

## ***Efectos patrimoniales del matrimonio: organización económica de la sociedad conyugal.***

Régimen económico matrimonial: concepto e importancia.

Sistemas de organización de la economía conyugal.

Sistema adoptado por el Código civil español.

- Sistema vigente en el Código civil antes de la reforma de 1981.
- Sistema vigente tras la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

Las disposiciones generales aplicables a todo matrimonio. El denominado régimen económico matrimonial primario.

- Contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio. *Litis expensas*.
- Potestad doméstica.
- Regulación genérica del consentimiento dual.
- Disposición de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia.
- El ajuar familiar.
- Libertad de contratación entre cónyuges.

Nos encontramos en el territorio del llamado derecho de familia aplicado a los bienes en contraposición al derecho de familia puro, relativo a las relaciones personales. Hemos de tener presente el título III del Libro IV, arts. 1315 y ss. Cc. Igualmente hay reglas de trascendencia patrimonial en la ordenación de las crisis matrimoniales (arts. 90 y ss.). Entre los efectos patrimoniales de las relaciones familiares se encuentran algunos a que no aludiremos aquí: la deuda legal alimenticia (arts. 142-153 CC) que incumbe en primer lugar a los cónyuges. En un sentido más amplio, el derecho patrimonial de la familia abarcaría también lo relativo a los bienes de los hijos menores o incapacitados, y que es menester administrar y a veces disponer de ellos y recibir sus frutos o rentas y atender a sus pérdidas. La relación matrimonial y familiar tiene también efectos sucesorios.

### **RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: CONCEPTO E IMPORTANCIA.**

El *consortium omnis vitae* que representa el matrimonio, como realidad humana y social, no permanece en el terreno de lo ideal, sino que tiene una ineludible proyección material, y genera una comunidad de intereses de carácter patrimonial. Lo que se haga y lo que se pretenda no tiene que ver ya sólo, a partir de ese momento, con el interés personal individual, brota un nuevo concepto, el «interés de la familia», por más que quiera verse únicamente como la expresión del respeto y atención que cada cónyuge debe prestar al otro, con vistas a la mejor satisfacción, en el consorcio, de los intereses individuales.

En la plasmación jurídica de las consecuencias propias de la institución matrimonial el legislador ha distinguido entre los efectos personales y los patrimoniales. Pues bien, existe “un conjunto de reglas que prolongan, en el orden de los bienes y de

las actividades patrimoniales de los cónyuges, los lazos específicos que la institución del matrimonio establece”.

El matrimonio requiere una regulación específica de los medios que constituyen el soporte económico del hogar. La vida en común de los cónyuges supone una serie de gastos. Es preciso determinar, al menos, cómo ha de atenderse a esos gastos, y quién y cómo deben soportarlos (contribución a las cargas del matrimonio), lo que constituye el elemento mínimo y la raíz del régimen matrimonial.

Pero juegan también un importante papel los servicios que cada cónyuge aporta a la vida del hogar; y las actividades adquisitivas de un cónyuge se ven fomentadas y reforzadas por la ayuda del otro. Así, en los bienes adquiridos constante el matrimonio por uno de los cónyuges parece que el otro debe tener alguna participación. Determinar cuál sea esta y en qué forma ha de tenerse y percibirse es otro de los temas del derecho económico matrimonial.

¿Cabría plantear que el ordenamiento no contuviera normas específicas sobre su economía? Pudiera bastar, puede pensarse, la normativa del derecho de cosas y de obligaciones, para ordenar unas relaciones patrimoniales que se establecerían y trascenderían a terceros como sucedería entre dos personas cualesquiera. Sin embargo, en la práctica se puede afirmar que ello no es posible, aquella deducción, señala PLANIOL, tiene algo de sofisma. Y la doctrina entiende que hay una vinculación inescindible, una línea que anuda matrimonio, efectos personales y efectos patrimoniales del mismo, régimen económico matrimonial, como un sistema de reglas específico, derivado de la especial situación de la persona en la sociedad conyugal, en su relación con su cónyuge y con trascendencia a terceros que con él se relacionan.

El régimen económico es teóricamente independiente del alcance del patrimonio de los esposos, incluso privados de cualquier medio ello no evitaría su existencia: como dice TERRÉ, es una abstracción. Responde a las necesidades de cohesión implícita en el orden familiar; pero esto no es todo, a los terceros no les resulta indiferente la ordenación legal o contractual de los aspectos patrimoniales del matrimonio. Y esta idea, tan importante como la anterior, justifica la necesidad, y la publicidad, de un régimen económico matrimonial, que funciona como una comunidad de crédito.

Se trata de una institución con características propias, diferentes de las formas de asociación nacidas del contrato o de los negocios creadores de obligaciones: “en particular, aunque sea contractual, es algo que opera en virtud de la ley y cuyos efectos no podrían producirse por la mera voluntad privada, ni tampoco excluirse” (LACRUZ). Es muy interesante constatar, con CARBONNIER, que la ley siempre está pendiente del asunto, y establece por su cuenta un régimen estándar para cuando los cónyuges nada han establecido, que responde a “un modelo en el cual la sociedad expresa su ideal en cuanto a las relaciones pecuniarias de los esposos”. La ley no permite que haya un matrimonio no sujeto a un determinado esquema normativo.

El sistema de reglas y criterios se refiere a la totalidad del patrimonio personal, por más que en cada uno de los regímenes se distribuya y ordene éste de una u otra manera, y aunque sólo fuera para establecer una separación de los patrimonios, y la forma y medida en que cada cónyuge ha de contribuir a las cargas del matrimonio.

Al mismo tiempo, se ocupa de organizar los poderes, las obligaciones y las responsabilidades, en definitiva la actuación de los cónyuges y su repercusión, en relación con la atención de las necesidades de la familia. No se trata, por tanto, sólo de una cuestión de distribución de la riqueza, sino también de poderes de gestión y responsabilidad en relación con terceros.

Por último, a la hora de la extinción del régimen, se reflejará la noción que cada sistema pone en juego en cuanto al reparto de la riqueza, procurándose, como mínimo, evitar que el matrimonio implique un injustificado enriquecimiento de un cónyuge en detrimento del otro, lo que lleva a valorar y equilibrar lo que cada uno aportó durante el mismo.

Un régimen matrimonial, concluye LACRUZ, es un conjunto coherente de soluciones a todos estos problemas: la respuesta del Derecho ante una serie de intereses y cuestiones pecuniarios a los que ha dado nacimiento el matrimonio y que es preciso regular.

### **SISTEMAS DE ORGANIZACIÓN DE LA ECONOMÍA CONYUGAL**

Son muy distintos los aspectos en que pueden considerarse los **regímenes económicos matrimoniales**, y dan lugar a variedades y combinaciones muy complejas. Varias clasificaciones pueden hacerse, atendiendo a diversos criterios. Por ejemplo,

al origen de la ordenación, y al distinto grado de libertad dejado a los contrayentes en la determinación del régimen.

o atendiendo a los efectos, y a en qué medida el consorcio conyugal se traduce en una comunicación de bienes.

también, indica DÍEZ PICAZO, desde el punto de vista de los criterios de administración de los bienes, con independencia de la titularidad de las masas patrimoniales. Así, puede haber una unidad de administración o administraciones escindidas y separadas.

#### **Clasificación por razón de su origen:**

En cuanto a su origen inmediato, los regímenes económicos admiten una clasificación, en atención al papel que la autonomía de la voluntad juega para determinar la normativa. La libertad suele combinarse con la intervención de la ley. Normalmente no es obligatorio el pacto matrimonial expreso (así lo estableció el Código de México de 1928). Puede tratarse de un sistema de **“libertad absoluta”**, con los únicos límites de los criterios de orden público, y un conjunto de reglas imperativas, aplicables a todos los regímenes. O bien, lo previsto es la posibilidad de optar por alguno de los modelos dibujados por la ley, **libertad restringida**. Así sucede, por ejemplo, en Suiza. En cuanto al **sistema legal o predeterminado**, la ley puede imponer un modelo **obligatorio**, o limitarse a establecer un tipo con carácter **supletorio**: para colmar la laguna que se produciría si los cónyuges no hicieran uso de su libertad. Esto es lo habitual.

#### **Clasificación atendiendo a sus efectos:**

Partiendo de la contemplación del activo de las masas patrimoniales, se suele distinguir entre regímenes de separación, de comunidad e intermedios. En esta cuestión entran en juego –explica PEÑA– dos principios antitéticos

1. La intensidad de la comunidad de vida que el matrimonio establece entre los cónyuges y la mutua ayuda parece que deben traducirse, en lo económico, en una cierta comunicación de bienes: el incremento patrimonial de un cónyuge se comparte por el otro.
2. El respeto a la personalidad de cada cónyuge y la necesidad de evitar los matrimonios de interés justifican, en cambio que persista la correspondiente autonomía patrimonial.

El resultado ha sido que, también en este aspecto, sean muy diversas las soluciones dadas en el Derecho comparado, e incluso dentro de España.

#### A) Régimen de separación.

Se caracteriza por el dato negativo de la ausencia de una masa común de bienes. Tiene diversas variantes, que vienen dadas por el diverso régimen de administración. Puede suceder que cada cónyuge retenga, además de la propiedad, la administración y el goce con absoluta independencia, o quedar estas últimas facultades en manos del otro cónyuge, usualmente el marido (sistemas de separación relativa: reunión y dotal).

Los **sistemas de separación relativa** están en franco retroceso, desapareciendo de los ordenamientos de nuestro entorno, si bien han tenido importancia hasta tiempos relativamente recientes.

En el sistema de **separación absoluta**, cada cónyuge conserva la propiedad, goce y administración, tanto de los bienes aportados al comienzo del régimen, como de los adquiridos posteriormente. Los productos del trabajo, y las rentas que puedan producir los bienes siempre pertenecerán al marido o mujer según su origen. Es el sistema legal en Baleares y en Cataluña, encontrándose también en los arts. 1435 a 1444 del CC. Como supletorio rige en Austria; en lo esencial, en Inglaterra y en la mayoría de los Estados Unidos, Australia, Japón. Como régimen convencional puede ser adoptado en casi todas las legislaciones.

Se le atribuyen como ventajas su simplicidad, el dar total amplitud a la autonomía de los cónyuges. Pero tendría en contra, en su versión pura, la injusticia de no atribuir a cada cónyuge parte ninguna de las ganancias y economías realizadas por el otro durante el matrimonio. Envuelve un sentido individualista. Y requiere que ambos cónyuges lleven una contabilidad precisa del estado de su fortuna y de sus adquisiciones, lo que raramente acontece.

Hoy en día la pura concepción separatista está en crisis. Y en la mayoría de países en que la separación es el régimen legal, se está evolucionando hacia formas de participación de ambos cónyuges en las economías realizadas durante el matrimonio. En este sentido, es significativa la regla del art. 41 del **Codi de família** catalán, que establece el “derecho a la compensación económica por razón del trabajo prestado”, cuando la disolución tenga lugar por nulidad, separación o divorcio. El precepto persigue (SOLÉ RESINA) la comunicación de bienes entre las masas patrimoniales que de otro modo permanecerían inalteradas por la liquidación, de manera que el cónyuge económicamente más fuerte transfiera al más débil una parte de su patrimonio,

entendiendo que su incremento patrimonial y en su actividad económica durante el matrimonio se ha visto facilitado por la atención del otro a la tarea doméstica, sin retribución y con el coste de oportunidad consiguiente. Un reflejo de este criterio encontramos en el artículo 1438 CC.

### B) Régimen de comunidad.

En este sistema, la comunidad de vida y colaboración entre los cónyuges se traduce en la formación de una masa de bienes propia de ambos, quedando afectos al sostenimiento de los gastos de la familia, y dividiéndose con diversos criterios a la disolución de la comunidad. En cuanto a la responsabilidad, existen deudas de las que responden los bienes comunes, y coexisten con las deudas privativas de los cónyuges.

Estos regímenes pueden tipificarse en atención a la extensión de la masa común: **comunidad universal:** constituiría el polo opuesto al sistema de separación. Todos los bienes, siempre que sean transmisibles, y salvo los *bienes reservados*, entran a formar parte del acervo común, sin que medie ningún negocio transmisivo especial. Las deudas se hacen igualmente comunes, tanto las contraídas antes como después del matrimonio. El sistema existe como supletorio en Vizcaya y en los municipios alaveses de Llodio y Aramayona, para el caso de disolución por muerte de uno de los cónyuges con hijos y descendientes comunes.

**Comunidad particular o limitada:** La masa común está integrada sólo por ciertos elementos patrimoniales, coexistiendo con los bienes privativos de cada uno de los cónyuges. Igualmente, se distinguirá un pasivo particular y un pasivo común. Puede adoptar diversas modalidades: la que más nos interesa es la comunidad de ganancias, o adquisiciones, que en el terreno de los principios debe abarcar los bienes que representan para cada cónyuge un incremento patrimonial producto de su actividad, o de la fructificación de su patrimonio privativo. Permanecen de propiedad separada los adquiridos por herencia, legado o donación, así como los aportados por cada uno de los cónyuges al comienzo del régimen. Es el sistema que acoge como legal el CC, sociedad de gananciales. También en Francia, Italia, Portugal, y en numerosas legislaciones latinoamericanas. Entre nosotros, tiene carácter legal en Navarra (régimen de conquistas), y en Vizcaya y los municipios alaveses antes mencionados para el caso de que disolución del matrimonio sin hijos o sentencia de separación, divorcio o nulidad (artículo 109 LDCFPV). El *Codi* de Familia de Cataluña recoge la asociación de compras y mejoras y el pacto de *convicença* o *mitja guadanyeria* ambos como regímenes convencionales.

Una variante de este sistema, la comunidad de muebles y adquisiciones, rige en Aragón, pero modernizada con un matiz que la aproxima al anterior: los bienes muebles de más valor se consideran *sitios*. Otra variante sería la comunidad de bienes *futuros*.

Se ha dicho que el régimen de gananciales armoniza el respeto de los fines individuales de los cónyuges y el reconocimiento de la mancomunidad creada por el matrimonio. Es el régimen que mejor traduce en el plano patrimonial la idea de comunidad de vida y de esfuerzos, y garantiza cierta equidad en el reparto de los bienes adquiridos durante la vida común. Por otra parte, la presunción de comunidad soluciona el problema de la prueba de la propiedad de los bienes, facilitando las cuentas entre los

cónyuges en la disolución. Si bien, en su virtud, el sistema tiende a convertirse a veces en una comunidad de muebles y ganancias, o incluso universal.

### C) Régimen de participación.

Unos lo califican de régimen corrector de la separación de bienes, otros como una variante dentro de los sistemas de comunidad. La mayoría lo ve como una categoría autónoma, régimen mixto, intermedio entre comunidad y separación.

El sistema viene adquiriendo últimamente bastante difusión, y supone engarzar el sistema de comunidad en el de separación. Funciona de modo análogo a los sistemas de separación durante su vigencia; sin perjuicio de que para determinados actos de gran trascendencia, se exija el consentimiento de ambos cónyuges; y de que algunas normas establezcan cautelas y matizaciones, con vistas a garantizar la participación final. Pues, en el momento de la disolución del régimen se procede a su liquidación de forma similar a la prevista para los regímenes de comunidad.

Parece que tuvo su origen en el derecho consuetudinario húngaro. Luego alcanzó gran difusión en los países nórdicos, como participación universal, que envuelve una comunidad diferida; en diversas naciones latinoamericanas, como universal o de ganancias; y, como sistema de **participación en ganancias**, se introduce en Alemania como régimen legal, también en Suiza, y como convencional en Francia tras la reforma de 1965; y en nuestro código tras la ley de 1981.

Fijándonos en nuestro sistema de participación en ganancias, al disolverse el régimen, que ha funcionado como si se tratara de separación, se realiza un ajuste de cuentas entre los cónyuges o sus herederos, y se prevé una igualación en las ganancias, a través de un crédito de participación a favor del cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento.

En la medida en que la sociedad moderna profundiza la tendencia a la autonomía de los cónyuges, buena parte de la doctrina viene mirando con simpatía, y ensalza las virtualidades de este régimen. Se acomoda bien al principio de igualdad, permite una gestión patrimonial más ágil, facilita el tráfico, sin mermar la solidaridad económica de los cónyuges, conteniendo además un concepto de ganancia partible mejor ajustado y acaso más equitativo. Pero no satisfaría, en cambio, los postulados de cohesión familiar; la sociedad de gananciales protegería mejor el *statu quo* de los cónyuges en cada momento y su perspectiva de participación en la riqueza por la vía de la comunidad de los bienes que encarna la ganancia y la exigencia de cogestión y codisposición, más que reconociéndoles un simple derecho de crédito en la liquidación.

## **SISTEMA ADOPTADO POR EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.**

### **Sistema vigente en el Código civil antes de la reforma de 1981.**

El Código de 1888-89 codificó las normas del derecho castellano anterior, sin grandes modificaciones. Rasgos fundamentales de su regulación fueron:

1. La libertad de pactar sobre el régimen de bienes, pero antes del matrimonio. Después, ni el régimen legal ni el estipulado en capítulos podían modificarse. Y se establece como régimen legal supletorio la sociedad de gananciales (art. 1315).

2. Cuando los cónyuges se hubieran limitado excluir el régimen de gananciales, o si la mujer o sus herederos renunciaban al mismo, la totalidad del patrimonio de la mujer, tomado como dotal, quedaba bajo la administración y el usufructo del marido (art. 1364). Salvo en este caso, y frente al modelo que se había propuesto en el Proyecto de 1851, la regla es que los bienes de la mujer fueran privativos y no dotales.
3. Fuera de este caso, existía separación absoluta como imposición legal, si el matrimonio se contrajese contraviniendo las prohibiciones del antiguo art. 45 CC. También, a petición de parte, por la separación judicial. En estos casos los patrimonios privativos contribuirían proporcionalmente al levantamiento de las cargas del matrimonio; esta regla se consideraba aplicable, a falta de pacto especial, en los casos de separación establecida en capitulaciones.
4. La sumisión de la esposa. La mujer, que al casarse queda sometida a la obediencia del marido, pierde asimismo la posibilidad de regir a su arbitrio su patrimonio: precisa la licencia marital para los actos de alguna gravedad.
5. El marido era señor y dueño de la comunidad. No sólo se le atribuye la administración de la sociedad de gananciales, sino que puede enajenar a su voluntad todos los bienes comunes y estos quedaban obligados por todas sus deudas, sin necesidad de demostrar que fueran familiares. En compensación, a la disolución del matrimonio era la mujer quien recuperaba primero sus bienes.

Esta situación se rectifica levemente por la Ley de 24 de abril de 1958, que restringe las omnímodas facultades del marido y exige el asentimiento de la mujer o autorización judicial para efectuar actos de disposición sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles. En 1975, se suprime el deber de obediencia de la esposa y la licencia marital, y se autoriza el otorgamiento de capitulaciones después del matrimonio. Por fin, con la reforma de 13 de mayo de 1981, el panorama cambia del todo.

### **Sistema vigente tras la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo**

En líneas muy generales, se ha afirmado que el nuevo sistema es el mismo que recogía la regulación anterior: libertad de estipulación e imposición de un régimen legal sustitutivo del silencio de las partes. **Ahora bien, el sistema establecido en 1981 supone una muy profunda reforma respecto a la normativa anterior**, porque constituye el último paso en una evolución que

- elimina la idea de jerarquía, para consagrar el principio de igualdad de los cónyuges;
- frente al criterio de unidad de dirección de la familia, triunfa el reparto igualitario del poder familiar;
- se afirma la autonomía e independencia de los cónyuges, sin que el matrimonio venga a restringir la capacidad de la mujer de actuar en el tráfico jurídico;
- se eliminan limitaciones que eran características del derecho anterior, como la prohibición de contratos entre cónyuges;

- y se admite –sin perjuicio de los derechos de terceros– la libre mutabilidad del régimen constante matrimonio.

La Ley de 13 de mayo de 1981 se desenvuelve en torno a los principios de libertad e igualdad de los cónyuges. Como expresa la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, “la presente reforma ha llevado el principio de igualdad jurídica entre los cónyuges a sus últimas y justas consecuencias, ya borrando ciertas distinciones que persistían en las relaciones personales, ya, sobre todo, confiriendo a cada uno, en el aspecto patrimonial, iguales facultades, deberes y obligaciones. De ahora en adelante cada cónyuge gobernará y regirá sus bienes y actividades económicas sin más trabas que la respectiva contribución a las cargas familiares o las derivadas del hecho de no ser suyos, sino comunes, ciertos bienes obtenidos por él, o de la eventual obligación de dar cuenta de sus actividades lucrativas al otro cónyuge. De otra parte, en la economía conyugal, y singularmente en la sociedad de gananciales, ninguno de los dos será superior al otro, ni tendrá atribuidas por ley concretas facultades o privilegios en cuanto varón o mujer”.

Aparte de otros que pueden ser aplicación de ideas más generales, como la regla de facilitación del tráfico jurídico, o la protección de algunas formas de apariencia o de los derechos de terceros, apunta DÍEZ PICAZO unos principios inspiradores, que nos pueden servir, siguiendo en parte su exposición, para mostrar los trazos básicos del sistema vigente:

#### **-El principio de libertad de estipulación.**

Consagrado en los artículos 1315 y 1325 CC. “El régimen económico del matrimonio –establece el art. 1315– será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”. Ahora bien, esta libertad tiene limitaciones, aplicación, a este concreto supuesto, de aquellas genéricas que la autonomía privada tiene en el Derecho civil. Y hay que tener en cuenta, en este punto, el valor de las **disposiciones generales** que después estudiaremos, y el influjo del principio de igualdad. Salvando esto, explica DÍEZ PICAZO, son los interesados quienes mejor pueden establecer la reglamentación de intereses a la que haya de ajustarse su posterior conducta. Además, en un momento en el que la uniformidad de los modelos familiares y de comportamiento dentro de la familia no resulta fácil, hay que preconizar el pluralismo y la libertad individual es su fuente. Y, así como lo relativo a las relaciones personales entre los cónyuges presenta un marcado cariz de orden público, el régimen económico conyugal, preservando la seguridad del tráfico y los derechos de terceros, es un asunto que concierne casi en exclusiva a los interesados. Se plasmará en las capitulaciones matrimoniales, negocio formal.

#### **-El principio de igualdad.**

Traducción en materia económico-matrimonial del cardinal principio de la igualdad jurídica entre marido y mujer que consagra el artículo 32 de la CE (también, art. 66 CC). Implica el reconocimiento legal de los mismos derechos y deberes indistintamente, en todos los sectores de la vida familiar. Garantiza el derecho de ambos cónyuges a participar igualitariamente en la dirección familiar. Está clara la conexión del principio de igualdad con las normas de régimen primario; y también con las que



imponen particulares deberes de información, posibilidad de un cónyuge de acudir al juez para hacer valer cautelas, etc...

El art. 1328 declara nulas las estipulaciones capitulares limitativas de la igualdad de derechos, lo que ha dado lugar a controversia doctrinal acerca del equilibrio entre la libertad de estipulación y esa igualdad que “corresponda a cada cónyuge”, según la redacción no muy afortunada del precepto. Parece claro (O’CALLAGHAN) que habría desigualdad si se pretendiera restablecer el régimen de autorización marital o que uno de los cónyuges quedara, de alguna manera, sometido, en su capacidad de obrar, al otro. No cabría un pacto por el que uno de los cónyuges resultara manifiesta e irrevocablemente aventajado en el reparto de poderes y beneficios respecto al otro; estaría prohibido que en capitulaciones se exonerase a uno de los cónyuges de contribuir a las cargas familiares...

Sin embargo, el propio Código dispone que, por ejemplo, en la gestión y disposición de los gananciales, o a la hora del reparto de la ganancia, el régimen ordinario entrará en juego “salvo pacto en sentido distinto” (vgr. arts. 1375, 1429). Por tanto parece posible prevenir convencionalmente reglas que amplíen los poderes jurídicos de uno de los cónyuges... Estarían prohibidas, apunta PEÑA, las estipulaciones que establezcan distinciones que no estén fundadas en una causa objetiva y razonable. Pero la propia ley establece “distinciones fundadas en causa objetiva y razonable”, como las del artículo 1438, respecto a la contribución a las cargas, o, en relación con la potestad de administración de los gananciales, los arts. 1382 y 1388.

En cualquier caso, en estas cuestiones hay controversia. La doctrina, con multitud de matices y opiniones parcialmente diversas, se mueve entre quienes tienden a ver con disfavor cualquier pacto diferenciador (ÁLVAREZ SALA, BLASCO GASCÓ), y quienes se muestran proclives a valorar su proporcionalidad en cada caso.

#### **-Establecimiento de régimen legal supletorio.**

No es una solución propia sólo del sistema del Código, aparece en todas las legislaciones civiles territoriales. En el derecho común, “a falta de capitulaciones o cuando estas sean ineficaces –1316– el régimen será el de la sociedad de gananciales” (régimen legal supletorio de primer grado). Se aplicará cuando nada se haya pactado, y también cuando en las capitulaciones no se establezca régimen alguno, o no pueda interpretarse la verdadera intención de quienes las otorgaron.

Para el supuesto –será infrecuente, sin duda– de que los contrayentes se limiten a estipular que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin determinar otro régimen, existirá separación de bienes (art. 1435. 2º CC). Es régimen legal supletorio de segundo grado. Y regirá también, conforme al art. 1435. 3º, cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, sin ser sustituidos por otro régimen distinto.

Se mantiene, pues, la sociedad de gananciales como régimen legal, pero el régimen de gananciales de 1981 no es el mismo, en absoluto, que regía con anterioridad. Hagamos alguna consideración sobre este punto.

Señala RENAULD que, desde el siglo XVII los regímenes comunitarios han sido concebidos desde la óptica del marido como «jefe de la familia», lo que ya no se

corresponde a las concepciones modernas sobre la igualdad y la función económica de la mujer en la sociedad contemporánea. Por tanto, el planteamiento del derecho moderno supone acometer la conversión de la sociedad de gananciales, tal como se construyó y funcionó durante siglos, en un sistema nuevo con dos centros de poder igualitario en la dirección familiar, combinando la igualdad con la plena autonomía de los cónyuges y con las exigencias de la agilidad del tráfico.

Parecería que el régimen de gananciales funciona mejor, con mayor claridad y sencillez en el tráfico, se muestra más diáfano, en un sistema de jerarquía y unidad de dirección de la familia; y afirmaba DÍEZ-PICAZO (en comentario anterior a la reforma) que sólo en ciertas circunstancias se desarrolla con normalidad y conduce a unos resultados aceptables en sus reflejos sucesorios.

**Puede parecer, por tanto, que la sociedad de gananciales no se adapta bien a los principios y circunstancias modernas del matrimonio, caracterizado, además, por la desaparición de la permanencia, sustituida en la realidad social por un carácter de transitoriedad que hace usual la liquidación en vida de los cónyuges. Por eso, algunos han propuesto que se impusiera como régimen legal el de separación de bienes, y muchos sugirieron en su momento y resaltaron las ventajas de adoptar el régimen de participación en las ganancias, como en Alemania o Suiza.**

**Sin embargo, el legislador español optó por seguir el criterio del derecho francés o el italiano, introduciendo, eso sí, novedades que en la propia Francia no se impusieron hasta la reforma de 1985.**

Muchos pensaron en Francia, en la primera mitad del s. XX, que el régimen de separación sería el sistema idóneo para alcanzar la independencia de la mujer y la autonomía de los cónyuges; sin embargo, explica CORNU, bajo su apariencia de sencillez y el señuelo de la independencia, el sistema resultaba insuficiente (complicado por las dificultades de prueba de la consistencia de los patrimonios) y conducía a resultados injustos, por lo que se prefirió (igual que en Italia) adoptar la sociedad de gananciales, con reformas que introdujeran en ella la igualdad, poderes repartidos y autonomía patrimonial.

**Esta es la idea inspiradora y la opción de nuestro legislador en 1981; mantener la sociedad de gananciales, pero introduciendo en su seno todas las exigencias del principio de igualdad, plena capacidad y libertad de los cónyuges.** Este sistema ha parecido, por así decir, el «menos malo». Pero no es menos cierto que, sobre la complicación inicial derivada de la existencia de tres masas patrimoniales, es muy difícil evitar ciertas distorsiones, y confiere al sistema una innegable complejidad el designio de adecuar el esquema tradicional, a unos nuevos principios de gestión igualitaria y descentralización del poder familiar, y sin que esto suponga merma de la sencillez y agilidad del tráfico.

Por eso, explica LACRUZ: “Los más recientes sistemas de comunidad de gananciales han tratado de alcanzar el doble y contradictorio resultado de satisfacer el principio de igualdad entre los cónyuges y conseguir un gobierno ágil y diligente de las incumbencias familiares mezclando ambas fórmulas, pero también reduciendo el ámbito del patrimonio ganancial actual mientras dura el

**régimen, y, por tanto, ampliando correlativamente la esfera de actuación individual del cónyuge no en cuanto gestor solidario del colectivo, sino rigiendo con poderes exclusivos y como propios suyos negocios y bienes que, a la disolución del régimen, resultarán comunes”.**

Como contrapeso a la esfera de actuación individual, y a la posibilidad de que por deudas propias respondan también los gananciales, está la regla del art. 1373. Pero a su funcionamiento ha venido a obstaculizar una nueva dificultad: el exagerado apego de nuestra doctrina y jurisprudencia a una idea que, sin embargo, no está en el CC, y que quizá debiera ceder ante las manifestaciones claras del legislador: la idea de que la sociedad de gananciales entraña una «comunidad germánica».

#### **-El principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial.**

La libre modificabilidad del régimen económico, antes y después del matrimonio, consagrada en los arts. 1317, 1325 y 1326 CC, confirma el cambio introducido por la Ley de 2 de mayo de 1975 (arts. 1315 y 1320).

Hasta entonces, el Código consagraba el principio contrario, salvo en casos especiales o patológicos de la vida del matrimonio, de suerte que, en paralelo con la propia estabilidad de la unión conyugal, sometido el matrimonio inicialmente a un régimen, por capítulos o disposición legal, debía desenvolverse bajo él toda su existencia. En este punto el derecho común se había diferenciado de los territoriales, que admitían el otorgamiento o modificación de los capítulos antes o después del matrimonio.

La doctrina fundaba esta inmutabilidad, común a casi todos los códigos latinos en su versión original, en:

- la necesidad de garantizar la libertad del consentimiento: la situación de desigualdad de los cónyuges llevaba a pensar que toda modificación *post nupcias* sería perjudicial para el más «débil», generalmente la mujer, sometida al influjo del marido y sin poder manifestar libremente su voluntad.
- Y la existencia de un interés público general en la estabilidad de la reglamentación de bienes, en aras de la seguridad jurídica, los terceros deben saber, con referencia a una fecha fija, el régimen adoptado por los cónyuges; los cambios pudieran constituir un cauce para defraudar a los acreedores, disminuir su garantía.

Pero estas razones no parecieron decisivas a los redactores de códigos más modernos, como el alemán o el suizo, y en general la evolución hacia la mutabilidad del régimen económico fue una constante –salvo el código portugués– en las leyes europeas sobre la materia durante la segunda mitad del siglo XX.

El preámbulo de nuestra ley de 1975 también consideró poco aceptables aquellas razones. Las capitulaciones basta que queden sometidas al tratamiento genérico de los vicios de la voluntad como causa de impugnación y consiguiente ineficacia. Y los eventuales derechos de terceros pueden protegerse igualmente por otra vía, como la que utiliza el art. 1317: “la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros”.

Si bien, las diversas normativas establecen ciertas cautelas y exigencias, como que haya transcurrido un cierto tiempo de matrimonio, o de aplicación del régimen que se va a cambiar. En nuestro derecho, no existen esas limitaciones, es suficiente el otorgamiento o modificación de capitulaciones, con la solemnidad requerida por este negocio. Esta ausencia de alguna cautela más, provocó la crítica de autores como LETE DEL RÍO y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. Entienden que el sistema facilita el fraude a los terceros al no ser suficientes las garantías de publicidad y no exigirse la homologación judicial, ni limitarse el número de veces que pueden modificarse los capítulos, ni establecerse un plazo mínimo de vigencia de los mismos.

La modificabilidad del régimen económico requiere solucionar bien la cuestión de su publicidad, y garantizar que no se verifique en perjuicio de terceros.

Respecto a la publicidad, no cabe duda de su importancia, y más en un sistema de libre mutabilidad del régimen económico. La mención o indicación en el Registro Civil es un requisito inexcusable de eficacia del régimen económico pactado cara a los terceros.

La ausencia de esta publicación supone que quien contrata con los cónyuges (salvo que conozca la situación real) puede confiar en que el régimen de su matrimonio es el legal y, si hay indicación, podrá confiar en el régimen publicado (art. 1333 CC, 77 LRC). Alguna discusión y ambigüedad jurisprudencial ha provocado la situación en que, tratándose de inmuebles, no se haya tomado razón en el Registro de la Propiedad, si bien parece claro, y así lo entiende la mejor doctrina y la jurisprudencia, que la eficacia frente a terceros (incluso el tercero civil, indica PEÑA) exige la publicidad registral inmobiliaria.

No debemos detenernos más en la cuestión de la publicidad –objeto del tema siguiente–, sólo decir que la doctrina ha indicado que nuestro sistema es mejorable, para facilitar el conocimiento, por cualquiera que contrate con persona casada, del concreto régimen económico vigente en su matrimonio.

Centrándonos en el art. 1317, hay que decir que establece una norma de protección de los terceros, que va más allá de la protección derivada del régimen de publicidad.

Un supuesto de hecho –que ha originado bastante litigiosidad– es: los cónyuges, en una situación de crisis económica, optan por el régimen de separación, procediendo, en la liquidación de los gananciales, a adjudicar al cónyuge deudor bienes de menor valor o más difícil identificación, y al no deudor aquellos más fácilmente perseguibles por los acreedores, para eludir el cumplimiento de las obligaciones concertadas individualmente por el otro, y de las que respondían dichos bienes, cuya titularidad, antes común, pasa a corresponder en exclusiva al cónyuge no deudor, que se apresura a inscribirla en el Registro de la Propiedad.

Pues bien, el art. 1317, implica la inoponibilidad del nuevo régimen pactado –publicado o no– frente a los derechos ya adquiridos por terceros.

La norma era necesaria –explica LACRUZ– porque, sin ella, el acreedor sólo podría defenderse demostrando el fraude perpetrado por los esposos, cosa tanto más difícil cuanto las convenciones sobre régimen económico no constituyen donaciones; ni

siquiera si, como en la comunidad universal, implican desplazamientos sin correspondiente. Por lo tanto, como explica la mejor doctrina, y la emblemática STS 7 noviembre 1992, entre otras, no se trata de impugnar las capitulaciones (a modo de acción revocatoria o rescisoria) sino de que, respecto al acreedor, la modificación es inoponible. Continúa gozando del mismo sistema de responsabilidad a que estaban afectos los bienes de los cónyuges antes de la modificación, y puede dirigirse contra el patrimonio responsable como si la variación no se hubiera producido.

Únicamente es imprescindible que se trate de derechos ya adquiridos, según HERRERO GARCÍA, **en el momento en que se publique la modificación del régimen económico**: que el acreedor haya consumado el *iter* adquisitivo del derecho, lo que excluye las expectativas y los derechos en trance de adquisición. Quedan excluidos del precepto, evidentemente, los legitimarios de los cónyuges.

Hay que plantearse cómo se encuentra comprendido en el art. 1317 el poder de agresión que tienen los acreedores para satisfacerse por la vía forzosa sobre unos bienes, según el régimen imperante cuando nacieron sus créditos.

Si la deuda es consorcial –lo que presupone acreditar tal carácter– la DGRN accede a la anotación de embargo del bien ganancial que ahora constara en el Registro como privativo del cónyuge no deudor, con tal de que el procedimiento se haya seguido también contra el cónyuge que figura como titular, por exigencias del tracto registral (RDGRN 28 diciembre 1998).

Pero si la deuda es privativa, lo que implica la responsabilidad subsidiaria de los gananciales, el régimen es distinto, y manifiesta que, en este ámbito, la modificación del régimen sí afecta, de alguna manera, a los acreedores (igual que les afecta –indica PEÑA– en el sentido que no pueden pretender que la hipotética masa ganancial, que ya no existe, siga engrosándose, en beneficio de su crédito, con los rendimientos que serían, en otro caso, gananciales).

**La DGRN tiene establecido que el art. 1373 implica que los acreedores privativos del deudor “no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos”.** La posibilidad de agredir el patrimonio ganancial por deudas privativas se basa en que, «de algún modo», integra también la garantía patrimonial del deudor: pero sólo se actúa esta pertenencia, si así lo quiere el otro cotitular, a través de la adjudicación de la porción privativa. Por lo tanto, una liquidación anterior, «en abstracto» no perjudicaría al acreedor, pues sólo supondría anticipar la misma solución, el incremento del patrimonio privativo de su deudor sujeto a la posibilidad de ejecución. Los acreedores, cabe decir, en abstracto, conservan las mismas posibilidades de agresión que tenían. Pero **esto supone, en concreto, que, frente a la «división consumada» (según el criterio del art. 403 CC), al acreedor sólo le queda ya “la posibilidad de impugnar las adjudicaciones incorrectamente realizadas, acudiendo al remedio subsidiario de la acción rescisoria de la partición, que en su día podrá provocar anotación preventiva de demanda” (numerosas RDGRN).**

--.--

## **LAS DISPOSICIONES GENERALES APLICABLES A TODO MATRIMONIO: EL LLAMADO RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL PRIMARIO.**

En los artículos 1315 al 1324 Cc, se contienen una serie de disposiciones generales que constituyen lo que se ha dado en llamar “régimen económico matrimonial primario”, expresión, para algunos, no muy afortunada. Se trata de preceptos aplicables a las relaciones patrimoniales del matrimonio, sea cual sea el régimen, legal o convencional, que las rijan, por referirse a aspectos que se consideran elementales dentro de la convivencia conyugal, y en cuanto pretenden garantizar el principio de igualdad conyugal consagrado constitucionalmente (art. 32. 1 CE). Por ello, en cuanto arquitectura fundamental del sistema, y normas básicas inspiradoras de cualquier modelo legal o convencional, su estudio ha de preceder al de los concretos regímenes económicos.

No se trata de un sistema completo de organización económica del matrimonio, sino de un conjunto de normas que reflejan las consecuencias mínimas ineludibles del consorcio conyugal, en protección del interés familiar y de los terceros que entren en relación con cualquiera de los cónyuges.

Algunas de estas reglas las hemos estudiado ya, pues, como indica GARCÍA CANTERO, los artículos 1315 a 1317, recogen principios generales a que obedece el derecho económico matrimonial en general, donde acaso habría que incluir también el artículo 1323. A otra –la del art. 1324– nos referiremos especialmente cuando estudiemos la configuración del activo de la sociedad de gananciales, por más que sea aplicable también para supuestos de incertidumbre acerca de la condición de un bien en los regímenes de separación y participación.

### **Contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio. *Litis expensas.* Potestad doméstica.**

El art. 1318 CC establece el llamado principio contributivo:

“Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.

Cuando uno de los cónyuges incumpliere su deber de contribuir al levantamiento de estas cargas, el Juez, a instancia del otro, dictará las medidas cautelares que estime convenientes, a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras”.

Aunque también el sistema anterior, según sus reglas, de una u otra forma, reflejaba la afectación de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio, esta previsión legal general es una NOVEDAD de la Ley 11/1981. Por otra parte, también los hijos deben –conforme al art. 155.2– “contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella”.

Para determinar qué gastos sean cargas del matrimonio, la doctrina suele acudir al art. 1362. 1 (sociedad de gananciales). Concretamente, **los relativos al**

**sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y los de un solo cónyuge cuando convivan en el hogar familiar, así como las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia.** Se trata de los **gastos más generales y necesarios** para la vida en común de los cónyuges e hijos, que deberán acomodarse al nivel de vida de la familia, sin perjuicio de admitir la aplicación a gastos extraordinarios que superen dicho nivel y que sean necesarios o inevitables, como puede ser una intervención médica especialmente costosa. **Se tratará, por lo tanto, de los gastos de alojamiento, vestido, alimentación, asistencia médica, etc... de los miembros de la familia, entendida en sentido nuclear.**

Los gastos de educación, indica HERRERO GARCÍA, pueden plantear algún problema, en una interpretación sistemática de los arts. 142 y ss., 154 y 1041 y 1042 en materia de colación. Parece que el legislador quiere o permite discernir unos gastos de educación «ordinarios», y unos gastos «extraordinarios», y que acaso no podrían considerarse carga del matrimonio, atendiendo a la situación económica de la familia y a la diferenciación que se establece con otros hijos (las circunstancias, en definitiva, que hacen ese gasto colacionable de acuerdo al art. 1042).

**También puede plantear problemas de discernimiento la situación de separación de hecho.** Para RIVERA FERNÁNDEZ, “no parece que deba seguir manteniéndose el concepto de cargas del matrimonio en aquellos casos en los que hay ruptura de la convivencia, aunque parezca que tal opinión choca con lo dispuesto en los arts. 90 C, 91 y 103”, donde se habla de “fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio”; este parece ser el sentir de las SsTS de 25 noviembre 1985, y 3 noviembre 1986. “En tales circunstancias –afirma la primera de ellas– (ruptura de la comunidad de vida conyugal) la mujer, que no dispone de bienes propios suficientes, puede reclamar alimentos de su marido”.

En mi opinión, sin embargo, la separación de hecho no hace desaparecer la noción de cargas familiares, con independencia de que, con la ruptura el hogar conyugal, tienda a confundirse con las atenciones alimenticias requerida por cónyuge e hijos, siendo sustituida finalmente, en caso de divorcio, por el mantenimiento de las obligaciones pecuniarias respecto de los hijos y la pensión compensatoria, que ofrece un matiz diverso.

Si la contribución a estas cargas es uno de los extremos a que se ha de referir la propuesta de convenio regulador y las medidas provisionales, y el concepto sigue vigente en caso de separación judicial, parece que hay que mantenerlo en caso de separación de hecho, aunque la consistencia de las cargas familiares pueda ser entonces distinta. Es prueba de ello el art. 1368 Cc. Esto supone considerar que ciertos gastos, en lo que no exceda de lo ordinario, teniendo en cuenta el nivel económico de la familia, ahora disgregada, y aunque haya que reducirlos o ajustarlos siguen siendo de cargo de la masa ganancial, cuando la hubiera, o correspondiendo a aquella esfera en que han de contribuir ambos cónyuges, en proporción a sus recursos económicos.

**No especifica el 1318 en qué proporción ha de contribuir cada cónyuge al sostenimiento de las cargas del matrimonio.** A falta de pacto especial, se aplicará lo dispuesto en el Cc. Si el régimen aplicable es el de gananciales, de entrada, el patrimonio común deberá sufragar esos gastos. Si no hay gananciales suficientes y se

afronta el pago con bienes privativos, el cónyuge que los haya aportado tendrá derecho al reintegro del valor de lo aportado, a costa del patrimonio común. En el régimen de separación, aplicable también en el de participación, y en el de gananciales en ausencia de bienes comunes, el art. 1438 establece que los cónyuges contribuirán al levantamiento de las cargas, salvo pacto, proporcionalmente a sus recursos económicos.

En cuanto al pacto en capitulaciones al respecto, hay que tener presente la limitación del art. 1328. El pacto será inícuo lo mismo si discrimina gravemente a los cónyuges en la esfera de sus derechos como en la de sus deberes y responsabilidades. No cabrá excluir bienes de los cónyuges de la sujeción al levantamiento de las cargas del matrimonio, ni modificar las reglas de responsabilidad de las masas patrimoniales en relación con los terceros.

En cuanto al **párrafo II del art. 1318**, permite solicitar al juez la adopción de las medidas cautelares que estime convenientes, como pueden ser garantías, depósitos, retenciones, vinculación de las rentas o frutos de determinados bienes... Le parece a HERRERO GARCÍA que el incumplimiento determina una ejecución en forma específica y, lógicamente, habrá lugar (en su momento) a una petición de reembolso de la parte que corresponda al cónyuge que haya abonado los gastos. En realidad, es muy extraño que se plantee una actuación judicial específica en este sentido, irá conectada con reclamación de alimentos, prodigalidad, o situaciones de crisis del matrimonio.

#### Las denominadas *litis expensas*.

El párrafo tercero del artículo 1318 CC establece: “Cuando un cónyuge carezca de bienes propios suficientes, los gastos necesarios causados en litigios que sostenga contra el otro cónyuge sin mediar mala fe o temeridad, o contra tercero si redundan en provecho de la familia, serán a cargo del caudal común y, faltando éste, se sufragarán a costa de los bienes propios del otro cónyuge cuando la posición económica de éste impida al primero, por imperativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la obtención del beneficio de justicia gratuita”.

El precepto resulta confuso bajo su aparente sencillez, y su dificultad se acrecienta al ponerlo en conexión con las prescripciones de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, a donde hoy se debe reconducir la remisión a la normativa procesal. Parece que resultaba más fácil que jugara la solidaridad familiar con el sistema procesal anterior, con lo que se llegaría a la paradoja de que una norma que pretendió facilitar el acceso al derecho de defensa del cónyuge menos pudiente, pudiera estar dificultando la obtención de *litis expensas* por el cauce del art. 1318. III.

Conforme al art. 3 de esta norma, se reconoce el beneficio de justicia gratuita cuando los recursos e ingresos de la persona, computados anualmente y por unidad familiar, no superen el doble del salario mínimo, aunque excepcionalmente (art. 5), en atención, por ejemplo, a la separación de hecho, puede considerarse como tope el cuádruplo. Sin embargo, el art. 3. 3, de la LAJC prevé que “los medios económicos podrán, sin embargo, ser valorados individualmente, cuando el solicitante acredite la existencia de intereses familiares contrapuestos en el litigio para el que se solicita la asistencia”. Así no es fácil prever, en ocasiones, si se obtendrá o no la justicia gratuita,



pues la posición económica del cónyuge no constituye un obstáculo para su obtención, al menos como imperativo.

Sin embargo, en sentido contrario, el artículo 36, ns 4 y 5, de la LAJC, presupone una compatibilidad de *litis expensas* y justicia gratuita, pudiendo obtenerse ambas y optarse luego por las primeras, dado que no resultan acumulables. Señala el art. 36. 4 que: “Cuando se reconozca el derecho a asistencia jurídica gratuita para procesos en los que proceda la petición de «*litis expensas*» y éstas fueren concedidas en resolución firme a favor de la parte que litiga con el reconocimiento del derecho a asistencia jurídica gratuita, el Letrado y Procurador intervinientes podrán exigir a ésta el pago de sus honorarios, hasta el importe total de la partida aprobada judicialmente para este concepto” (debiendo entonces devolver las cantidades obtenidas con cargo a fondos públicos, n. 5). Por tanto, parece que en la práctica lo más oportuno será solicitar la justicia gratuita y, al mismo tiempo, reclamar *litis expensas*, lo que puede instarse y decidirse, no sólo como medida previa o provisional (arts. 104 y 103.3 CC), sino incluso como medida definitiva, según viene admitiendo cierta jurisprudencia de las Audiencias, en contra de una corriente restrictiva anterior.

- Ha de tratarse de los gastos *necesarios* causados en los dos supuestos a que se refiere el precepto. Sin embargo, notemos que muchos litigios cabría incluirlos directamente en la esfera de las cargas del matrimonio, o a cargo de la sociedad de gananciales. Y en otros, aún en interés propio, indican PEÑA y DELGADO, jugaría la solidaridad familiar en caso de necesidad (arts. 67 y 68 CC), si bien como un anticipo si luego el litigante, al ganar el pleito, obtiene bienes propios que le permitan reintegrarlo.
- Se trata de un remedio subsidiario, pues parece claro que el Código parte de la consideración del gasto como propio de cada cónyuge. El derecho entra en juego ante la carencia de bienes propios suficientes, y respecto a los gastos «necesarios». El juez ha de valorar la suficiencia o no del patrimonio privativo de uno, y también las posibilidades económicas del otro cónyuge.
- **El gasto se convierte en carga del matrimonio, cuando se da una carencia, y además, una situación patrimonial holgada en la unidad familiar. Ahora bien, esta situación patrimonial holgada se refleja en el Código con el último inciso del artículo, y esto es lo que desde la Ley 1/1996, plantea problemas.**

Ante estos problemas, acerca de la relación entre beneficio de justicia gratuita y *litis expensas*, existen dos tendencias doctrinales y en la jurisprudencia de Audiencias:

La opinión tradicional, que se apoya en la letra del artículo 1318. 3: sólo entra en juego y sólo puede prosperar la reclamación de *litis expensas*, cuando no sea posible obtener la justicia gratuita (aunque –indica LACRUZ– hasta que se conceda o deniegue el beneficio pueden ser precisas tales *litis expensas*, cfr. STS 15 junio 1926). *Ergo*, la previsión del artículo 3.3 LAJG reduce el espacio en que está justificada la obtención de *litis expensas*. Y en esta línea, **numerosas SAP condicionan la reclamación y obtención de *litis expensas* a la no obtención de la justicia gratuita, y muchas de ellas deniegan la petición si no se ha solicitado previamente el beneficio. Por otra parte, se decide que, concedida la justicia gratuita, no tendría sentido conceder *litis expensas*.** En esta óptica, lo que no encaja bien es la previsión del art. 36. 4 LAJG.

La posición doctrinal contraria (QUICIOS MOLINA en un reciente trabajo), considera las *litis expensas* carga del matrimonio (únicamente, el juez tendrá que ponderar al concederlas la disponibilidad económica del cónyuge deudor), y entiende que, **en situación de necesidad, el criterio prevalente debe ser la solidaridad familiar, y sólo subsidiariamente acudir al beneficio de justicia gratuita, lo que sólo aparentemente chocaría con el esquema legal.** Y viene abriéndose camino en la jurisprudencia de las AP la tendencia que respondería a este criterio, hasta el punto de que, algunas Sentencias, sin especificar nada más, conceden las *litis expensas* en virtud de una “ponderación de la diferente posición económica de las partes”. Otras concretan un poco más: se trataría de no dejar el artículo 1318. 3 sin virtualidad. **No importa, entonces, que no se haya solicitado el beneficio, e incluso podrían otorgarse *litis expensas* después de obtenido éste. El cónyuge que carece de ingresos propios, tanto puede solicitar una cosa como la otra, o intentar las dos. Se indica que del juego combinado del 1318. 3 CC con los arts. 3.3, 36. 4 y 36. 5 LAJG, se deduce una compatibilidad de *litis expensas* y justicia gratuita, que permite un más eficaz ejercicio del derecho de defensa (SAP de Asturias de 26 marzo 2001).**

Queda por hacer una observación, recogiendo ideas de PEÑA y QUICIOS MOLINA: el sentido que parece dar el art. 1318.3 al gasto como privativo, y que se convierte en carga del matrimonio en favor de un cónyuge, da lugar a ciertas disimetrías, que podrían solucionarse, a través de una interpretación sistemática, considerando que el gasto de los pleitos de crisis matrimonial, es “cosa de dos”, y carga del matrimonio (aunque sea para disolverlo), teniendo ambos igual derecho a una financiación razonable con cargo a la masa ganancial, o en proporción a sus recursos. Lo que exceda de esto sería un gasto privativo, que daría lugar a reembolso si se utilizó dinero ganancial. O bien, desde la perspectiva de gasto privativo para ambos, entendiendo que lo obtenido en concepto de *litis expensas* se convierte en un anticipo si el favorecido va a recibir una suma considerable en la liquidación.

#### La potestad doméstica

Dispone el art. 1319: **“Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma.**

**De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente los del otro cónyuge.**

**El que hubiera aportado caudales propios para la satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial”.**

Con anterioridad, la administración de los bienes conyugales correspondía al marido, pero la mujer, en virtud del «**poder de llaves**» (art. 62) podía, sin necesidad de la licencia marital, obligar a la economía familiar al realizar las compras destinadas al consumo ordinario de la familia, lo que se extendía a los contratos relativos a prestación de servicios y arrendamientos de vivienda que sirviera de domicilio familiar.

Tras la reforma de 14/1975 (2 de mayo), suprimidos el deber de obediencia y la licencia marital, el art. 66 CC disponía ya que cualquiera de los cónyuges podía realizar los actos relativos a cosas o servicios para atender a las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado. Y finalmente, la ley 11/1981 introduce este precepto. Culmina una evolución hacia la equiparación de marido y mujer en el ámbito de la potestad doméstica.

La potestad doméstica supone un poder de actuación individual en atención de las necesidades ordinarias de la familia, por eso el gasto subsiguiente se incluye en la esfera de las cargas a cuyo sostenimiento están afectos los bienes de los cónyuges, y la actuación individual proyecta esta afectación responsabilizando esos bienes respecto a terceros. Mas esta **concreción unipersonal de las cargas** debe sujetarse al tenor que, según los casos o circunstancias, corresponde a la posición socioeconómica de la familia.

Las normas contributivas se convierten entonces, en el 1319, en norma de responsabilidad. Acreditado el carácter doméstico del gasto, los acreedores podrán dirigirse, indistintamente, contra los bienes del cónyuge deudor y los bienes comunes (solidaridad de patrimonios responsables, dice DÍEZ-PICAZO); y subsidiariamente (ante la insolvencia de quien contrató o la ausencia de bienes comunes) contra los bienes del otro cónyuge. En este punto, explica DE LOS MOZOS, nuestra reforma no siguió el derecho francés, que le había servido de modelo, sustituyendo la regla de solidaridad por la de subsidiariedad.

Ahora bien, el párrafo 3 se ocupa de aclarar que, si por el juego del art. 1319, uno de los cónyuges hubiera aportado, de lo suyo, más de lo que le es exigible en la relación interconyugal en atención al equitativo reparto de las cargas, tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial.

Explican PEÑA y MORALES MORENO: si en 1975 podía entenderse todavía que los usos del lugar daban entrada, una vez más, al tradicional reparto de papeles –y de poderes– entre el hombre y la mujer, hoy las necesidades de la familia deben entenderse encomendadas al cuidado de cualquiera de los dos cónyuges. Lo que depende del uso del lugar no es la determinación de las necesidades “encomendadas al cuidado de uno u otro cónyuge”, sino la potencial magnitud de las necesidades que legitima a cada cónyuge para la actuación unipersonal.

La actuación se ha de referir a los bienes y servicios que componen la razonable cobertura de las necesidades ordinarias de la familia. LACRUZ y HERRERO GARCÍA incluyen los «gastos usuales», pero no los gastos necesarios pero extraordinarios, aún los urgentes. PEÑA y MORALES MORENO incluyen también atenciones ineludibles extraordinarias y urgentes, teniendo en cuenta también la potestad conyugal de amparo y la patria potestad..

Por último, la doctrina cuestiona el juego de la potestad doméstica en caso de separación de hecho, pues su justificación es facilitar la gestión en la esfera familiar, lo que presupone una comunidad de hogar. Es sabido que, con la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio, cesa por ministerio de la ley, salvo pacto en contrario, “la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica” (art. 102 CC). Concluye HERRERO GARCÍA que

la separación de hecho, siempre que sea evidente y conocida, tendría el mismo efecto que la presentación de la demanda, en lo referente a la vinculación de los bienes del otro cónyuge. “No así respecto a la responsabilidad solidaria de los bienes comunes, como lo corroboran las normas contenidas en los arts. 1365 y, especialmente, en el art. 1368, que incluso amplía los supuestos a que alcanza esta responsabilidad” (habría que añadir, entiendo, el art. 1369). Dispone el art. 1368: “también responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales”.

### **Regulación genérica del consentimiento dual.**

Según el artículo 1322 CC, “cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos.

No obstante serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge”.

En el caso del primer párrafo el plazo de prescripción de la acción ( comenzará a correr “desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento de dicho acto o contrato” (art. 1301, in fine).

En el comentario a este precepto, es preciso tener bien presente la intención del legislador, sin dar una importancia excesiva a las calificaciones dogmáticas. La lógica que lo inspira, es una lógica peculiar del consorcio conyugal, y que no coincide exactamente con otras lógicas. Su ámbito, tal como lo plantea el legislador, es general, la actuación en la esfera de los intereses comunes del consorcio conyugal, cuando requiere una voluntad formada por ambos cónyuges.

Le pareció a AMORÓS GUARDIOLA (también fijándose en la cotitularidad ganancial), que la nueva orientación a partir de 1981, debería haber conducido a implantar un sistema de nulidad absoluta: al faltar una de las voluntades que actúan en pie de igualdad como reflejo de una idéntica cotitularidad, el negocio debería ser “incompleto o, mejor aún, defectuoso por falta de un requisito esencial”.

Sin embargo, el legislador ha querido instrumentar la sanción y la tutela de otra manera, y hay razón para ello. Todo se comprende mejor si vemos que se trata de una cuestión de potestad. Igual que la potestad doméstica permite una actuación individual con efecto en el patrimonio de otra persona, aquí, a la inversa, la actuación individual es insuficiente, desde el punto de vista de la potestad familiar. No es sólo, pues, una cuestión de poder de disposición vinculada a una cotitularidad. Puede haber también un ámbito en que juegue como «asentimiento», requisito previo para que la voluntad–potestad dispositiva se pueda completar. Y el legislador da el mismo tratamiento a los diversos supuestos, anulabilidad, salvo que se trate de una cuestión de codisposición y se haya dispuesto unilateralmente a título gratuito.

La solución es razonable, explica DI PAOLA: si se considera que la comunidad entre cónyuges se distingue netamente de la comunidad ordinaria, y que el poder de administración de aquéllos adopta la figura de una **potestad familiar**, puede convenirse en que la sanción de la anulabilidad es congruente con la tutela de los intereses de la familia, consiguiéndose así que corresponda sólo a la persona investida del poder de valorar la oportunidad o no de impugnar el acto.

Algo parecido, en mi opinión, tiene *in mente* PEÑA cuando indica, partiendo de otra perspectiva: **“en los casos a que ahora nos referimos el acto individual del cónyuge se refiere a materia respecto de la que no sólo es que no tenga facultades plenas sino también en que las facultades que personalmente tiene están sustraídas a su disposición: en la esfera de *intereses comunes* la titularidad conyugal es funcional”**.

Es, pues, una cuestión de potestad funcional. Desde este punto de vista, cabe hablar de la necesidad de un «complemento de potestad», semejante al complemento de capacidad requerido cuando esta es insuficiente. Fijémonos además en una peculiaridad que resalta la doctrina: la duración que, conforme al art. 1301, tiene el plazo previsto para la impugnación: **“la posibilidad de impugnación dura un plazo extraordinariamente más largo que en otros eventos de nulidad relativa”**, observa LACRUZ. Salvo conocimiento previo, el plazo comienza con la terminación de la «comunidad de intereses» conyugal, igual que el plazo de impugnación de los actos del sujeto a curatela comienza desde que salió de esta especial situación de protección.

En la actuación de una persona casada, gravita el interés de la familia, que se confunde con su propio interés en cuanto miembro del consorcio familiar y nunca puede ser sólo su propio interés, porque abarca el del cónyuge e hijos. Por lo tanto, desde el punto de vista del interés familiar, la voluntad siempre estará incompleta si falta el asentimiento del cónyuge, que luego no es tanto la legitimación de un tercero, sino la del otro «representante» o «depositario» del interés familiar que no ha intervenido. Si lo vemos desde esta perspectiva, no hay tanta diferencia con los otros casos de anulabilidad, adaptado a este peculiar supuesto del consorcio familiar. Esta anulabilidad refleja la insuficiencia individual del cónyuge para conformar y actuar por sí solo, definitivamente, el interés familiar. El acto es incompleto, y se ha de completar por el otro cónyuge, o, al menos, no impugnar, configurando así la voluntad completa portadora del interés.

Por último, una observación que hace PEÑA, interesante, pero que puede introducir algunas complicaciones innecesarias. Señala que el acto es anulable en la esfera de los intereses comunes, pero cabría considerarlo válido en la del patrimonio personal del cónyuge contratante. Y que si el acto fuera anulable por falta de capacidad (por ejemplo, del art. 324), no tendría trascendencia ni siquiera en la esfera personal del contratante.

Me parece que hay que tender a esta última solución también para nuestro caso. Para evitar complicaciones, conviene pensar que la ley prevé específicamente este régimen de anulabilidad en territorios donde plantearía muchos problemas y complicaciones, (y, en fin, no podría hacerse), esta distinción de PEÑA: el contrato, como tal compromiso, es anulable, sin más. Otra cosa es que quepa plantear si el otro

contratante podría o no revocar el acto –art. 1259– (LACRUZ está a favor, PEÑA no); y, en cualquier caso, podría exigir a quien con él contrató una indemnización, “por vía de responsabilidad derivada de la conducta negocial”, como dice PEÑA.

### **Disposición de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia.**

El artículo 1320 CC contiene una importante novedad: “para **disponer** de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos **pertenezcan** a uno sólo de los cónyuges, **se requerirá el consentimiento de ambos** o, en su caso, autorización judicial.

Añade el segundo párrafo: “La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”.

La protección del hogar familiar, principio inspirador de soluciones semejantes en el derecho comparado, muestra especialmente la relevancia del «interés de la familia». Vivienda y ajuar son bienes especialmente afectos, explica PEÑA, por su destino, a una de las cargas del matrimonio más típicas, el hogar familiar. Esa protección se manifiesta, en primer lugar, creando el propio concepto de «vivienda familiar» como bien familiar, al servicio del grupo, quien quiera que sea el propietario. Se hace patente, en las situaciones normales de la familia, a través del artículo 1320. Y, en caso de crisis matrimonial, puede llevar a la atribución del uso de la vivienda a quien quizá no sea su titular (cfr. art. 96), siendo este punto uno de los que necesariamente ha de contener el proyecto de convenio regulador en los casos de separación y divorcio con base en el mutuo acuerdo (art. 90.B).

Una vez establecido el hogar familiar, explica GARCÍA CANTERO, puede desaparecer o ser menoscabado por actos de alguno de los cónyuges. Entonces hay ya un derecho a la vivienda susceptible de protección jurídica. Sobrevolando todo ello, están los derechos y deberes en relación con la fijación del domicilio familiar, art. 70 CC: un solo cónyuge no podría tomar decisiones unilaterales en este sentido; y por eso la negativa del otro puede ser suplida por el juez, cuando resulta injustificada. Para que cese de existir la vivienda familiar no basta la separación de mutuo acuerdo. El acuerdo entre cónyuges debe recaer, para ello, precisamente sobre la «desfamiliarización». Sea cual sea la situación planteada, no debe prevalecer la voluntad unilateral de un solo cónyuge, siempre a salvo de acudir al juez.

Es decisivo, pues, el concepto de vivienda familiar habitual, cuestión de hecho, y cambiante. Será aquella donde radique la «residencia habitual y de presumible continuación». No lo es la que utilice uno sólo de los cónyuges, ni la que la familia use en sus vacaciones, ni lo que no es vivienda, como un garaje. Cabría aplicar el precepto a más de una vivienda. Cabe preguntarse, dice LACRUZ, si el esposo propietario que ejerce en la vivienda profesión o comercio podría segregar la parte destinada a tales actividades. HERRERO GARCÍA se inclina a dispensar protección a los locales con carácter mixto para no excluir a las familias acaso más precisadas de ella.

En cuanto al mobiliario, el legislador ha pensado en el mobiliario familiar, aquellos bienes que tienen por objeto “amueblar y alhajar las habitaciones” (del art.

346-2º Cc). Es favorable a incluir los automóviles GARCÍA CANTERO, los excluye HERRERO GARCÍA. Puede ser el mobiliario que utiliza circunstancialmente un miembro de la familia, si bien según HERRERO GARCÍA ha de tratarse de objetos de uso indistinto por todos. La norma –según GARCÍA CANTERO– no se aplicaría al mobiliario comprado por uno de los hijos convivientes, a menos que se esté en el caso del artículo 155-2 CC. Por otra parte, parece que el acto dispositivo debe referirse al conjunto o a una parte significativa del mobiliario y no simplemente a elementos aislados. Otros problemas interpretativos, entiende ALBALADEJO, los salva el art. 1321.2º: no se incluyen, indica LACRUZ, los objetos valiosos, aunque se estén utilizando, si son sustituibles por otros que prestan la misma utilidad.

La regla se aplica a todo acto o negocio jurídico que deba ser considerado dispositivo. No estarían incluidos en el espíritu del precepto los actos que no priven actual ni potencialmente a la familia del uso de la vivienda y del mobiliario. Discuten LACRUZ (favorable) y HERRERO GARCÍA (no tanto), respecto a la enajenación con reserva de usufructo en provecho del cónyuge y de la familia entonces conviviente (reserva, mientras haya familia y vínculo familiar). En cuanto al arrendamiento, en nuestro derecho (a diferencia del francés), no se comunica al cónyuge su titularidad. Pero la LAU contiene en su artículo 12 previsiones complementarias: si el arrendatario desiste del contrato, su cónyuge puede continuarlo. Si abandona la vivienda, el cónyuge pueda seguir en su uso con manifestación de voluntad de ser arrendatario. Aquí cabría plantear el supuesto que imagina HERRERO GARCÍA: si el arrendatario incurre intencionadamente en una causa de desahucio, por, ejemplo, deja de pagar las rentas, el cónyuge podría paralizar las consecuencias extintivas abonando las rentas insatisfechas, sin perjuicio de la compensación oportuna en la relación interna.

#### Consentimiento o autorización judicial.

No parece posible otorgar un **consentimiento previo y general** al otro cónyuge, pues significaría vaciar de contenido el art. 1320: su carácter imperativo y su conexión con el art. 70 Cc lo convierte en una limitación al principio de libertad capitular. HERRERO GARCÍA plantea la posibilidad de un consentimiento previo como manifestación de voluntad unilateral y revocable, no se trataría de un pacto capitular. Más duda podría suscitar el acuerdo previo que faculte al cónyuge titular para disponer si concurren determinadas circunstancias.

Si la vivienda o mobiliario son gananciales, hay codisposición. Y no cabría la autorización judicial supletoria para disponer a título gratuito. Si la vivienda es privativa, explica DÍEZ PICAZO, el consentimiento del titular será dispositivo y el del otro cónyuge un requisito adicional del negocio jurídico, asentimiento, declaración de voluntad del tipo de las licencias y aprobaciones (STS 19-10-1990)<sup>1</sup>. Y con la autorización judicial se podría disponer incluso a título gratuito.

El negocio dispositivo realizado en contravención a lo dispuesto debe considerarse anulable, a menos que haya sido gratuito, caso en el cual será radicalmente nulo si los derechos o los muebles son comunes o gananciales. Al igual que en el art.

---

<sup>1</sup> La STC de 31 de octubre de 1986 deduce del art. 1320 la necesidad de que sean demandados ambos cónyuges, no sólo el titular, para que la relación jurídica procesal esté bien constituida en procesos que tengan por objeto la vivienda familiar.

1322, el consentimiento puede darse después de la disposición, expresa o tácitamente. La confirmación o ratificación de lo realizado unilateralmente, hechas *a posteriori*, sanan el negocio anulable.

**A LACRUZ le parece** que el negocio sin asentimiento del cónyuge “no es nulo o anulable, porque valdrá cuando haya cesado la «familiaridad» del bien que se enajena. Hay, más bien, una suerte de ineficacia que permite al adquirente a título oneroso deshacer el trato y, en su caso, reclamar indemnización”. Esta idea, en mi opinión, sólo significaría que un cambio de circunstancias impediría impugnar el acto, constituyendo una suerte de confirmación tácita del negocio realizado. Pero hay que admitir que, anulado el acto, no despliega efecto alguno, sin perjuicio de una enajenación posterior.

#### El párrafo 2º del artículo 1320.

El cónyuge protegido puede pedir la nulidad de la enajenación realizada por el otro frente a cualquier adquirente o subadquirente que no sea de buena fe. Ahora bien, según el párrafo 2º del art. 1320: “la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”.

La inclusión de este precepto, y la interpretación que de él se ha hecho, ha podido desvirtuar la protección de la vivienda familiar, en aras al interés del tráfico. Por eso, indica ALBALADEJO, hoy por hoy, sólo cuando el inmueble es ganancial tiene verdadera fuerza esta protección. Lo que se trata de proteger mediante la necesidad de consentimiento dual en el 1320.1, queda en entredicho en el párrafo 2º, siendo fuertemente criticado por un sector de la doctrina. La contradicción, sin embargo, no existe cuando se trata de la atribución judicial del uso de la vivienda, en caso de crisis matrimonial: el art. 96 *in fine* del CC, redactado por la Ley de 7 de julio 1981 (relacionado con los arts. 90 B y 103. 2º), omite cualquier mención de los adquirentes.

**Diversos autores indican que debería ser suficiente la protección del tercero hipotecario, pero no la del adquirente, que debiera verse afectado por la insuficiencia del negocio. Sin embargo, la norma del 1320.2, tal como va redactada, dice algo más, a no ser que interpretáramos que el «adquirente de buena fe» sólo puede ser el tercero hipotecario, lo que convertiría este segundo párrafo en innecesario.**

Por lo tanto, a lo más que se puede llegar es a la obligación de indemnizar al cónyuge los daños que se le hayan causado. Así lo explica ALBALADEJO. En la normativa catalana (artículo 9 CF), se alude expresamente a esta obligación de indemnizar. Además, aclara el precepto catalán que la protección es para el adquirente a título oneroso y de buena fe, y requiere que haya una manifestación acerca del carácter no familiar de la vivienda, aunque luego resulte falsa. Nada de esto hay en nuestro CC, aunque la regla de la indemnización puede fácilmente deducirse; y la exigencia de una manifestación del disponente se ha introducido a nivel registral, por el **art. 91.1 RH, que tras la reforma de 10 de octubre de 1984, dispone: “cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquél carácter”.**



Parte de la doctrina ha tratado de realizar una interpretación que dificulte en lo posible la aparente facilidad de desvirtuar la tutela. Sugieren, por ejemplo, revisar la presunción general de buena fe, si el adquirente conocía que el transmitente estaba casado. Pero a lo más que se ha llegado por esta vía, es a admitir que la prueba en contra de la buena fe puede ser indiciaria o indirecta (STS 11 diciembre 1992).

Algunos han propuesto (en línea con la **Recomendación del Consejo de Europa (81) de 16 octubre de 1981**) que se instrumente el acceso al Registro del carácter familiar de la vivienda, como medio de compaginar la protección del interés familiar y la agilidad del tráfico, y porque, salvo en los casos de crisis matrimonial o compraventa a plazos de una vivienda (91.2 y 3 RH, en relación con 1357. 2 y 1354 CC), este carácter no tiene acceso por sí mismo al Registro (por lo que no entra en juego el art. 144.5 RH y es anotable sin más el embargo de la vivienda familiar por deudas del titular. (RsDGRN de 25 febrero, 29 febrero y 9 marzo 2000).

Efectivamente, hay una contradicción entre la solución revelada en el 1320.1, y la establecida en el 1320. 2. Y sin embargo, cuando se atribuye judicialmente el uso de la vivienda en consideración a un interés familiar, en caso de crisis matrimonial, la protección de esta atribución está garantizada frente al adquirente. Cabe pensar que el legislador ofreció en julio una guía de interpretación respecto de lo que se había establecido en mayo de 1981. Sin embargo, buena parte de la doctrina acepta que se ha establecido una distinción entre la situación de la vivienda familiar en los casos de normalidad, y en las situaciones de crisis matrimonial. Es cierto que una vez producido el divorcio, el Juez ha fijado sin posibilidad de duda el carácter familiar de una vivienda, frente al carácter cambiante en una situación de normalidad; sin embargo, también en esta última, el cambio queda sometido, no a la fijeza de una decisión judicial, pero sí al consentimiento del otro cónyuge, y después subsidiariamente a la autorización judicial. No está claro que esté justificada la diferencia (ALGARRA PRATS).

### **El ajuar familiar**

Establece el art. 1321: “Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber.

No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor”.

Tiene su precedente en los antiguos arts. 1374 y 1420 Cc, en que se atribuía la viuda, sin cargo a la dote, o al cónyuge sobreviviente, sin incluirlo en el inventario al liquidar la sociedad ganancial, el lecho conyugal y las ropas y vestidos de uso ordinario.

El precepto se amplía –en el ámbito subjetivo, no distingue entre viudo o viuda; en el objetivo, al referirse al ajuar–. Y la protección viene complementada en el régimen legal, por el art. 1406, ns. 1 y 4, a través del derecho de atribución preferente al liquidarse la sociedad conyugal, sin olvidar la incidencia del art. 1346.7 al calificar como privativos las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.

El derecho, de carácter familiar, nace a favor del sobreviviente cualquiera que sea el régimen matrimonial, y supondrá la adquisición de unos bienes por ministerio de la ley y de forma automática, sin que se compute en la liquidación del régimen ni en la cuota que corresponda al superviviente en la herencia del premuerto. Es independiente del carácter de los bienes, común, privativo. Su existencia tiene carácter imperativo y no puede ser eliminado por pacto. Alguna doctrina entiende admisible su modulación en capitulaciones: acordar la entrega al sobreviviente por este concepto de una cantidad o una pensión, sustituir algunos objetos por otros bienes, etc...

El precepto sólo es aplicable en disolución del matrimonio por fallecimiento, y, en opinión de HERRERO GARCÍA, no se aplica si los cónyuges están separados judicialmente pues, aun persistiendo el vínculo matrimonial, se suspende la convivencia conyugal. En caso de separación de hecho no cabe una solución única: dependerá de que pueda apreciarse o no el mantenimiento del carácter familiar de la vivienda. Para HERRERO GARCÍA no se aplicará en los supuestos de separación por mutuo acuerdo, pero no cabe excluirlo si la separación ha sido impuesta unilateralmente.

Se refiere al ajuar de la vivienda habitual común, habrá que discernir qué vivienda es esta, y cómo aplicar el precepto cuando hay varias que merezcan esta consideración. No se comprenden las alhajas, objetos artísticos, históricos, y otros de extraordinario valor... Se trata de un criterio relativo a la situación económica de la familia. La doctrina entiende que el precepto ha de interpretarse con largueza a favor del viudo. Los objetos no han de ser simplemente valiosos para quedar excluidos, sino «especialmente valiosos» según el nivel económico de la familia. La atribución no impone compensación alguna, y no es pago de nada.

-- En determinadas normativas autonómicas, de acuerdo con su tradición jurídica, y adaptado a su régimen familiar y sucesorio, existen particulares instituciones, como el denominado «*any de plor*», del art. 36 *Codi* de Familia Catalán, que es un “beneficio viudal de urgencia y de una duración limitada, para que durante el primer año de viudedad el cónyuge sobreviviente pueda vivir en consonancia con su posición social y la cuantía del patrimonio del consorte premuerto”. Consiste en el derecho del cónyuge supérstite a habitar la vivienda conyugal y a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto durante el año siguiente a su muerte. Son beneficios independientes de la existencia de un estado de necesidad, y no se reconocen si hay separación de hecho (se fundamentan en la existencia de convivencia). Y... no se reconocen al cónyuge que resulte usufructuario universal, porque quedan entonces embebidos en ese usufructo

-.-

### **Libertad de contratación entre cónyuges.**

El artículo 1323 establece: “El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”.

En el derecho anterior a 1981, no hay una prohibición general de los contratos entre cónyuges, sí prohibiciones concretas muy importantes, referidas a las donaciones (arts. 1334 y 1335), compraventa (1458), sociedad universal (1677).

**La prohibición de donaciones entre cónyuges** responde a una larga tradición histórica que se fijó en el derecho romano, por el temor de que el cónyuge más hábil expoliase al otro, y para evitar el tránsito patrimonial de una familia a otra, en fraude de acreedores y legitimarios. Se recogió en el derecho castellano, mientras en los de Aragón y Navarra se admitían las donaciones entre cónyuges.

El Código no introdujo una prohibición general; pero la doctrina, y frecuentemente la jurisprudencia, mantenían un criterio restrictivo a la contratación entre cónyuges. Con base en los preceptos que adjudicaban al marido la dirección de la economía familiar (administración, representación de la mujer, licencia marital), los que establecían las prohibiciones concretas, y los que imponían la inmutabilidad del régimen económico, interpretados bajo el prisma de lo que se llamaba la unidad de persona existente entre los cónyuges y la finalidad de evitar el posible fraude y perjuicio a terceros.

Por el contrario, otra línea jurisprudencial del TS y, sobre todo, de la DGRN, manifestaba que en realidad no existía un principio general prohibitivo de los contratos entre cónyuges; y aludía a los perjuicios de un principio prohibitivo, frente a la indudable utilidad que ciertos contratos pueden proporcionar a los cónyuges para beneficio familiar.

Con la Ley de 2 de mayo de 1975, desaparecieron las trabas que tradicionalmente se oponían a la libre contratación interconyugal, pero subsistían aun las prohibiciones concretas. Finalmente, la reforma de 1981, al consagrar el principio de la plena capacidad y autonomía patrimonial de los cónyuges, no sólo suprime las prohibiciones sino que, para evitar todo equívoco, introduce el precepto general que estamos comentando.

La amplitud del criterio, absoluta permisividad, ha llevado a algún autor a advertir la complejidad de las situaciones a que en la práctica dará lugar. Sin embargo, el sentido de la Ley es muy claro: la condición de casados de los contratantes no debe llevar a deducir *a priori* un mayor peligro de lesión de sus intereses o los de terceros. Tanto unos como otros quedarán protegidos suficientemente a través de las normas de aplicación general en el ámbito contractual. Y son independientes, en su justificación y funcionamiento, los negocios relativos al régimen económico, y los traslativos de bienes y derechos del art. 1323. Y en el hipotético caso de que estos supusieran la modificación de aquél (ahora permitida), a tal modificación se aplicarían los requisitos exigidos para la validez y la eficacia de las capitulaciones.

**Centrándonos, en concreto, en las transferencias**, el precepto permite la transmisión de bienes entre las masas patrimoniales, no se refiere sólo a bienes privativos de los cónyuges. Cabe la adquisición de un concreto bien ganancial, o una cuota de él, por uno de los cónyuges, como privativo, “máxime –como afirmó la RDGRN de 2 de febrero de 1983– cuando se acredita la naturaleza privativa de la contraprestación”, que pasa a engrosar la masa ganancial, también si este carácter privativo resulta de la aseveración del otro cónyuge, si bien, en este caso, habrá que tener presente lo que dispone al art. 1324. Lo que no sería posible, por la indeterminación del objeto, es la venta de la hipotética participación que a uno de los cónyuges correspondería sobre un bien integrante del patrimonio común.

Es posible también el negocio de aportación de un bien privativo a la sociedad ganancial, que tendrá su causa, del art. 1274, y la DGRN exige su expresión, explicitando si ha lugar o no al reembolso del art. 1358 (remuneración del cónyuge aportante), pudiendo manifestar el aportante que ha sido reembolsado con anterioridad del valor de lo aportado. De todas formas, la RDGRN de 8 mayo 2000 señala que la aportación de bienes anteriormente privativos a la sociedad de gananciales, cuando en capitulaciones se sustituye la separación por el régimen de gananciales, no precisa expresar causa alguna específica.

También es posible un acuerdo de atribución de ganancialidad a un bien, con independencia de la procedencia del precio de su adquisición (art. 1355). La previsión legal de este acuerdo, sin causa especial añadida, tiene que ver con la *vis atractiva* del patrimonio ganancial. Por eso, no está tan claro que un acuerdo de estas características sea posible para atribuir la condición privativa a un bien ganancial, porque el legislador, pudiendo perfectamente haberse referido al supuesto, sin embargo no lo ha hecho. La cuestión está muy discutida entre dos tendencias doctrinales, a favor y en contra.

En cuanto a otros contratos, siguiendo ya muy brevemente la exposición de HERRERO GARCÍA, decir que no hay obstáculos para la constitución de una sociedad entre los cónyuges, particular e incluso universal. Respecto a las mercantiles, se aprecian como uno de los medios que mejor se adapta a una colaboración igualitaria entre ambos. Cabe una sociedad de responsabilidad limitada en la que los socios sean los cónyuges y las aportaciones se concreten en bienes presuntamente gananciales. En base al principio de subrogación real, las participaciones ocupan el lugar de los bienes aportados y sometidos a la misma responsabilidad (art. 1911 CC) del patrimonio ganancial. Respecto al mandato, no sería razonable admitir que los cónyuges pueden estipular un mandato irrevocable, no parece razonable. No cabría la sustitución en el mandato si se ha conferido en la cualidad de cónyuge. Y nada impide a un cónyuge afianzar al otro, si bien, no parece admisible un afianzamiento unilateral y no recíproco formulado en términos generales.