelas que nunca llegan a encontrarse; aquéllos, los cónyuges, se integran en una unidad y actúan en líneas convergentes (aunque a veces lo hacen en líneas divergentes...). Por ello en la copropiedad dispone no un comunero con consentimiento del otro, sino ambos (o mejor dicho, cada uno respecto de su cuota, art. 399 del Código Civil), y en la comunidad ganancial puede actuar un cónyuge con consentimiento del otro.

Pues bien: de este «consentimiento del otro» es de lo que tenemos que hablar ahora. Yo no puedo ni sé hacer un estudio exhaustivo de esta materia. Por eso me voy a limitar a tratar de tres problemas que se me ocurren, y al socaire de ellos sentar algunas ideas sobre dicho

consentimiento conyugal. Los tres problemas aludidos son: si cabe el consentimiento previo, si cabe el consentimiento general y si cabe el consentimiento concebido en términos generales.

a) *El consentimiento previo*

Creo que el consentimiento conyugal no necesita, en actos a título oneroso, ser simultáneo a la actuación del otro cónyuge, sino que puede ser anterior a ésta y posterior (en este caso, mediante la forma de ratificación del acto realizado por el cónyuge que llamaríamos actuante).

Que éste es el criterio del legislador se deduce del artículo 102 del Código Civil cuando en su nueva redacción (dada por la Ley de 7 de julio de este año) dice que por la admisión de las demandas de nulidad o separación de matrimonio o de divorcio quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro. En efecto, esta revocación no puede referirse al consentimiento posterior al acto de que se trate (v. gr., a la venta realizada por un cónyuge), porque el contrato ya se ha perfeccionado y no cabe revocación contra la voluntad del comprador, ni puede referirse al consentimiento simultáneo al acto (lo que no necesita demostración), luego tiene que referirse al consentimiento previo.

Por otro lado, el Código en los actos a título oneroso no habla de concurrencia de los consentimientos, a diferencia de lo que ocurre en los a título gratuito. Y, por último, exigir la concurrencia sería un formalismo inútil y perturbador para el tráfico, ya más dificultado con la exigencia del doble consentimiento.

Queda, pues, sentado que cabe el consentimiento previo, y no es necesario decir que tal consentimiento no es un poder (que también es posible, naturalmente, entre cónyuges): en aquél, el cónyuge manifiesta su voluntad positiva, que al unirse con la del otro cónyuge constituye e integra el consentimiento contractual de una de las partes; en éste no se presta todavía el consentimiento, sino que se deja su prestación a la voluntad del apoderado. Con el consentimiento se da vía libre al acto proyectado por el otro cónyuge; con el poder se confiere la representación para que la actuación del cónyuge apoderado repercuta en el poderdante. Tras el consentimiento, la responsabilidad probablemente queda limitada a los gananciales y a los bienes del actuante; tras el poder quedan también comprometidos los bienes del poderdante.

b) *El consentimiento general*

El consentimiento conyugal, ¿ha de concretarse a un acto determinado o puede ser más o menos general?

Continuemos, para contestar, con el artículo 102. Como sabemos, decreta la revocación de los consentimientos lisa y llanamente, sin limitación alguna, y nosotros hemos deducido de él que caben los consentimientos previos. Pero ¿tendrá en mente sólo los especiales? Yo creo que precisamente el artículo 102 está pensando preferentemente en los consentimientos generales. He aquí por qué:

Si el consentimiento previo es especial para un acto concreto, verbi-gracia, la venta del piso en Barcelona, ¿es posible que sin más ni más, cuando el marido, por ejemplo, haya viajado, haya gestionado, haya contratado preliminarmente con el proyectado comprador, a la vista del consentimiento obtenido de la mujer, el artículo 102 decrete la revocación sin consecuencias perjudiciales para la mujer que presenta la demanda de separación? Creo que si la revocación del artículo 102 se refiriese solamente al consentimiento especial, el legislador no hubiera dejado de regular las consecuencias y el alcance de dicha revocación e incluso de establecer alguna limitación a la revocación. Esto aparte de que ésta parece más aplicable a los consentimientos generales, que escapan más fácilmente a la fiscalización del cónyuge que los da.

Por otra parte, ¿qué razón hay para limitar el consentimiento previo al caso de que sea especial y dónde termina la especialidad? ¿Ha de comprender un solo acto? ¿No podrá comprender la venta de todos los pisos de una casa? ¿Y los de dos casas? ¿Y de un número indefinido de casas? ¿Es menos comprometedor el consentimiento de una mujer para la venta de los sesenta pisos de un edificio ganancial, que el consentimiento general de otra mujer en cuya sociedad conyugal no haya más inmuebles que un pisito?

No creo que quepa aplicar aquí aquella jurisprudencia que no admitía los consentimientos o autorizaciones generales de los padres a los hijos menores emancipados, porque se exige «en quien ha de prestar el consentimiento un examen de las circunstancias del caso, ya que no una formal apreciación de utilidad y necesidad». Aquí no es cuestión de capacidad, sino de confianza: la «longitud» del consentimiento debe medirse por la fiabilidad del cónyuge «consentido».

c) *El consentimiento «concebido en términos generales»*

De sobra sabemos que cuando la mujer autoriza al marido (y lo mismo se diga de la autorización del marido a la mujer) para la adminis-

tración de los bienes de la sociedad de gananciales, no erige un órgano gestor de una persona jurídica porque aquella sociedad no es tal. Pero puesto que la sociedad de gananciales sigue siendo, sin duda, como la ha calificado reiteradamente la Dirección General de los Registros, «una mancomunidad de bienes entre marido y mujer, sin atribución de cuotas y sin facultad de pedir la división», y añadimos, con un fin superior a los intereses individuales, alguna diferencia ha de haber entre atribuir la administración de ese mancomún y atribuir una representación, que podíamos llamar inorgánica, al simple apoderado, sin vinculación real alguna con el poderdante.

Y esta diferencia podemos centrarla ahora en la extensión de las facultades de actuación: el apoderado no debe tener más facultades que las que se le concedan expresamente; el gestor de ese mancomún no debe carecer de más facultades que de aquellas de que se le priva expresamente. Dicho en otras palabras: que por la finalidad de la atribución de la administración al marido por la mujer o viceversa, por la vinculación entre marido y mujer, por el destino del patrimonio ganancial, el consentimiento de la mujer (o del marido), «concebido en términos generales», siguiendo la terminología del artículo 1.713 del Código Civil, debe comprender todos los actos de administración y disposición (a título oneroso) menos, repetimos, aquellos que se excluyan expresamente. Aquí no rige, no debe regir, el últimamente citado artículo del Código.

D) La adquisición

a) A pesar de la amplitud del epígrafe, solamente voy a tratar de un punto y no se diga que pretendo escurrir el bulto, porque precisamente ese punto es de los más vidriosos de la reforma. Me refiero a la inscribibilidad o no inscribibilidad (por ir al final del trayecto del proceso adquisitivo) de las compras (adquisiciones en general) de bienes inmuebles hechas por uno solo de los cónyuges, es decir, sin intervención del otro y sin declaración alguna sobre la pertenencia del dinero invertido en la adquisición. Y para mayor facilidad en la terminología vamos a suponer que quien adquiere en el acto que se pretende inscribir es la mujer: ¿Podrá ésta obtener la inscripción del inmueble de que se trate sin que recaiga el consentimiento del marido?

Ya sabemos que la administración y disposición de bienes gananciales corresponde conjuntamente a ambos cónyuges. Ahora bien: para adquirir ese inmueble, la mujer tiene que disponer de un dinero para entregárselo al vendedor como precio, y eso le está vedado, puesto que el dinero se presume ganancial. Luego la adquisición no será inscribible.

Pero me parece que algo falla aquí. Aquella regla de administración conjunta, ¿cómo se cumplirá tratándose de bienes fungibles, como el dinero? ¿Será preciso que para ingresar en el Banco sus respectivos sueldos (que son, sin duda, gananciales) vayan juntos los dos cónyuges y para extraerlos vuelvan para recibirlos los dos? ¿No será posible que la mujer celebre con el Banco un contrato de depósito en cuenta corriente y con consentimiento tácito de su marido vaya ingresando, v. gr., el dinero de sus rentas sin justificar si es propio o común? Y una vez ingresado, y mientras el marido no reclame la «conjunción», ¿qué podrá hacer aquélla: sólo sacarlo para volver a ingresarlo o podrá disponer de él, es decir, invertirlo en la adquisición de otro bien? Y si lo que consiente el marido tácitamente es que la mujer conserve ese dinero en su poder, ¿será con la no muy sana intención de comprobar todas las noches si hay el mismo número de monedas en el calcetín o más bien con la finalidad de que la mujer lo administre e invierta en la adquisición de otros bienes materiales (muebles o inmuebles) o inmateriales (como el crédito para la devolución de lo prestado o depositado)?

El panorama en caso de necesaria conjunción en la administración del dinero sería desolador. Es preciso que exista algún precepto que permita la administración y disposición individuales del dinero que obre en poder de un cónyuge o que de algún modo aparezca a su nombre, entre otras cosas, porque esa situación fáctica y de tolerancia del otro cónyuge ya implica un consentimiento de éste.

Pues bien, afortunadamente ese precepto existe. Es el artículo 1.384 moderno del Código Civil, que en su primer párrafo dice así: «Serán válidos los actos de... disposición de dinero... realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren».

Es decir: que la regla general ya considerada de disposición conjunta tiene, entre otras, esta excepción: la mujer puede disponer (es decir, invertir en la adquisición de otro bien mueble o inmueble, puesto que el art. 1.384 no distingue) del dinero que obre en su poder. Y en el caso que nos ocupa no cabe duda que el dinero que entregó como precio al vendedor estaba en su poder, porque para entregarlo tenía que poseerlo.

Por tanto, la adquisición propuesta es perfectamente válida y perfectamente inscribible.

Pero aparte estas razones generales que postulan dichas validez e inscribibilidad, si espigamos en el Código Civil reformado, encontramos otros preceptos que nos confirman en esa opinión. Veamos algunos ejemplos:

1.º Según el artículo 1.347, 3.º, son bienes gananciales «los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos». Y esta última expresión o presupone que es un solo cónyuge (en el caso que nos ocupa, la mujer) el que interviene o es inexacta o, al menos, incompleta. En efecto, si intervienen los dos cónyuges y se hace la adquisición para la mujer, será por una de estas dos causas: o porque el marido le ha hecho donación del precio o porque confiesa la pertenencia privativa a la mujer, y en ambos casos la adquisición será privativa por el artículo 1.324, en contra de lo que dice el 1.347, 3.º Es decir, que este último precepto tiene que presuponer una adquisición válida con dinero ganancial hecha por un solo cónyuge.

2.º El artículo 1.356 sólo se concibe como una excepción al artículo 1.355. En éste se sienta una regla general de libertad de los cónyuges para *de común acuerdo* atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran *interviniendo ambos*. Ese acuerdo no es posible cuando sólo adquiera uno, y por ello el artículo 1.356 dicta unas presunciones sobre el carácter del bien adquirido, pero presuponiendo la validez de la adquisición. Si no la presupusiera no tendría por qué hablar el Código en el artículo 1.356 de un solo cónyuge, y en el 1.355 de ambos.

3.º Dos categorías distingue el artículo 1.356 citado en los bienes adquiridos a plazo *por un cónyuge solamente*; subrayamos lo de un solo cónyuge:

- 1.ª Adquiridos con un primer desembolso de dinero ganancial.
- 2.ª Adquiridos con un primer desembolso de dinero privativo del cónyuge adquirente.

Y declara que la primera adquisición es ganancial y la segunda privativa. Esta segunda es perfectamente válida con la intervención de un solo cónyuge, la mujer, porque si el dinero era privativo no tenía por qué intervenir el marido. Y si esta segunda es válida, válida ha de ser también la primera, porque sería absurdo deducir que el precepto regula simétricamente, en pie de igualdad, diríamos, dos adquisiciones: una válida y otra viciada.

4.º Un precepto muy interesante a estos efectos es el artículo 1.370: «Por el precio aplazado del bien ganancial adquirido por un cónyuge sin el consentimiento del otro —dice— responderá *siempre* el bien adquirido, sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código».

Este artículo viene a contrapesar muy prudentemente la norma antes vista del artículo 1.384, de disposición «unilateral» del dinero. Sin el artículo ahora traído a colación, la mujer podría aventurarse a comprar una finca por un precio elevado (para la posición económica de la sociedad conyugal), pagando una pequeña parte de él con dinero ganancial que tenga en su poder o a su nombre y obligando ella sola a la sociedad por el resto del precio. El precepto en cuestión no le impide que compre sola, sin intervención del marido, sino que se lo permite, pero advierte al vendedor que así como cuando la mujer paga todo el precio no hay problema, el precio aplazado, si no media el consentimiento del marido, sólo podrá cobrarlo de la finca vendida, a menos que proceda la responsabilidad de otros bienes gananciales por aplicación de otros preceptos del Código. Es decir, que yo leo el artículo 1.370 como si dijera: «El contrato es válido y por el precio aplazado responderá, en todo caso, el bien adquirido, pero los demás bienes gananciales sólo responderán si se dan las circunstancias exigidas para ello por otros preceptos del Código». O sea, que ni traduzco el «siempre» por «mientras no se haya pagado y aunque pase la finca a manos de un tercero», ni excluyo la responsabilidad de otros bienes, v. gr., si hubo consentimiento del otro cónyuge (art. 1.367) por medio de una carta, que no tendrá relevancia a efectos registrales, pero sí para tranquilizar al vendedor respecto al cobro. Pero aun sin tal medio, no puede decirse, por la limitación de responsabilidad indicada, que haya burla para el vendedor si el bien se enajena, puesto que para esta enajenación se necesita el consentimiento del marido, con lo cual ratifica la compra de la mujer y desata la responsabilidad por el precio aplazado de los demás bienes gananciales.

En resumen, de la combinación de estos dos preceptos (arts. 1.384 y 1.370) yo deduzco la siguiente regla: libertad de compra por la mujer; limitación de responsabilidad por el precio aplazado.

Después de este repaso del Código Civil, permítaseme argumentar sobre la base de la función protectora del Registro de la Propiedad:

Puede suceder que la mujer compre declarando que el precio es privativo de ella, pero que de momento ni puede acreditar tal carácter ni puede obtener la intervención del marido por estar ausente. Y supongamos que tal precio sea efectivamente privativo. Sería inicuo que no pudiera la mujer acogerse a los beneficios de la inscripción (defensa contra una segunda venta por el vendedor, inmunidad frente a un gravamen posterior, etc.), aunque sea con carácter ganancial, a reserva de determinar el día de mañana con el marido el verdadero carácter del bien adquirido. Siéntense por los Códigos y Reglamentos reglas y presunciones sobre el carácter de los bienes y su inscripción, pero no se

impida ésta por una dificultad de «régimen interior» entre los cónyuges. Se dirá que según esto también debería inscribirse la enajenación por uno solo de los cónyuges «con reserva», pero es que en la enajenación tropezaríamos con el artículo 1.377 y no podríamos acudir al 1.384.

Pues bien: si este razonamiento es correcto, no vemos razón para que no se inscriba cuando la mujer no hace declaración alguna sobre el precio, porque estamos lejos de dar valor sacramental a tal declaración.

b) Tras el comentario que he dedicado al artículo 1.370 no necesito indicar que la adquisición que nos ocupa me parece inscribible, incluso cuando el precio no sea pagado al contado, sino con posterioridad a la perfección de la compraventa. Pero al lado de estas dos hipótesis (precio al contado, precio aplazado) hay que considerar, aunque sea brevemente, dos subhipótesis: precio aplazado con condición resolutoria por impago del precio y precio aplazado con hipoteca en garantía de su pago.

La primera subhipótesis puede suscitar duda por esa tendencia (he estado a punto de decir «manía») de considerar esa condición como un derecho de garantía, cuando no es más, ni tampoco menos, que un elemento accidental del negocio de compraventa. Pero ¿qué diferencia hay a estos efectos entre esa condición y la clásica que estudiábamos en Derecho romano *si navis ex Asia veniret* (como resolutoria)? Pues que en la primera cabrá la resolución de pleno derecho del artículo 1.504, y en la segunda será preciso para la resolución la demostración ante el Juez del cumplimiento de la condición. ¿Y tampoco esta segunda podrá pactarse? Contestar que sí sería hacer entre condiciones una distinción que nada autoriza; contestar que no sería concluir que la mujer sólo podrá comprar sin condición, es decir, en adquisición no condicional, pura, y esto sería un exceso de puritanismo...

En cuanto a la segunda subhipótesis (precio aplazado con hipoteca), yo creo lícito aplicar aquí la misma doctrina de los actos complejos que aplicaron las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de mayo de 1968 y 4 de noviembre del mismo año, para permitir al marido (que entonces era el que podía realizar actos de disposición de inmuebles gananciales, pero con consentimiento de la mujer) «adquirir bienes para la sociedad conyugal, hipotecándolos en forma simultánea y conexa, sin necesidad de obtener el consentimiento de la mujer».

Pero aparte de esto, consideremos que con la hipoteca en garantía del precio aplazado, la mujer no vendría a agravar la situación que

para la finca adquirida implica el artículo 1.370 comentado, sino únicamente a reforzar esa responsabilidad dándole efecto contra tercero, de modo que si posteriormente el marido consiente la enajenación, el vendedor podrá en su día ejercitar por el impago la acción hipotecaria (aparte de la responsabilidad de los demás bienes gananciales por el consentimiento *a posteriori* del marido).

Se dirá que puede suceder que por impago de intereses el vendedor-acreditor pida ampliación de la hipoteca, al amparo del artículo 115 de la Ley Hipotecaria, con lo cual se agrava la situación de la otra parte. Pero hay que tener en cuenta: que si la finca permanece en poder de la adquirente, la ampliación se verifica sobre la misma finca, y que si ésta ha pasado a manos de un tercer poseedor, la ampliación tendrá que hacerse sobre otros bienes del deudor, que en este caso será la mujer, si bien ese tercer poseedor sólo surgirá con el consentimiento *a posteriori* del marido.

E) El cobro de créditos

A pesar del enunciado, no me voy a referir ahora a toda clase de créditos, sino a uno en particular, a saber: el que se genera en la venta con precio aplazado a favor del vendedor para ser satisfecho del importe de dicho precio. Cuando el objeto de la compraventa es un bien ganancial, ese crédito tendrá también tal carácter: ¿quiere esto decir que el ejercicio judicial o extrajudicial de tal crédito corresponde conjuntamente a ambos cónyuges? En principio, y partiendo de que no exista norma contractual, judicial o legal de atribución de la administración a un solo cónyuge, hay que contestar afirmativamente: la regla general de administración conjunta del artículo 1.375 así lo impone.

Pero esta regla general admite dos excepciones: una derivada del artículo 1.385, 1, y otra del principio de libertad de contratación entre cónyuges proclamado por el artículo 1.323.

1.^a ¿Cuándo será aplicable el primero de dichos artículos? Pues cuando el crédito aparezca constituido a nombre de uno de los cónyuges. Esto sucederá cuando el inmueble esté inscrito a tal nombre, aunque lo sea para la sociedad conyugal. No queremos decir que en este caso el crédito no sea ganancial, sino que nace en cabeza de un sólo cónyuge, y a éste corresponderá reclamarlo judicialmente y percibirlo extrajudicialmente, dando recibo, carta de pago, del mismo, sin perjuicio de que su importe pase a ser ganancial.

2.^a. Nada impide que apareciendo inscrito a nombre de ambos cónyuges el inmueble que se enajena, en la escritura de compraventa o en que se formalice cualquier otra transmisión, uno de los cónyuges faculte al otro para recibir el pago del precio o parte de él que se aplace. Esta o aquél seguirán el destino que ambos cónyuges hayan convenido, y como éste puede ser el de hacerse privativos del cónyuge perceptor, admitimos incluso que tal facultad de cobro se conceda con carácter irrevocable; queremos decir que como cabe que el conferimiento de tal facultad presuponga un reconocimiento de propiedad privativa, cabe que no sea revocable, puesto que con su revocación el cónyuge que antes facultó y ahora se vuelve atrás iría contra sus propios actos.

Pero ¿qué sucederá cuando el precio aplazado se halle enlazado con la condición resolutoria de la compraventa por impago de aquél? ¿Alcanzará la facultad de cobro de un cónyuge en los dos supuestos antes dichos a la, a mi juicio, mal llamada cancelación de la condición resolutoria?

Entiendo que sí porque la ineficacia de la condición resolutoria es consecuencia necesaria y directa del pago, sin que quepa similitud con la hipoteca, que es un derecho real accesorio de la obligación asegurada, pero distinto de ella. Es decir, que lo que el vendedor-acreedor hace es declarar el incumplimiento de la condición resolutoria pactada, sin cancelación alguna.

V. EL NUEVO REGIMEN DE PARTICIPACION Y SU POSIBLE INFLUENCIA EN EL TRAFICO

Aunque este régimen es nuevo en nuestro Derecho, todos sabéis en qué consiste. Como dice el artículo 1.569 del Código Civil francés: «Durante el matrimonio (mejor sería decir durante la vigencia del régimen) éste funciona como si los esposos estuvieran casados en el régimen de separación de bienes», y a la extinción —añadimos— cada cónyuge participa en las ganancias del otro, es decir, en el superávit del patrimonio final sobre el inicial, en la proporción establecida e igual para ambos cónyuges.

Esta proporción es la mitad, si bien cabe pactar otra participación distinta a menos que existan descendientes no comunes, es decir, de uno solo de los cónyuges (habidos con un tercero). Y aquí empiezan las dificultades. Porque supongamos una adquisición por uno solo de los cónyuges, para cuya inscripción en el Registro como privativa se presentan

(a fin de impedir la inscripción en el Registro como ganancial) las capitulaciones matrimoniales en que se pacta por los cónyuges el régimen de participación, pero con participación de la tercera parte de las ganancias. ¿Será preciso exigir la prueba de que no existen descendientes comunes, puesto que la existencia de éstos determinaría la nulidad? ¿O habrá que entender que la capitulación es válida, pero con ampliación de la participación a la mitad (si existen tales descendientes), a pesar de que los cónyuges podrían preferir la participación reducida o, por nulidad de la capitulación, el régimen ganancial?

Y lo que, desde luego, habrá que rechazar es la ampliación de la cláusula, v. gr., del tercio a la mitad en caso de que el descendiente no común naciera posteriormente al convenio de participación. ¡Tendría gracia que el adulterio pasara con esta interpretación de ser un delito a ser una fuente de enriquecimiento!

Pero volviendo al superávit partible: la fijación del que pueda darse en el patrimonio de cada cónyuge exige un «pesaje» de los patrimonios inicial y final. Y ante la posibilidad de que alguno de los cónyuges pretenda escamotear bienes de su patrimonio para reducir o anular el superávit mediante donaciones o actos fraudulentos, el Código, con buen acuerdo, manda traer, contablemente, al menos, a la respectiva masa patrimonial de cada cónyuge los bienes que hubieran salido de ella a título gratuito sin consentimiento del otro consorte, e incluso permite (artículo 1.433) a éste impugnar esas enajenaciones (y las realizadas en fraude de su derecho) durante el plazo de dos años desde la extinción del régimen si no hubiese bienes en el patrimonio deudor.

Y aquí viene el porqué del epígrafe. ¿Esa impugnación afectará al primer adquirente del donatario de los bienes, que vendrían así a quedar fuera del tráfico (o poco menos) por la amenaza pendiente? No; el Código (art. 1.434) defiende a los adquirentes a título oneroso y de buena fe, y yo creo que esta buena fe no desaparece por el conocimiento que ese adquirente tenga por el Registro de la Propiedad (o por cualquier otro medio) de que falta el consentimiento del otro cónyuge, porque han de cumplirse otras dos condiciones para que nazca la facultad de impugnar: que no haya bienes en el patrimonio deudor y no hayan transcurrido dos años desde la extinción del régimen. Y el Registro no puede informar al que pretenda adquirir durante la vigencia del régimen, si en su día existirán o no bienes en el patrimonio deudor, y después de extinguido, si han transcurrido o no los dos años aludidos.

¿Que será conveniente, no obstante, que en la escritura de donación,

y en su caso, en el Registro, conste el consentimiento del cónyuge del donante? Desde luego que sí, para evitar dificultades en su día.

¿Que será conveniente que en el Registro conste expresamente la falta de consentimiento del cónyuge del donante? Desde luego que no, para evitar enturbiar el tráfico jurídico.

VI. LA SEPARACION DE BIENES. SU REPERCUSION REGISTRAL

En esta rápida exposición de problemas y cuestiones, para que este régimen no se sienta menospreciado, voy a ocuparme de hacer un ligero comentario del artículo 1.436 y una advertencia respecto al 1.444, 2, que puede confundir a alguno.

a) El artículo 1.436 viene a imponer la anotación o inscripción de las demandas o sentencias, respectivamente, de separación de bienes en el Registro de la Propiedad si recayeran sobre inmuebles. Pero hay que decir a este respecto:

1.º Que a pesar del empleo por el mismo del verbo «deber» no son obligatorias ni la anotación ni la inscripción.

2.º Que el supuesto para tales anotación e inscripción no es que «recayere sobre bienes inmuebles», porque la demanda y la sentencia a las que se refiere el verbo recaer, a pesar de ir en singular, no recaen sobre los bienes, sino que tal supuesto es el de que entre los bienes comunes de los cónyuges haya inmuebles.

3.º Que dado que ahora para la administración y disposición de los bienes comunes es necesario, por regla general, el consentimiento de ambos cónyuges, no se ve utilidad, en general, en dichos asientos registrales. Para lo que puede interesar el conocimiento del cambio de gananciales a separación es para que la adquisición por un solo cónyuge no se inscriba como ganancial, y para esto ni el Registro dirá nada respecto a la finca de que se trate, por estar en el patrimonio del transmitente, ni podrá dispensarse la prueba de la separación en el momento de la adquisición. Sólo en los casos excepcionales en que corresponda la administración a uno de los cónyuges puede resultar útil la constancia registral de la separación para cortar la actuación unilateral de ese cónyuge.

4.º Que si el régimen vigente hasta la separación es el de participación tampoco tiene utilidad la registración del cambio, puesto que en

ambos regímenes sólo existen bienes propios de los que puede disponer libremente el cónyuge propietario, y la constancia del nuevo régimen sólo puede interesar cuando se done algún inmueble, para que se vea que no es de aplicación el ya estudiado artículo 1.433 (posibilidad de impugnación de la enajenación a título gratuito), por lo que no es necesario anticiparse a hacer constar el nuevo régimen en todas las fincas, por si luego se dona alguna... y se dan las demás circunstancias del artículo 1.433.

b) La advertencia aludida respecto al artículo 1.444, 2 (que salvo para acreditar el día de mañana la propiedad de bienes de los que se carezca de título, se considera perfectamente inútil), se refiere al empleo de la expresión «los bienes que..., en todo o en parte, hubieren tenido carácter ganancial». ¿Cómo va a ser un bien, en parte, ganancial y, en parte, privativo? Porque ni aun en el caso del actual artículo 1.354 ocurre eso, sino que hay una participación totalmente ganancial y otra totalmente privativa.

La expresión que viene, modificada, del artículo 1.439 del Código Civil antes de la reforma (que hablaba correctamente de «la totalidad de los bienes, aunque, en todo o en parte, sean los mismos existentes antes»), habrá que entenderla en el sentido de que los bienes se considerarán privativos, aunque alguno, algunos o todos hubieran tenido carácter ganancial. Y para esto no se necesitaba gastar medio artículo...

PEDRO AVILA ALVAREZ
Notario de Madrid (excedente)
Registrador de la Propiedad de Madrid