



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE DERECHO

Grado en Derecho

Título del Trabajo: Régimen de separación de bienes: pertenencia de los bienes en el régimen de separación.

Autor: Elisa Hernández Hernández

Tutor: Fernando Crespo Allué

1 de julio de 2014

ABSTRACT

The separate of estates regime is characterized by the principle of conservation of separate ownerships and full power of disposition and management of possessions. The common life they access to by marriage blurs this rule resulting confusions of entitlements, in which there is reasonable doubt or inability to attribute the exclusive ownership of a property or right to either spouse. Facing the conflict, this project studies several possible means to resolve these situations and get exclusive property declaration in favour of one of the spouses. According to subsidiary related features, Article 1441 CC acts as a standard closed system.

El régimen de separación de bienes se caracteriza por el principio de titularidades separadas y conservación de plenas facultades de disposición y gestión sobre los bienes propios. La vida en común a la que acceden los cónyuges por el matrimonio desdibuja esta regla general dando lugar a situaciones de confusión de titularidades, en las que hay dudas razonables o imposibilidad de atribuir la titularidad privativa de un bien o derecho a alguno de los cónyuges. Ante el conflicto planteado, el presente trabajo trata de estudiar los diversos medios posibles para resolver estas situaciones y conseguir la declaración de la titularidad exclusiva a favor de uno de los cónyuges

KEYWORDS

Separate of estates, Formal ownership, compensation, legal presumptions, conventional compacts.

Régimen de separación de bienes, titularidad formal, contraprestación, presunciones legales, pactos convencionales

ÍNDICE

1. Introducción.....	4
2. Pertenencia de los bienes en el régimen de separación.....	8
2.1. Análisis del artículo 1437 del Código Civil.....	8
2.2. Pactos convencionales de propiedad.....	14
3. Titularidades confusas.....	20
3.1. Planteamiento general.....	20
3.2. Criterios de determinación de la titularidad.....	22
3.2.1. Principio de titularidad formal.....	22
3.2.2. Principio de subrogación real.....	31
3.2.3. Presunciones posesorias.....	39
3.2.4. Confesión de privatividad.....	44
3.2.5. Artículo 1441 del Código Civil.....	52
4. Conclusiones.....	74
5. Bibliografía.....	77

1. INTRODUCCIÓN.

Hasta la reforma del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, el régimen de sociedad de gananciales era el único que tenía una regulación completa en el Código Civil. El régimen de participación en las ganancias no era ni siquiera mencionado, mientras que la separación de bienes se aplicaba en dos supuestos tasados. El primero contemplado en el antiguo artículo 50¹, en virtud del cual, si a pesar de la prohibición contenida en el artículo 45², las personas a las que se refiere el mismo contraían matrimonio, éste deberá someterse a las reglas de la separación de bienes. El segundo de los supuestos contemplados se encuentra en el anterior artículo 1433³ que recoge una serie de causas, en virtud de las cuales, tanto el marido como la mujer podían solicitar la

¹ “Artículo 50: *Si, a pesar de la prohibición del artículo 45, se casaren las personas comprendidas en él, su matrimonio será válido, pero los cónyuges quedarán sometidos a las siguientes reglas:*

Primera. Se entenderá contraído el casamiento con absoluta separación de bienes, y cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio.

Segunda. Si uno de los cónyuges fuera menor no emancipado, no recibirá la administración de sus bienes hasta que llegue a la mayor edad. Entre tanto, sólo tendrá, sobre dichos bienes, derecho a alimentos.

Tercera. En los casos del número tercero del artículo 45, el tutor cesará en su cargo, perdiendo la administración de los bienes de la persona sujeta a tutela desde que se celebre el matrimonio”.

² “Artículo 45: *Está prohibido el matrimonio:*

Primero. Al menor de edad no emancipado por anteriores nupcias que no haya obtenido la licencia de las personas a quienes corresponda otorgarla.

Segundo. A la viuda durante los trescientos un días siguientes a la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento, si hubiese quedado encinta, y a la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo, en los mismos casos y términos, a contar desde su separación legal.

Tercero. Al tutor con las personas que tenga o haya tenido en guarda hasta que, cesado en su cargo, se aprueben las cuentas del mismo, salvo el caso de que el padre de la persona sujeta hubiese autorizado el matrimonio en testamento o escritura pública”.

³ “Artículo 1433: *El marido y la mujer podrán solicitar la separación de bienes, y deberá decretarse:*

1º. Cuando se haya dictado sentencia de separación personal.

2º. Cuando el cónyuge del demandante hubiese sido declarado ausente o hubiese sido condenado a una pena que lleve consigo la interdicción civil.

Para que se decrete la separación de bienes bastará presentar la resolución judicial firme recaída respecto de cada uno de los casos expresados”.

separación de bienes. En definitiva, el régimen de separación de bienes se configuraba como la sanción a imponer por el incumplimiento de determinados requisitos, o bien como solución más conveniente cuando se decretaba canónicamente la separación de cuerpos o ante la declaración de ausencia o condena penal de uno de los cónyuges.

Originariamente, el matrimonio restringía la capacidad jurídica de la mujer. El Código Civil otorgaba al marido la jefatura de la sociedad conyugal y sólo él podía administrar los bienes comunes. Mientras que la mujer era relegada a una posición análoga a la de una persona incapaz. Las sucesivas reformas del Código Civil han ido eliminando progresivamente los obstáculos a la capacidad de jurídica de la mujer casada. Así la Ley de 25 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del mismo, incluye en el artículo 1413 la previsión de que el marido, a pesar de seguir siendo el administrador de la sociedad conyugal, necesitará autorización de la mujer o, en su caso, autorización judicial, para la realización de actos dispositivos sobre bienes inmuebles o establecimiento mercantiles.

En una segunda reforma operada por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, desaparece la necesidad de licencia marital para que la esposa pudiese disponer de los bienes parafernales y de los comunes. Esta reforma introduce la denominada “*potestad de La Llave*” en el artículo 66, gracias a la cual la mujer podrá disponer de los bienes comunes para atender las necesidades ordinarias de la familia, sin necesidad de la autorización de su marido.

Finalmente, la entrada en vigor de la Constitución y, con ello, el principio de igualdad y no discriminación del artículo 14 impregna todo el ordenamiento jurídico y, concretamente, la regulación del matrimonio y de los regímenes económicos matrimoniales.

Actualmente, el régimen de separación de bienes se constituye como régimen legal supletorio de segundo grado. Debido a las ventajas que presenta, ha llevado a muchos matrimonios a establecerlo en capitulaciones matrimoniales. Resulta especialmente conveniente cuando uno de los cónyuges se dedica a la actividad empresarial, cuando existe un desequilibrio entre los ingresos de ambos o, incluso, debido a la facilidad de resolver unilateralmente el matrimonio por el divorcio.

Junto al Código Civil, las Comunidades Autónomas de Cataluña⁴, Baleares y más recientemente Valencia⁵, regulan en sus textos normativos el régimen de separación de bienes como régimen legal supletorio de primer grado. No obstante, diversas voces propugnan un cambio por el que se desplace el régimen de sociedad de gananciales como régimen legal, y su posición sea ocupada por el de separación de bienes, debido a su mayor simplicidad tanto entre los cónyuges como frente terceros, como su mejor adaptación a la creciente situación de inestabilidad matrimonial.

El régimen de separación de bienes se caracteriza negativamente por la ausencia de un patrimonio conyugal afecto a las necesidades familiares, y, positivamente, porque cada cónyuge es titular de los bienes que le pertenecían antes de contraer matrimonio y los que adquiriera después por cualquier título. Pero no solo eso, sino que, además, cada uno de ellos ostenta facultades plenas y exclusivas para la administración y disposición de los bienes y derechos que les son propios. Por tanto, la nota fundamental que constituye la esencia del régimen de separación de bienes y lo distingue de los demás es el principio de separación de titularidades y conservación de las facultades de gestión y disposición.

No obstante, mediante el matrimonio los cónyuges acceden a una comunidad de vida relativamente estable a lo largo del tiempo, caracterizada por su eventual disolución unilateralmente. La convivencia de los cónyuges y la vida en común de la pareja provocan que el principio de separación de titularidades que tan fácilmente se predicaba, pueda verse alterado por situaciones de dudosa o incluso imposible determinación de titularidad. Al margen de estas situaciones de titularidades confusas y a pesar de que el matrimonio en régimen de separación de bienes no crea por sí mismo un patrimonio común, ello no es óbice para que los cónyuges, en virtud de su autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación que les reconoce el artículo 1323 CC, puedan adquirir bienes conjuntamente constituyéndose una comunidad ordinaria.

Cuando nos encontramos ante un bien o derecho cuya titularidad es confusa es necesario determinar quién es su titular o titulares. Del artículo 1437 CC se extrae que los bienes pertenecen al cónyuge que participó en el hecho adquisitivo, incorporándose en su patrimonio. Ello ha llevado a la mayor parte de la doctrina, especialmente en las primeras décadas tras la reforma del 1981, a afirmar la vigencia absoluta del principio de titularidad

⁴ Última reforma operada por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

⁵ Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano

formal, con independencia de que la contraprestación hubiese sido satisfecha por el cónyuge del adquirente. En cuyo caso, el cónyuge propietario de los fondos sería titular de un derecho de crédito. La aplicación del principio de subrogación real en el ámbito del régimen de separación de bienes ha sido rechazada desde sus inicios. Sin embargo, la jurisprudencia es cada vez más proclive a considerar, en mayor o menor medida, el origen de los fondos utilizados en la contraprestación. Junto a los principios de titularidad formal y subrogación real, otros criterios pueden también influir en las situaciones de titularidades confusas, como la confesión de privatividad, la posesión, los pactos convencionales de propiedad o, incluso, la voluntad posterior de los cónyuges al momento de la adquisición.

Cuando ninguno de los medios anteriores haya resultado satisfactorio, el artículo 1441 atribuye la titularidad del bien o derecho en cuestión por mitad a cada uno de los cónyuges.

El presente trabajo se centra en el estudio tanto doctrinal como jurisprudencial de los principios de titularidad formal, subrogación real, las presunciones posesorias, la confesión de privatividad y la norma de cierre del artículo 1441, así como de sus análogos en el Derecho foral. En último lugar, no terminar sin hacer una breve referencia sobre las cuentas corrientes y la vivienda familiar.

2. PERTENENCIA DE LOS BIENES EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN.

2.1. Análisis del artículo 1437 del Código Civil.

La nota característica del régimen de separación es la autonomía e independencia patrimonial de los cónyuges, que se manifiesta negativamente en la ausencia de una comunidad conyugal y en la no participación de los esposos en la actividad privativa del otro⁶.

Esta idea se encuentra plasmada en el art. 1437 Cc, cuando expresa que: “*En el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título. Asimismo corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes*”. Así, uno de los principios que constituyen la esencia del régimen de separación es el de separación de patrimonios.

Significa que pertenecerán a cada cónyuge los bienes y derechos que tuviesen antes de contraer matrimonio y los que adquieran después por cualquier título, ya sea gratuito, oneroso, inter vivos o mortis causa⁷. Es decir, los esposos que hubiesen sometido sus relaciones patrimoniales al régimen de separación de bienes ostentan una titularidad plena y exclusiva de los bienes que les son propios, sin que exista ninguna injerencia del otro cónyuge en su patrimonio.

Por esto, es irrelevante el momento en que se produzca la adquisición como el título en virtud del cual ha tenido lugar la misma para determinar la titularidad de los bienes de los cónyuges en el régimen de separación. Concreta RIBERA BLANES⁸ que la irrelevancia del momento de la adquisición se debe a que el matrimonio no despliega ningún efecto sobre el patrimonio de los esposos, de modo que los bienes adquiridos se integran en el patrimonio del cónyuge adquirente sin que el otro cónyuge tenga facultades sobre el

⁶ MARTÍNEZ CORTÉS, J., *Instituciones de Derecho Privado*, coordinado por Juan Francisco Delgado de Miguel. Tomo IV, Vol. 2º. Madrid: Civitas, 2002. Pág. 308.

⁷ DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de la familia*, dirigido y coordinado por Joaquín José Rams Albesa. Madrid: Dikynson, 2009. Págs. 163 y ss.

⁸ RIBERA BLANES, B., *El régimen económico del matrimonio*. Coordinado por Joaquín Rams Albesa y Juan Antonio Moreno Martínez. Madrid: Dikynson, 2005. Pág. 838

mismo. Al igual que el carácter de la adquisición, lucrativo u oneroso, no atribuye la titularidad del bien adquirido al cónyuge que no presente el título de adquisición.⁹

El matrimonio en el régimen de separación no produce ningún efecto en la esfera patrimonial de los contrayentes, por ello conservan la titularidad de los bienes y derechos que ya les pertenecieran antes del establecimiento del régimen. Esta separación de bienes y derechos lleva consigo una separación de titularidades agrupadas en dos patrimonios diferentes. Cada uno de estos patrimonios privativos se rigen por las normas generales: los incrementos o pérdidas patrimoniales se imputan al patrimonio del que proceden o del que es titular el sujeto afectado, sin pasar a un tercer patrimonio o al patrimonio del otro cónyuge. Por ello, no solo pertenece a cada cónyuge los bienes y derechos de los que ya fuesen titular antes de contraer matrimonio y los que con posterioridad a la constitución del vínculo adquieran, sino que además, los incrementos que produzcan esos bienes y derechos privativos se incluirán en el patrimonio del que procedan, sin que pasen a constituir el activo de una masa conyugal ni sobre los que el otro cónyuge tenga ningún tipo de facultad.

10

Efectivamente, el matrimonio no genera por sí mismo un patrimonio común, una masa patrimonial afecta directamente a satisfacer las necesidades de la familia, como ocurre en el régimen económico de la sociedad de gananciales.

Esta independencia patrimonial que refleja el art. 1437 Cc es lo que ha llevado a algunos autores, tales como SAVATIER¹¹, a afirmar que el conjunto de normas que regulan la separación de bienes no constituyen un verdadero régimen. En contraposición, J. CASTÁN TOBEÑAS¹² define el régimen económico matrimonial como el conjunto de soluciones a los intereses económicos de dos personas casadas, y dentro de la separación de

⁹ Respecto de la formación del patrimonio de cada cónyuge, añade DE LOS MOZOS, J.L., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albadalejo. Tomo XVIII. Vol. 3º (Artículos 1411 a 1444 del Código Civil. Madrid: Edersa, 1985. Pág. 349 “(...) sean fruto de su actividad, trabajo o industria, o procedan de los rendimientos de sus propios bienes, o de inversión o reemplazo de sus economías o de la realización de otros bienes o derechos que le pertenezcan. Sin que se haga distinción alguna entre bienes propios o adquiridos”.

¹⁰ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., en *Autonomía de la voluntad...*, op. cit. Pág. 165

¹¹ SAVATIER, R., *La séparation de biens*. Paris: Dalloz, 1973. Pág. 69.

¹² CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*. Tomo V, Vol. I. Madrid: Reus, 2005. Pág. 483.

bienes se impone a los cónyuges el mutuo deber de alimentarse y de contribuir al levantamiento de las cargas. Sin embargo, para REBOLLEDO VARELA¹³ el régimen de separación de bienes no se limita a imponer a los cónyuges el deber de contribuir a las cargas del matrimonio, sino que va mucho más allá, como verdadero régimen que constituye, ya que contiene normas específicas relativas a la titularidad, gestión y administración de los bienes.

En efecto, todo matrimonio precisa de reglas a las cuales someter sus relaciones económicas y patrimoniales. Dichas reglas persiguen una misma finalidad, están conectadas entre sí, conformando un sistema y por tanto un verdadero régimen. Lo cierto es que en el momento en que los cónyuges o futuros cónyuges pactan en capitulaciones matrimoniales el régimen de separación, no nace un patrimonio común y distinto a los privativos, y tal hecho no es suficiente para relegar al régimen de separación de bienes a un mero conjunto de reglas aisladas¹⁴.

Sin embargo, a pesar de esta independencia y autonomía patrimonial que caracteriza al régimen de separación, nada impide que los cónyuges puedan adquirir conjuntamente, de la misma forma que lo harían aquellas personas entre las cuales no media un vínculo matrimonial, al igual que podrían adquirir con terceros, como ha tenido ocasión de precisar la jurisprudencia: “(...) *régimen que se caracteriza por atribuir a cada cónyuge la propiedad de las bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título, correspondiendo asimismo a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes (art. 1437 CC). Resulta pues contrario a la esencia del régimen de separación de bienes la formación de un patrimonio común o la integración de los bienes adquiridos por los cónyuges en una suerte de masa común, pues ello constituye precisamente la esencia del régimen de sociedad de gananciales (art. 1344 CC), no existiendo en el régimen de separación ni comunidad de bienes ni bienes gananciales, lo que no es óbice para que algún concreto bien o derecho (no la generalidad de ellos) pueda corresponder a ambos cónyuges por mitad (...)*”¹⁵.

Apoyando este principio de separación de titularidades, señala DELGADO ECHEVARRÍA¹⁶ que: “*el principio fundamental de un régimen de separación, por lo que hace a la*

¹³ REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes en el matrimonio. El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil*. Madrid: Montecorvo, 1983. Pág. 27.

¹⁴ RIBERA BLANES, B., *El régimen económico del matrimonio...* Op. cit. .Pág. 383

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de León, núm. 152/2001 de 19 abril.

¹⁶ DELGADO ECHEVARRÍA, J., *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*. Madrid: Tecnos, 1974. Pág. 148.

composición y dinámica de los patrimonios del marido y de la mujer, es extraordinariamente simple: el matrimonio no produce directamente ningún efecto en la consistencia de ambos patrimonios, que continúan sometidos a las normas o principios comunes aplicables al patrimonio general de cualquier persona. No se producen transferencias de las titularidades que ostenta cada cónyuge en el momento del matrimonio a otra masa diferente, que no existe; después, los incrementos patrimoniales tanto si provienen del exterior como del interior, forman parte del patrimonio del que proceden o del que es titular el sujeto, sin pasar a un tercer patrimonio ni derivar al del otro cónyuge”.

Además esa independencia no es óbice para que existan transmisiones de bienes o derechos entre los propios cónyuges. No existe incomunicabilidad entre los patrimonios de los esposos, puesto que sería contrario a los art. 1323 y 1458 del Código Civil.

Si los cónyuges adquieren conjuntamente un bien, aunque estén vinculados matrimonialmente, no nace ningún tipo de comunidad conyugal, sino que tales bienes ingresados en su patrimonio por la adquisición conjunta, constituyen una comunidad ordinaria y pertenecen a ambos cónyuges en régimen de proindivisión y en la misma proporción en la que los hayan adquirido, puesto que lo contrario sería negar la esencia del régimen de separación. El régimen jurídico de dicha comunidad está regulado en los artículos 392 y ss. del Código Civil. Aunque esto es evidente, no hay en el régimen de separación de bienes regulado en el Código Civil un precepto que así lo establezca, pero cabe una aplicación analógica de la regla contenida en el precepto 1414 para el régimen de participación¹⁷.

Según el art. 90.2 del Reglamento Hipotecario los cónyuges sometidos al régimen de separación de bienes que adquieran conjuntamente un bien o derecho, ese bien o derecho será inscrito a nombre de uno y de otro, en la proporción indivisa que corresponda a cada uno. Es decir, la comunidad de bienes, cuyos comuneros sean cónyuges que hubiesen pactado el régimen de separación, es totalmente ajena al matrimonio ya que sigue rigiéndose por las normas comunes a toda comunidad de bienes. Estos comuneros, a la vez cónyuges entre sí, disfrutan de todas las facultades que el Código Civil, como tales, les atribuye sin que por el mero hecho de mediar entre ellos un vínculo matrimonial puedan

¹⁷ MARTÍNEZ CORTÉS, J., *Instituciones de Derecho Privado...* Op. cit. Pág. 309

verse limitadas; por ello podrán disponer de la porción que les corresponde enajenándola, cediéndola o bien hipotecándola.¹⁸

DELGADO ECHEVARRÍA describe la simplicidad y dinamismo del régimen de separación: el matrimonio afecta a la composición de los patrimonios privativos, que continúan sometidos a las reglas generales aplicables al patrimonio de una persona en general. No hay transferencia de facultades al otro cónyuge sobre los bienes que conforman el patrimonio de su consorte, ni existe una *vis atractiva* hacia otro patrimonio conyugal, que el matrimonio en sí mismo no ha creado¹⁹.

Sin embargo, REBOLLEDO VARELA no apoya plenamente el principio de separación de patrimonios y la no afectación del matrimonio en la esfera patrimonial. Afirma, por una parte que, aunque el vínculo matrimonial no va a afectar directamente a la composición de los patrimonios de los cónyuges, en los supuestos de confusión de titularidades la existencia del vínculo va a actuar como principio rector para determinar la titularidad del bien o derecho en cuestión. Por otro lado, en la configuración de los patrimonios se van a tener en cuenta las dos siguientes cuestiones: la atribución de los derechos sobre los diferentes bienes y la prueba de esos derechos. En materia de atribución de derechos, cada cónyuge deberá probar que es titular de los bienes que poseía antes de contraer matrimonio y de los que adquiera después por cualquier título. La prueba de las titularidades no plantea gran problemática, cuando los patrimonios están debidamente separados. Sin embargo, añade el autor que el principio de separación de titularidades se va a ver desdibujado por la existencia de una comunidad de vida, ya que el matrimonio influirá decisivamente qué bienes o derechos conforman el patrimonio de cada uno de los cónyuges.²⁰

El artículo 1437 del Código Civil, tras establecer el principio de separación de titularidades, reconoce en el segundo inciso la facultad plena y exclusiva de cada cónyuge para gestionar, administrar y disponer de los bienes que le son propios. Cada uno de los esposos podrá realizar con sus bienes los actos que crea convenientes. Sin embargo, sobre ciertos bienes, como son la vivienda familiar y los bienes de uso ordinario de la familia existen importantes limitaciones de disposición en aras a proteger el interés de la familia. Dichas limitaciones

¹⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Derecho de Familia*, coordinado por Gema Díez-Picazo Giménez, Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2012. Pág. 1212.

¹⁹ DELGADO ECHEVARRÍA, *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*. Madrid: Tecno, 1974. Pág. 149.

²⁰ REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes...* Op. cit. Págs. 77 y ss.

están contempladas en el art. 1320 del Código Civil, en virtud del cual, para disponer de la vivienda familiar y de los bienes muebles de uso cotidiano de la familia, aunque pertenezcan exclusivamente a uno de los cónyuges, es necesario el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

Paralelo al sistema estatal, y en virtud del artículo 149.1.8º de la Constitución las Comunidades Autónomas pueden asumir la competencia para “*la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales*”; pero sólo aquellas Comunidades que tuviesen un derecho civil propio. Y, en efecto, han asumido la correspondiente competencia, incluyéndola en sus respectivos Estatutos las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón y Navarra.²¹

Con el mismo alcance que el artículo 1437 del Código Civil, el artículo 232-2²² del Código Civil de Cataluña expresa que son propios de cada uno de los cónyuges todos los bienes que tenía cuando se celebró el matrimonio y los que adquiriera después por cualquier título. Es decir, que cada uno de ellos ostentan una titularidad plena y exclusiva de los bienes que les perteneciesen antes del establecimiento del régimen y los que adquirieran después por cualquier título.

A renglón seguido, el artículo 232-3 CCCat aporta una solución concreta cuando se trata de adquisiciones a título oneroso, mención que no contiene el Código Civil. Los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges, constante matrimonio, pertenecen a quien conste como titular, con independencia de que el otro cónyuge hubiese aportado los fondos para la adquisición del bien, en cuyo caso se presume que es una donación. Lo que significa que en situaciones de titularidades confusas, el Código Civil de Cataluña opta por el principio de titularidad formal, principio al que nos referiremos con mayor profundidad más adelante.

Sin embargo, en el segundo párrafo de este artículo, cuando el objeto de la adquisición onerosa es un bien mueble de valor ordinario destinado al uso familiar, se presume que pertenece a ambos cónyuges pro indiviso, sin que pueda quedar desvirtuada tal presunción con la prueba de la titularidad formal. Parece que se está refiriendo a los bienes muebles de la vivienda familiar y, el legislador catalán, conociendo las dificultades para determinar la

²¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. Y OTROS, *Curso de Derecho Civil...* Pág. 94 y ss.

²² “Artículo 232-2 CCat: *En el régimen de separación de bienes, son propios de cada uno de los cónyuges todos los que tenía como tales cuando se celebró el matrimonio y los que adquiriera después por cualquier título*”.

propiedad exclusiva de estos bienes, resuelve este problema directamente y opta por la presunción de cotitularidad, que podrá ser desvirtuada por cualquier otro medio de prueba admitido en derecho, a excepción de la titularidad formal.

2.2. PACTOS CONVENCIONALES

Los cónyuges que hayan contraído matrimonio en régimen de separación de bienes pueden incluir en sus capitulaciones matrimoniales cláusulas presuntivas de propiedad, para prevenir las dificultades de prueba en supuestos de confusión de titularidades sobre bienes o derechos, especialmente en relación con la titularidad de bienes muebles. Más aún, teniendo en cuenta que el Código Civil, a diferencia de determinadas leyes autonómicas, no incluye normas presuntivas que afecten a determinados bienes muebles, tales como bienes de uso personal o aquellos destinados a satisfacer las necesidades de la familia.

Siguiendo a la doctrina francesa, BEURIOT²³ define las cláusulas convencionales de propiedad como “*la consecuencia que el contrato de matrimonio deduce de un hecho conocido a uno desconocido por una cláusula que constituye un título de propiedad para el esposo beneficiario mientras no se demuestre lo contrario, cuando se admita esta prueba*”.

Por tanto, los principales problemas que se plantean en relación con estas cláusulas son su admisibilidad y su oponibilidad frente a la norma de copropiedad del art. 1441 del Código Civil.

Dicho problema se resuelve a través de un estudio de las distintas cláusulas convencionales de propiedad²⁴:

- CLÁUSULAS DECLARATIVAS DE PROPIEDAD: tienen como finalidad aclarar la prueba de la titularidad en supuestos de pertenencia confusa de un bien o derecho a uno de los cónyuges.

²³ BEURIOT, J., *Dissolution de la séparation de biens contractuelle. Difficultés de liquidation*. Paris: Recueil Sirey, 1938. Pág., 37

²⁴ MARTÍNEZ CORTÉS, J. en *Instituciones de Derecho Privado...* Op. cit., Págs. 319 y ss.

En el Derecho comparado están expresamente admitidas tanto en Francia como en Portugal, siempre que admitan prueba en contrario y siendo oponibles frente a terceros. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma que expresamente se pronuncie acerca de su validez y eficacia. Así en la doctrina podemos encontrar diversas posturas. Por un lado, la mayor parte de la doctrina se mantiene a favor de la admisibilidad de estos pactos ya que son manifestación de la libertad capitular de los cónyuges recogida en el artículo 1325 del Código Civil, en virtud del cual los otorgantes podrán en capitulaciones matrimoniales estipular, modificar o sustituir su régimen económico o incluir otras disposiciones en relación con el mismo. Otro sector doctrinal admite su validez y eficacia, pero considera dudoso que sean oponibles frente a terceros. Por otro lado, también cabe entender que los pactos convencionales únicamente pueden desplegar sus efectos en el ámbito del derecho material, pero no en el ámbito procesal puesto que sus normas están fuera del poder de disposición de los particulares. Por último, un grupo de autores rechazan tajantemente la validez y eficacia de las cláusulas convencionales de propiedad debido al carácter público de las normas en materia de prueba.

JESÚS MARTÍNEZ CORTÉS aboga por la validez y eficacia de estos pactos siempre que admitan la prueba en contrario. También defienden que la norma del art. 1441 del Código Civil podría ser desvirtuada en la medida que se desprende, de estas cláusulas, la titularidad exclusiva a favor de uno de los cónyuges. No obstante, sólo tendría eficacia *inter partes* y no frente a terceros.

- CLÁUSULAS ATRIBUTIVAS DE PROPIEDAD: son aquellas en las cuales los cónyuges establecen que un bien pertenecerá a uno de ellos, cuando el mismo se encuentre en una concreta situación, sin más requisitos²⁵²⁶.

²⁵ ÁLVAREZ OLALLA, M.P., *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*. Pamplona: Aranzadi, 1996. Págs. 402 y ss.

²⁶ GARRIDO DE PALMA, V. M., en *Derecho de Familia*. Madrid: Trivium, 1993. Pág. 114, aporta el siguiente ejemplo: “*Los bienes que en lo sucesivo se adquirieran pertenecerán en propiedad exclusiva al cónyuge adquirente y su titularidad vendrá determinada, sin necesidad de otro requisito ni posibilidad de prueba en contrario, por lo que resulte de la escritura pública, de la póliza de contratación de valores, del documento privado en defecto de público, de la cuenta corriente, depósito o libreta de ahorro o cualquiera otra operación o documento que conforme a la legislación o a la práctica usual confiera titularidad, con independencia de si expresa o no la relación matrimonial*”.

Estas cláusulas exceden de una finalidad probatoria y pretenden atribuir irrevocablemente la titularidad de un bien o derecho a uno de los cónyuges, a través de la constatación de la situación prevista en los pactos.

No obstante la doctrina no se pone de acuerdo a la hora de determinar la naturaleza jurídica de estas cláusulas: para unos se trata de una donación de bienes futuros y, por tanto, nulas²⁷; para otros suponen una atribución de propiedad derivada directamente de la eficacia real del régimen económico que los cónyuges han constituido²⁸; para otro grupo de autores producen los mismos efectos que la confesión de privatividad de determinados bienes a favor del otro cónyuge.

Para llegar a una solución acudimos a la distinción que, dentro de este tipo de cláusulas, realiza ÁLVAREZ OLALLA²⁹:

- Cláusulas que atribuyen la titularidad al cónyuge que, aplicando las reglas generales de adquisición de bienes, resultaría como tal dueño o titular.³⁰

Estas cláusulas serían inútiles y carentes de virtualidad puesto que no suponen una innovación o modificación de las reglas generales de adquisición de bienes y derechos, y no evitarían una eventual impugnación por simulación del negocio adquisitivo.

- Cláusulas en las que se tipifica un modo de adquirir la propiedad distinto de los enumerados en el artículo 609 del Código Civil³¹, y por tanto de la referencia incluida en el artículo 1437 del CC.

²⁷ Tales como REBOLLEDO, SAVATIER O COLOMER.

²⁸ Así expresa su opinión GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “*La regla de la indivisión en régimen de separación de bienes y su alteración convencional*”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº60, 561. 1984. Págs. 370 y ss.

²⁹ ÁLVAREZ OLALLA, M.P., *Responsabilidad patrimonial*...Pág. 403.

³⁰ Por ejemplo: una cláusula en la que se atribuya la propiedad de un bien inmueble al cónyuge a cuyo nombre esté inscrito en el Registro de la Propiedad.

³¹ Como aquellas cláusulas que establecen que los bienes pertenecen al cónyuge cuyos fondos hubiesen sido empleados en la adquisición.

Entiende la doctrina que en estos casos no estamos en el régimen de separación de bienes, sino que constituyen un régimen atípico, no regulado en el Código. El art. 1325 del CC reconoce la libertad capitular de los cónyuges limitada únicamente por la Ley, las costumbres y el respeto al principio de igualdad de los cónyuges, por lo que estas cláusulas serían perfectamente válidas. Y además siempre y cuando no fueran contrarias al artículo 1328, que recoge el principio de igualdad de los cónyuges en el ámbito convencional.

Así las cosas, y en la medida que la inclusión de estas cláusulas atributivas de propiedad suponen el establecimiento de un régimen económico matrimonial atípico, la discusión se centra en determinar la validez de dicho régimen en nuestro ordenamiento jurídico.

- Cláusulas en las que se pretende predeterminar a priori la titularidad de un cónyuge sobre determinados bienes, presentes o futuros³².

Estas cláusulas atributivas tienen por objeto declarar la propiedad de un bien a favor de uno de los cónyuges, más que atribuir, ya que no son expresión de un negocio de atribución sino más bien de fijación, en definitiva, no establecen modos de adquisición. Así, no atribuyen la propiedad de un bien o derecho a favor de uno de los consortes sino que pretenden clarificar un problema de titularidad, que eventualmente se pueda plantear en el futuro.

En cuanto a los efectos de estas cláusulas, al no utilizarse el término presunción y en la medida que recogen una declaración firme, la doctrina les atribuye el mismo valor o fuerza que a la confesión de privatividad realizada por uno de los cónyuges a favor del otro. Autores como GARRIDO DE PALMA³³ o MONTÉS PENADÉS³⁴ sostienen la misma postura, sin embargo el primero de ellos defiende la vinculatoriedad de la aseveración entre los cónyuges. Por el contrario, ÁLVAREZ OLALLA³⁵ rechaza su

³² Por ejemplo: “*pertenecerán a la mujer los móviles que se encuentren en la vivienda familiar*”.

³³ GARRIDO DE PALMA, V., *Derecho de Familia...* Op. cit. Pág. 116.

³⁴ MONTÉS PENADÉS, *Comentarios al Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1993. Pág. 881.

³⁵ ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad patrimonial...* Op. cit. Pág. 405.

carácter vinculante puesto que estas cláusulas atributivas pueden ser impugnadas por el confesante, probando su falsedad o vicio, lo que considera MARTÍNEZ CORTÉS como una excepción a la regla general del carácter vinculante y obligatorio del pacto capitular.

Por otro lado, hay unanimidad en la doctrina al considerar la inoponibilidad frente a terceros, ya que por sí mismas no son prueba bastante para acreditar la pertenencia del bien concreto a uno u otro cónyuge, ya consten publicadas antes o después del nacimiento del crédito del tercero³⁶. Y por tanto los terceros podrán desvirtuarlas probando la titularidad exclusiva del deudor o bien acudiendo a la norma de cierre del artículo 1441 del CC³⁷.

- CLÁUSULA DE ACRECIMIENTO O TONTINA³⁸: cláusulas con especial relevancia en el Derecho Francés, son definidas por CORNU³⁹ como “*cláusula en cuya virtud los adquirentes de un mismo bien convienen en que la adquisición será reputada, hecha, por cuenta tan sólo del sobreviviente de ellos, desde el día de la adquisición, con exclusión del premuerto, que es retroactivamente considerado como si nunca hubiera sido propietario*”

Tratan de asegurar al cónyuge superviviente la titularidad exclusiva de la vivienda familiar o de cualquier otro bien, ya que el bien es considerado como si jamás hubiese formado parte del patrimonio de causante debido al carácter retroactivo del mecanismo. Autores como GARRIDO DE PALMA⁴⁰ opina que podrían compararse con las atribuciones preferentes en el régimen de gananciales. Por tanto, la cláusula de acrecimiento o tontina se configura como un contrato a título oneroso acompañado de un elemento aleatorio. Combina una doble condición resolutoria y suspensiva; la condición resolutoria que supone el no nacimiento

³⁶ ÁLVAREZ OLALLA, M., *Responsabilidad patrimonial...*Op. cit. Pág. 405.

³⁷ MARTÍN CORTÉS, J., *Instituciones de Derecho Privado...*Op. cit. Pág. 323.

³⁸ Estudiadas por MARTÍNEZ CORTÉS, J., en *Instituciones de Derecho Privado...*Op. cit. pág.323 y ss. En cambio ÁLVAREZ OLALLA no hace referencia a este tipo de cláusulas.

³⁹ CORNU, G., *Vocabulaire juridique*. Paris: Dicos Poche, 2011. Pág. 46.

⁴⁰ GARRIDO DE PALMA, V.M., *Capitulaciones. Régimen matrimonial. Sucesión mortis causa y Estatutos sociales. Armonización con el Protocolo Familiar*. Coordinado por Martín Garrido Melero, Josep María Fugardo Estivill. Vol. 4º. Madrid: Tirant lo Blanch, 2005. Pág. 640.

retroactivo de derechos para el premuerto; y la condición suspensiva, con la atribución en beneficio del sobreviviente de los bienes o derechos objeto del pacto.

En nuestro país tienen cierta acogida legal en el Derecho catalán en las llamadas adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia. Recoge literalmente el artículo 231.15 del Código Civil de Cataluña lo siguiente: “*Los cónyuges o futuros contrayentes que adquieran conjuntamente a título oneroso pueden pactar en el mismo título de adquisición que, cuando cualquiera de ellos muera, el superviviente devenga titular único de la totalidad*”. En cambio, su posible establecimiento en el ámbito del Derecho común se basaría en su validez como contrato a título oneroso con una doble condición suspensiva y resolutoria, con efecto retroactivo, que determinará la propiedad exclusiva del cónyuge sobreviviente y la no propiedad del cónyuge que premuera.

Una de las cuestiones que más polémica ha suscitado es la naturaleza jurídica de esta institución. Las opiniones oscilan en considerar el pacto de supervivencia como una donación *mortis causa*, como un contrato sucesorio entre los cónyuges o, incluso, afirmar que estamos ante un negocio jurídico dual, en el cual confluyen un negocio de compraventa, por un lado, y, de otro, el pacto de supervivencia. No obstante, apunta DE AMUNÁTEGUI que, a pesar de que el *animus donandi* no está presente en estos pactos, se podrían asimilar a actos a título gratuito, por lo que, en general, no podrían perjudicar los derechos de los herederos forzosos o de los acreedores⁴¹.

Finalmente, pueden ser dos los motivos⁴² que llevan a los cónyuges o futuros cónyuges a incluir una cláusula de tontina en capitulaciones matrimoniales, a saber: la existencia de una comunidad de vida y de intereses constante matrimonio, o bien asegurar la situación futura del cónyuge supérstite, mitigando las consecuencias y efectos del régimen de separación de bienes.

⁴¹ GARRIDO DE PALMA, V.M., *Derecho de Familia...*Op. cit. Pág. 118.

⁴² MARTÍNEZ CORTÉS, J., *Instituciones...*Op. cit. Págs. 324 y ss.

3. TITULARIDADES CONFUSAS

3.1. Planteamiento general

Como hemos enunciado anteriormente, la característica fundamental del régimen de separación de bienes es la separación de patrimonios, lo que supone que cada cónyuge ostenta una titularidad plena y exclusiva sobre los bienes y derechos que le pertenecen. No solo eso, sino que cada consorte gestiona, administra y dispone de sus titularidades según lo que más convenga a sus intereses sin que el otro cónyuge pueda influir en sus facultades de decisión. Lo que ocurre es que en la práctica, debido a esa vida en común efecto del matrimonio, resulta inevitable que uno de los cónyuges gestione asuntos del otro. A ello se refiere el artículo 1439 CC cuando reconoce expresamente que *“Si uno de los cónyuges hubiese administrado o gestionado bienes o intereses del otro, tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario, pero no tendrá obligación de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que los invirtió en atenciones distintas del levantamiento de las cargas del matrimonio”*.

Sin embargo, a pesar de este principio general enunciado en la teoría, la práctica nos muestra que la realidad es muy diferente. El matrimonio al que acceden los esposos, aunque su régimen económico matrimonial sea el de separación de bienes, conforma una comunidad de vida, de íntima convivencia, en la cual los intereses colectivos tienen preferencia sobre los individuales. Esta comunidad de vida genera que el principio de separación de patrimonios no se manifiesta de forma absoluta, sino que la realidad demuestra que es frecuente la confusión de titularidades, de mobiliario, dinero aportado e ingresos. En ocasiones no es fácil determinar qué bienes y derechos conforman el patrimonio de cada cónyuge, en especial respecto de los bienes muebles. Si bien esos bienes pertenecen al cónyuge que aparece como tal titular o, por el contrario, se incluyen en el patrimonio del cónyuge que dispuso los fondos para la adquisición del bien o derecho.

Para resolver estas situaciones de dudosa titularidad, que pueden surgir tanto durante como a la extinción del régimen, existen diversos criterios a los que nos vamos a referir a continuación.

Hasta la reforma de 13 de mayo de 1981 no existía en el Código Civil español ninguna norma en sede de separación de bienes que resolviese el problema de la falta de determinación de la titularidad exclusiva de un bien a favor de uno de los cónyuges. Tras la reforma se introdujeron los artículos 1441 y 1442, pero desafortunadamente el problema sigue estando latente en la actualidad. El primero de ellos recoge una presunción de copropiedad cuando ninguno de los cónyuges haya conseguido probar que ese bien o derecho les pertenece en exclusiva, y el segundo introduce una presunción de donación en beneficio de los acreedores cuando uno de los cónyuges haya sido declarado en concurso⁴³. Aunque no hay unanimidad en la doctrina, ya que el artículo 1442 no se encuentra dentro de los preceptos derogados, parece que así lo ha sido en virtud del nuevo artículo 78.1 de la Ley Concursal, de 9 de julio de 2003, que recoge la siguiente presunción: “*Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso*”. Respecto de su predecesor, la Ley Concursal ha introducido las siguientes modificaciones⁴⁴:

- Refunde los antiguos procedimientos de quiebra y concurso.
- Desaparece el periodo de retroacción, en virtud del cual la presunción desplega sus efectos respecto de los bienes donados por el cónyuge concursado a su consorte durante “*el periodo a que alcance la retroacción de la quiebra*”.
- Los autores que apoyan la derogación tácita del artículo 1442 CC consideran que era ineficaz puesto que presumía la donación de la mitad de los bienes mismos y no de la mitad de la contraprestación, presunción que sería desvirtuada fácilmente probando que la adquisición fue a título oneroso. Por esta razón, el objeto de la presunción del artículo 78.1 de la Ley Concursal es la mitad de la contraprestación satisfecha para adquirirlo, que se reintegrará en la masa activa.

⁴³ REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes en el matrimonio...* Op. cit. Pág. 85 y ss.

⁴⁴ DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*. Coordinado por Carlos Martínez De Aguirre Aldaz. Madrid: Colex, 2013. Pág. 279.

- La nueva presunción solo opera si se consigue demostrar que los fondos para la adquisición de los bienes a título oneroso salieron del patrimonio puesto que, en caso contrario, se limita la presunción a la mitad de la contraprestación satisfecha.

3.2. Criterios de determinación de la titularidad

3.2.1. Principio de titularidad formal

En el ámbito del régimen de separación de bienes, la doctrina hace constar las dificultades para demostrar la titularidad exclusiva de los bienes muebles debido a la carencia de títulos que acrediten dicha titularidad, mientras resuelve esta cuestión respecto de los bienes inmuebles o de los muebles de acusada individualización, ya que basta con la presentación de los títulos de propiedad.

En virtud del principio de titularidad formal será titular el cónyuge que ha efectuado la adquisición o a cuyo nombre se ha realizado y así consta en el correspondiente título, con independencia del origen de los fondos. Por tanto, bastaría con la presentación del título de adquisición, acreditando fehacientemente la adquisición por medio de cualquiera de los modos previstos en el artículo 609 del CC, a nombre de uno de los cónyuges, para que fuese considerado como titular; presentación que no será de extraordinaria dificultad para el caso de bienes inmuebles debido a su inscripción generalizada en el Registro de la Propiedad, o bien presentando el documento público o privado en el que conste el acto de adquisición. Tampoco resultará costosa la demostración de la titularidad de bienes muebles que sean susceptibles de inscripción en registros administrativos o de cualquier otro tipo.

En definitiva, el acto de adquisición puede ser probado por cualquier medio de prueba, especialmente mediante documentos públicos o privados en los que consten los títulos de propiedad, o bien mediante la inscripción en el Registro. Pero no sólo eso, sino que los cónyuges o los terceros podrán acudir a cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

La mayor parte de la doctrina⁴⁵, en sede del régimen de separación de bienes, defiende la aplicación del principio de titularidad formal. Sin embargo también podemos encontrar otras posturas abiertas a aceptar el juego de otros criterios, o bien influenciadas por la progresiva evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia.

⁴⁵ REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes en el matrimonio...* Op. cit. Pág. 93 y ss.

Los autores pertenecientes a la doctrina mayoritaria consideran prioritario el hecho adquisitivo, por lo que será titular el cónyuge que aporte el título de adquisición, siendo jurídicamente irrelevante quien ha aportado los fondos para la contraprestación, si su esposo o un tercero. Mientras que en el régimen de sociedad de gananciales ocurre el fenómeno distinto. La adquisición de un bien por uno de los cónyuges no prejuzga el carácter privativo o ganancial del bien en cuestión, sino que habrá que estar a las reglas de privatividad o ganancialidad de los artículos 1346 y 1347 del CC⁴⁶, es decir, que el hecho adquisitivo no determina la pertenencia del bien, de modo que la adquisición de un bien por parte de un cónyuge no determina la titularidad privativa, ya que para ello es necesario probar la procedencia privativa también de la contraprestación utilizada. La defensa del principio de titularidad formal supone la inaplicación del principio de subrogación, imperante en cambio en los regímenes de comunidad.

Dice el artículo 1437 del CC que cada cónyuge es propietario “*de los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título*”. De la dicción literal del mismo cabe entender, especialmente del término “adquirir”, que la atribución de la titularidad sobre un bien a un cónyuge o a otro no va a depender del origen de la contraprestación sino de quién de los dos cónyuges participó en el acto adquisitivo⁴⁷.

La misma línea de pensamiento mantiene REBOLLEDO VARELA⁴⁸ al considerar que “*se ha de aportar la prueba de la adquisición por parte del que alega su propiedad exclusiva, no siendo necesaria la demostración de la procedencia de los fondos empleados (...)*”. En una obra posterior, el mencionado autor justifica su teoría no sólo en el propio significado del artículo 1437 del CC sino en la libre contratación entre los cónyuges y transmisión de bienes y derechos del artículo 1323 del CC: para demostrar la privatividad del bien en cuestión es irrelevante la prueba de que el dinero invertido corresponde en exclusiva al otro cónyuge, ya que, de darse esta situación, la transmisión de fondos puede deberse a la existencia de un contrato o bien de una donación, que únicamente tendrá relevancia en la relación *inter partes*. Así recoge la STS de 19 de diciembre de 1997: “*por el voluntarismo inserto tanto en el art. 1323 como 1324 C.C., es hoy viable acceder a que los propios interesados puedan transmitirse cualquier tipo de bienes, celebrando toda clase de contratos... sin que, obvio es, quepa entender que ello sólo se permitiera a través de la compraventa o de la donación, ya que tanto el reconocimiento o la cesión de derechos, son modalidades,*

⁴⁶ REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes...* Op. cit. Pág. 99.

⁴⁷ ÁLVAREZ OLALLA, M.P., *Responsabilidad patrimonial...* Op. cit. Pág. 373.

⁴⁸ REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes...* Op. cit. Pág. 101

dentro de la tipicidad contractual, que las partes, en uso de esa libertad negocial, podrán utilizar, pues, en virtud de la permisibilidad de dicho artículo 1323 prevalente pues, frente a cualquier normativa que se pretenda sobreponer con carácter imperativo, carácter que, a todas luces no es predicable, sobre el particular, a la que así se contiene en el Título 3º del libro IV, en torno al régimen económico matrimonial del Código Civil".

Por la misma razón, no considera en tal caso REBOLLEDO VARELA que surja, por sí mismo, un derecho de reembolso por parte de quien proporcionó el dinero, sino que dependerá de la relación subyacente. Misma afirmación resulta de la SAP de Alicante de 21 de marzo de 2001 cuando afirma lo siguiente:” *la ausencia de mención de la demandante en los correspondientes recibos o justificantes de pago, se adquirirían por mitad y proindiviso por ambos cónyuges, lo que, habida cuenta el régimen de separación bajo el que había sido celebrado el matrimonio y precisamente por las razones que llevan de ordinario a optar por dicha regulación económico-matrimonial, se estima suficiente a los fines de tener por renunciado por el demandado-reconviniendo cualquier derecho de crédito que pudiera ostentar frente a su esposa y por causa de tales pagos anteriores a la escritura "*

Por tanto, si el bien objeto de la compraventa hubiese sido adquirido por uno de los esposos o por ambos, habiendo sido aportada la contraprestación económica por el otro, en el primer caso, o por uno de ellos en el segundo, se mantendrá en la titularidad al cónyuge adquirente o a ambos, con total independencia del origen de los fondos empleados⁴⁹. En el Derecho común, para el caso en que la adquisición a título oneroso se hubiera efectuado con dinero del cónyuge no adquirente, éste sería titular de un derecho de crédito frente al primero y se procedería al equilibrio de las masas patrimoniales a través de las operaciones de reembolsos y reintegros, bien durante o a la finalización del régimen⁵⁰, con el fin de evitar un enriquecimiento injusto, todo ello salvo que se tratase de un acto de liberalidad que podrá ser impugnado por los herederos del disponente por inoficioso, o por los acreedores en caso de fraude de sus derechos⁵¹. Este es el criterio mantenido en la STS de 19 de julio de 2012: “(...) *tampoco ha resultado acreditado que empleara dinero privativo de su esposa, hoy recurrente en casación, para realizar dichas adquisiciones; cuestión que, por otra parte, si hubiese sido probada, no compete al ejercicio de la acción declarativa sino a una acción de reclamación de deuda a dilucidar separadamente, o en el curso de la liquidación del régimen conyugal".*

⁴⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Derecho de Familia...*Op. cit. Pág. 1214.

⁵⁰ MARTÍNEZ CORTÉS, J., *Instituciones...*Op. cit. Págs. 312 y 313.

⁵¹ DE LOS MOZOS, J.L., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales...*Op. cit. Pág. 350.

Sin embargo, solución distinta recoge el Código Civil de Cataluña⁵². Dispone el artículo 232-3 del CCCat lo siguiente: “*Los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio pertenecen al cónyuge que conste como titular. Si se prueba que la contraprestación se pagó con bienes o dinero del otro cónyuge, se presume la donación. Si los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio son bienes muebles de valor ordinario destinados al uso familiar, se presume que pertenecen a ambos cónyuges por mitades indivisas, sin que prevalezca contra esta presunción la mera prueba de la titularidad formal.*”.

Son tres los fines a los que atiende el mencionado precepto: declarar la pertenencia del cónyuge cuya titularidad conste, confirmar el principio imperante en el régimen de separación de bienes incluso cuando la contraprestación satisfecha proceda del patrimonio del cónyuge no adquirente y, en último lugar, excepcionarla cuando se trate de “*bienes muebles de valor ordinario destinados al uso familiar*”⁵³.

Este precepto consagra definitivamente el principio de titularidad formal lo que supone la inaplicación del principio de subrogación real, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho común que no existe ningún precepto que instaure de forma inequívoca uno u otro principio. En el punto primero del artículo aparece incluida una doble presunción *iuris tantum*:

- Por un lado, se presume que el cónyuge adquirente invirtió sus propios fondos para la compraventa del bien.

La aplicación de esta regla exige la concurrencia de cuatro requisitos relativos al momento de la adquisición, al carácter gratuito u oneroso de la misma, la naturaleza del bien y la constancia de la titularidad. En todo caso, para que pueda entrar en aplicación el artículo 232-3 CCCat la adquisición debe ser onerosa y tener como objeto un bien que no sea mueble de valor ordinario destinado al uso familiar. Cumpliéndose todo lo anterior, basta la prueba de la titularidad formal.

⁵² OBÓN DÍAZ, A., *El principio de titularidad formal en el Código de Familia Catalán y su aplicación en el régimen económico de separación de bienes*, en Noticias jurídicas, año 2009.

⁵³ ARNAU REVENTÓS, L., *Adquisiciones onerosas y titularidades dudosas en el régimen de separación. Los artículos 232-3 y 4 del Código civil de Cataluña*, en Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona: 2011. Pág. 4.

No es necesaria la prueba de que los fondos utilizados en la adquisición proceden del patrimonio del cónyuge adquirente, dado que el propio precepto no lo exige como debido a su redacción en términos amplios.

- Y, por otro lado, en el caso de probarse que la contraprestación procede del otro cónyuge, se presume que ha habido una donación.

Es decir, considera donación y no préstamo la obtención por el cónyuge adquirente de los fondos para proceder a la adquisición. Con anterioridad a la reforma de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, por medio de la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, no cabía presumir la existencia de donación y el “*animus donandi*” tenía que ser efectivamente probado⁵⁴.

La procedencia ajena de la contraprestación no altera la regla general. Sin embargo, probado que los fondos utilizados para la adquisición no pertenecen al cónyuge adquirente, se presume que ha habido donación. La contraprestación puede ser tanto en dinero como en bienes. La literalidad del precepto permite entender que el pago mediante dinero o bienes puede haber sido satisfecho bien por el propio adquirente (supuesto anterior), por su cónyuge, o bien pago por un tercero.

El artículo presupone que la contraprestación ha sido pagada en toda su totalidad mediante bienes o dinero. Sin embargo, nada impide aplicarla también a supuestos de pago parcial o en aquellos que siendo íntegro, sólo parcialmente ha sido pagado con bienes procedentes de un patrimonio ajeno. El legislador autonómico introduce la posibilidad de que la contraprestación sea no dineraria para confirmar que no sólo el precepto es aplicable respecto de adquisiciones onerosas sino también a contratos distintos de la compraventa, como la permuta. Incluso, cuando tratándose de una compraventa, el cónyuge actúe como vendedor, adquiriendo el dinero en qué consiste el precio y, entregando a cambio, un bien perteneciente a su cónyuge⁵⁵.

⁵⁴ GARRIDO MELERO, M., *Derecho de Familia* (Un análisis del Código Civil catalán y su correlación con el Código Civil español). Tomo I. Madrid: Marcial Pons, 2013. Pág. 183.

⁵⁵ ARNAU, RAVENTÓS, L., *Adquisiciones onerosas...* Op. cit. Pág. 8.

La consecuencia de la presunción, es decir, el hecho presunto, es la donación de la contraprestación; donación del cónyuge no adquirente al adquirente. Descarta la posibilidad de entender que el objeto de la donación es el bien adquirido.

El artículo 232-3, párrafo primero, recoge una presunción *iuris tantum*, permitiendo prueba en contrario. No obstante, solo tiene eficacia en las relaciones *inter partes*, impidiendo a los acreedores del donante alegarla o pretender su inoponibilidad, o bien atacarla por causa de fraude o perjuicio, en virtud del artículo 531-14 CCCat⁵⁶. La donación podrá ser revocada por el cónyuge donante si concurre alguna de las causas legales recogidas en el artículo 531-15 CCCat⁵⁷. La prueba en contrario puede recaer sobre el hecho presunto, probando que no hay donación (negocio oneroso), o bien, sobre el enlace entre el hecho base y el hecho presumido⁵⁸.

De modo que para poder destruir esta presunción no basta con demostrar que la contraprestación no pertenecía al cónyuge adquirente, sino que además es preciso eludir la presunción de donación. De conseguir demostrarse que el bien fue pagado por el cónyuge distinto al adquirente y que éste no le donó los fondos para la adquisición, sería titular de un derecho de crédito frente a su consorte.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña mantiene un concepto flexible del significado de donación lo que hace aún más difícil la destrucción de la presunción. Así lo recoge la

⁵⁶ “Artículo 531-14: *No perjudican a los acreedores de los donantes las donaciones que éstos otorguen después de la fecha del hecho o del acto del que nazca el crédito si faltan otros recursos para cobrarlo*”.

⁵⁷ “Artículo 531-15: *Los donantes, una vez han conocido la aceptación de la donación por los donatarios, solo pueden revocar la donación por alguna de las siguientes causas:*

- A) *La supervivencia de los hijos de los donantes, incluso si éstos tenían hijos con anterioridad.*
- B) *La supervivencia de los hijos de los donantes que éstos creían muertos.*
- C) *El incumplimiento de las cargas impuestas por los donantes a los donatarios.*
- D) *La ingratitud de los donatarios. Son causas de ingratitud los actos penalmente condenables que el donatario haga contra la persona o los bienes del donante, de los hijos, del cónyuge, o del otro miembro de la pareja estable, así como, en general, los que representan una conducta con relación a las mismas personas no aceptada socialmente*”.

⁵⁸ Para ARNAU RAVENTÓS, *Adquisiciones onerosas...* Op. cit. Pág. 14, es prueba bastante de la inexistencia del nexo de causalidad la separación legal o de hecho de los cónyuges al tiempo de la transmisión, ya que entiende que en una situación de crisis matrimonial decae la probabilidad de donación entre los cónyuges o ex cónyuges, o de cualquier negocio con causa gratuita.

Sentencia 30/2004 de 28 de octubre del TSJ de Cataluña: “Lo único exigible es que se dé una cumplida prueba de los hechos y que se cubran los requisitos formales de la donación- en este caso, de inmuebles- esto es, la escritura pública, el animus donandi y la aceptación del donatario”.

En el caso de autos, tales requisitos se cumplen sobradamente. Existe una escritura pública primera donde se dice que ambos cónyuges adquieren la titularidad indivisa de los inmuebles, reservándose el marido el usufructo sobre su totalidad y una segunda escritura donde el esposo renuncia a dicho usufructo. Todo ello constante matrimonio y a los efectos de constituir sobre las fñcas una segunda residencia familiar. El precio es abonado por el marido (salvo una mínima parte- tres millones de pesetas- que la esposa aporta) porque él es, por el propio status familiar, el titular del patrimonio conyugal. De ahí, con facilidad, se deducen tanto el animus donandi como la aceptación por parte de la donataria.”

En segundo lugar, el artículo 232-3.2 CCCat recoge una segunda presunción, cuya especialidad reside en el objeto. Dice así expresamente: “Si los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio son bienes muebles de valor ordinario destinados al uso familiar, se presume que pertenecen a ambos cónyuges por mitades indivisas, sin que prevalezca contra esta presunción la mera prueba de la titularidad forma”.

El apartado segundo trata de acreditar la titularidad onerosa, constante matrimonio, de un bien mueble de valor ordinario destinado al uso familiar. El fundamento de esta excepción reside en entender que para la adquisición de bienes de uso familiar y que supongan el gasto de pequeñas cantidades de dinero se ha utilizado el criterio de caja común⁵⁹. Como consecuencia, el precepto presume que pertenecen a ambos cónyuges por mitades indivisas. Si en el número primero prevalecía la titularidad formal, en el apartado segundo se invierte la regla general y el principio de titularidad material prevalece sobre el de titularidad formal. Así entendido, si unos bienes determinados con las características que recoge el artículo constan a nombre de uno de los cónyuges, dicha circunstancia no es suficiente para entender que le pertenecen en exclusiva, ni por parte del cónyuge cuya titularidad no consta alegar que fue él quien pagó con dinero o bienes propios o, en su caso, por uno de ellos en mayor proporción.

En relación con el objeto de la presunción, es preciso aclarar que cuando el legislador se refiere a bienes muebles de ordinario valor, se dirige a bienes de valor medio, que no sean de lujo, ni tampoco a bienes de uso familiar de poco valor o escasa entidad⁶⁰

⁵⁹ GARRIDO MELERO, M., *Derecho de Familia...* Op. cit. Pág. 184.

⁶⁰ GARRIDO MELERO, M., *Derecho de Familia...* Op. cit. Pág. 184.

El ámbito de aplicación de esta última presunción lo acota la autora en las siguientes palabras: “*Si logra acreditarse la adquisición onerosa sin que de ello resulte quién o quiénes son los adquirentes (así, por ejemplo, mediante un simple ticket de compra sin alusión alguna al comprador), entonces el supuesto deberá resolverse acudiendo al art. 232-4 CCCat. Si la prueba de la adquisición onerosa implica prueba de la titularidad material (así, porque consta quien compró y a quién se hizo entrega, y es sólo uno de los cónyuges), se habría aportado algo más que “la mera prueba de la titularidad formal”, acreditándose a quien corresponde también la material y, en consecuencia, desvirtuando la presunción. Su ámbito natural de aplicación, pues, se reduce a aquellos supuestos en los que la prueba de la adquisición onerosa se sustenta en una prueba de la titularidad sólo formal (esto es, en una prueba de la constancia del bien a nombre de uno de los cónyuges como titular)”.*

La presunción del artículo 232-3.2 CCCat es de titularidad material compartida y en régimen de proindivisión, es decir, se presume que tales bienes les pertenecen a ambos, pero no que hayan sido adquiridos conjuntamente. En definitiva, la presunción no impide que se pueda demostrar la titularidad exclusiva a través de cualquier medio de prueba pero sí que esa titularidad exclusiva se base en el principio de titularidad formal⁶¹.

Junto con el CCCat, la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, en el artículo 67 CDCB⁶² recoge como régimen legal supletorio, en defecto de capitulaciones matrimoniales o “*espòlits*”⁶³, el de separación de bienes. Por remisión del artículo 67, la regulación del régimen de separación de bienes se extiende a lo largo de los artículos 3 y siguientes de la CDCB. Concretamente, el artículo 3.3 opta, como en el CCCat, por la vigencia del principio de titularidad formal, en virtud del cual, lo determinante para atribuir la titularidad de un bien o derecho a un esposo u otro no es la procedencia de la

⁶¹ GARRIDO MELERO, M., *Derecho de Familia...* Op. cit. Pág. 184

⁶² “Artículo 67 CDCB: *En defecto de “espòlits”, el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes, que reconoce a cada cónyuge el dominio, disfrute, administración y disposición de sus bienes propios. El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. 2. Los cónyuges vendrán obligados a contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de pacto, lo harán en proporción a sus recursos económicos. Si existe dote u otros bienes afectos al sostenimiento de las cargas familiares, sus frutos y rentas se aplicarán preferentemente a dicho fin”.*

⁶³ *Capitulación matrimonial verdaderamente típica y entrañable, especialmente entre las familias campesinas, comprensiva de un conjunto de contratos unidos a la ley de sucesión familiar*”. Definición recogida en el Acta de la Sesión de las Cortes celebrada el 18 de abril de 1961.

VILA RIBAS, C., *Los regímenes económicos matrimoniales en los Derechos civiles forales o especiales*. Coordinado por Óscar Monje Balmaseda. Madrid: Dykinson, 2010. Pág. 693.

contraprestación sino el contenido del documento en el que se formaliza la adquisición⁶⁴. Así recoge expresamente el mencionado precepto: “Serán bienes propios de cada cónyuge los que le pertenezcan al establecerse el régimen de separación y los que adquiriera por cualquier título mientras el mismo esté vigente.

No obstante, salvo prueba en contrario, se presumirá que pertenecen a los cónyuges, por mitad, los bienes integrantes del ajuar doméstico, no entendiéndose comprendidos en la presunción las joyas y objetos artísticos e históricos de considerable valor. Al fallecimiento de uno de los cónyuges, corresponderán aquéllos en propiedad al sobreviviente, sin computárselos en su haber”.

El Derecho civil aragonés en el artículo 206.1 del Código del Derecho foral aragonés⁶⁵, mucho más escueto, conciso y directo que otras disposiciones, aboga expresamente por el principio de titularidad formal puesto que será titular dominical el cónyuge que determine el título de adquisición.

Mientras que una aplicación absoluta del principio de titularidad formal es defendida por la mayor parte de la doctrina, también encontramos autores que apoyan la entrada de otros criterios, no únicamente el de la subrogación real, a raíz de la progresiva apertura tanto del Tribunal Supremo como de instancias inferiores. Una opinión intermedia sería la mantenida por DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN⁶⁶ al considerar que la titularidad formal debe regir frente terceros, mientras que el principio de subrogación real ha de imperar en las relaciones inter partes.

⁶⁴ VILA RIBAS, C., *Los regímenes económicos matrimoniales...* Op. cit. Pág. 700.

⁶⁵ Junto con la proclamación del principio de titularidad formal, el artículo 206 del Código del Derecho foral aragonés recoge presunciones aplicables en supuestos de titularidades confusas. La transcripción literal del artículo completo es la siguiente: “Artículo 206: 1. La titularidad de los bienes corresponderá a quien determine el título de su adquisición. 2. Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges corresponde la titularidad de algún bien o derecho o en qué proporción, se entenderá que pertenece a ambos por mitades indivisas. 3. Se exceptúa de lo establecido en el apartado anterior los bienes muebles de uso personal o que estén directamente destinados al desarrollo de la actividad o profesión de uno de los cónyuges y que no sean de extraordinario valor, que se presumirá que pertenecen a éste”. Por tanto, en caso de duda, se entenderá que pertenecen a ambos cónyuges en régimen de proindivisión, salvo que sean bienes personales o destinados directamente al desarrollo o actividad de uno de ellos, siendo de valor medio, en cuyo caso pertenecerán al cónyuge que los utiliza.

SOTOMAYOR PERALES E., Y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, M.J., *Los regímenes económicos matrimoniales...* Op. cit. Pág. 130.

⁶⁶ DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil (IV)*... Op. cit. Pág. 156

3.2.2. *Principio de subrogación real*

El principio de subrogación real cumple en el ámbito de los regímenes económicos matrimoniales una función de equilibrio entre las masas patrimoniales, de modo que la salida de alguno de uno de sus componentes para introducirse en un patrimonio distinto, venga seguida por la integración de otro que lo sustituya, todo ello para evitar un enriquecimiento injusto. Concretamente, la defensa de este principio en sede de separación de bienes supone que el hecho de haber adquirido el bien con fondos propios de uno de los adquirentes, hace que lo adquirido deba considerarse íntegramente de su propiedad. Si uno de los cónyuges adquiere bienes con fondos propios de su consorte, aquéllos pertenecerán íntegramente a éste por la aplicación del principio de subrogación real, con independencia de hayan sido adquiridos por el otro y a su nombre. Por tanto, el hecho adquisitivo decae frente al origen de la prestación, que pasa a un segundo plano.

La inmensa mayoría de los autores proclaman la inaplicación del principio de subrogación real en separación de bienes, afirmando en cambio su proyección en los regímenes de comunidad. Especialmente, la subrogación real se aplica, respecto de los bienes gananciales, cuando uno de los cónyuges dispone de los mismos salvo que se trate de una donación o préstamo de la comunidad conyugal al cónyuge. En relación con los bienes privativos, trata de evitar el juego de la *vis atractiva* del patrimonio conyugal potenciado por la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del CC, de modo que los bienes adquiridos con fondos propios de uno de los cónyuges, le pertenecerán privativamente, salvo que, a pesar del origen de los fondos, los cónyuges les hayan querido dotar de carácter ganancial o bien por ministerio de la ley, en cuyo caso el cónyuge o los cónyuges serán titulares de un derecho de crédito frente a la sociedad ganancial.

Por el contrario, las razones⁶⁷ esgrimidas por la doctrina para la no aplicación en separación de bienes son las siguientes:

- La subrogación real, en cuanto se trata de una excepción, tiene que venir expresamente establecida en la ley. Tampoco cabe una interpretación analógica de las normas relativas de la sociedad de gananciales. En todo caso, habrá de aplicar

⁶⁷ ÁLVAREZ OLALLA, M.P., *Responsabilidad patrimonial...* Op. cit. Págs. 294 y ss. y MARTÍNEZ CORTÉS, J., *Instituciones de Derecho Privado...* Op. cit. Págs. 311 y ss.

los principios generales de la adquisición de derechos reales y el principio de enriquecimiento injusto, de existir adquisición y enriquecimiento patrimonial carente de causa.

- Inexistencia en el régimen de separación de bienes de la necesidad de defensa de los patrimonios privativos frente a la *vis atractiva* de la comunidad conyugal. En el régimen de separación de bienes no existe una masa común, con personalidad jurídica propia, que goza de una *vis atractiva*, lo que hace innecesario aplicar normas de protección de los patrimonios privativos frente a la fuerza que ejerce el patrimonio común. Ni tampoco a la inversa, incluir mecanismos de protección de la masa común frente a los actos adquisitivos individuales de cada uno de los cónyuges.

- El principio de seguridad jurídica⁶⁸ impide la aplicación del principio de subrogación real por razones de “prudencia, justicia y equidad”, debido a que la subrogación real se trata de una excepción.

- Inexistencia de ningún precepto que exija acreditar, junto con la presentación del título de adquisición, la procedencia del dinero para atribuir la titularidad al adquirente. ÁLVAREZ OLALLA acude tanto a Ley como al Reglamento hipotecario. No encontramos en la legislación hipotecaria ni en el CC ningún precepto que proteja al titular de los fondos frente al titular registral. Así el artículo 38 de la LH presume que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento correspondiente, sin que haga ninguna mención a una posible adquisición con fondos de un sujeto no titular. Además en el caso de que el bien o derecho haya sido adquirido conjuntamente *pro indiviso*, el artículo 54 del Reglamento Hipotecario exige que se haga constar la porción que corresponde a cada condueño, pero de ningún modo se exige que conste la cantidad que cada condueño abonó en la contraprestación.

No obstante, debido a los casos de corrupción y para evitar el fraude fiscal y el blanqueo de dinero se han elaborado diversas normativas al respecto. La Ley

⁶⁸ MARTÍNEZ CORTÉS, J., *Instituciones...* Op. cit. Pág. 311.

36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal modifica, entre otras leyes, la Ley del Notariado, en concreto, da nueva redacción al artículo 24⁶⁹⁷⁰. Dentro del deber de velar por la regularidad de todos los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, impone a los Notarios identificar los medios de pago empleados por las partes, así como el momento de la entrega del precio, la cuantía y el modo de pago, en las escrituras relativas a actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Además, se deberá incluir en la escritura la declaración previa del movimiento de los medios de pago aportadas por los comparecientes, cuando sea exigida según la legislación de

⁶⁹ “Artículo 24 (tras la reforma): *En todo instrumento público consignará el Notario su nombre y vecindad, los nombres y vecindad de los testigos, y el lugar, año y día del otorgamiento.*

Los Notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas. En consecuencia, este deber especial exige del Notario el cumplimiento de aquellas obligaciones que en el ámbito de su competencia establezcan dichas autoridades.

En las escrituras relativas a actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles se identificarán, cuando la contraprestación consistiere en todo o en parte en dinero o signo que lo represente, los medios de pago empleados por las partes. A tal fin, y sin perjuicio de su ulterior desarrollo reglamentario, deberá identificarse si el precio se recibió con anterioridad o en el momento del otorgamiento de la escritura, su cuantía, así como si se efectuó en metálico, cheque, bancario o no, y, en su caso, nominativo o al portador, otro instrumento de giro o bien mediante transferencia bancaria.

Igualmente, en las escrituras públicas citadas el Notario deberá incorporar la declaración previa del movimiento de los medios de pago aportadas por los comparecientes cuando proceda presentar ésta en los términos previstos en la legislación de prevención del blanqueo de capitales. Si no se aportase dicha declaración por el obligado a ello, el Notario hará constar esta circunstancia en la escritura y lo comunicará al órgano correspondiente del Consejo General del Notariado.

En las escrituras públicas a las que se refieren este artículo y el artículo 23 de esta Ley, el Consejo General del Notariado suministrará a la Administración tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de esta Ley, la información relativa a las operaciones en las que se hubiera incumplido la obligación de comunicar al Notario el número de identificación fiscal para su constancia en la escritura, así como los medios de pago empleados y, en su caso, la negativa a identificar los medios de pago. Estos datos deberán constar en los índices informatizados.”

⁷⁰ “Artículo 24 (antes de la reforma): *“En todo instrumento público consignará el Notario su nombre y vecindad, los nombres y vecindad de los testigos, y el lugar, año y día del otorgamiento”.*

prevención del blanqueo de capitales. Por otro lado, tanto la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, como el Reglamento que lo desarrolla, aprobado por un Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, impone a los Notarios, en su artículo 4, identificar, mediante documentos fehacientes, la identidad de personas físicas o jurídicas que intervengan en aquellas operaciones cuyo importe sea igual o superior a 1.000 euros, con excepción del pago de premios de loterías y apuestas en los que solo procederá la identificación si la cuantía del premio es igual o superior a 2.500 euros.

- En ocasiones, la subrogación no ofrece más ventajas que el ejercicio de la acción de enriquecimiento, teniendo en cuenta que se trata de una deuda de valor. Puede resultar mucho más ventajoso que el cónyuge obtenga el importe revalorizado de lo que invirtió su consorte para la adquisición del bien, que ser cotitular de un bien destruido, con desperfectos o, incluso, que su valor se haya depreciado por el paso del tiempo.

Por ello, a falta de previsión legal, ÁLVAREZ OLALLA, siendo defensora de la inaplicación del principio de subrogación real en sede de separación de bienes, en el caso de que el cónyuge titular hubiese adquirido un bien con fondos de su consorte, se procedería al equilibrio de las masas patrimoniales a través del ejercicio de las acciones de enriquecimiento injusto, en cualquier momento, ya sea durante la vigencia del régimen o bien en la liquidación a través de las operaciones de reembolsos y reintegros.

Para la inmensa mayoría de la doctrina, en el régimen de separación de bienes no entra en juego el principio de subrogación real, por ello hay que considerar propietario al cónyuge que demuestre el título de adquisición, siendo irrelevante la procedencia de los medios empleados. Otro sector doctrinal⁷¹ mantiene, en cambio, la vigencia del principio de subrogación real en las relaciones internas de los cónyuges, pero no en las relaciones frente terceros.

Para REBOLLEDO, la presentación del título adquisitivo acredita la pertenencia del bien o derecho con independencia del origen de los fondos, salvo que exista una

⁷¹ DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistemas...* Op. cit. Pág. 168.

determinada relación entre los cónyuges que justifique que el bien pertenece al cónyuge titular de los fondos⁷². Puede que exista una apropiación indebida por parte de uno de los cónyuges de los fondos del otro, que los utiliza para adquirir un bien a favor del propietario de los mismos. En este caso, para SAVATIER⁷³, será considerado titular a todos los efectos el propietario de los fondos y no el poseedor. Opinión contraria mantiene REBOLLEDO⁷⁴, ya que será propietario quien participó en la adquisición del bien y no el titular de los fondos, sin perjuicio de la utilización ilícita de fondos ajenos.

Sin embargo, al margen de la apropiación ilícita de los fondos del otro cónyuge, podemos encontrarnos con diversas situaciones en las cuales existe consentimiento del cónyuge titular del dinero para que sea utilizado por el otro esposo en la adquisición, a saber, las siguientes⁷⁵:

- La existencia de un contrato de préstamo entre los cónyuges.

El contrato de préstamo de dinero está regulado en el artículo 1753 del Código Civil, en virtud del cual, el que recibe dinero en préstamo adquiere su propiedad y está obligado a devolverlo al prestamista en la especie pactada y, cuando no sea posible, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España (art. 1170 CC.) Cualquiera de ellos puede entregar al otro, a título de préstamo, una cantidad de dinero para que adquiera un bien, ya que la existencia de una relación matrimonial no limita la posibilidad de celebrar contratos entre los cónyuges, como con terceros; y así viene expresamente reflejado en el art. 1323 CC cuando dice que: “*los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos*”.

En este caso, será titular del bien adquirido con el dinero obtenido en préstamo el cónyuge prestatario y no el cónyuge inicialmente propietario del dinero, que únicamente tendrá derecho a la restitución del préstamo. El incumplimiento de la obligación de restituir no da lugar al nacimiento de ningún derecho sobre el bien adquirido a favor del prestamista, sino que ocupa la misma posición que otros

⁷² REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes...*Op. cit. Pág. 113.

⁷³ SAVATIER, R., *Séparation...*Op. cit. Pág. 74

⁷⁴ REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes...*Op. cit. Pág. 114.

⁷⁵ PÉREZ MARTÍN, A.J., *Regímenes económicos matrimoniales: constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*. Valladolid: Lex Nova, 2009. Pág. 1571

acreedores del prestatario. Para reclamar el dinero por incumplimiento no cabe acción de enriquecimiento injusto, sino acción derivada del contrato de préstamo.

Para ÁLVAREZ OLALLA⁷⁶ existe préstamo en todo caso que un cónyuge utilice fondos del otro en sus propias adquisiciones, ya medie consentimiento expreso o tácito del otro esposo, salvo que se demuestre la existencia de un negocio jurídico distinto.

- La existencia de un mandato no representativo.

El artículo 1709 CC define el contrato de mandato como aquel por el cual una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra. El Código Civil no diferencia rigurosamente entre ambas instituciones, pero su articulado se desprende que la representación no es una característica del mandato⁷⁷. El mandato representativo es aquel en el que el mandatario actúa en nombre y por cuenta del mandante. En cambio, el mandato no representativo o representación indirecta es un contrato por el cual una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra. Aplicado al régimen de separación de bienes significa que uno de los cónyuges adquiere un bien a su nombre con el consentimiento del cónyuge titular de los fondos. El mandatario actúa en nombre propio pero por cuenta del mandante, sin que la relación jurídica entre los cónyuges se exteriorice frente a los terceros. Siguiendo la doctrina mayoritaria en relación con los efectos del mandato representativo y respecto a la titularidad dominical del bien adquirido con los fondos del mandante, podemos concluir que será propietario del bien el propietario de los fondos y mandante, sin que exista una titularidad provisional del mandatario ni posterior transmisión del bien al mandante, ya que la propiedad del bien adquirido por el mandatario a su nombre pasa directamente al mandante. Además el mandante, como titular dominical del bien, puede solicitar la rectificación del Registro de Propiedad en el caso de que el mandatario haya inscrito el bien a su nombre, conforme a los art. 40 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

⁷⁶ ÁLVAREZ OLALLA, M.P., *Responsabilidad patrimonial...* Op. cit. Pág. 301.

⁷⁷ O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil*. Tomo II. Derecho de obligaciones. Madrid: Dijusa, 2009. Pág. 574 y 575.

Así, cuando media entre los cónyuges un mandato representativo en la adquisición de la titularidad rige el principio de subrogación real, puesto que será titular el cónyuge que dispuso los fondos y no quien participó en el hecho adquisitivo.

- La existencia de simulación por interposición de persona.

Hay simulación por interposición de persona cuando existe un acuerdo entre el verdadero titular que dispone de los fondos, el cónyuge interpuesto y el tercero en virtud del cual hacen recaer la titularidad aparente al cónyuge interpuesto cuando quien adquiere el bien y quien interviene directamente en todos los actos relativos a la adquisición es el cónyuge titular del dinero y, en todo caso, verdadero propietario del bien o derecho en cuestión.

En supuestos de contratos simulados por interposición de persona no entra en juego el principio de titularidad formal ya que se estaría protegiendo el fraude y las intenciones de dudosa licitud por parte de uno de los cónyuges, especialmente si se dedica al mundo empresarial. Sino que será reputado verdadero propietario, si se consigue demostrar la simulación, el titular de los fondos, en virtud del principio de subrogación real.

- La existencia de una donación entre cónyuges.

En virtud del contrato de donación y de la libre contratación entre cónyuges del art. 1323 CC, uno de los cónyuges puede donar a otro el dinero necesario para la adquisición de un bien o derecho. La donación será válida siempre y cuando no traspase los límites impuestos por el Código civil: que no vulnere los derechos de los acreedores del donante (art. 1111), ni de sus legitimarios (art. 636), ni comprenda más

de lo necesario para vivir de acuerdo con sus circunstancias (art. 634). Además, cuando el objeto de la donación sea un bien inmueble, el negocio jurídico deberá formalizarse en escritura pública (art. 633). El problema estriba en determinar si el objeto de la donación ha sido dinero o el bien, que dependerá de las circunstancias concurrentes. ÁLVAREZ OLALLA se muestra partidaria en considerar que no hay donación del bien sino de dinero, ya que el bien donado nunca entró en el patrimonio del donante.

En el Código Civil de Cataluña éste es el supuesto que se presume cuando hay inversión de fondos de un cónyuge por el otro.

Una vez analizados los anteriores supuestos cabe plantearse si una vez demostrada la utilización de fondos del otro cónyuge por el adquirente, cabe presumir la existencia de alguna de las relaciones jurídicas anteriores con preferencia respecto de las demás. Ante esta cuestión, SAVATIER⁷⁸ considera que cuando uno de los esposos invierte dinero del otro en una adquisición onerosa, se presume salvo prueba en contrario, la existencia de “*animus donandi*” REBOLLEDO VARELA⁷⁹ se opone a este planteamiento en base a la teoría del cobro y pago de lo indebido: será el cónyuge adquirente quien tiene que demostrar que la no devolución se debe a que la entrega se hizo por mera liberalidad o por otra justa causa, como expresa el art. 1901 CC, sin que puede presumirse la existencia de una donación. Por el contrario, ÁLVAREZ OLALLA⁸⁰ estima que cuando uno de los cónyuges utiliza fondos de su consorte media entre ellos un contrato de préstamo, sin que sea necesario un consentimiento expresa, ya que basta mero consentimiento tácito del cónyuge no adquirente.

En cuando a la evolución de la jurisprudencia, podemos ver cómo tras la reforma de 1981 se decantaba por la prioridad absoluta del principio de titularidad, para pasar progresivamente a aceptar la entrada de otros criterios en aras a determinar la titularidad privativa de un bien o derecho. Así en la STS de 25 de junio de 1993 refiere a la aplicación absoluta del principio de titularidad formal: “*hay que tener en cuenta que el art. 38 de la Ley Hipotecaria establece que a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo por lo que por el*

⁷⁸ SAVATIER, R., *La séparation de biens...*Op. cit. Pág. 74

⁷⁹ REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes...*Op. cit. Pág. 119.

⁸⁰ ÁLVAREZ OLALLA, M.P., *Responsabilidad patrimonial...*Op. cit. Pág. 300.

mero hecho de la certificación registral aportada a los autos hay que presumir que el piso existe, y que fue adquirido por María José D. y que dicha señora sigue siendo propietaria del mismo a todos los efectos legales bastando con la presentación de tal título para que tales extremos hayan de considerarse probados sin que su titular (la actora) tenga necesidad de ninguna prueba que acredite que el dinero utilizado era suyo “:

Misma posición adopta la STS de 14 de febrero de 1989: “(...) debido a que lo constatado bancariamente y en titulaciones adecuadas y escrituras públicas, sin constancia de oposición con anterioridad al fallecimiento de doña María Balma A. A. por parte del tan mencionado don Luis B. P., ha de entenderse como real, dado que el régimen económico de separación de bienes por el que se regía el matrimonio de que se viene haciendo mención indudablemente conduce a que cada cónyuge normalmente haya de controlar la recíproca actividad adquisitiva y en consecuencia oponerse a que se titule con carácter privativo de uno de ellos, lo que al no evidenciarse acreditado durante la vida de la referida doña María Balma A. A., según viene dicho, en orden a los bienes de que se trata consignados a su exclusivo nombre, es de mantener la titularidad sobre ellos tal como ha sido efectuado, en tanto no se acredite indubitadamente, y no con meras hipotéticas presunciones, lo que no ha sido acreditado(...).”

También encontramos sentencias en las que, de haberse acreditado la inversión de fondos en el bien procedente de uno de los cónyuges, no se habría declarado la titularidad exclusiva del bien, como ocurre en la STS de 6 de febrero de 2006, en relación con la propiedad de la farmacia, que corresponde al esposo: “no se ha probado y tampoco se ha probado que la esposa demandante y ahora recurrente en casación haya abonado una parte y sí se ha probado que la titularidad no es conjunta sino sólo del esposo demandado”.

3.2.3. Presunciones legales

Siendo el principio de titularidad formal el que soluciona las situaciones de indeterminación de la propiedad exclusiva a favor de uno de los cónyuges sometidos al régimen de separación de bienes, cobra importancia, especialmente respecto de los bienes muebles, la

prueba por presunciones, concretamente las recogidas en los artículos 448, 449 y 464 del CC⁸¹, cuando falte o no pueda aportarse el título de adquisición.

Respecto de los bienes inmuebles que, aunque la inscripción en el Registro de la Propiedad es voluntaria, en él aparecen la gran mayoría de ellos, la propiedad privativa de los mismos beneficiando a los cónyuges puede ser demostrada fácilmente aportando la certificación del correspondiente asiento registral. Igualmente, respecto aquellos bienes muebles que acceden a algún tipo de registro público o bien cuando sean de indiscutible individualidad, la prueba de la privatividad presentará problemas menores; incluso cuando quede acreditado quien es el cónyuge adquirente mediante la aportación de la correspondiente factura.

Las dificultades de prueba aparecen cuando se trata de determinar el dominio de bienes muebles de difícil individualización en el tráfico jurídico, ya que en esos casos será muchas veces imposible la aportación de los títulos de adquisición.

Por todo ello, la prueba por presunciones se constituye como un medio de determinación de la titularidad de carácter subsidiario, en defecto del título.

Ahora bien, es preciso plantearse la eficacia de las presunciones legales de posesión en sede de separación de bienes y si puede enervar por sí misma la aplicación del artículo 1441 CC.

El artículo 448 CC explica lo siguiente: *“El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo”*. Así los requisitos⁸² para que esta presunción produzca todos los efectos probatorios tendentes a demostrar la titularidad son dos: en primer lugar la posesión en concepto de dueño, y en segundo lugar que la posesión sea inequívoca. La posesión en concepto de dueño viene expresamente exigida en el propio artículo. Por lo que el cumplimiento de este requisito no sería cumplido si la causa de la posesión es la celebración de un contrato de mandato o depósito con el cónyuge propietario.

En segundo lugar, se viene exigiendo que la posesión no sea equívoca, es decir, que se trate de una posesión exclusiva sobre determinados bienes por uno de los cónyuges; lo que difícilmente puede ocurrir debido a la comunidad de vida del matrimonio, que provoca

⁸¹ La presunción por posesión de los artículos 448 y 449 CC afecta tanto a los bienes muebles como a los inmuebles.

⁸² REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes...* Op. cit. Pág. 123.

que la mayor parte de los bienes muebles sean coposeídos por ambos. Por ello, debido a las escasas situaciones en las que puede haber una posesión exclusiva, una parte de la doctrina ha destacado la carencia de eficacia de este criterio para solucionar los problemas de indeterminación de la titularidad.

El artículo 448 CC dispensa al poseedor de la exhibición del título. El título puede estar consignado en un documento, siendo también igualmente válida la prueba de la titularidad por medio de presunciones y testigos que acreditan la celebración de un contrato verbal⁸³.

No obstante, al contrario de la mayoría de la doctrina, REBOLLEDO VARELA⁸⁴ se atreve a hacer las siguientes matizaciones:

- Que los cónyuges convivan juntos no supone una presunción de coposesión de los bienes que forman parte de la vivienda familiar. Existen bienes que, no siendo bienes de uso privado de uno de los cónyuges, únicamente son poseídos en concepto de dueño por uno de los esposos, a pesar de la convivencia común o, incluso, puede suceder que sean poseídos por ambos pero sólo uno de ellos en concepto de dueño. Por lo que de darse alguna de estas situaciones, el artículo 448 CC produciría todos sus efectos. Además, hay que partir de la base de que este autor defiende la posibilidad de enervar la norma de discutida naturaleza incluida en el artículo 1441 CC⁸⁵.
- La coposesión de los bienes muebles a título de dueño únicamente significa presunción de copropiedad, no copropiedad de modo definitivo, de modo que el cónyuge que se quiere erigir como propietario podrá, mediante todos los medios de prueba admitidos en Derecho, conseguir probar su titularidad de origen.

El artículo 448 CC contiene una presunción *iuris tantum* de propiedad a favor del cónyuge poseedor en concepto de dueño y de forma inequívoca, pero sobre esta presunción cabe la prueba en contrario. Por lo que cuando uno de los cónyuges pretenda demostrar su titularidad única y exclusiva por medio de las presunciones posesorias recogidas en el

⁸³ DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I., *Comentarios al Código Civil*. Dirigido por Andrés Domínguez Luelmo. Valladolid: Lex Nova, 2010.

⁸⁴ REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes...* Op. cit. Pág. 126 y ss.

⁸⁵ “La posesión exclusiva en concepto de dueño por parte de uno de los cónyuges es prueba más que suficiente para considerar que el cónyuge poseedor ha acreditado su propiedad y, por lo tanto, hacer inaplicable la presunción del artículo 1441”.

Código civil, el otro cónyuge dispone de diversas posibilidades para dejar sin efecto tal presunción, a saber, las siguientes:

- Cuando uno de los cónyuges aporte título bastante para acreditar que él mismo lo adquirió, que lo recibió por testamento o bien donación.
- Si el cónyuge no poseedor demuestra que la posesión no es pública ni pacífica, el concepto de dueño y la exclusividad no serán determinantes para otorgar la propiedad del bien al cónyuge poseedor. Ya que en ningún caso se puede reconocer la titularidad del bien del cónyuge que posee de forma violenta y clandestina, en definitiva, sin que medie buena fe.

Una vez examinados los requisitos y la posibilidad de oponerse a las presunciones posesorias, es conveniente analizar su eficacia, especialmente frente al artículo 1441CC, para demostrar la titularidad exclusiva de uno de los cónyuges en sede de separación, debido a la especialidad del ámbito en el que se tratan de hacer valer ya que las personas interesadas no son meros desconocidos.

Frente a la mayoría de la doctrina que defiende la imposibilidad de enervar el juego del artículo 1441 a través de la presunción de posesión por uno de los cónyuges, REBOLLEDO VARELA apoya la teoría opuesta: la posesión exclusiva es medio bastante para establecer una titularidad concreta a favor de uno de los cónyuges, lo que impide la realización del supuesto de hecho de la norma del artículo 1441 CC y con ello enervarla, puesto que se presume que el poseedor es quien adquirió, que es lo determinante de la titularidad en el régimen de separación de bienes. Frente a este autor, DE LOS MOZOS⁸⁶ se opone, tanto debido a la utilidad de la norma dentro del régimen de separación de bienes, como a la escasez de eficacia probatoria de las presunciones posesorias, puesto que éstas no serán suficientes y bastantes por sí mismas para demostrar una titularidad exclusiva si no van acompañadas de algún documento o recibo, o bien corroborada por la confesión del otro cónyuge a favor del poseedor. Otros autores⁸⁷ consideran que no cabe acudir a las reglas posesorias para solucionar los problemas de indeterminación de la propiedad de determinados bienes, en sede de separación de bienes, y con ello, la imposibilidad de desvirtuar la norma de copropiedad con las mismas, ya que el artículo 1441 es norma especial frente a la generalidad de las presunciones posesorias. La ley especial desplaza a la

⁸⁶ DE LOS MOZOS, J.L., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales...* Op. cit. Pág. 359.

⁸⁷ ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad Patrimonial...* Op. cit. Pág. 397.

ley general, por lo que en supuestos de litigio en la determinación de la propiedad, el artículo 1441 impide la aplicación de las presunciones posesorias. Esta última interpretación es también avalada por las Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 28 de junio de 2001, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 19 de septiembre de 2002, al recoger lo siguiente: *“Resultando que los artículos 449 y 1441 del CC se complementan, representando el primero la presunción posesoria genérica y el segundo la norma de cierre en el sistema de atribución de titularidades conflictivas del régimen de separación de bienes”*.

Es frecuente en la jurisprudencia que los cónyuges, ante la ausencia de títulos de adquisición, traten de demostrar la titularidad de los bienes muebles del domicilio conyugal a través de las reglas posesorias de los artículos 449 y 464 del CC. El primero de ellos establece lo siguiente: *“La posesión de una cosa raíz supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, mientras no conste o se acredite que deben ser excluidos”*. Por otra parte, el primer inciso del artículo 464 sigue así: *“La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título”*. Cuando la vivienda familiar pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges, éste trata de probar la titularidad de los bienes muebles existentes en la misma, en virtud del artículo 449 CC, es decir, que siendo propietario único y exclusivo del bien inmueble, y por tanto poseedor, también posee los bienes y objetos dentro de ella y, en consecuencia, la posesión de buena fe de estos bienes muebles equivale al título, según lo previsto en el art. 464 CC.

Las reglas posesorias podrían producir el efecto perseguido si los litigantes no fuesen convivientes o bien siéndolo, no pretendiesen la titularidad exclusiva de los bienes muebles de la vivienda común o de otros bienes poseídos conjuntamente. Siendo la cuestión planteada entre esposos en régimen de separación de bienes respecto de los bienes muebles del hogar familiar, aunque uno de ellos sea propietario exclusivo, la posesión es conjunta y, en consecuencia, la coposesión debe extenderse también a los bienes muebles que forman parte de la misma. Por tanto, ambos cónyuges son coposeedores de los bienes muebles integrantes del domicilio conyugal y a ambos les corresponde la titularidad de los mismos; lo que significa que tanto el art. 1441 como las presunciones legales llegan a la misma solución de copropiedad. Lo que supone una aplicación preferente de la regla de la copropiedad puesto que las presunciones posesorias carecen de relevancia en el régimen de separación de bienes.

A esta conclusión llega la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 28 de junio de 2001, como plasma en los siguientes términos: *“Estas presunciones adquieren relevancia en este caso ya que la casa en donde los objetos embargados se hallaban pertenece con carácter privativo a la esposa,*

pero también concurre la circunstancia no cuestionada de que ese inmueble es hoy la habitación y vivienda habitual de este matrimonio, que se regula por el régimen de separación de bienes y ello permite el juego del art. 1437 del CC, en virtud del cual, pertenecerá a cada cónyuge los bienes que adquiriera por cualquier título y, en defecto de prueba de tal adquisición, rige con carácter subsidiario la presunción prevista en el artículo 1441, de que cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad”.

Debido a las dificultades que entraña la prueba de la titularidad exclusiva de los bienes de uso personal y de los que forman parte del ajuar de la vivienda, conscientes de ello, los legisladores autonómicos han introducido reglas especiales con el fin de evitar, en la medida de lo posible, situaciones de dudosa titularidad. Presunciones que desarrollaremos más adelante en mayor profundidad.

En el artículo 3.3, párrafo 2º de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares recoge una presunción *iuris tantum* de propiedad conjunta de los bienes que conforman el ajuar de la vivienda familiar, con excepción de las joyas y los objetos artísticos, y así dice expresamente: “*No obstante, salvo prueba en contrario, se presumirá que pertenecen a los cónyuges, por mitad, los bienes integrantes del ajuar doméstico, no entendiéndose comprendidos en la presunción las joyas y objetos artísticos e históricos de considerable valor. Al fallecimiento de uno de los cónyuges, corresponderán aquéllos en propiedad al sobreviviente, sin computárselos en su haber”.* Este artículo también se aplica para determinar la titularidad de bienes de uso personal o destinados al ejercicio de una profesión.

En cambio, otros Derechos autonómicos han optado por incluir soluciones distintas para este caso. De esta forma, el precepto 232-4 CCCat determina por presumir la titularidad exclusiva de uno de los cónyuges, siempre que no sean de extraordinario valor. La referencia al extraordinario valor parece que únicamente afecta a los bienes de uso personal de uno de los cónyuges y no los utilizados en el ejercicio de la profesión: “*Si es dudoso a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, se entiende que corresponde a ambos por mitades indivisas. Sin embargo, se presume que los bienes muebles de uso personal de uno de los cónyuges que no sean de extraordinario valor y los que estén directamente destinados al ejercicio de su actividad le pertenecen exclusivamente”.*

El precepto distingue dos tipos de bienes: los bienes del primer grupo tienen en común una determinada naturaleza, destino y valor (bienes muebles de uso personal de uno de los cónyuges, que no sean de extraordinario valor); mientras que los bienes incluidos en el

segundo grupo se caracterizan por su destino (ejercicio de oficio u profesión). En cuanto a los primeros, el uso personal excluye el familiar, y el valor extraordinario se determinará en atención a la capacidad económica de la familia. En relación con los bienes destinados a la actividad de uno de los cónyuges no se requiere, para la aplicación de la norma de cierre, que sean mobiliarios ni que se trate de una actividad determinada pero sí un uso efectivo y exclusivo de los bienes en una actividad.

Misma solución recoge el Código de Derecho Foral de Aragón en el artículo 206.3: “*Se exceptúan de lo establecido en el apartado anterior los bienes muebles de uso personal o que estén directamente destinados al desarrollo de la actividad o profesión de uno de los cónyuges y que no sean de extraordinario valor, que se presumirá que pertenecen a éste*”.

Ante la falta de referencia del Código Civil, una parte de la doctrina apoya la aplicación analógica de las reglas del régimen de sociedad de gananciales para la determinación de los bienes privativos y gananciales, recogidos en los artículos 1346.7 y 1346.8 CC. Como consecuencia, nos llevaría a considerar de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges los bienes de uso personal que no sean de extraordinario valor y los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio y, por tanto, desplazada la aplicación del artículo 1441 CC.

En efecto, las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor serán siempre privativos del cónyuge usuario, así como los utensilios para el ejercicio para el ejercicio de la profesión u oficio. Son dos los fundamentos de esta afirmación⁸⁸: la reserva viudal contenida en el artículo 1321 CC que atribuye al cónyuge supérstite la propiedad de la ropa personal y objetos de uso personal que no sean joyas, objetos artísticos o históricos ni otros de valor extraordinario.

3.2.4. *Confesión de privatividad*

Cabe también determinar la titularidad exclusiva de un bien a favor uno de los cónyuges mediante la confesión de privatividad recogida en el artículo 1324 CC, el cual expresa lo siguiente: “*para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante*

⁸⁸ NAVAS NAVARRO, S., *El régimen de separación de bienes y la protección de los terceros*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. Pág. 37 y ss.

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". Aplicable también al régimen de separación de bienes.

Con anterioridad de la reforma de 1981 era un problema muy discutido la validez y eficacia de la confesión de privatividad. Se fundamentaba en dos motivos: el primero de ellos era el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial recogido en el antiguo artículo 1321 CC, y en segundo lugar la prohibición de donaciones entre cónyuges. Sin embargo, tras la reforma de 1975, el único fundamento que permanece en contra de la aseveración de la privatividad de un bien a favor de otro cónyuge es el segundo, puesto que en ese año se reconoce la libertad de modificación del régimen económico matrimonial, en capitulaciones matrimoniales; mientras que la libertad de contratación entre cónyuges, en general, no se reconoce hasta la reforma de 1981.

La confesión de privatividad presenta el siguiente supuesto de hecho: cuando no ha sido posible demostrar que un bien pertenece exclusivamente a ninguno de los cónyuges, uno de ellos reconoce que el bien pertenece al otro privativamente; todo ello con la finalidad de evitar que el bien sea común conforme al artículo 1441 CC.

El artículo dice expresamente que *"tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores"* cuando concurren dos requisitos:

- Que el cónyuge beneficiado por la confesión no acredite el carácter privativo del bien por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho, ya que la confesión por sí sola no es bastante para perjudicar los derechos de los acreedores y legitimarios del confesante.
- Que tal aseveración de privatividad de un bien a favor del cónyuge deudor no perjudicase la legítima de los herederos forzosos, ni la expectativa de cobro de los acreedores del confesante.

Debido a la ubicación del precepto 1324 dentro de las *"disposiciones generales"*, del conjunto de normas denominado régimen matrimonial primario, se deriva su aplicación a todos los regímenes económicos matrimoniales y, por tanto, también al régimen de separación bienes, si bien en el régimen de gananciales tiene una virtualidad mayor.

En el ámbito de la sociedad de gananciales la confesión tiene por objeto la privatividad de los fondos utilizados en la adquisición del bien, es decir, que el cónyuge adquirente utilizó fondos propios es lo que afirma el confesante, puesto que, a diferencia del régimen de separación de bienes, el principio rector que rige el ingreso de bienes en las distintas masas patrimoniales es el de la subrogación real. En cambio, en sede de separación de bienes, la confesión de privatividad se refiere a la adquisición en sí misma, que fue su cónyuge quien adquirió⁸⁹.

En cuanto al momento de la realización de la confesión, puede tener lugar en el mismo momento de la adquisición o en un momento posterior. En separación de bienes, tal confesión en el acto adquisitivo no tiene relevancia pues basta con que sea el cónyuge cuya titularidad se pretende el que realice el hecho adquisitivo.

Siendo de aplicación el principio de titularidad formal, ÁLVAREZ OLALLA⁹⁰ se plantea los efectos de que uno de los cónyuges confiese que el cónyuge adquirente utilizó fondos propios. Tal situación podría darse en el supuesto de hecho de la presunción muciana del art. 1442 CC, consistente en presumir que el cónyuge concursado entregó a su esposo la mitad de los fondos para adquirir bienes a título oneroso. En cualquier caso, la confesión de privatividad no puede enervar la aplicación de la *presunción muciana* ya que, como dice el tenor literal del artículo del art. 1324, los derechos de los acreedores no podrán ser perjudicados por tal confesión. De ser la confesión a la inversa, es decir, el cónyuge adquirente manifiesta que invirtió fondos de su esposo en la adquisición, no tendría ninguna efectividad sobre el título dominical, sino que se trataría de un reconocimiento de deuda.

Si por el contrario, la manifestación de privatividad tiene lugar después del acto adquisitivo, es cuando realmente despliega sus efectos en separación de bienes. La efectividad de la misma dependerá si hay título de adquisición o no:

⁸⁹ REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes...* Op. cit. Págs. 134 y ss.

⁹⁰ ÁLVAREZ OLALLA, M.P., *Responsabilidad patrimonial...* Op. cit. Pág. 379.

- Si existe prueba documental acerca de la titularidad del bien a favor de uno de los cónyuges y más aún, si aparece inscrito en el Registro de la Propiedad o en cualquier otro registro, la confesión de privatividad no es suficiente para instar la modificación registral, ya que sería necesario un negocio jurídico traslativo.
- Cuando la titularidad no esté acreditada por ningún medio de prueba, la confesión de privatividad despliega todos sus efectos.

De lo anterior cabe concluir que en el régimen de separación de bienes la confesión de privatividad produce el efecto de determinación de la titularidad exclusiva, cuando tiene lugar *a posteriori*, después del hecho adquisitivo, y añadiendo además como requisito que la titularidad del bien no venga determinada por su inscripción en el Registro, puesto lo contrario sería negar el principio de presunción de exactitud del que goza el Registro de la Propiedad.

A parte de con un negocio jurídico traslativo, se puede conseguir una modificación registral mediante el mecanismo de rectificación del artículo 40 Ley Hipotecaria⁹¹⁹², instada por el

⁹¹ RIBERA PONT, M^a C., *Breves reflexiones sobre el reformado art. 1324 CC*. Revista crítica de derecho inmobiliario.

⁹² “Artículo 40 Ley Hipotecaria: *La rectificación del Registro sólo podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no esté inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto, y se practicará con arreglo a las siguientes normas:*

a) Cuando la inexactitud proviniera de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria, la rectificación tendrá lugar: primero, por la toma de razón del título correspondiente, si hubiere lugar a ello; segundo, por la reanudación del tracto sucesivo, con arreglo a lo dispuesto en el Título VI de esta Ley, y tercero, por resolución judicial, ordenando la rectificación.

b) Cuando la inexactitud debiera su origen a la extinción de algún derecho inscrito o anotado, la ratificación se hará mediante la correspondiente cancelación, efectuada conforme a lo dispuesto en el capítulo IV o en virtud del procedimiento de liberación que establece el Título VI.

c) Cuando la inexactitud tuviere lugar por nulidad o error de algún asiento, se rectificará el Registro en la forma que determina el Título VII.

d) Cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las notificadas anteriormente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o en su defecto, resolución judicial.

En los casos en que haya de solicitarse judicialmente la rectificación, se dirigirá la demanda contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho, y se sustanciará por los trámites del juicio

titular del dominio o del derecho real en caso de falsedad, nulidad o defecto del título, sin necesidad de impugnación judicial, siendo necesario y suficiente el consentimiento del titular. Ese consentimiento podría ser asimilado a la confesión⁹³. Este podría ser el caso de constar en el Registro una titularidad simulada para dar paso a una verdadera titularidad o bien, incluso, utilizar de forma inversa, debido a la flexibilidad de los requisitos exigidos.

Junto a la explicación anterior, es necesario hacer referencia a los efectos de la confesión de privatividad, tanto entre los cónyuges como con los terceros:

– Efectos en la relación entre cónyuges

Cuando existan dudas acerca de la titularidad de un bien, la confesión de privatividad realizada por el confesante a favor de su cónyuge, resulta suficiente para determinar la propiedad privativa del cónyuge del confesante. Una confesión válida impide el juego de la norma de cierre o presunción de copropiedad del artículo 1441, ya que desaparece el supuesto de hecho que da lugar a la aplicación de la norma.

Dentro del efecto inter partes, se plantea el problema de si se puede dejar sin efectividad la confesión de privatividad. No hay unanimidad en la doctrina. Un sector⁹⁴ opina que solo cabe su impugnación por error de hecho, ya que así se entiende de una interpretación literal del precepto. Mientras que la doctrina mayoritaria, en la que podemos incluir a ÁLVAREZ OLALLA, siguen un planteamiento más flexible entendiendo que operan como causas de invalidación la prueba de la existencia de vicios de la voluntad, tales como la falsedad en el hecho confesado, como error, dolo, violencia o intimidación y simulación, llevadas a cabo

declarativo correspondiente. Si se deniega totalmente la acción de ratificación ejercitada, se impondrán las costas al actor; si sólo se deniega en parte, decidirá el Juez a su prudente arbitrio.

La acción de rectificación será inseparable del dominio o derecho real de que se derive.

En ningún caso la rectificación del registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto.

⁹³ ÁLVAREZ OLALLA, M.P., *Responsabilidad patrimonial...* Op. cit. Pág. 381 y 382.

⁹⁴ En el que podemos situar a GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La regla de la indivisión en régimen de separación de bienes y su alteración convencional*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n°1 1984, págs. 300.

por el cónyuge del confesante o por un tercero con la finalidad de conseguir la confesión de privatividad; la última de ellas no aceptada por la autora puesto que nunca puede haber confesión simulada, sino que el examen de la veracidad de la confesión recae sobre su objeto.

La jurisprudencia⁹⁵ ha construido los requisitos para que la confesión produzca efectos entre los cónyuges:

- Que el autor de la declaración sea uno de los cónyuges.
- Que el confesante sea aquel a quien deba perjudicar la confesión. Entiendo que la confesión puede perjudicar tanto si el confesante es el deudor, puesto que los acreedores podrán proceder a solicitar la traba del bien, al igual que si confiesa la titularidad de un bien a favor de su cónyuge perdiendo la posible pertenencia del mismo.
- Que el confesante tenga la capacidad de obrar y poder de disposición-
- Que la confesión se haya efectuado constante matrimonio.

Concurriendo estos requisitos, la confesión de privatividad despliega todos sus efectos y desvirtúa la aplicación del art. 1441 CC.

– Efectos de la confesión frente a terceros.

Dice expresamente el art. 1324 CC que la confesión no perjudicará los derechos de los acreedores. Por ello hay que determinar el alcance de dicha expresión en dos situaciones distintas.

En primer lugar, cuando el confesante, deudor, manifiesta que los bienes pertenecen a su consorte, corresponderá a los cónyuges demostrar la veracidad del hecho confesado. Respecto de los acreedores, no hay unanimidad en la doctrina a la hora de determinar si están vinculados por la confesión o si, por el contrario, tienen la carga de probar la falsedad de la titularidad presunta. Un sector doctrinal considera que la confesión de privatividad no tienen efecto frente a los acreedores⁹⁶, consecuencia de ello pueden

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2006.

⁹⁶ Entendido de la expresión “*no perjudicará a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores*”. La confesión de privatividad tiene eficacia erga omnes, excepto frente los herederos forzosos y los acreedores.

instar el embargo de la mitad de los bienes del deudor confesante, ya que entra en aplicación el artículo 1441 CC, por no existir otro medio de prueba que acredite la titularidad exclusiva del esposo⁹⁷. En contra, otro grupo de autores afirman que para impugnar la confesión es necesario que los acreedores prueben la falsedad del hecho confesado.

ÁLVAREZ OLALLA se adscribe al primer grupo de autores puesto que la confesión del deudor de que determinados bienes pertenecen a su cónyuge, con el ánimo de evitar el embargo de los mismos, carece de virtualidad por sí misma, por lo que si no existe otro medio de prueba, los acreedores podrán embargar la mitad de los bienes del deudor por que se presume, *iuris tantum*, que pertenecen a ambos cónyuges por mitad (art. 1441 CC). La confesión de privatividad tiene eficacia *erga omnes*, pero si no existen otras pruebas que acrediten fehacientemente que la confesión es veraz, que el bien pertenece al cónyuge del deudor, tal confesión por sí misma carecerá de virtualidad y no podrá perjudicar a los acreedores ni legitimarios del deudor. Misma argumentación mantienen DÍEZ PICAZO Y GULLÓN⁹⁸ al dotar a la confesión de valor inter partes, bastante y suficiente, ampliando dicho efecto también a los herederos voluntarios. Mientras que carece de la mencionada fuerza probatoria frente a terceros, salvo que existan otros medios de prueba que corroboren la aseveración.

En segundo lugar, se puede dar el supuesto inverso en el que el cónyuge del deudor confiesa que determinados bienes pertenecen a éste. Al contrario de lo que pasaba en el caso anterior y, según la prohibición de perjudicar a los acreedores, la confesión de privatividad opera frente a la presunción de copropiedad, con lo que los acreedores podrán instar el embargo sobre la totalidad de los bienes objeto de la confesión.

Con todo, el cónyuge confesante puede dejar sin efecto la confesión realizada alegando vicios del consentimiento o la falsedad del hecho. Si ha mediado error en la confesión, podría quedar demostrado por el ejercicio de la tercería de dominio quien es el verdadero titular, desplazando la aplicación del art. 1441 CC. Si el cónyuge demuestra la falsedad de la confesión, se suspenderá la traba de los bienes hasta determinar quién es su verdadero titular. Por último, si el confesante actúo por violencia o intimidación, la

⁹⁷ DÍEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN A., *Sistema de derecho civil...* Op. cit. Pág. 157

⁹⁸ DÍEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN A., *Sistema de derecho civil...* Op. cit. Pág. 157

confesión quedará anulada y al existir indeterminación de la titularidad de los bienes, se presumen que les pertenecen a ambos por mitad.

Respecto de su aplicación en sede de separación de bienes, la jurisprudencia se ha manifestado tanto a favor como en contra. La STS de 29 de noviembre de 2006 se muestra a favor tanto de la aplicación de la confesión en separación de bienes como al reconocer su efectividad tanto inter partes como frente a terceros: *“la confesión recae sobre hechos y también puede hacerlo sobre situaciones jurídicas, como ocurre en el caso presente, en que se confiesa sobre titularidades jurídicas y también puede destruirse por prueba en contrario; pero confesado por uno de los cónyuges que los bienes objeto de la confesión son privativos del otro, ello confiere una titularidad, no sólo Inter partes, sino erga omnes, con la excepción de los acreedores y los legitimarios”*. De igual forma ha afirmado la STS de 15 de enero de 2001, *“la confesión de privatividad de un bien, realizada como previene el artículo 1324 CC, produce plena eficacia entre los cónyuges a quienes afecta, al igual que la Resolución de 14 de junio de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado al expresar que “la confesión, extrajudicial en este caso, es uno de los medios de prueba admitidos en nuestro derecho, y ese medio de prueba entre cónyuges es suficiente para acreditar el carácter privativo del bien sobre el que recae la confesión”*.

En otro sentido, la STS de 19 de julio de 2002 se opone a la aplicación de la confesión de privatividad en el régimen de separación de bienes puesto que la Sala entiende que supone la existencia de un patrimonio común. Los litigantes, casados en régimen de separación de bienes, pleitean por la propiedad de un bien inmueble. La demandada, titular registral del bien en cuestión, otorgó documento privado constante matrimonio en el que reconocía que su marido era copropietario del 50% indiviso de la finca. El demandante reclama la mitad de la propiedad del inmueble en base a la confesión realizada por su cónyuge, a lo cual el Tribunal contesta de la siguiente forma: *“El precepto alegado como infringido, presupone la existencia de una comunidad entre los cónyuges, situación que no se da en el caso de autos, al haberse convenido para el régimen económico del matrimonio el de la separaciones de bienes, por lo que en principio no hay duda sobre la titularidad de los bienes que puedan corresponder a cada uno de los cónyuges, teniendo fundamentalmente el citado precepto del art. 1234, el efecto de desvirtuar la presunción de ganancialidad del art. 1361 del Código Civil; en segundo lugar, el precepto que se dice no se tuvo en cuenta en la sentencia impugnada, en forma alguna atribuye a la declaración de la señora B. efectos constitutivos, pues como mera declaración de voluntad, vincula a la autora y a sus herederos, pero no constituye un acto traslativo, y por*

consiguiente, no puede dar lugar a la atribución del dominio en un cincuenta por ciento al demandante recurrente de los bienes que figuran inscritos en el Registro de la Propiedad.”

3.2.5. Norma de cierre del artículo 1441 del Código Civil

Con anterioridad a la reforma del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, la contratación entre cónyuges no estaba permitida en nuestro ordenamiento jurídico por los riesgos de defraudar los derechos de terceros. Con la reforma del año 1981 se introduce el artículo 1323⁹⁹ acompañado de otros tantos que buscaban, como contrapartida, la protección de los derechos de los acreedores. Así viene reflejado en el artículo 1317 del CC que permite la modificación de las capitulaciones matrimoniales vigente el matrimonio pero *“no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros”*. Pero las normas que mejor demuestran el interés del legislador estatal por blindar los derechos de los acreedores son los artículos 1441 y 1442 del CC; el primero de ellos el cual pasaremos a explicar a continuación¹⁰⁰.

El Código Civil facilita la atribución de la titularidad de los bienes a los cónyuges sometidos al régimen de separación de bienes, en los casos dudosos, mediante la aplicación de la regla de la atribución por mitad contenida en el artículo 1441 CC. El artículo 1441 expresa lo siguiente: *“Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad”*. Es decir, el precepto parte de

⁹⁹ Tras la reforma de 1981 la transcripción literal del artículo era la siguiente: *“el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”*. La ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio sustituye los términos *“marido”* y *“mujer”* por el de *“cónyuges”*.

¹⁰⁰ NAVAS NAVARRO, S., *El régimen de separación de bienes...* Op. cit. Pág. 15

la imposibilidad de acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho y soluciona tal situación determinando que tal o bien o derecho pertenece a ambos cónyuges por mitad¹⁰¹.

En virtud del mismo, cuando no haya sido posible determinar la titularidad exclusiva de un bien o derecho a favor de ninguno de los cónyuges, por medio de ningún medio de prueba apto para ello, el Código Civil, al igual que otros textos normativos tanto internacionales como autonómicos, establece como solución la copropiedad indivisa. Por tanto, cuando ninguno de los cónyuges ha conseguido acreditar que un determinado bien o derecho le pertenece a él privativamente, el artículo 1441 atribuye la titularidad a ambos por mitad. De ahí que tenga carácter subsidiario, en defecto de. La jurisprudencia ha aclarado que el precepto entra en aplicación no cuando haya meras dudas en la atribución de la titularidad exclusiva de un bien a uno u otro cónyuge, sino cuando no sea posible su acreditación; argumento esgrimido por la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 14 de junio de 2012, para no aplicar el artículo 1441 CC al supuesto litigioso: *“No es de aplicación el artículo 1441, pues el mismo parte de que no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, y ese no es el caso que ahora concurre, pues hay acreditado que los bienes o créditos cuyo importe se reclama son de la titularidad de la demandada (salvo los electrodomésticos referidos en el anterior Fundamento de Derecho). Lo que afirma el apelante es que el precepto se ha de aplicar cuando haya dudas, pero no es eso lo previsto en la norma, que parte de que "no sea posible acreditar"”*.

En relación con la naturaleza jurídica de la norma 3.3 de la Compilación del Derecho Balear, la doctrina civilista la conceptuó como presunción, mientras que otros autores como CERDÁ GIMENO¹⁰² destacan su marcado valor procesal. En palabras del autor: *“no es posible considerar esta norma como preceptiva, material, calificadora de la titularidad común, sino más bien supletoria, procesal y dirigida al campo de la prueba”*

¹⁰¹ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La regla de la indivisión en régimen de separación de bienes...* Op. cit. págs. 309 y ss.

¹⁰² CERDÁ JIMENO, J., *“La prueba de las titularidades de los bienes conyugales en el régimen de separación de bienes”* en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº1, 1979, pág.632.

El artículo 1441 se aplica tanto si la confusión de titularidades recae sobre bienes muebles como inmuebles. Sin embargo, debido a las dificultades que muestran la titularidad de la prueba exclusiva de los bienes muebles, de ahí que se aplique mayormente sobre éstos, especialmente sobre los bienes que integran el domicilio conyugal. La jurisprudencia ha utilizado este precepto tanto para determinar la pertenencia de bienes del ajuar doméstico, animales de compañía u automóviles¹⁰³. Los presupuestos de aplicación de la norma de indivisión son los siguientes:

- Existencia de vínculo matrimonial.

Como se desprende del propio Código Civil como de las distintas Compilaciones forales. Es igualmente aplicable en supuestos de separación judicial o de hecho, siendo en la disolución del régimen económico matrimonial donde más relevancia adquiere.

- Adquisición de bienes.

Nos referimos a la adquisición tanto de bienes como de derechos. Todos los diversos preceptos que recogen normas de indivisión parten de la titularidad del derecho de propiedad, pero también hay que entender que englobaría otras situaciones de incertidumbre relativas a la titularidad sobre derechos reales limitativos de goce o sobre derechos de créditos adquiridos durante la vigencia del matrimonio. Además puede ser objeto de incertidumbre la total titularidad de un derecho como de una cuota del mismo.

Por otro lado, la adquisición de los bienes puede derivar de un negocio jurídico traslativo, a título oneroso o gratuito, u originario.

- Imposibilidad de prueba de una titularidad exclusiva.

Es decir, la imposibilidad de atribuir la pertenencia de un bien a una masa patrimonial concreta, a favor de ninguno de los cónyuges, a través de los diferentes medios de prueba.

¹⁰³ RIBERA BLAMES, B., *El régimen económico del matrimonio...* Op. cit. Págs. 849 y ss.

Siendo el principio de separación de titularidades el que rige las relaciones patrimoniales de los esposos casados en régimen de separación de bienes, puede parecernos que la solución adoptada por el artículo 1441 no se ajusta a la esencia de este régimen, puesto que atribuye una propiedad en común. Esta es la idea que se desprende de la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 19 de abril de 2001, cuando recoge lo siguiente: “*Resulta pues contrario a la esencia del régimen de separación de bienes la formación de un patrimonio común o la integración de los bienes adquiridos por los cónyuges en una suerte de masa común, pues ello constituye precisamente la esencia del régimen de sociedad de gananciales, no existiendo en el régimen de separación ni comunidad de bienes ni bienes gananciales, lo que no es óbice para que algún concreto bien o derecho (no la generalidad de ellos) pueda corresponder a ambos cónyuges por mitad, eventualidad prevista en el art . 1441 CC para el caso de que «no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho», estableciendo pues una presunción de naturaleza «iuris tantum».*”

El legislador, en vez de optar por otros criterios atributivos o bien reconocer la propiedad dominical a favor de uno u otro cónyuge, introduce la regla de la copropiedad en un sistema en el que impera la idea de separación absoluta.

A pesar de esa discrepancia o falta de coherencia, se trata de una solución justa y lógica debido a que evita, en la medida de lo posible, un posterior litigio de titularidades ya que ambas partes se ven favorecidas. A pesar de la división de intereses económicos, la comunidad de vida que conlleva el matrimonio produce frecuentemente una confusión patrimonial, de ahí que la norma de copropiedad cumpla la finalidad de esclarecer una situación de hecho. En una obra anterior¹⁰⁴, LACRUZ BERDEJO consideraba injusta la solución que aporta el artículo, especialmente para el cónyuge que, poseyendo mayor capacidad económica, haya adquirido bienes cuya titularidad ahora no pueda demostrar. Otros autores¹⁰⁵ han señalado la improcedencia de la norma por entender que con la misma se puede producir un arrastre progresivo de los patrimonios exclusivos de los cónyuges a un patrimonio común.

Sea como fuere, la introducción de presunciones de comunidad en el articulado del régimen de separación de bienes junto con la posibilidad de constituir una comunidad

¹⁰⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*. Tomo IV. Barcelona: Bosch, 1980.

¹⁰⁵ MARTÍNEZ CORTÉS, J., *Instituciones de Derecho Privado...* Op. cit. Págs. 318 y 319.

ordinaria sobre los bienes comunes, en virtud del artículo 1323 CC, nos lleva a afirmar que en los territorios de aplicación del Código Civil rige un sistema de separación de bienes de carácter relativo, a diferencia de la separación absoluta imperante en las Islas de Ibiza y Formentera.

Los artículos 1361 y 1441 son preceptos paralelos pero con un significado totalmente distinto. En sede de gananciales, el art. 1361 del CC pretende dar solución a un problema similar ya que se presumen bienes de la sociedad conyugal los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges. A diferencia de lo que ocurre en separación de bienes, la presunción de copropiedad es una solución lógica que dota a la estructura del régimen de gananciales de total unidad. Es consustancial al propio régimen que disciplina. En el régimen de separación de bienes será, en cambio la excepción¹⁰⁶. Pero los artículos 1361 y 1441 no solo se diferencian por el papel que juegan dentro de cada régimen, sino además por el modo en el cual cada una de ellas puede ser desvirtuada. Mientras que en la primera es preciso probar la procedencia privativa de los fondos invertidos en la adquisición, la prueba de la realización del hecho adquisitivo desplaza la aplicación del artículo 1441. En cuanto a los efectos que producen, mientras que el art. 1361 CC supone la existencia de una tercera masa patrimonial a la cual se dirigen los bienes comunes y aquellos otros cuya titularidad exclusiva no haya sido posible demostrar, distinta de las masas privativas de cada uno de los cónyuges, en separación de bienes el artículo 1441 no genera un patrimonio común, sino bienes comunes¹⁰⁷.

La doctrina ha discutido tanto el fundamento como la naturaleza jurídica de este precepto. Aspectos ambos controvertidos en los cuales no hay unanimidad en la doctrina.

Para una parte de la doctrina el fundamento de la norma de copropiedad no se encuentra en la asociación conyugal ni en la colaboración de los esposos sino en la posesión conforme a los artículos 448 y 464. Tal afirmación es mantenida por

¹⁰⁶ REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes...* Op. cit. Pág. 103

¹⁰⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil. Familia. Volumen IV*. Madrid: Dykinson, 2010. Pág. 255.

REBOLLEDO VARELA¹⁰⁸. La existencia de una comunidad conyugal formada por el matrimonio provoca una confusión patrimonial, pero esa comunidad no es determinante para establecer como solución, para los supuestos de indeterminación, la copropiedad. Sino que el artículo 1441, dice el autor, es el único medio de resolver la cuestión y que además se fundamenta en la posesión, como criterio de Derecho común.

La posesión conforme al artículo 448 CC, reuniendo ciertos requisitos, determina la titularidad exclusiva de un bien a favor de uno de los cónyuges. Sin embargo, siendo el bien poseído por ambos cónyuges conjuntamente o bien por uno de ellos pero sin que sea una posesión pública y pacífica, tanto el artículo 448 como el 464 llegan a la misma solución que la regla de copropiedad del artículo 1441. La finalidad que persigue es esclarecer titularidades dudosas cuando ninguno de los esposos puede acreditar su titularidad exclusiva, cuestión que también resuelve, aunque de manera indirecta, el artículo 448 puesto que la solución que ambos proporcionan es la copropiedad indivisa de un bien y derecho. Ello hace que la introducción del precepto 1441 en el Código haya sido para REBOLLEDO VARELA innecesaria puesto que normas de Derecho común ya resolvían ese problema.

Por el contrario, otros intentan buscar el fundamento de la norma del artículo 1441 en el principio de colaboración de los cónyuges¹⁰⁹. La separación imperante en el régimen no obsta para que los esposos puedan realizar adquisiciones conjuntas existiendo, así, bienes comunes en el matrimonio. El principio de colaboración se manifiesta en el momento en que los cónyuges adquieren bienes para hacer frente a la economía doméstica. De ahí que la regla de la copropiedad se justifique en una confluencia del matrimonio para sacar adelante la familia y el hogar, ya que aunque no se puede demostrar la titularidad exclusiva de los bienes que conforman el ajuar doméstico, están al servicio de la familia lo que justifica su atribución por mitad a cada uno de los cónyuges.

Una solución más equitativa para determinar el motivo que ha impulsado al legislador a establecer la proindivisión¹¹⁰ la podemos encontrar en el principio de igualdad de los

¹⁰⁸ REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes...*Op. cit. Pág. 105.

¹⁰⁹ DE LOS MOZOS, J.L., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales...*Op. cit. Pág. 403.

¹¹⁰ ÁLVAREZ OLALLA, M^a.P., *Responsabilidad patrimonial...*Op. cit. 409, MARTÍN CORTÉS, J., *Instituciones...*Op. cit. Pág. 316 y 317.

cónyuges. Tras la entrada en vigor de la Constitución desaparecen los últimos obstáculos para reconocer la igualdad del hombre y la mujer, impidiendo la restricción de la capacidad jurídica de la esposa por el solo efecto del matrimonio. El artículo 10 de la CE impregna todo el ordenamiento jurídico, y así en toda la regulación de los regímenes económicos matrimoniales. Junto al reconocimiento genérico de la igualdad y no discriminación, el artículo 32 consagra el igual derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica¹¹¹. Aplicando este principio al tema que nos atañe, en vez de beneficiar a uno de los esposos, ante la incertidumbre causada por una situación de titularidades confusas, el legislador estatal ha optado por la introducción de la regla del mal menor: prefiere repartir riesgos y beneficios, privando a uno de ellos de la mitad del bien que podría pertenecerle, que otorgar a uno de ellos la totalidad del dominio, cuando ningún medio de prueba pueda verificarlo fehacientemente.

En último término, también cabe entender¹¹² que la finalidad que cumple en el régimen de separación de bienes es la protección de los derechos de los acreedores ante una actuación fraudulenta de los cónyuges, ya que en la reforma del Código Civil de 1981, a la vez que se introduce la libre negociabilidad entre los cónyuges, el artículo 1441 actúa como barrera del fraude. Así, los acreedores no solo pueden instar el embargo sobre los bienes propios del deudor sino, también, sobre la mitad indivisa de aquellos otros bienes respecto de los cuales el cónyuge del deudor no haya conseguido presentar título de adquisición.

Tampoco hay unanimidad en la doctrina a la hora de considerar la naturaleza jurídica del artículo 1441. Las opiniones oscilan desde calificar la norma de presunción legal de ficción, norma de cierre del sistema, hasta “*verdades interinas o provisionales*”.

La mayor parte de la doctrina¹¹³ se orienta a mantener que nos encontramos ante una presunción legal, con valor *iuris tantum*, que admite prueba en contrario. Partiendo del fundamento de la presunción de copropiedad en la posesión, REBOLLEDO VARELA argumenta lo siguiente: “*No se puede partir, pues, de una presunción de comunidad o copropiedad*”.

¹¹¹ MARTÍN CORTER, J., *Instituciones de Derecho Privado...* Op. cit. Pág. 317.

¹¹² NAVAS NAVARRO, S., *El régimen...* Op. cit. pág. 15.

¹¹³ REBOLLEDO VARELA, LACRUZ BERDEJO, ALBALADEJO.

en el régimen de separación de bienes frente a la cual ha de realizarse la prueba en contrario, sino de un principio de separación de titularidades en que la presunción de copropiedad del artículo 1441 no es más que una norma que recoge un principio general de Derecho común, la copropiedad basada en la coposesión, y con una finalidad: resolver cuestiones de hecho que en otro caso no tendrían solución”¹¹⁴.

Autores como GUILARTE GUTIÉRREZ¹¹⁵ opinan que nos encontramos ante una ficción. Mientras que las presunciones suponen la probabilidad del hecho presumido, las ficciones encuentran su razón de ser en la modificación de la normal consecuencia jurídica que dispone la norma, con el fin de tutelar un interés jurídico carente de protección. Las ficciones impiden la prueba en contrario, de modo que el autor salva la contradicción afirmando que al tratarse el artículo 1441 de una norma de cierre, que actúa, por tanto, en último lugar, con carácter subsidiario, la prueba en contrario sería innecesaria. Siguiendo la estela del mencionado autor, NAVAS NAVARRO¹¹⁶ también niega que estemos ante una presunción con base en los siguientes motivos:

- De tratarse de una presunción el nexo entre el hecho presumido y el presunto sería irracional¹¹⁷.
- La indivisión no es el supuesto de hecho sino la consecuencia jurídica.
- Como fundamento más claudicante, de la propia literalidad de la norma no se puede deducir que estemos ante una presunción *iuris tantum*, dado que utiliza el término “corresponderá” y no “se presumirá”.

De este modo, concluye la autora que “no se trata pues de una presunción *iuris tantum* sino de una ficción establecida a solventar un conflicto de intereses, y que posee aplicación subsidiaria, es decir, se aplica en defecto de toda prueba que acredite la certidumbre de la titularidad de los bienes y derechos”.

¹¹⁴ REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes...* Op. cit. Pág. 106.

¹¹⁵ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La regla de la indivisión...* Op. cit. Pág. 315 y ss.

¹¹⁶ NAVAS NAVARRO, S., *El régimen de separación...* Op. Cit. Págs.21 y ss.

¹¹⁷ El hecho base o hecho presumido es la indemostrabilidad de la titularidad a favor de ninguno de los cónyuges y el hecho presunto es la adquisición conjunta y proindiviso del bien o derecho en cuestión. Para este grupo de autores no media un nexo lógico entre ambos hechos para acabar concluyendo que se adquirió por ambos cónyuges por mitad, y si además, nos encontramos en el ámbito del régimen de separación de bienes en el cual impera la absoluta separación de titularidades.

Un tercer grupo de autores¹¹⁸ sostienen la idea de que no es ni una presunción legal ni tampoco una ficción, sino que entra dentro de la categoría de “*verdades interinas o provisionales*” que suponen la inversión de la carga de la prueba, puesto que corresponde a quien se opone a la copropiedad probar que el bien le corresponde privativamente.

Por último, junto a las consideraciones anteriores, la norma del artículo 1441 también puede ser calificada de norma de cierre. Para resolver situaciones de incertidumbre sobre la pertenencia de los bienes se acude, en último lugar y de forma subsidiaria, a la aplicación del artículo 1441. Hay incertidumbre cuando no haya quedado determinada legalmente la titularidad del bien o derecho ni tampoco convencionalmente mediante los pactos incluidos en capitulaciones matrimoniales¹¹⁹.

La mayor parte de la doctrina¹²⁰ ha considerado beneficioso para los acreedores la introducción del artículo ya que podrán embargar, además de los bienes acreditados de titularidad exclusiva del cónyuge deudor, la mitad de los bienes que el cónyuge no deudor no puede demostrar que le pertenezcan. Sin embargo, de no existir el artículo 1441 en nuestro ordenamiento jurídico, los acreedores podrían directamente solicitar la traba sobre todos aquellos bienes existentes en el matrimonio de titularidad indeterminada, por lo que, en realidad, les perjudica¹²¹.

En relación a la virtualidad con otros medios probatorios¹²², la aplicación del artículo 1441 queda desvirtuada por la presentación de documentos públicos o privados en los que conste la realización del hecho adquisitivo por uno de los cónyuges.

Si la titularidad de un bien está perfectamente determinada, la confesión de privatividad no va a tener ningún tipo de efecto, especialmente cuando su inscripción consta en el Registro de la Propiedad, salvo que se lleve a cabo por el mecanismo recogido en el

¹¹⁸ ÁLVAREZ OLALLA, M^a.P., *Responsabilidad patrimonial...* Op. cit. Pág. 408.

¹¹⁹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., en *Autonomía de la voluntad...* Op. cit. Pág. 210 defiende la preferencia de los pactos presuntivos sobre la aplicación del artículo 1441, que podrá ser desvirtuada por los mencionados pactos. Opinión contraria a la mayoría de la doctrina.

¹²⁰ DE LOS MOZOS, J.L., *Comentarios...* Op. cit. Pág. 409.

¹²¹ ÁLVAREZ OLALLA, M^o P., *Responsabilidad patrimonial...* Op. cit. Pág. 412 y 413.

¹²² ÁLVAREZ OLALLA, M^a.P., *Responsabilidad...* Op. cit. Págs. 412 y 413, DE LOS MOZOS, J.L., *Comentarios al Código Civil...* Op. cit. Pág. 403 y ss.

artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, la confesión de privatividad a favor de uno de los cónyuges desplaza la aplicación del artículo 1441, en las relaciones *inter partes*. En cuanto a los efectos frente los acreedores, hay que distinguir dos situaciones distintas. En primer lugar, si el cónyuge deudor confiesa que determinados bienes pertenecen a su consorte, tal confesión no desplaza la regla del artículo 1441. En segundo lugar, la confesión realizada por el cónyuge no deudor enerva la aplicación de la regla de la copropiedad, a favor de los acreedores del cónyuge deudor, y por razones de utilidad, salvo que se demuestre la falsedad del hecho confesado.

En relación con las presunciones posesorias, los artículos 448, 449 y 464 no pueden desplazar la aplicación del artículo 1441. Considerando el artículo 1441 como una verdadera presunción, nos encontramos ante dos presunciones que entran en conflicto, la *lex specialis* del artículo 1441 frente a las presunciones posesorias, desplazando, por tanto, la norma especial a la general.

Por último, también son eficaces entre los cónyuges los pactos capitulares con la finalidad de atribuir la propiedad de los bienes a uno u otro en ciertos casos o cumpliendo las condiciones necesarias. Las cláusulas atributivas de propiedad equivalen a la confesión de privatividad y, en cuanto no sean revocadas, desplazan la regla del artículo 1441 entre los cónyuges. Sin embargo, tales presunciones convencionales no se pueden imponer a los acreedores de los cónyuges¹²³.

Del examen de la jurisprudencia podemos decir que el artículo 1441 se aplica cuando no ha sido posible acreditar la titularidad exclusiva de un bien a favor de uno de los cónyuges, excluyéndose su aplicación cuando por cualquier medio de prueba se pueda atribuir a alguno de ellos. Así se refleja en la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2008. La esposa demandante trata de obtener la mitad de la propiedad de la farmacia, que consta a nombre del marido. Aduce, para ello, el artículo 1441, erróneamente, puesto que al constar que el marido es titular de la farmacia, no se produce el supuesto de hecho de la norma, que no es otro que la imposibilidad de determinar la propiedad de un bien o derecho. No cabe la utilización de este precepto para tratar de conseguir la declaración de titularidad por mitad respecto de bien que ya tiene titular conocido. Dicha sentencia establece lo siguiente: “*el 1441, único que merece ser*

123

DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil (IV)*...Op. cit. Pág. 278.

mencionado en el desarrollo del motivo, no se infringe puesto que al disponer que corresponde a ambos cónyuges por mitad el bien o derecho que no es posible acreditar a cuál de ellos le pertenece, en el presente caso ocurre lo contrario: que sí se ha declarado acreditado que la oficina de farmacia pertenece al demandado; en realidad, la alegación no hace otra cosa que supuesto de la cuestión”.

Debido a la dificultad de demostrar la titularidad de los bienes muebles y de aquellos que integran el ajuar doméstico, es en este campo donde mayor aplicación tiene la norma de copropiedad. La sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 4 de diciembre de 2008 se hace eco de esta aplicación. La actora solicita al tribunal que se declare la propiedad indivisa a favor de ambos cónyuges de la cama, dos mesitas, un comodín con espejo y armario de cuatro puertas, sofá, visillos colocados en la ventana y, en definitiva, el restante inmobiliario que pertenece a la vivienda familiar. Por otro lado, la Sala, aunque el demandado no consigue probar que los bienes fueron adquiridos con dinero de su propiedad, da entrada al principio de subrogación real, puesto que de haberse probado que el esposo compró todos los bienes del ajuar familiar, no se produciría el supuesto de la indeterminación que trae causa de la aplicación del artículo 1441 CC. Así lo expresa la sentencia: “(...)se alega que los bienes reclamados fueron por tanto adquiridos con dinero procedente de sus ingresos, no obstante frente al principio de prueba aportado por la actora, ha de advertirse una clara omisión en la actividad probatoria de la parte demandada, ya que se podría haber aportado al procedimiento el soporte documental que adverase y acreditase que efectivamente tales importes fueron abonados con el capital privativo de la parte demandada, nada de ello se realiza, lo que determina a juicio de la sala una clara dificultad en la determinación de a cual de los cónyuges corresponden los bienes hoy reclamados”.

Finalmente, el Tribunal falla a favor de la regla de proindivisión por falta de prueba de la titularidad exclusiva: “(...) cama, 2 mesitas, comodín con espejo y armario de 4 puertas, un sofá, visillos colocados en la vivienda, mobiliario de cocina, electrodomésticos y encimera, y los elementos que integran el sistema de calefacción, fundamentalmente, la caldera, radiadores y termostato, lo que lleva a la necesaria determinación cuantitativa de la mitad correspondiente que deberá efectuarse en ejecución de sentencia, estimando que no se incurre en incongruencia por parte de la presente resolución conforme al suplico de la demanda y del recurso, toda vez que insta la actora la declaración de la propiedad exclusiva y entrega total de tal mobiliario, y en la presente se declara por los razonamientos expuestos ante la imposibilidad de acreditar a cuál de los cónyuges pertenecen, se ha de estimar que les pertenece a ambos por mitad”.

Al margen del Derecho común, encontramos en las legislaciones civiles autonómicas preceptos con similar finalidad. El artículo 232-4 del CCCat¹²⁴ aborda la cuestión de las titularidades dudosas ya que, en caso de duda, ya sea porque se desconoce o bien porque la prueba ha resultado insatisfactoria, se atribuye aquella titularidad a ambos cónyuges en proindivisión ordinaria (por mitades, en aplicación del artículo 552-1.3 del CCCat¹²⁵). La salvedad sería la ya mencionada previamente. El artículo 232-4 no exige que se trate de bienes privativos, ni que hayan sido adquiridos a título oneroso, como sí lo hace, al contrario, el artículo 232-3.

Ante la indeterminación de titularidades, el artículo 232-4 CCCat contiene dos soluciones: una general, que atribuye la titularidad de ambos cónyuges por mitades indivisas; frente la solución especial por razón del tipo de bien, que declara la titularidad exclusiva a favor de uno de los cónyuges. Por tanto, ante la falta de acreditación de la titularidad, será declarador propios del cónyuge que los usa los bienes muebles de uso personal, que no sean de extraordinario valor, junto con aquellos destinados al desarrollo de su actividad. *Sensu contrario*, los bienes muebles de extraordinario valor de uso profesional y titularidad dudosa también se atribuyen al cónyuge que los utiliza¹²⁶.

ARNAU REVENTÓS¹²⁷ considera que el efecto común a ambos es la fijación legal de la titularidad sin admitir prueba en contrario, al igual que niega la mencionada autora que el artículo, al menos la regla general, se trate de una presunción legal, dado que no existe relación de causalidad entre el hecho base y la consecuencia.

Mientras que el Código Civil de Cataluña contiene presunciones específicas ante situaciones de titularidades dudosas, no existe en la vigente Compilación Balear una norma general que contenga una presunción de copropiedad para determinar la titularidad de aquellos sobre

¹²⁴ “Artículo 232-4: *Si es dudoso a cuál de los cónyuges pertenecen algún bien o derecho, se entiende que corresponde a ambos por mitades indivisas. Sin embargo, se presumen que los bienes muebles de uso personal de uno de los cónyuges que no sean de extraordinario valor y los que estén directamente destinados al ejercicio de su actividad le pertenecen exclusivamente*”.

¹²⁵ “Artículo 552-1.3: *Los derechos en la comunidad y, lo por tanto, las cuotas se presumen iguales salvo que se pruebe lo contrario*”.

¹²⁶ GARRIDO MELERO, M., *Derecho de Familia...* Op. cit. Pág. 185.

¹²⁷ ARNAU REVENTÓS, L., *Adquisiciones onerosas y titularidades dudosas en el régimen de separación: Los artículos 232-3 y 4 del Código Civil de Cataluña*, en Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona: 2011. Págs. 20 y ss.

los cuales existen dudas razonables acerca de quién es su titular. Este hecho ha llevado a la Audiencia provincial de las Islas Baleares¹²⁸ a aplicar la presunción de cotitularidad del artículo 1441 CC¹²⁹. Sin embargo, no resulta una solución demasiado acertada dado que, en relación con el ámbito de aplicación del artículo 1320 CC se manifestó el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en una sentencia de 3 de septiembre de 1998, concluyendo que tal precepto es extraño al ordenamiento balear y, por tanto, no aplicable, misma razón debería argumentarse frente a la entrada del artículo 1441 CC en el ordenamiento balear¹³⁰. Añade que, aunque no existe una norma específica al respecto, el sistema de fuentes declara el Código Civil como derecho supletorio respecto de los principios generales del Derecho balear.

No obstante, podemos encontrar en el artículo 3.3, párrafo 2º CDCB una presunción de copropiedad especial, por razón del objeto, ya que solo opera sobre el ajuar doméstico. Tal precepto dispone lo siguiente: *“Serán bienes propios de cada cónyuge los que le pertenezcan al establecerse el régimen de separación y los que adquiriera por cualquier título mientras el mismo esté vigente. No obstante, salvo prueba en contrario, se presumirá que pertenecen a los cónyuges, por mitad, los bienes integrantes del ajuar doméstico, no entendiéndose comprendidos en la presunción las joyas y objetos artísticos e históricos de considerable valor. Al fallecimiento de uno de los cónyuges, corresponderán aquéllos en propiedad al sobreviviente, sin computárselos en su haber”*.

En cuanto a su ámbito de aplicación¹³¹, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, de 27 de marzo de 1999, excluye la virtualidad de la presunción de copropiedad en la Isla de Ibiza, alegando el siguiente motivo: *“ni el legislador de 1961 ni el actual de 1990 la han incluido en la regulación del régimen económico matrimonial propiedad de la indicada isla, por lo que no se trata de una laguna legal sino de una exclusión buscada de propósito por el legislador por ser contraria dicha presunción a la tradición jurídica ibicenca que rige el sistema económico matrimonial, al conservar cada cónyuges la propiedad exclusiva y excluyente de sus bienes, incluso de los que integran el ajuar familiar”*.

¹²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, de 11 de diciembre de 2007.

¹²⁹ VILA RIBAS, C., *Los regímenes económicos matrimoniales...* Op. cit. Pág. 703.

¹³⁰ VILA RIBAS, C., *Los regímenes económicos matrimoniales...* Op. cit. Pág. 704.

¹³¹ VILA RIBAS, C., *Los regímenes económicos matrimoniales...* Op. cit. Pág. 704.

3.3. Supuestos controvertidos

3.3.1. Cuentas bancarias indistintas

Unos de los supuestos que con más frecuencia se plantea en la práctica en el momento de la disolución del régimen económico de separación de bienes es en relación con el contrato de cuenta bancaria corriente. Se define como: “*el depósito de una cantidad de dinero en una cuenta bancaria a la vista, que ofrece por parte del banco los servicios de realización de pagos y cobros por cuenta e interés del depositante*”¹³².

Se pueden distinguir distintos tipos de cuentas bancarias:

- Cuentas corrientes conjuntas: para disponer de los fondos es preciso la autorización de todos y cada uno de los titulares.
- Cuentas corrientes indistintas: cuentas pertenecientes a varios titulares pero cada uno de ellos puede actuar de forma aislada.
- Cuenta individual con firma del otro cónyuge: cuenta de titularidad única que se caracteriza por la atribución de la totalidad de los fondos depositados al cónyuge que aparece como titular. Sin embargo, el cónyuge no titular está autorizado a disponer con su firma de los fondos depositados y, como consecuencia, se aplicarán las normas relativas al contrato de préstamo o representación relativa, salvo que exista simulación.

La verdadera problemática resulta cuando se trata de cuentas bancarias indistintas pertenecientes a cónyuges que han contraído matrimonio en régimen de separación de bienes. Pero no se trata tanto de determinar la titularidad de la cuenta corriente en sí, sino más bien de los fondos depositados en la misma, ya sea por uno de los cónyuges o por ambos.

Lo normal en estos casos es que cada titular tenga la propiedad de una parte de los fondos, según lo que hayan pactado los cónyuges. A falta de acuerdo, habrá de

¹³² PUIG FERROL, L., *Algunas cuestiones con referencia al régimen económico matrimonial del separación de bienes*, en Academia Sevillana del Notariado, Tomo XIV, página 33.

determinarse según la procedencia de los fondos depositados, que podrá probarse a partir de los resguardos de entrega que cada titular haya realizado¹³³.

Cuando se presenta un supuesto de estas características, el Código civil no recoge una regla específica al respecto, por lo que habrá que aplicar los criterios estudiados anteriormente. En el Código Civil de Cataluña, el artículo 231-13¹³⁴ aporta una solución para el caso pero referida a un supuesto concreto. Cuando se produzca la declaración de concurso de cualquier de los cónyuges o el embargo de las cuentas indistintas por deudas privativas de uno de los cónyuges, el cónyuge no deudor podrá sustraer de la masa activa los fondos que acredite que le pertenecen. El mencionado artículo se encuentra dentro de la parte denominada “*disposiciones generales*” por lo que se aplica a todos los regímenes económicos regulados. Aunque se refiere a las relaciones de los cónyuges frente a terceros, del término “*los fondos que acredite que le pertenecen*” se puede deducir que el legislador catalán opta por una inversión del principio rector en las relaciones patrimoniales de los cónyuges que han contraído matrimonio en régimen de separación de bienes, ya que la cotitularidad de la cuenta no prejuzga la propiedad de los fondos depositados en la misma, sino que pertenecerán a aquel cónyuge que consiga demostrar que le pertenecen. Es decir, la titularidad de los fondos de la cuenta bancaria indistinta dependerá del origen patrimonial de los mismos.

Respecto de los supuestos generales la jurisprudencia mantiene una posición flexible al permitir la entrada de otros criterios en los supuestos de titularidades confusas. Aunque pueda tener cierta preferencia el principio de titularidad formal, por ser el característico de las relaciones patrimoniales entre cónyuges en régimen de separación de bienes, su aplicación no es absoluta ni vinculante, de hecho la jurisprudencia cada vez es más partidaria de tomar en cuenta la proveniencia de los fondos invertidos o incluso dar entrada a criterios más claudicantes como la voluntad de los cónyuges después de la adquisición.

En cambio, cuando se trata cuentas corrientes indistintas la aplicación de la regla general viene exceptuada por la consideración del origen del dinero. La jurisprudencia

¹³³ ÁLVAREZ OLALLA, M^a P., *Responsabilidad patrimonial*...Op. cit., 475.

¹³⁴ “Artículo 231-13: *En caso de declaración de concurso de cualquier de los cónyuges o de embargo de cuentas indistintas por deudas privativas de uno de los cónyuges, el cónyuge no deudor puede sustraer de la masa activa del concurso o del embargo los importes que acredite que le pertenecen*”.

es determinante, al igual que la doctrina¹³⁵, en considerar que la titularidad formal no puede tenerse en cuenta en esta ocasión para atribuir la pertenencia del efectivo depositado en las cuentas, ya que la prueba del origen del dinero es determinante.

Es doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y aplicada por instancias inferiores que el hecho de que dos o varias personas abran una cuenta indistinta no supone, por sí misma, la atribución por mitad de los saldos existentes en la misma. Los titulares de una cuenta bancaria indistinta únicamente gozan *prima facie*, y respecto del Banco depositante, de facultades dispositivas de los fondos de la cuenta, sin que suponga, en ningún caso, un condominio de ambos y menos por mitad, ya que lo más normal es que las cantidades aportadas por cada uno de los cónyuges sean distintas o incluso que la cuenta se nutra exclusivamente de fondos percibidos por uno solo de ellos. Así, el Tribunal Supremo ha afirmado en reiteradas ocasiones que *“la cuenta corriente bancaria expresa una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el Banco que las retiene, no pudiendo aceptarse el criterio de que el dinero depositado en tales cuentas indistintas pase a ser propiedad de uno de ellos, por el solo hecho de figurar como titular indistinta, porque en el contrato de depósito, la relación jurídica se establece entre el depositante, dueño de la cosa depositada, y el depositario que la recibe, no modificándose la situación legal de aquel, en cuanto a lo depositado, por la designación de persona o personas que la puedan retirar. Tales depósitos indistintos no suponen por ello comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a cuanto dispongan los tribunales sobre su propiedad. Por ello, el mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, lo único que significa prima facie, es que cualquiera de los titulares tendrá frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina por sí sólo la existencia de un condominio que vendrá determinado únicamente por las relaciones internas y, más concretamente, por la propiedad originaria de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta”*.

La titularidad de la cuenta no supone propiedad de los saldos depositados sino facultad de disposición de los mismos, puesto que en el contrato de depósito, la relación jurídica se establece entre el depositante, dueño de la cosa depositada, y el depositario que la recibe, por lo que cada depositante será propietario solo de aquellos fondos que ingrese en la cuenta y en la proporción correspondiente.

135

RIVERA BLANES, B., *Régimen económico del matrimonio...* Op. cit. Pág.845

En la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2013 se recoge la doctrina jurisprudencial al respecto. El litigio se sustancia entre cónyuges en régimen de separación de bienes, en el cual el marido gana un premio de lotería, el cual ingresa en una cuenta indistinta a nombre de ambos esposos. Debido a la titularidad común, la esposa trata de obtener la mitad de los fondos depositados a su favor, a lo cual el Tribunal contesta lo siguiente: *“Tampoco deduce de la titularidad indistinta de la cuenta la copropiedad de las cantidades contenidas en ella. La titularidad indistinta no equivale a copropiedad. Consiguientemente, desestima la demanda formulada por doña Margarita contra d. Romualdo, sobre acción declarativa de la propiedad de la mitad de la suma de 320.000 euros existente en la cuenta corriente abierta en la Banca March con motivo del ingreso de dinero proveniente del premio de la lotería”*.

En contraposición con la doctrina anterior, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, de 26 de abril de 2004 considera que la titularidad conjunta de una cuenta corriente genera una presunción de cotitularidad o condominio de los fondos de la misma. Por tanto, la inexistencia de condominio exige la prueba acreditativa de la titularidad exclusiva. Es decir, parte de una situación de comunidad respecto de los saldos de las cuentas bancarias indistintas, que deberá ser desvirtuada por la correspondiente prueba en contrario, consistente en demostrar en qué proporción los fondos corresponden a uno de ellos en exclusiva.

En materia de cuentas bancarias indistintas el principio de titularidad formal se ve desplazado por la subrogación real. La determinación del origen de los fondos conlleva una ardua tarea para los Tribunales que, en algunos casos, es imposible determinar. Cuando no se puede demostrar el origen de los saldos ni la proporción que le correspondería a cada cónyuge, nada impide la aplicación del artículo 1441 CC y presumir que cada cónyuge es propietario del 50% de los fondos del depósito bancario¹³⁶. Frente a esta consideración, otros autores consideran que en el caso de indeterminación de la propiedad de los fondos en cuentas bancarias indistintas, dicha situación no supone sin más la aplicación del artículo 1441 CC, dado que el vínculo matrimonial y la convivencia pueden presuponer la existencia de autorización para

136

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Autonomía de la voluntad...* Op. cit. Pág. 198.

disponer o gestionar los saldos contenidos en la misma, pero no acredita por sí sola la copropiedad de los mismos¹³⁷.

3.3.2. *Vivienda familiar*

Debido a las finalidades que cumple la vivienda familiar, en relación con el principio de conservación de la familia como un ente social, explica su especial protección tanto en situación normal de matrimonio como en los estados de crisis de separación o divorcio, en comparación con otros bienes patrimoniales pertenecientes a uno u otro cónyuge. Sin embargo, antes de abordar el estudio sobre sus particularidades es preciso comenzar por definir qué se entiende por vivienda familiar.

De la lectura de los artículos 87, 90.b), 91, 96 y 103.2 del Código Civil¹³⁸, la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de diciembre de 1994, conceptúa la vivienda familiar como “bien

¹³⁷ CRESPO ALLUÉ, F., *La necesaria liquidación del régimen de separación de bienes*, en *Los conflictos actuales en el Derecho de Familia*. Dirigido por Vicente Guilarte Gutiérrez y coordinado por Celia Martínez Escribano. Valladolid: Lex Nova, 2013. Pág. 77.

¹³⁸ La redacción de los preceptos mencionados tras la reforma del Código Civil por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, es la siguiente:

- “Artículo 87: *El cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los Artículos 82 y 86 de este Código, es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente. La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga*”.
- “Artículo 90: *El convenio regulador a que se refieren los Artículos 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:*
 - (...)
 - *b) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.*
 - (...)

familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario". La protección de la vivienda familiar viene recogido en el artículo 1320 CC, aplicable a todos los matrimonios con independencia de su régimen económico matrimonial. Enuncia este artículo que para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos correspondan únicamente a uno de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su defecto, autorización judicial. Especifica la sentencia que el derecho a disponer de la vivienda puede ser a título real o personal, por lo que será necesario el consentimiento de ambos, aunque sólo uno de ellos sea el titular, para enajenar la propiedad, extinguir el usufructo o cualquier derecho. No cabe renunciar al arrendamiento o realizar cualquier acto que genere la pérdida del derecho a ocupar la vivienda.

-
- *“Artículo 91: En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los Artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”.*
 - *“Artículo 96: En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando alguno de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.*
 - *“Artículo 103.2: Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará con audiencia de éstos las medidas siguientes:*
 - *(...)*
 - *2. Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.*
 - *(...)*”

Constituyen el elemento objetivo de la norma de protección tanto la vivienda habitual, entendida como aquel lugar habitable en que se desarrolla con habitualidad y actualidad la convivencia familiar, así como los muebles de uso ordinario, denominación bajo la cual se entienden incluidos todo el mobiliario al servicio de la vivienda habitual y, por tanto, destinado al uso familiar.

El segundo párrafo del artículo 1320 CC que “*la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe*”. Hay buena fe en el adquirente cuando no conocía o no debiera conocer, sin negligencia, que el bien inmueble que adquirió estaba destinado al uso familiar. El adquirente de buena fe no es tercero hipotecario, dado que no adquiere de quien no es titular sino que, siendo el verdadero titular, adquiere sin los requisitos previstos en el artículo 1320 CC. Como consecuencia de la buena fe del adquirente, nos encontramos ante un caso de inoponibilidad de la acción de anulación ante el adquirente ejercitada por el cónyuge del propietario.

Por tanto, la protección del artículo 1320 se concede con independencia del título en cuya virtud se estén poseyendo los bienes protegidos. Si se obtiene el consentimiento favorable de ambos cónyuges al acto de disposición sobre la vivienda familiar o los bienes de uso cotidiano, el acto es válido y eficaz¹³⁹.

Si la transmisión de la vivienda habitual perteneciente a uno de los esposos se lleva a cabo sin el consentimiento del otro, el artículo 1322 CC determina la consecuencia a aplicar. Tratándose de actos de administración o disposición a título oneroso, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se omitió, o de sus herederos¹⁴⁰. En cambio, si son actos a título gratuito, declara el artículo 1322 su nulidad.

No obstante, si el consentimiento del cónyuge no titular es necesario tanto para la validez del acto como para la inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad, el artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario declara que este consentimiento no es necesario si el cónyuge titular manifiesta que el inmueble no está destinado al uso familiar. Así lo recoge

¹³⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. Y OTROS, *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*, coordinado por Pedro de Pablo Contreras. Madrid: Colex, 2011. Págs 214 y 215.

¹⁴⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. Y OTROS, *Curso de Derecho Civil ...* Págs 211.

expresamente: *“Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter”*.

Con ocasión de la protección que otorga el artículo 1320 del CC, señala la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de octubre de 1994 que *“las viviendas que así se ocupan rebasan el mero uso, goce o disfrute de espacios que sirven de morada humana, pues sin perder estos destinos, han de configurarse como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales, como muy directamente afectados”*.

Con el paso de los años se ha ido perfilando el concepto de vivienda familiar, en un sentido teleológico. La sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2012, aclara que no pueden atribuirse en procedimientos matrimoniales sin consenso de los cónyuges, locales o viviendas que no constituyan vivienda familiar. Por tanto, la calificación de un local o vivienda como familiar precisa los siguientes requisitos: *“La aplicación del artículo 96 (...) exige que se cumplan los mismos requisitos exigidos en la propia disposición, es decir, que constituyan la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el art. 70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges”*.

En relación con la titularidad sobre la vivienda familiar, se plantean dos cuestiones:

A la hora de atribuir la titularidad de la vivienda familiar, algunas sentencias llevan a cabo una aplicación absoluta del principio de titularidad formal: ante la orden de embargo y debido a que la adquirente no hizo constar en la escritura de compraventa que su matrimonio se regía por las normas del régimen de separación de bienes, el Banco solicita la ejecución de la vivienda familiar entendiendo que es común a ambos cónyuges. Sin embargo, queda demostrada que la adquirente y única titular es la esposa. Así recoge expresamente la sentencia: *“la referida solución «intermedia» ha de ser rotundamente rechazada, ya que en la adquisición de la repetida vivienda no intervino absolutamente para nada el esposo don Manuel Antonio G. C. (ni por sí mismo, ni representado por nadie), sino que fue comprada única y exclusivamente, en estado de casada, por la esposa doña María del Carmen A. A., (...) y bajo ningún aspecto jurídico, como un bien perteneciente en copropiedad o condominio, por partes iguales, a los dos esposos”*.

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 2014, mantiene a la esposa en la titularidad de la vivienda, puesto que así consta en la escritura de compraventa, aunque ésta haya sido adquirida mediante un préstamo hipotecario en el cual ambos cónyuges se obligaron a pagar frente al Banco. Así consta expresamente: *“la vivienda familiar es privativa de la esposa y que se concertó el pago del préstamo hipotecario por ambos cónyuges y a ello se obligaron frente al banco, por lo que se limita a reflejar el ámbito obligacional concertado voluntariamente por los litigantes”*. La sentencia aportada opta por la aplicación absoluta del principio de titularidad formal para resolver conflictos de titularidades dudosas, con independencia del origen de los fondos y, ello entendiendo que la existencia de negocios jurídicos dentro del matrimonio no prejuzga ni modifica la titularidad de los bienes.

Añade la Sala que *“el pago de las cuotas hipotecarias de la vivienda familiar no constituye una carga del matrimonio, al tratarse de una cuestión ajena al procedimiento de divorcio, por ser una obligación afectante exclusivamente al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, unido a que los esposos contrajeron matrimonio en régimen de separación de bienes y tratarse de un bien privativo de la esposa”*.

No obstante, también podemos ver como la jurisprudencia tienen en cuenta el origen de los fondos o, incluso, la voluntad de los cónyuges.

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 2003 atribuye la propiedad exclusiva de la vivienda familiar a la esposa pero añade que, de haber sido probado que los fondos para su adquisición era del marido, a éste hubiera sido atribuido el bien, a pesar de que en la certificación registral únicamente consta ella como titular.

En otras ocasiones, la voluntad de los cónyuges con posterioridad a la adquisición ha sido determinante para la atribución de titularidad, tal y como demuestra la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de julio de 2002. La esposa, titular de un inmueble, declara en documento privado que el 50% pertenece a su marido, con el cual mantiene un matrimonio sujeto al régimen de separación de bienes. Respecto del documento privado, la Sala expresa lo siguiente: *“mera declaración de reconocimiento de dominio, lo que supone como dice la sentencia de primer grado, que entre el 28 de septiembre de 1984, fecha en que la esposa compra del anterior titular la*

parcela y, el 14 de agosto de 1985 que firma el reconocimiento en documento privado, debió existir una transmisión del 50% de la finca que reclama, pero esa transmisión deberá ser acreditada, para comprobar si en el título concurren los requisitos necesarios que le confieran la validez, pero nada de eso se ha probado en autos, carga de prueba que con arreglo al principio que rigen su distribución de la misma, contenido en el art. 1214 del Código Civil, corresponde al actor, por lo que la demanda se desestimó justamente”.

4. CONCLUSIONES

En el régimen de separación de bienes regulado en el Código Civil, impera el principio de titularidad formal para determinar qué bienes y derechos pertenecen privativamente a cada uno de los cónyuges. Por tanto, será titular el cónyuge que participe en el hecho adquisitivo y presente el título de adquisición, sin que este principio se vea desvirtuado por la procedencia de los fondos. Aunque no se recoge expresamente en el articulado del régimen de separación de bienes, debido a que cada cónyuge obtiene para sí ingresos y ganancias y él mismo decide el mejor modo de administrarlos, al igual con esos mismos ingresos y ganancias son con los que va a responder de sus deudas privativas, la falta de mención relativa al origen de los fondos invertidos se justifica en que la situación normal es aquella en que el adquirente sea también el propietario de los fondos.

No puede afirmarse la vigencia del principio de subrogación real dado que al tratarse de una excepción debería estar expresamente prevista. Además el reconocimiento de una titularidad no es más beneficioso que la restitución actualizada de los fondos invertidos, especialmente si el bien ha sido destruido o deteriorado por el paso del tiempo.

Cierto es que el cónyuge adquirente puede utilizar en todo o en parte fondos de su esposo o de un tercero para la adquisición del bien. Como ya hemos dicho, que el adquirente no sea propietario de la contraprestación satisfecha, no desvirtúa el principio de titularidad, ya que se mantendrá en su titularidad al cónyuge adquirente. Ello no significa que el titular de los fondos se encuentre desprotegido puesto que se procederá al reembolso de la cantidad utilizada, salvo que consiga demostrarse que existía *animus donandi*. Para la restitución de los fondos utilizados se acudirá a las acciones previstas para cada relación subyacente. No obstante si no mediase ningún negocio jurídico entre los cónyuges justificante de la transmisión de dinero, y el esposo propietario de los

fondos demuestra que no ha habido donación ni tampoco otro negocio a título gratuito, éste podrá conseguir la restitución de los fondos a través del ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto.

Cuando no exista título de adquisición, ya sea en un documento público o privado, antes de aplicar la norma del artículo 1441 CC, encontramos en el Código Civil otros medios de prueba.

Las presunciones posesorias de los artículos 448, 449 y 464 CC también han sido esgrimidas en juicio por los cónyuges para conseguir demostrar su titularidad exclusiva, especialmente respecto de los bienes muebles que forman parte del ajuar familiar. Debido a la coposesión por ambos cónyuges, resultan ineficaces ya que llegan a la misma conclusión que el artículo 1441 CC. Es preciso matizar que la titularidad exclusiva de la vivienda familiar a favor de uno de los cónyuges, no prejuzga del mismo modo la titularidad de los bienes muebles contenidos en ella.

Los cónyuges, en virtud de su autonomía de la voluntad así como de lo establecido en el artículo 1325 CC, pueden establecer pactos convencionales atributivos o declarativos de propiedad, en los cuales se reconozca la titularidad exclusiva de un bien o derecho a favor de uno de los cónyuges, encontrándose en una determinada situación o bien cumpliéndose las condiciones previstas en el pacto. No obstante, estos pactos solo tienen efecto *inter partes* y no pueden imponerse a los terceros, a los acreedores de los cónyuges.

La confesión de privatividad recogida en el artículo 1324 CC también sirve como medio de prueba. Expresa el precepto que para demostrar la titularidad exclusiva de un bien es suficiente la aseveración de privatividad realizada por un cónyuge a favor del otro. Sin embargo, esta confesión no perjudicará por sí misma los derechos de los herederos forzosos del confesante, ni los acreedores de ninguno de los cónyuges. En el régimen de separación de bienes tiene eficacia entre los cónyuges, cuando la confesión de privatividad tenga lugar con posterioridad al hecho adquisitivo y, siempre y cuando, ese bien no esté inscrito en el Registro de Propiedad a favor del cónyuge confesante, puesto que, en este caso, para el cambio de titularidad no basta la confesión de privatividad sino que habrá que acudir al mecanismo establecido en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Cuando no sea posible establecer la titularidad por ninguno de los medios anteriormente citados, entra en aplicación el artículo 1441 CC. El supuesto de hecho de la norma es la imposibilidad de acreditar a que cónyuge pertenece algún bien o derecho. Es decir, no basta que existan dudas sino que tiene que darse una situación de imposibilidad de hecho, de determinación de una titularidad exclusiva. Tampoco cabe la utilización de este artículo cuando, existiendo una titularidad ya establecida, el otro cónyuge trata de conseguir una titularidad compartida. Ante esta circunstancia, el artículo 1441 CC atribuye la titularidad de ese bien o derecho a ambos cónyuges por mitad, en proindivisión ordinaria. No hay unanimidad en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica de la norma del artículo 1441 CC. A nuestro parecer, negamos que se trate de una presunción puesto que no existe un nexo causal entre el hecho base y el hecho presumido, especialmente cuando en el régimen de separación de bienes rige el principio de titularidades separadas. Sino que más bien, se trata de una norma de cierre, de aplicación subsidiaria, en último lugar, cuando no haya sido posible determinar la titularidad exclusiva de un bien o derecho. No se reconoce la posibilidad de prueba en contrario ya que el artículo 1441 CC únicamente se aplica cuando por ningún medio de prueba haya sido posible determinar que algún bien o derecho pertenece privativamente a uno de los cónyuges.

Junto a la regulación contenida en el Código Civil, en las Comunidades Autónomas de Cataluña, Baleares y Valencia la separación de bienes es régimen legal supletorio de primer grado. Como paradigma de su regulación, el Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia, reconoce expresamente el principio de titularidad formal junto con presunciones de indivisión y de privatividad. Contiene una regulación mucho más detallada y concreta, previendo todos aquellos eventuales problemas que pueden surgir en un matrimonio casado en régimen de separación de bienes.

5. BIBLIOGRAFÍA

1. ÁLVAREZ OLALLA, M P., *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de Bienes*. Pamplona: Aranzadi, 1996.
2. ARNAU REVENTÓS, L., *Adquisiciones onerosas y titularidades dudosas en el régimen de separación. Los artículos 232-3 y 4 del Código civil de Cataluña*, en Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona: 2011.

3. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*. Tomo V, Vol. I. Madrid: Reus, 2005.
4. *Comentario del Código Civil*, dirigido por Luis Díez-Picazo, Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch. Madrid: Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993.
5. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*. Dirigido y coordinado por J. Rams Albesa. Madrid: Dykinson, 2009.
6. DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*. Coordinado por Carlos Martínez De Aguirre Aldaz. Madrid: Colex, 2013.
7. DE LOS MOZOS, J.L., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1985.
8. DÍEZ –PICAZO GÓMEZ, G., Y DÍEZ-PICAZO L., *Derecho de Familia*. Madrid: Editorial Civitas, 2012.
9. DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho*, Tomo IV, Vol.1º. Madrid: Editorial Tecnos, 2012.
10. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. Y OTROS, *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova, 2010.
11. GARRIDO DE PALMA, V. M., en *Derecho de Familia*. Madrid: Trivium, 1993.
12. GARRIDO MELERO, M., *Derecho de Familia*. (Un análisis del Código Civil catalán y su correlación con el Código Civil español). Tomo I. Régimen de la pareja matrimonial y legal. Madrid: Marcial Pons, 2013.
13. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Los conflictos actuales en el Derecho de familia*. Dirigido por Celia Martínez Escribano. Valladolid: Lex Nova, 2013.
14. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La regla de la indivisión en régimen de separación de bienes y su alteración convencional”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº60, 561. 1984.
15. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo IV. Madrid: Dykinson, 2010.
16. LLEDÓ YAGÜE, F., *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*. Coordinado por Óscar Monje Balmaseda. Madrid: Dykinson, 2013.
17. MARTÍNEZ CORTÉS, J., *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo IV, Vol. 2º. Coordinado por Juan Francisco Delgado de Miguel. Madrid: Civitas, 2002.
18. MONTÉS PENADÉS, *Comentarios al Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1993
19. NAVAS NAVARRO, S., *El régimen de separación de bienes y la protección de los terceros*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

20. O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil*. Tomo II. Derecho de obligaciones. Madrid: Dijusa, 2009.
21. PUIG FERROL, L., *Algunas cuestiones con referencia al régimen económico matrimonial de separación de bienes*, en Academia Sevillana del Notariado, Tomo XIV.
22. RAMS ALBESA J., *Proposición del régimen de separación de bienes como régimen optativo directo*, en Anuario Jurídico Villanueva nº2, 2007.
23. REBOLLEDO VARELA, A., *Belicosidad derivada de la elección del régimen económico matrimonial*, en Revista Aranzadi Civil, nº3, 2003.
24. REBOLLEDO VARELA, A.L., *Separación de bienes en el matrimonio*. Madrid: Montecorvo, 1983.
25. RIVERA BLANES, B., *El régimen económico del matrimonio*. Coordinado por Joaquín Rams Albesa y Juan Antonio Moreno Martínez. Madrid: Dykinson, 2005.
26. YZQUIERDO TOLSADA, M. Y CUENCA CASASA, M., *Tratado de Derecho de la Familia*. Vol. IV (Los regímenes económicos matrimoniales (II)). Derecho de Familia y concurso de acreedores. Las parejas no casadas. Madrid: Aranzadi, 2011.