

V.- OTROS TRABAJOS EN, O PARA, LA ACADEMIA DURANTE EL CURSO 2018-2019

1. XVI PREMIO PASCUAL GONZÁLEZ

PECULIARIDADES DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES DE BALEARES CUANDO UNO DE LOS CÓNYUGES ES EMPRESARIO

Anselmo Martínez Cañellas

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA COMPETENCIA ESTATAL PARA LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DEL EMPRESARIO CASADO.
 - 2.1. Concepto constitucional de “legislación mercantil.
 - 2.2. Competencia exclusiva del Estado en la regulación del régimen económico matrimonial del empresario casado.
3. LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL BALEAR COMO DERECHO COMÚN SUPLETORIO DEL CÓDIGO DE COMERCIO.
 - 3.1. El Derecho civil foral o especial como Derecho común.
 - 3.2. La Compilación de Derecho Civil Balear como Derecho común mercantil en Baleares.
 - 3.3. La aplicación del CC como supletorio de segundo grado en Baleares, la directa por remisión y la directa por ser competencia estatal.
 - 3.4. Conclusión.
4. LAS NORMAS MERCANTILES SOBRE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y EL RÉGIMEN SUPLETORIO EN BALEARES.
 - 4.1. El régimen económico matrimonial legal supletorio: separación de bienes.
 - 4.1.1. Facultad del empresario casado para disponer de sus bienes propios.
 - 4.1.1.1. Sobre el concepto de bienes propios.
 - 4.1.1.2. Relevancia de la titularidad formal.
 - 4.1.1.3. Prueba de la titularidad privativa.

- 4.1.2. Delegación de la administración de los bienes propios del otro cónyuge.
 - 4.1.3. Facultad del empresario casado para disponer de los bienes propios de su cónyuge.
 - 4.1.4. La revocación de los consentimientos expresos (art. 10 CCo) y su oponibilidad (art. 11 CCo).
 - 4.1.5. La copropiedad de los bienes a falta de prueba de la titularidad privativa.
 - 4.1.6. El régimen aplicable a los bienes comunes.
 - 4.1.7. Responsabilidad de los bienes comunes, cuando estos forman parte de una empresa.
 - 4.1.8. Liquidación del régimen por nulidad, separación o divorcio.
 - 4.2. La modificación del régimen económico matrimonial y su oponibilidad.
 - 4.2.1. Eficacia de la modificación del régimen económico matrimonial realizada mediante capitulaciones matrimoniales.
 - 4.2.2. La modificación del régimen económico matrimonial por nulidad, separación o divorcio de los cónyuges.
 - 4.3. Algunas particularidades de los efectos patrimoniales del matrimonio cuando uno de los cónyuges es empresario.
 - 4.3.1. Las deudas empresariales como cargas del matrimonio o de la familia.
 - 4.3.2. El trabajo del cónyuge no empresario para el cónyuge empresario como contribución a las cargas del matrimonio.
 - 4.3.3. El ajuar familiar como bienes comunes no sujetos a las deudas del empresario.
 - 4.3.4. Reglas de afección de la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario.
 - 4.4. La contratación entre un empresario y su cónyuge y las presunciones de su gratuidad total o parcial.
 - 4.4.1. Contratación y donaciones entre cónyuges.
 - 4.5. El concurso del empresario individual y cómo afecta la normativa concursal al régimen económico matrimonial de Baleares.
 - 4.5.1. Integración de los bienes de ambos cónyuges y del cónyuge no concursado en la masa activa.
 - 4.5.2. Las presunciones concursales de gratuidad de las transmisiones entre cónyuges.
5. CONCLUSIONES.
6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN.

La normativa mercantil, en los arts. 6 a 12 del Código de Comercio (en adelante, CCo), regula el régimen económico del matrimonio en el que al menos uno de los cónyuges (o pareja estable) sea comerciante (empresario (o emprendedor)¹. Se trata de normas que, pensadas para regímenes de comunidad, pero que no se limitan a ellos, pudiendo aplicarse algunas de ellas a regímenes de separación, como el de los artículos 3 a 5 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares (en adelante, CDCB), sobre el régimen económico conyugal de la Isla de Mallorca, que son aplicables asimismo a la isla de Menorca (art. 65 CDCB), junto con los arts. 66 y 67 CDCB referentes al régimen económico conyugal de las islas de Ibiza y Formentera. Todo ello teniendo en cuenta la Ley 7/2017, de 3 de agosto, que los modifica.

En estos casos, la normativa mercantil se solapa con la normativa civil,² con la particularidad de que la normativa mercantil es competencia estatal, mientras que la civil, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Por ello, es esencial determinar el alcance del concepto constitucional “legislación mercantil”, competencia estatal exclusiva, para después concretar el Derecho civil supletorio del mercantil, que es el Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas con competencia.

Seguidamente analizaremos el régimen de separación de bienes de Baleares, desde un enfoque mercantilista, es decir, teniendo en cuenta que, cuando uno de los cónyuges es empresario, el régimen económico matrimonial de Baleares es supletorio.

Finalmente, trataremos algunas cuestiones legales que suscita la contratación entre cónyuges y la presunción de su gratuidad, relacionándola con las presunciones muctianas concursales (arts. 77 y 78 de la Ley 22/2003, concursal (en adelante, LC)).

1. En este trabajo, utilizaremos indistintamente los conceptos de comerciante y empresario mercantil individual, tal y como hace la doctrina. BROSETA, M./ MARTINEZ SANZ, F. *Manual de Derecho mercantil*. Volumen I. Tecnos. Madrid, 2016. p. 99.

2. La Exposición de motivos de la Ley 7/2017, de 3 de agosto, sobre modificación de la Compilación de Derecho civil de las Illes Balears, así lo reconoce en su Exposición de motivos. Concretamente, en el punto IX, al referirse a la reforma que realiza en materia de régimen económico matrimonial y demás temas de contenido económico matrimonial *ex lege*, hace referencia a la Ley concursal para justificar una reforma de los efectos económicos del matrimonio que permita mejorar la posición del cónyuge no titular de la vivienda familiar en caso de concurso, “desde nuestra competencia”, si bien no concreta el alcance de dicha competencia, parece dejar a salvo la competencia estatal en materia mercantil desarrollada en dicha Ley concursal.

2. LA COMPETENCIA ESTATAL PARA LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DEL EMPRESARIO CASADO.

Para empezar, es relevante determinar el contenido y alcance de las normas mercantiles y civiles sobre régimen económico matrimonial, porque las competencias en materia de “legislación mercantil” son exclusivas del Estado (art. 149.1. 6º de la Constitución Española, en adelante CE), mientras que las competencias en materia de regulación del régimen económico matrimonial en Baleares corresponden a la Comunidad Autónoma de les Illes Balears (arts. 149.1.8 º CE y 30.27 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears), en adelante EAIB).

2.1. Concepto constitucional de “legislación mercantil”.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC), ha ido estableciendo criterios interpretativos que permiten una delimitación del concepto constitucional de “legislación mercantil”.

Según el Alto Tribunal el concepto no es claro, lo que obliga a un encuadramiento casuístico de cada institución analizada, que no tiene por qué tratarse unitariamente, pudiendo tener aspectos que sean objeto de competencia estatal y otros de competencia autonómica.³

Las normas de carácter mixto (en tanto que contengan elementos de competencia estatal y de competencia autonómica) son analizadas artículo por artículo, según la materia regulada y el elemento predominante del mismo.⁴ Este criterio ha sido tratado para delimitar el contenido de “legislación mercantil” o “Derecho mercantil” como competencia exclusiva del Estado (por su carácter de Derecho privado), contrapuesto a reglas de Derecho público sobre las que la competencia es autonómica.⁵

La competencia exclusiva del Estado sobre legislación mercantil, entendida como uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado,⁶ se deriva

3. STC 14/1986, de 31 enero, sobre la norma que regula la Hacienda Vasca. Fundamento jurídico (en adelante, FJ) 7.

4. STC 88/1986, 1 julio, FJ, 5.

5. *Siendo oscilantes los criterios para trazar los límites entre la legislación mercantil y la correspondiente a otras ramas del Derecho* (STC 14/1986, 16 noviembre, FJ 7; STC 88/1986, 1 julio, sobre la regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales en Cataluña. FJ 5).

6. STC 133/1997, 16 julio, sobre el Reglamento de desarrollo de la Ley el Mercado de Valores. Sobre la Unidad del mercado.

la unicidad del orden económico nacional, prevista en la Constitución. Tal unidad, no significa uniformidad, ya que la existencia de las Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. La compatibilidad entre la unidad económica del Estado y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse en un equilibrio entre ambos principios, siempre que: la regulación autonómica se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad, cuando éstas han sido asumidas en el Estatuto de una Comunidad Autónoma;⁷ que esa regulación en cuanto introductora de un régimen diverso del de los existentes en el resto del Estado, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, y, que quede a salvo la igualdad básica de todos los españoles.⁸

Respecto del contenido de dicha competencia, el TC afirma que regula la actividad libre del empresario mercantil,⁹ la condición de comerciante, la capacidad para el ejercicio del comercio,¹⁰ a la creación y el régimen jurídico de los establecimientos mercantiles,¹¹ las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales;¹² los derechos y obligaciones que afectan dicha actividad en el marco de las relaciones privadas,¹³ concretamente la forma en que nacen y se extinguen, y el contenido necesario de los derechos y las obligaciones a que el ejercicio de la actividad de los empresarios puede dar lugar;¹⁴ el contenido contractual de la operación

7. STC 225/1993, 8 julio, sobre la Ley de la Generalidad Valenciana 8/1986, de 29 de diciembre, de Ordenación del comercio y superficies comerciales, FJ 3.

8. Para evaluar si la normativa vulnera o no los mandatos constitucionales pertinentes a la unidad de mercado, es necesario precisar su cobertura competencial, la intensidad de la diversidad que introducen, y su ordenación y proporcionalidad al fin que persiguen (SSTC 16 noviembre 1981, 28 enero, 30 noviembre 1982 y 28 abril 1983, y STC 88/1986, 1 julio, de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales en Cataluña, FJ 6).

9. STC 37/1981, FJ 3; STC 275/2000, de 16 noviembre, contra el reglamento estatal de cooperativas de crédito; STC 26/2012, de 1 marzo, sobre la Ley de comercio balear.

10. STC 71/1982. La STC 225/1993, 8 julio, sobre Ley de la Generalidad Valenciana 8/1986, de 29 de diciembre, de Ordenación del comercio y superficies comerciales.

11. SSTC 71/1982 y 225/1993, 8 julio, sobre Ley de la Generalidad Valenciana 8/1986, de 29 de diciembre, de Ordenación del comercio y superficies comerciales.

12. STC 26/2012, 1 marzo, sobre la Ley de comercio balear. STC 37/1981, FJ 3. STC 133/1997, 16 julio, sobre el reglamento de desarrollo de la LMV. SSTC 37/1981, 14/1986, y 96/1996, 30 mayo, STC 37/1981, FJ 3. STC 37/1981 de 16 noviembre, sobre la Ley del Parlamento Vasco 3/1981, sobre Centros de contratación de cargas en transportes terrestres de mercancías.

13. SSTC 88/1986 y 62/1991.

14. STC 37/1981 16 noviembre, FJ 3; STC 275/2000, 16 noviembre, contra el reglamento estatal de cooperativas de crédito; STC 26/2012, 1 marzo, sobre la Ley de comercio balear.

mercantil que contempla,¹⁵ contenido *inter privados*,¹⁶ el establecimiento de las condiciones generales de contratación,¹⁷ las modalidades de contratos,¹⁸ la delimitación de su contenido típico,¹⁹ las condiciones de validez de los contratos privados,²⁰ o el Derecho de sociedades.²¹

2.2. Competencia exclusiva del Estado en la regulación del régimen económico matrimonial del empresario casado.

Según lo expuesto, la competencia estatal exclusiva sobre legislación mercantil ampara la existencia de una normativa estatal sobre régimen económico matrimonial específica cuando uno de los cónyuges es comerciante, pues el concepto constitucional de legislación mercantil incluye la regulación del concepto de comerciante, su capacidad y su régimen de responsabilidad frente a terceros. Y ello con base en el principio de unidad de mercado que, no obstante, permite a las Comunidades Autónomas la regulación de un régimen diverso que resulte proporcionado, mantenga la igualdad básica de los españoles, y no introduzca un “*novum*” en las relaciones contractuales privadas.

Las normas sobre régimen económico matrimonial del empresario casado, que se regulan en los arts. 6 al 12 CCo,²² y concordantes, se refieren

15. STC 157/2004, 21 septiembre, sobre la Ley de comercio navarra.

16. El TC realiza en todas sus sentencias sobre la materia, una distinción cuidadosa, artículo por artículo, entre, de un lado, la regulación de las relaciones *inter privados* y, de otro lado, la regulación de la intervención de los poderes públicos en estas relaciones contractuales -mediante, por ejemplo, actividades de policía administrativa (STC 71/1982, FJ 16) o de establecimiento de servicios de vigilancia, inspección o régimen disciplinario (STC 62/1991, FJ 4); SSTC 37/1997 y 133/1997 de 16 julio, sobre reglamento de desarrollo de la LMV.

17. STC 26/2012, 1 marzo, sobre la Ley de comercio balear, STC 71/1982 y STC 225/1993 de 8 julio RTC/1993/225 Ley de la Generalidad Valenciana 8/1986, 29 diciembre, de Ordenación del comercio y superficies comerciales.

18. STC 71/1982, STC 71/1982 y STC 225/1993, 8 julio, sobre Ley de la Generalidad Valenciana 8/1986, 29 diciembre, de Ordenación del comercio y superficies comerciales.

19. STC 37/1981.

20. STC 62/1991.

21. La STC 14/1986, 31 enero, sobre la regulación de la Hacienda Vasca, FJ 9, es especialmente aclaratoria, al señalar la inconstitucionalidad de la sociedad pública vasca especial, por tener esta un contenido claramente mercantil (con cita del art. 149.1.6 de la C.E.), por tratarse de una sociedad mercantil en su actividad externa, que ha de relacionarse con toda clase de sujetos, con creación de la indeterminada serie de relaciones jurídicas con terceros, propia e indeclinable de este tipo de personas jurídicas.

22. Redactadas conforme a la Ley 14/1975, 2 mayo («B.O.E.» 5 mayo), sobre reforma de determinados artículos del CC y del CCo sobre la situación jurídica de la mujer casada y de los derechos y deberes de los cónyuges.

exclusivamente al régimen de responsabilidad del cónyuge comerciante y de su consorte frente a terceros relacionados con la empresa del cónyuge comerciante. Regulan los consentimientos expresos, aparentes o presuntos de vinculación de bienes del cónyuge no comerciante o de los bienes comunes a la responsabilidad derivada de las deudas del cónyuge comerciante, contraídas en el ejercicio del comercio, así como la oponibilidad frente a terceros de modificaciones del régimen económico constante matrimonio.

Otras normas mercantiles afectan también al régimen del comerciante casado, tales como las referidas a las obligaciones y contratos mercantiles no solo de este con terceros, sino también con su cónyuge, si estas pueden afectar a su solvencia frente a terceros, realizadas en fraude de acreedores, o en caso de insolvencia, en perjuicio de la masa. El principio de unidad de procedimiento y de unidad de mercado justifica el carácter mercantil de las normas concursales que se refieren al régimen económico matrimonial cuando uno de los cónyuges es comerciante, lo que más adelante analizaremos.

Es cierto que este régimen de responsabilidad frente a terceros también viene regulado en las normas civiles, tanto del CC, como de Derecho foral o especial, que, de hecho, son más completas, ya que regulan además las relaciones jurídicas internas entre los cónyuges. Esta regulación interna de carácter civil y, en su caso, autonómico, no supone una ruptura del principio de unidad de mercado y, si lo fuera, entendemos que es proporcionado, no constituye un *novum* en la relación de los cónyuges con los terceros, pues es de larga tradición, y no infringe el principio de igualdad de los españoles, que también en el régimen del CC pueden optar por regímenes de comunidad o de separación de bienes.²³

El principio de especialidad, reconocido como principio general del derecho y como principio interpretativo constitucional, permite que las normas mercantiles, estatales, puedan prevalecer sobre las normas civiles, siempre que dichas normas mercantiles pretendan cumplir la finalidad especial para la que han sido redactadas, en este caso, la regulación uniforme de las relaciones externas de responsabilidad patrimonial del empresario casado y, eventualmente, de su cónyuge, frente a las deudas contraídas por el empresario en el ejercicio del comercio, en protección del principio de unidad de mercado en todo el territorio español.

23. En este sentido, el ATC (pleno). 156/2008, 12 junio, acuerda levantar la suspensión de la Ley valenciana 10/2007, sobre régimen económico matrimonial valenciano, que la abogacía del Estado entendía contraria al art. 149.1. 8º CE, señaló que un cambio de régimen económico matrimonial legal supletorio de gananciales a uno de separación de bienes, no implica, en sí mismo, un perjuicio a los acreedores.

3. LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL BALEAR COMO DERECHO COMÚN SUPLETORIO DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Si bien es cierto que el régimen jurídico patrimonial del comerciante (empresario) casado se rige, en toda España, por las normas mercantiles, y más concretamente, por lo dispuesto en el CCo, el régimen mercantil es incompleto, por lo que es necesario integrar las numerosas lagunas con las normas propias del Derecho común. Así lo establece el art. 2.1 CCo, cuando dice: *“Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común”*. Por Derecho común debemos entender Derecho civil.

3.1. El Derecho civil foral o especial como Derecho común.

La doctrina y la jurisprudencia se han planteado si por Derecho civil, como Derecho común supletorio de la materia mercantil, debemos entender el CC, o si debemos considerar que, allí donde existan derechos civiles propios, forales o especiales, deben ser estos los que deban considerarse como Derecho común, siempre que, conforme a las normas de conflicto interregional, sean estos los aplicables.

En un primer momento, previo a la fase compilatoria de los Derechos civiles forales o especiales, la jurisprudencia identificó como Derecho común el contenido en el CC.²⁴

Después de la STS, 28 junio 1968, una vez iniciado el proceso compilador de los derechos civiles forales o especiales, el TS cambió su orientación, admitiendo como Derecho común el Derecho civil foral o especial allí donde fuera de aplicación. El caso versaba sobre contratación entre cónyuges, afianzamiento de la mujer al marido. El TS aplicó el art. 322.1 de la Compilación catalana de 1961, que consideraba nulo todo afianzamiento de la mujer al marido (salvo que ella fuera comerciante, que no era el caso).

24. El CCo de 1829, ya establecía la remisión al “Derecho común” en sus arts. 234 y 263, precedentes del actual art. 50 CCo, y en el 581, precedente del art. 943 CCo. Originariamente se planteaba la duda de si por Derecho común debía entenderse en Derecho Romano, que lo era en Cataluña y Baleares, o Derecho de Castilla, que lo era en el resto de España. La STS 26 mayo 1866 consagró la identificación del Derecho común contenida en el CCo de 1829 con el Derecho civil de Castilla, y no al Derecho Romano. La STS 27 diciembre 1888 interpretó que las referencias al Derecho común, realizadas en el CCo de 1885, también debían identificarse con el Derecho civil de Castilla. Una vez en vigor el CC, y derogado, en consecuencia, el Derecho civil de Castilla, las SSTs 29 diciembre 1889, 8 julio 1892, 22 abril 1915, 23 noviembre 1917, consideraron que el CC había pasado a ser el Derecho común del CCo. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. “El término Derecho común en el Código de comercio”. *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 22, Nº 4, 1969, pág. 842-852.

Este criterio se consolidó como jurisprudencia tras la STS 16 febrero 1987, que trataba, precisamente, de un supuesto referente a la aplicación del Derecho civil navarro como Derecho común supletorio de los arts. 4, 6 al 12 y 21 CCo. Concretamente, aplica los arts. 7 y 8 CCo sobre presunción de consentimiento del cónyuge no empresario a la responsabilidad de las deudas del cónyuge empresario contraídas en el ejercicio de dicho comercio, entendiendo aplicables dichos preceptos a los bienes de conquistas navarros, pudiendo sólo evitarse dicha consecuencia mediante el pacto en capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro Mercantil.

En el mismo sentido se han pronunciado el TSJ Navarro,²⁵ el TSJ Balear, el TSJ Catalán, y la AP Navarra.²⁶ Aunque existen argumentos que permiten el retorno de la interpretación original,²⁷ en el presente análisis seguiremos la doctrina abrumadoramente mayoritaria.

Así, existiendo una norma mercantil que contradiga lo dispuesto en la normativa civil, incluida la de derecho propio, foral o especial, será la norma mercantil la preferida,²⁸ siempre que la cuestión litigiosa tenga carácter mercantil (tal y como es la responsabilidad frente a terceros del patrimonio del empresario y, en los casos previstos por el CCo, del patrimonio del cónyuge del empresario).

A este respecto, el problema de conflictos de jurisdicción que podría plantearse cuando se interpone un recurso de casación por infracción de

25. SSTSJ Navarra 3/1999, 2 marzo; 13/2000, 28 junio; 8/2001, 19 marzo; 1/2012, de 13 de febrero; 2/2012, de 16 de febrero; 10/2014, 8 septiembre. Lo aplican principalmente al concepto de Derecho común del art. 943 CCo, sobre prescripción, considerando aplicables supletoriamente la ley 39 del Fuero Nuevo de Navarra sobre prescripción en un plazo de 30 años para las acciones personales que no tengan establecido otro plazo especial de prescripción; y a los supuestos del art. 2 y 50 CCo, que se refieren asimismo a la supletoriedad del "Derecho común" en general y en las normas sobre obligaciones mercantiles en particular.

26. STJ Navarra 171/2015, 18 mayo.

27. Así lo ha hecho la SAP Barcelona (Sección 14a), 159/2016, 6 mayo, que, aplica el plazo prescriptivo del art. 1964 CC frente a las reglas sobre caducidad y prescripción del CCat, al entender que, por Derecho común en cualquier ámbito regulado por el Derecho mercantil, debe entenderse el CC, ante la inexistencia en este de Derechos especiales o forales en este ámbito, y dada la competencia exclusiva del Estado en materia mercantil.

28. SSTJ Navarra 13/2000, 28 junio; 16/2004, 28 mayo; 18/2004, 28 septiembre; SAP Barcelona (Sección 16a) 574/2013, 10 diciembre. Sobre la inaplicabilidad de las normas forales navarras o civiles catalanas a los contratos de seguro, al existir normas específicas de prescripción en las normas estatales sobre seguros, que califican como materia mercantil. En el mismo sentido, SSTS 534/2013, 6 septiembre, y 23/2015, 4 febrero, favorables a la doctrina de la Audiencia de Barcelona y contraria a la jurisprudencia catalana mayoritaria hasta ese momento (de Tarragona, Lérida y Gerona, que cita) que afirmaba la preferencia del plazo prescriptivo del CCat. SAP Lérida 348/1998, 1 julio, sobre aplicación preferente del 344 CCo que prohíbe la rescisión por lesión en sede mercantil, frente al 323 de la Compilación catalana que regula la rescisión por lesión *ultra dimidium*. En el mismo sentido, para una operación de aportación social, STS, 3 diciembre 1981.

una norma de Derecho civil foral o especial de una determinada Comunidad Autónoma, aplicada como supletoria en un litigio mercantil, ante el TSJ de dicha Comunidad Autónoma, ha sido resuelto por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo en el sentido de atraer la competencia hacia sí mismo, dada la preponderancia del elemento mercantil sobre el civil supletorio.²⁹

3.2. La Compilación de Derecho Civil Balear como Derecho común mercantil en Baleares.

La Comunidad Autónoma de las Illes Balears asumió las competencias en materia de Derecho civil descritas en el art. 149.1.8 ° CE a través del art. 10.22 Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de las Illes Balears, reformado en el actual 30.27 de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las Illes Balears.

Esta competencia normativa fue ejercida en reiteradas ocasiones desde el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la CDCB.

Concretamente, la última modificación de la CDCB operada por Ley 7/2017, de 3 de agosto, el art. 1 CDCB, confirma que la CDCB es el Derecho común de las Illes Balears (art. 1.3.2^a), que se aplicará supletoriamente a las demás leyes (art. 1.3.3^a), estableciendo una jerarquía normativa presidida por la Compilación, seguida por la costumbre y cerrada por los principios generales del Derecho civil propio (art. 1.2 y 1.3.3^a).

En consecuencia, las normas de la CDCB son supletorias de primer grado del CCo, lo que supone que, por ejemplo, dado que el concepto de bien privativo del art. 9 CCo no tiene regulación mercantil, deba interpretarse en el sentido de la CDCB, en el que prepondera el principio de titularidad formal.

Por otra parte, la existencia de una laguna en la CDCB no implicará necesariamente acudir al CC como Derecho supletorio, siempre que del Derecho civil balear pueda obtenerse un principio general que colme la laguna. Así, la jurisprudencia balear ha entendido que, las normas de la CDCB sobre régimen económico matrimonial son aplicables por analogía al régimen económico de las parejas estables, reguladas por la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables de las Islas Baleares (en adelante, LPE).

²⁹. ATS (Sala de lo Civil, Sección 1a), 19 julio 2017, contradictorio con la doctrina sentada previamente por la STJ Navarra, (Sala de lo Civil y Penal) 3/1999, 2 marzo.

En este sentido, la jurisprudencia del TSJ descarta la aplicación del CC como supletorio del régimen de separación de bienes balear. Como señala la STJ Baleares, 3 septiembre 1998, “*el estudio del Título I del Libro I de la Compilación de Derecho Civil de Baleares (en la redacción dada al mismo por la Ley del Parlamento Balear 8/1990, 28 Junio) permite concluir que dicho Título contiene una regulación completa, coherente y armónica de los efectos patrimoniales de los matrimonios sujetos al Derecho Civil de Mallorca: Una regulación que, dejando a salvo el derecho y la libertad de los cónyuges para pactar, antes o después de la celebración del matrimonio, el régimen económico que más les conviene, se asienta y fundamenta, para los demás, en el sistema de absoluta separación de bienes, con las concretas consecuencias que del mismo se derivan, que están debidamente reguladas y matizadas en el texto de la Compilación*”. Como consecuencia, no es aplicable el art. 1437 CC, sobre separación de bienes, a pesar de que su contenido sea idéntico, ni la doctrina y jurisprudencia que lo interpreta, salvo para consideraciones de derecho comparado.

Principios generales que pueden deducirse también de los diferentes libros de la CDCB, puesto que son todos ellos los que, según el art. 1.3. 2^a CDCB, “constituyen el derecho común de las Illes Balears y se aplicarán, supletoriamente, a las demás leyes”. Es por ello que consideramos que, en caso de lagunas en el Derecho de Mallorca o Menorca, podemos aplicar supletoriamente las normas de Derecho de Ibiza que no contradigan los principios específicos del Derecho de Mallorca o de Menorca, y viceversa.

3.3. La aplicación del CC como supletorio de segundo grado en Baleares, la directa por remisión y la directa por ser competencia estatal.

El CC tiene una aplicación supletoria residual, para integrar las lagunas del Derecho civil Balear,³⁰ y siempre que no contradiga sus principios (art. 1.3.5^a CDCB). Esta supletoriedad de segundo grado del CC, viene garantizada por el art. 149.3 CE, y también la recoge el art. 13 CC. Un ejemplo de ello es la regulación en Mallorca de las capitulaciones matrimoniales, que es prácticamente inexistente. En este caso, sin perjuicio de la aplicación directa de normas sobre capitulaciones referentes a los instrumentos y registros públicos, también resultan aplicables supletoriamente las normas del CC sobre capitulaciones matrimoniales.

30. “El ordenamiento civil territorial se contempla como un derecho temporalmente no completo, sino con lagunas, que se cubren con el derecho estatal, una vez se han agotado los mecanismos que nos proporciona la Compilación para la autointegración.” FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 6: La aplicación del Derecho civil de Baleares. El sistema de integración de las normas”, en FERRER VANRELL, Pilar (Coord.). *Lecciones de Derecho civil Balear*. Ed. Universitat de les Illes Balears. 3^a Ed. Palma de Mallorca. 2004, p. 78.

Distinta a la aplicación supletoria del CC es su aplicación por remisión expresa de la CDCB. La aplicación por remisión significa la declaración expresa de aplicabilidad de una o más normas estatales, que no requiere pasar por el filtro de los principios generales de derecho civil propio. El legislador, al llamar expresamente a una o varias normas estatales para que se apliquen, está utilizando una técnica legislativa, una forma de ejercicio de la potestad de legislar y la Compilación hace estos llamamientos de manera estática, es decir, al contenido normativo vigente al tiempo de la promulgación de la CDCB.³¹

Por el mecanismo de la remisión, una norma balear, es decir, una norma “propia” y “principal”, declara que una norma estatal es aplicable en Baleares, pero no la convierte en “derecho propio”, sino que continúa siendo una norma estatal, por lo que es indispensable la aplicación de la Disposición Final Segunda de la Compilación,³² a fin de impedir que los cambios en la norma estatal repercutan en el Derecho balear, por vía de la remisión”.³³

Esta remisión estática puede generar dudas sobre cuál es la versión de la norma a la que se remite, por lo que sería conveniente que el legislador la evitara. Un ejemplo de esta remisión lo encontramos en el art. 3.5 CDCB, al tratar la revocación de las donaciones entre cónyuges.

Cuando la remisión se produce de un libro a otro de la CDCB, la remisión es también aplicable en los términos de la Disposición Adicional Segunda, “puesto que cada Libro constituye “Derecho especial” de cada isla, por lo que el cambio o modificación en el derecho remitido, podría afectar al derecho remitente”.³⁴

Finalmente, el CC es directamente aplicable en los ámbitos en los que no existe un Derecho civil Balear que conservar, modificar o desarrollar, y a las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales,

31. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 6: La aplicación del Derecho civil de Baleares. El sistema de integración de las normas”, *Op. Cit.* 4, p. 81.

32. DF Segunda CDCB. “*Las remisiones que hace esta Compilación a las disposiciones del CC se entienden hechas en la redacción vigente a la entrada en vigor de esta Ley*”.

33. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 6: La aplicación del Derecho civil de Baleares. El sistema de integración de las normas”, *Op. Cit.*, p. 81.

34. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 6: La aplicación del Derecho civil de Baleares. El sistema de integración de las normas”, *Op. Cit.*, p. 82.

normas para resolver los conflictos de leyes (art. 149.1.8.^a CE), tal y como ocurre con algunas normas sobre capitulaciones matrimoniales.

3.4. Conclusión

De acuerdo con todo ello, el régimen económico matrimonial del empresario casado se regula por las normas mercantiles, en especial, los arts. 6 a 12 CCo, teniendo en cuenta que, ante las abundantes lagunas de dicho régimen, se aplicarán como supletorias de primer grado las normas sobre régimen económico matrimonial del Derecho Civil Balear (arts. 3 a 5 CDCB referidos a Mallorca y Menorca y 66 a 68 CDCB referidos a Ibiza y Formentera), cuando el Derecho civil balear sea aplicable de acuerdo con las normas de Derecho interregional, siendo el CC supletorio solo en defecto de posible integración del Derecho civil Balear, siempre que su aplicación no contradiga los principios del mismo (salvo en los casos de aplicación por remisión de la CDCB y en aquellos de materias no reguladas por la CDCB).

4. LAS NORMAS MERCANTILES SOBRE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y EL RÉGIMEN SUPLETORIO EN BALEARES.

Pasamos seguidamente a analizar los artículos de la Compilación Balear que tratan los efectos patrimoniales del matrimonio y los regímenes económico matrimoniales, pero desde un punto de vista mercantil.

Sobre las normas aplicables a Mallorca y Menorca, contenidas en los arts. 3 a 5 CDCB, podemos señalar que el artículo 3 recoge los contenidos fundamentales del régimen económico matrimonial de separación de bienes propio de Mallorca y Menorca, que es el aplicable en defecto de capitulaciones matrimoniales, mientras que el art. 4 regula los efectos patrimoniales del matrimonio, es decir, “los temas de contenido económico *ex lege* (es decir, imperativo) del matrimonio (por tanto, los efectos económicos del matrimonio), que son contenido previo, esencial, a cualquier régimen”,³⁵ que deben darse independientemente del régimen económico matrimonial que rijan las relaciones entre los cónyuges, sea el de separación de bienes, o cualquiera que haya sido adoptado en capitulaciones matrimoniales. Interpretaremos estos artículos a la luz de los artículos 6 a 12 CCo, lo que, como veremos, nos planteará ciertas dudas interpretativas, a las que propondremos soluciones.

35. Punto II de la Exposición de Motivos de la Ley 7/2017.

Estos arts. 3 y 4 CDCB han sido reformados por Ley 7/2017, de 3 agosto, por lo que, en su análisis, incidiremos en las reformas realizadas por esta Ley.

El art. 67 CDCB contiene las reglas sobre efectos patrimoniales del matrimonio y régimen legal supletorio de separación de bienes para Ibiza y Formentera, prácticamente coincidente con el de los arts. 3 y 4 CDCB, que, por otra parte, actúan como normas supletorias del art. 67 CDCB.

4.1. El régimen económico matrimonial legal supletorio: separación de bienes.

De acuerdo con el art. 3.1 CDCB, el régimen aplicable en defecto de capítulos o capitulaciones matrimoniales es, en Mallorca y Menorca, el régimen de separación de bienes: *“El régimen económico conyugal será el convenido en capítulos, formalizados en escritura pública, antes o durante el matrimonio y, en defecto de estos, el de separación de bienes”*. Para Ibiza y Formentera, el art. 67. 1. Párrafo primero, *in limine* señala que: *“En defecto de “espòlits”, el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes (...)”*.³⁶

4.1.1. Facultad del empresario casado para disponer de sus bienes propios.

Para Mallorca y Menorca, el punto 2 del art. 3 CDCB señala que: *“En el régimen de separación de bienes cada cónyuge estará facultado para realizar cualesquiera actos o negocios de dominio, administración, disfrute y disposición de sus bienes, sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente”*, referido a los efectos patrimoniales del matrimonio, y que comentaremos más adelante. Para Ibiza y Formentera, el artículo 67.1 CDCB establece que: *“En defecto de “espòlits”, el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes, que reconoce a cada cónyuge el dominio, el disfrute, la administración y la disposición de los bienes propios”*.

Cuando uno de los cónyuges es empresario, ambos artículos deben interpretarse a la luz del art. 6 CCo, *in limine*, con el que son plenamente compatibles. Según este: *“En caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e*

³⁶. Se trata de una regla tradicional en el Derecho civil Balear y que ya se reconoció en el art. 3.1. de la Ley 5/1961, de 19 de abril, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares, donde habla de régimen de *“absoluta separación”* de bienes.

hipotecar los unos y los otros”,³⁷ En realidad, no es más que una manifestación del art. 1911 CC, y tienen el límite de los bienes inembargables, sobre los cuales, cualquier embargo trabado será nulo de pleno derecho (art. 609 Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

4.1.1.1. Sobre el concepto de bienes propios.

En cuanto a los bienes propios, el art. 6 CCo establece el principio general del sistema legal de responsabilidad patrimonial por deudas del cónyuge empresario, señalando que el cónyuge comerciante tiene plena capacidad para enajenar o gravar (si bien dice solo “hipotecar”, debemos entender que permite también actos de menor relevancia)³⁸ sus bienes propios.

Según la doctrina mercantil, el término “bien” incluye todo lo que pueda servir a la satisfacción de los acreedores, por lo que incluye bienes y derechos.³⁹

La doctrina también ha defendido que se trata de un artículo pensado para el régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales de los arts. 1344 y siguientes del CC,⁴⁰ y supletorio en la mayor parte de España.⁴¹ En el régimen de gananciales, “bienes propios” son los llamados por el CC “bienes privativos”, como contrapuesto a “bienes gananciales”.⁴² Según esta doctrina, mayoritaria entre los mercantilistas, bienes propios son los privativos que lo fueran en el momento de celebración del matrimonio,

37. Se trata de una responsabilidad solo respecto de los acreedores empresariales del cónyuge empresario. Así lo establece al decir “quedarán obligados a las resultas”. Por ello, entendemos que es una norma claramente mercantil, preferente a las normas civiles en tanto reguladora de relaciones de los cónyuges (uno de ellos empresario) con terceros acreedores.

38. Según ILLESCAS, las facultades de enajenar e hipotecar comprenden también las de dar en préstamo, depositar y todas aquellas que suponen actos de menor relevancia que la enajenación, en virtud del principio general tradicional del derecho según el cual “quien puede lo más, puede lo menos”. ILLESCAS ORTIZ, Rafael. “El ejercicio del comercio por persona casada tras la Ley de 2 de mayo de 1975”, en AA.VV. *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Ed. Civitas. Madrid. 1978. P. 308.

39. GARCIA VILLAVERDE, Rafael. “El ejercicio del comercio por persona casada”, en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 165-166. Julio – Diciembre, 1982, p. 504.

40. GARCIA VILLAVERDE, Rafael. *Op. Cit.* p. 504. Nota 26.

41. BROSSETA, M./ MARTINEZ SANZ, F. *Op. Cit.* p. 102. ROJO, Ángel. “Ejercicio de la actividad mercantil por persona casada”, en URÍA, R./ MENENDEZ, A. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Civitas. 1999. p. 88. Supletorio en todos aquellos territorios sometidos en materia económico matrimonial al CC (arts. 13.1 y 1316 CC) y también en Galicia (art. 171 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia).

42. El término “propio”, en el sentido de privativo, se emplea por los arts. 1349, 1358 y 1373 CC. GARCIA VILLAVERDE, Rafael. *Op. Cit.* p. 504.

los que haya adquirido a título gratuito, y los adquiridos a costa o en sustitución de los bienes privativos mencionados (art. 1346 CC).⁴³ Si ello fuera así, el concepto de bienes propios del Código de Comercio seguiría el régimen de atribución de subrogación real, que resulta determinante de la titularidad de los bienes en el régimen de la sociedad de gananciales.⁴⁴

No obstante, esta doctrina no ha tenido en cuenta la aplicabilidad de los arts. 6 a 12 CCo a regímenes económico matrimoniales distintos al de gananciales. En efecto, la referencia a los bienes propios es también predicable a otros regímenes económico matrimoniales, diferentes a los gananciales, bien sean de comunidad, como el navarro de conquistas, bien sean los regímenes de separación de bienes, como el del CC, el catalán, el aragonés, o el balear.

Esta aplicabilidad a otros regímenes es relevante, pues el Código de Comercio no define en momento alguno el concepto de “bienes propios”, por lo que deberemos acudir al Derecho común para integrar dicha laguna, es decir, a los Derechos civiles propios allí donde existan. Y dichos Derechos civiles propios tienen sus propias normas reguladoras del régimen económico matrimonial, y su propia definición de “bienes propios”.

Concretamente, en Baleares, bienes propios son “*aquellos que le pertenezcan al establecer el régimen de separación y aquellos que adquiera por cualquier título mientras este esté vigente*” (art. 3.3 CDCB). Definición que es aplicable tanto en Mallorca y Menorca, como en Ibiza y Formentera, pues el artículo 67 CDCB no define el concepto de bienes propios, por lo que cabe la aplicación supletoria del punto 3 del Art. 3 CDCB, para el régimen de separación de bienes de las Pitiusas.

En cuanto a los bienes adquiridos con las resultas del comercio, en los regímenes de separación de bienes no son comunes, sino propios del empresario, por lo que siguen el régimen propio de estos, y solo requieren del consentimiento del empresario para su vinculación a las deudas empresariales, y serán solo susceptibles de enajenación o gravamen por el cónyuge empresario que sea titular de la empresa como bien privativo, de la misma manera que los demás bienes propios del empresario.

43. ROJO, Ángel. *Op. Cit.* p. 89.

44. Sobre que el régimen de subrogación real es el determinante de la titularidad de los bienes en la sociedad de gananciales, entre otros muchos: RAMS ALBESA, J./ MORENO MARTÍNEZ, J. A. *El régimen económico del matrimonio. (Comentarios al Código Civil: Especial consideración a la doctrina jurisprudencial)*. Ed. Dykinson. Madrid, 2005, p. 840.

4.1.1.2. Relevancia de la titularidad formal.

Los arts. 6 a 12 CCo tampoco definen el criterio de titularidad que tienen en cuenta. Estos pueden ser el de subrogación real, propio del régimen de gananciales del Código Civil,⁴⁵ el de la realización del hecho adquisitivo, o titularidad material, propio del régimen de separación del Código Civil (art. 1437 CC), donde no tiene relevancia jurídica la titularidad de la contraprestación,⁴⁶ o el de titularidad formal, propio del régimen de separación del art. 232-3.1 del Código Civil Catalán (en adelante CCCat),⁴⁷ en el que, una vez acreditada esta, es irrelevante indagar el origen de los fondos con los que se adquirió el bien para calificar dicho bien como privativo del titular formal.

Ante el silencio del Código de Comercio, nuevamente tendremos que acudir al Derecho común, es decir, el civil propio, lo que implica aplicar supletoriamente la Compilación de Derecho civil balear.

La CDCB no establece expresamente el criterio de atribución, simplemente señala que bienes propios son “*aquellos que le pertenezcan al establecer el régimen de separación y aquellos que adquiriera por cualquier título (...)*” (art. 3.3 CDCB). Por ello, resulta adecuado analizar la opinión de la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia.

Según ambas, en el régimen de separación de bienes, para determinar la titularidad del bien adquirido constante matrimonio se tiene en cuenta su titularidad formal, fundamentada en el título adquisitivo material. Una vez el cónyuge adquirente pruebe el título adquisitivo no tiene que demostrar la titularidad de la contraprestación, porque en el régimen de separación de bienes no juega la subrogación real, ya que se pretende evitar las normas de carácter comunitario.⁴⁸ La SAP Baleares, 11 diciembre 1997 (FJ 3), establece que una vez demostrado el título de adquisición por un cónyuge, “consta ya acreditado

45. ALVAREZ OLALLA, Pilar. *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*. Ed. Thomson Reuters- Aranzadi. Pamplona, 1996, p. 270.

46. ALVAREZ OLALLA, Pilar. *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*. Ed. Thomson Reuters- Aranzadi. Pamplona, 1996, p. 269.

47. Entendemos que esta afirmación es matizable. El art. 232-3.1 CCCat señala que “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”. Por ello, debería estimarse suficiente la “mera prueba de la titularidad formal” (art. 232-3.2 *in fine* CCCat *a contrario*). Si bien, ello no prejuzga la posibilidad de acreditar que quien consta como titular realmente no lo es conforme al sistema general de adquisición de titularidades reales; aunque sí permite descartar que, a fin de declarar la pertenencia del bien al titular formal, se precise acreditar el carácter autofinanciado de la adquisición. ARNAU RAVENTOS, Lúdia. “Adquisiciones onerosas y titularidades dudosas en el régimen de separación. Los artículos 232-3 y 4 del Código civil de Cataluña”. *Indret* 4/2011. Barcelona, octubre 2011, p. 4

48. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 21... *Op. Cit.* p. 229.

que el bien es de su propiedad, aunque el dinero con que se pagó no fuera solo de él, puesto que no parece regir el régimen de subrogación real”.

4.1.1.3. Prueba de la titularidad privativa.

En principio, la prueba de la titularidad de los bienes inmuebles, será de fácil acreditación, puesto que, normalmente, la titularidad formal constará en la escritura pública de adquisición, o en el Registro de la Propiedad.

Más complicada puede resultar la titularidad formal de los bienes muebles. En este sentido, un ordenado empresario dispondrá de los documentos contables, e incluso de inscripciones en el Registro de Bienes Muebles, que permitan acreditar la titularidad de los bienes de su empresa.

En cuanto a la titularidad de derechos, como las participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada, no ofrece dudas, al ser nominativas. Así, la SAP Baleares (Sección 5a), 272/2015, 4 diciembre, entendió que no cabe copropiedad, sino que se mantiene la titularidad de las participaciones de una sociedad limitada, única fuente de ingresos de la familia, a nombre de uno solo de los cónyuges, que además era el administrador, a pesar de que el objeto social fuera una actividad profesional, desarrollada solo por el otro cónyuge, que estaba contratado por la sociedad.

Cuando no consta la titularidad formal del bien, deberemos determinar a cuál de los cónyuges corresponde. Para ello, pueden ser relevantes criterios de atribución tales como la posesión a título de dueño, del art. 448 CC (especialmente útil para los bienes muebles, y muy relevante en el ámbito de la empresa); o la demostración de la procedencia de la contraprestación que se ha entregado para su adquisición (cuestión que en ningún caso alteraría la titularidad formal, en caso de que esta existiera, aunque sí podría ser determinante como demostrativa de una deuda del titular formal para con el cónyuge cuyos fondos fueron utilizados para realizar tal adquisición); o la confesión en juicio,⁴⁹ o la doctrina de los actos propios.⁵⁰

⁴⁹ Así, a falta de acreditación de la titularidad formal, la declaración en juicio de que el bien se adquirió por voluntad de ambos cónyuges en sustitución de otro que era titular de uno solo de los cónyuges, se entiende privativo y no común, pues el otro cónyuge no puede ir contra sus propios actos (SAP Baleares (Sección 4a) 657/2000, 13 octubre).

⁵⁰ La STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal) 2/1997, 28 octubre, consideró irrelevante la prueba de los datos y argumentos tendentes a demostrar la participación activa de un cónyuge en los negocios de su cónyuge empresario y por ende la existencia de una comunidad de bienes o sociedad irregular civil que, por aplicación de la presunción contenida en el art. 3.3 de la Compilación supusiera una efectiva y real titularidad «pro indiviso» de los bienes objeto de controversia, porque el cónyuge que la alegaba había aceptado con actos propios la titularidad de dichos bienes del cónyuge premuerto, por haber realizado el pago por la totalidad y no solo por el 50%, cuando los heredó de su cónyuge premuerto.

4.1.2. Delegación de la administración de los bienes propios del otro cónyuge.

Conforme al art. 3.4 CDCB:⁵¹ *“Cada cónyuge podrá conferir al otro, expresa o tácitamente, la administración de sus bienes, así como revocarla, condicionarla o restringirla.*

El cónyuge administrador tendrá las obligaciones propias del mandatario y deberá devolver, a la finalización del mandato, tan solo los frutos existentes y aquellos con los que se hubiera enriquecido”.

El título que legitima que el otro cónyuge se inmiscuya en la administración de los bienes del otro es el mandato: expreso o tácito, general o especial (art. 1710 CC), que no viene regulado por la Compilación, por lo que deberemos remitirnos a lo dispuesto en los arts. 1709 y siguientes CC, con carácter general.

El carácter de comerciante de uno de los cónyuges puede alterar las reglas propias del mandato, convirtiéndolo en mandato mercantil, es decir, contrato de comisión, cuando tenga por objeto la actividad empresarial (“un acto u operación de comercio”) y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista (art. 244 CCo), lo que implicará la aplicación de las reglas mercantiles, prioritarias sobre las de la Compilación, al menos en cuanto a las relaciones externas del matrimonio, es decir, en tanto que sus actos puedan afectar a terceros.

La delegación del cónyuge no empresario al cónyuge empresario no es mercantil, salvo que el cónyuge empresario sea comerciante dedicado a los contratos de comisión,⁵² pues el acto no será de comercio. Por el contrario, cuando la delegación es del cónyuge empresario al cónyuge no empresario, nos encontraremos ante un contrato de comisión (arts. 244 y ss. CCo), o mandato mercantil, en tanto sirva para administrar los bienes de la empresa (o los adquiridos con bienes de la empresa), pero no será comisión, sino mandato, en tanto administre bienes no empresariales.

Si el mandato de delegación del comerciante a su cónyuge es permanente, como suele ocurrir, hablaremos de que el no comerciante es gerente o factor del comerciante (arts. 281 y ss. CCo).

51. Numeración dada por la Ley 7/2017, anterior art. 4.2 del Decreto Legislativo 79/1990).

52. BROSSETA, M./ MARTINEZ SANZ, F. *Manual de Derecho mercantil*. Volumen II. Tecnos. Madrid, 2015. p. 114.

La delegación de la administración de los bienes puede darse por capitulaciones matrimoniales (en cuyo caso sería permanente) o por otro medio, como un poder expreso, o bien tácitamente (más frecuente en los casos de delegación puntual), conforme al art. 1710 CC. Aún más, la delegación puede incluso no existir, cuando el cónyuge administrador actúe como factor notorio del cónyuge empresario, en el giro o tráfico del establecimiento mercantil, generando la confianza en terceros de que goza de dicho poder, con base en una apariencia del mismo que sea notoria para los terceros. En estos casos, el cónyuge empresario quedará vinculado por los actos que el cónyuge administrador haya realizado (artículo 286 CCo)

El carácter de mercantil, cuando el mandato lo otorga el cónyuge comerciante al no comerciante para actos propios de su empresa, pero no existe notoriedad de que lo hace, es relevante, sobre todo, cuando la comisión es indirecta, es decir, cuando el cónyuge comisionista contrate en nombre propio, no declarando quién sea el comitente. Y ello, porque quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, el cónyuge empresario, ni éste contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí (art. 246 CCo), aunque, si el cónyuge administrador actúa como factor en el seno de la empresa, la responsabilidad pasará a ser solidaria de ambos cónyuges (art. 287 CCo). En estos casos, el principio de titularidad formal propio del régimen blear de separación de bienes se quiebra, puesto que la titularidad formal será del cónyuge no comerciante, pero este habrá actuado por cuenta del comerciante, debiendo atribuirse los bienes a este último.

A diferencia de lo dispuesto en el art. 1721 CC, que permite que el mandatario nombre sustituto si el mandante no se lo ha prohibido, cuando el mandato opere en el seno de la empresa, el cónyuge comisionista solo podrá delegar previo consentimiento del comitente, “a no estar de antemano autorizado para hacer la delegación” (arts. 261 y 296 CCo).

Cuando el cónyuge no empresario administra en el ámbito de la empresa de su consorte, debería cobrar por su gestión, (en realidad, eso también se dará si el que delega es el cónyuge no empresario al cónyuge empresario, y más si al cónyuge se le compensa por el trabajo en el hogar). El art. 277 CCo afirma que tiene derecho a cobrar, como comisionista, una comisión, y establece como referencia, a falta de pacto, el uso y práctica mercantil de la plaza donde se cumpliere la comisión.

La duración será la que libremente determine el cónyuge mandante, sin que quepa pacto de irrevocabilidad (arts. 1732.1 y 1733 CC). En caso de fallecimiento del cónyuge no empresario, el mandato se entiende extinguido (art. 1732 CC y 280 CCo), pero en caso de fallecimiento del cónyuge empresario, el cónyuge administrador permanecerá encargado (arts. 280 y 290 CCo), hasta que sea revocado por los herederos del empresario fallecido, puesto que la empresa seguirá en funcionamiento y la función del mandatario o factor es el desarrollo de su actividad.

Una particularidad de la delegación de un cónyuge en otro es que, de acuerdo con la aplicación por analogía del art. 8.3 *Ley 18/2001*, de 19 de diciembre, de *Parejas Estables de las Illes Balears*, “*La extinción de la pareja estable implica la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros hubiere hecho a favor del otro*”.

Ahora bien, cuando dicha delegación se da en el seno de la actividad empresarial, es preferente la normativa mercantil, por lo que no se extinguirá hasta que se proceda a la revocación por parte del cónyuge empresario, que puede realizar en cualquier momento, aunque “poniéndolo en su noticia, pero quedando siempre obligado a las resultas de las gestiones practicadas antes de haberle hecho saber la revocación” (art. 279 CCo). En el caso de que el cónyuge administrador lo fuera en concepto de factor de la empresa, la venta de la misma también será causa de extinción de su poder (art. 291 CCo).

Si dicha delegación se hubiera hecho constar en el Registro Mercantil, solo podrá entenderse finalizada respecto a terceros de buena fe una vez la revocación del mandato o poder se hubiera hecho constar en el mismo (art. 291 CCo).

Finalizada la administración, el cónyuge deberá rendir cuentas (art. 1720 CC) salvo que se le dispense. El art. 3.4 CDCB establece una norma especial en la rendición de cuentas, puesto que “*el cónyuge administrador (...) deberá devolver, a la finalización del mandato, tan solo los frutos existentes y aquellos con los que se hubiera enriquecido*”. Se rompe así la regla general, que establece que todo lo que los bienes hayan producido son del cónyuge titular. El motivo de este alejamiento de las normas del mandato es que los bienes de los cónyuges están afectos al levantamiento de las cargas de la familia, por lo que: 1) los frutos que se han invertido en las necesidades comunes de la familia no requieren restitución, 2) los invertidos en interés del propietario, tampoco requieren restitución, 3) los que se han invertido en otros menesteres que no tienen el fundamento en las cargas familiares o en interés del propietario, tales frutos pertenecen al cónyuge propietario de la cosa madre (art. 353 CC). Los frutos que se restituyen son los existentes al tiempo de la restitución, es decir,

el sobrante.⁵³ Pero el cónyuge administrador también deberá restituir aquello que se gastó en otras atenciones que no fueran las comunes de la familia o en el interés del propietario (como en el caso que las dedicara a su empresa privada), siempre que el cónyuge administrador se hubiera enriquecido con ello (no, por tanto, en el caso de que no se haya enriquecido).

En realidad, la norma supone una inversión de la carga de la prueba del hipotético enriquecimiento sin causa, que pesa sobre el cónyuge mandante y no sobre el cónyuge administrador, que tiene a su favor la presunción de que lo gastado lo ha sido en atención a la familia, y que todos los frutos han sido consumidos en el levantamiento de las cargas del matrimonio, de tal manera que todos aquellos que no aparezcan en el momento de la rendición de cuentas han de presumirse consumidos en esas cargas, salvo prueba en contrario, por lo que será el cónyuge propietario de los bienes quien tendrá que demostrar, no sólo que los frutos han sido consumidos en atenciones distintas del levantamiento de las cargas del matrimonio, sino también que no han sido consumidos y que se encuentran existentes (STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1a) 2/2015, 23 noviembre).⁵⁴

Ahora bien, esta inversión de la carga de la prueba no se dará cuando el cónyuge administrador haya actuado como comisionista o como factor del cónyuge empresario. En este ámbito sí es necesaria la rendición de cuentas de lo que percibió para la comisión, de manera especificada y justificada, “reintegrando al comitente, en el plazo y forma que éste le prescriba, del sobrante que resulte a su favor” con el interés legal (art. 263 CCo). Y ello, no tanto para proteger los intereses del cónyuge empresario, como para la protección de sus acreedores empresariales, cuestión que entra de lleno en la competencia estatal de Derecho mercantil.

El que un cónyuge no empresario sea administrador de la empresa del otro, es habitual en el tráfico jurídico. Y puede tener trascendencia, por ejemplo, porque ello puede impedir que un contrato de arrendamiento sea resuelto por haberse cedido, sin permiso del arrendador, la posición de arrendatario al cónyuge no empresario, que en realidad era administrador de la empresa del cónyuge empresario (SAP Baleares 386/2001, 27 julio).⁵⁵

53. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 21... *Op. Cit.* p. 234.

54. En el mismo sentido, FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 21... *Op. Cit.* p. 234.

55. SAP Baleares 386/2001, 27 julio. Afirma el Tribunal que la introducción en el local arrendado de una persona extraña al arrendatario, sin la debida justificación que la legitime, determina la resolución del contrato; regla general que quiebra cuando la presencia en el local se debe a una relación de parentesco, cuando no se ha acreditado que la introducción haya estado acompañada de la transferencia del goce o disfrute del local, o cuando la persona

4.1.3. Facultad del empresario casado para disponer de los bienes propios de su cónyuge.

Cuando la delegación incluye facultades de disposición, y, en consecuencia, los bienes privativos del cónyuge del empresario puedan ser vinculados a las deudas de la empresa, se requiere el consentimiento expreso del cónyuge no empresario, conforme a lo dispuesto en el art. 9 CCo: “*El consentimiento para obligar los bienes propios del cónyuge del comerciante habrá de ser expreso en cada caso*”.

Por su propia naturaleza, este artículo es aplicable a todos los regímenes económico matrimoniales donde existan bienes privativos o propios, lo que incluye a los regímenes de separación de bienes.

El consentimiento expreso puede realizarse mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales o en documento público para que pueda tener acceso al Registro Mercantil, de cara a manifestar frente a terceros la mayor solvencia del empresario. Pero si los terceros logran acreditar la existencia del consentimiento expreso, aun cuando no se hubiere producido la elevación de dicho consentimiento a escritura pública o su posterior inscripción en el RM, verán ampliarse el marco patrimonial afecto.⁵⁶

Se trata de un consentimiento prestado *a priori*, antes de la realización de la operación vinculada a los bienes. No puede interpretarse, como hace GIRÓN TENA, en el sentido de que el consentimiento deba exigirse en cada ocasión que los terceros quieran satisfacer sus créditos con esos bienes, pues no casa con la técnica registral que implica el conocimiento de los terceros por anticipado de qué bienes quedan afectos al cumplimiento de las obligaciones.⁵⁷ El consentimiento *a posteriori*, es decir, que el cónyuge

introducida no ejerza en el local su propio negocio (...); agregándose también, que el simple cambio en la titularidad fiscal, o incluso en la denominación comercial, sin ir acompañada de otros factores, no es suficiente para justificar el traspaso, ya que la verdad fiscal puede no coincidir con la arrendaticia, y los aspectos fiscales y tributarios no pueden afectar a los derechos civiles o mercantiles adquiridos por las personas a las que se refiere. Mientras la esposa, supuesta tercera persona extraña introducida en el local, no se halle legalmente separada de su cónyuge, participa en el disfrute arrendaticio, y está asistida de cuantos derechos le concede la Ley especial, llegándose incluso a reconocerse este disfrute aun cuando su matrimonio esté sujeto patrimonialmente al régimen de separación de bienes, o a lo dispuesto en el art. 11 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, no estando tampoco privada de ejercer el comercio con independencia absoluta del marido.

56. Esta interpretación concuerda con el aspecto negativo del principio de publicidad material del RM consagrado en el art. 4 RRM. BROSSETA, M./ MARTINEZ SANZ, F. *Op. Cit.* p. 104. Citando a ILLESCAS ORTIZ, Rafael. “*Op. Cit.* p. 283-312.

57. GARCIA VILLAVARDE, Rafael. “*Op. Cit.* p. 514.

permita que los acreedores satisfagan sus créditos con bienes de ese carácter, no requiere pronunciamiento expreso de la norma.⁵⁸

El consentimiento debe ser expreso “en cada caso”, por lo que no basta solo con consentir el ejercicio del comercio por parte de su consorte, sino también expresamente la extensión a sus bienes propios de la responsabilidad derivada de tal ejercicio.⁵⁹ Este consentimiento del cónyuge del comerciante puede prestarse, por una o unas operaciones determinadas, o bien por todas las del negocio;⁶⁰ y debe expresar si se refiere a todos sus bienes privativos o solo a algunos de ellos, indicando cuáles.⁶¹

En este sentido, no hay ningún inconveniente en que por vía registral se establezca una afectación parcial, de solo determinados bienes, al igual que no la hay en que se afecten parcialmente gananciales que no procedan de las resultas del comercio y que la oposición se refiera al resto.⁶²

Con todo, también puede admitirse que el consentimiento se preste en documento privado, u otras formas que evidencien expresamente, aunque no formalmente, el consentimiento prestado. Y ello porque, si bien sin documento público no podrá inscribirse dicho consentimiento en el Registro Mercantil, la falta de publicidad no puede perjudicar a los acreedores que pretendan cobrar sobre los bienes del esposo no comerciante, siempre que logren acreditar la existencia de la aquiescencia.⁶³ Lo contrario supondría atentar contra el art. 4.2 RRM, que establece que “*La falta de inscripción no podrá ser invocada por quien esté obligado a procurarla*”.

4.1.4. La revocación de los consentimientos expresos (art. 10 CCo) y su oponibilidad (art. 11 CCo).

El art. 10 CCo establece: “*El cónyuge del comerciante podrá revocar libremente el consentimiento expreso o presunto a que se refieren los artículos anteriores*”.

58. GARCIA VILLAVERDE, Rafael. “*Op. Cit.* p. 514-515.

59. ILLESCAS ORTIZ, Rafael. “*E Op. Cit.* p. 311.

60. LACRUZ BERDEJO, José Luis. “*Op. Cit.* p. 549.

61. GARCIA VILLAVERDE, Rafael. “*Op. Cit.* p. 514.

62. GARCIA VILLAVERDE, Rafael. “*Op. Cit.* p. 514.

63. ILLESCAS ORTIZ, Rafael. “*Op. Cit.* p. 295-296.

El consentimiento expreso prestado para vincular los bienes privativos del cónyuge del empresario también puede ser revocado por este en la misma forma y efectos establecidos en el art. 11 CCo.

La revocación del consentimiento expreso o la oposición al presunto pueden darse respecto a todos los bienes para los que se concedió, o puede realizarse en bienes individualizadamente, dejando vinculados otros.

La garantía de responsabilidad de determinados bienes por las deudas derivadas del ejercicio del comercio del empresario casado que se otorga a los terceros y acreedores por parte del régimen legal se basa en la apariencia, por lo que, para que la modificación de este régimen de responsabilidad pueda ser oponible a los mismos, es necesaria una apariencia legal que la contrarreste. Y ello se consigue con la publicidad de los actos que modifican el régimen legal de responsabilidad: actos de consentimiento no presunto, oposición, y revocación, y otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Dicha publicidad consiste en la inscripción de tales actos en el Registro Mercantil.

Así, el art. 11 CCo señala: *“Los actos de consentimiento, oposición y revocación a que se refieren los arts. 7, 9 y 10 habrán de constar, a los efectos de tercero, en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil. Los de revocación no podrán, en ningún caso, perjudicar derechos adquiridos con anterioridad”* (art. 11 CCo y 87.6º RRM), entendiéndose con anterioridad al momento en que sea oponible.⁶⁴

Para que estas revocaciones de consentimiento desplieguen plenos efectos frente a terceros, especialmente acreedores del comerciante, será necesario además que sean publicados los datos esenciales de dichas manifestaciones de voluntad en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (arts. 9 y 386.7º RRM). No obstante, previamente a la publicación ya habrá desplegado efectos frente a los acreedores y terceros que, de cualquier otra manera, hubieran tenido conocimiento de dicha alteración del consentimiento o del régimen económico matrimonial, pues se trata de una protección de los terceros de buena fe. Precisamente por ello, aunque, en principio, las manifestaciones de consentimiento, oposición o revocación deban ser siempre expresas y constar en documento público, pues esta se exige para su inscripción en el RM (arts. 5 y 93.2 RRM), es posible que, aunque no consten en escritura pública, puedan desplegar efectos limitados a los terceros que las hayan conocido.

64. ROJO, Ángel. *Op. Cit.* p. 90.

Para que tal publicación cumpla con el principio de tracto sucesivo (art. 11 RRM), es necesario que previamente se haya inscrito el comerciante casado en el RM.⁶⁵ Inscripción que, salvo para el caso del naviero, es potestativa (art. 19 CCo) y no requiere escritura pública, a diferencia de las manifestaciones de revocación del consentimiento expreso o presunto, que sí la requieren para su eficacia *erga omnes* (art. 93 RRM). Es por ello, que el art. 88.3 RRM permite que el cónyuge no comerciante pueda inscribir a su cónyuge como empresario individual, sin necesidad de consentimiento de este, con la finalidad de reflejar registralmente las modificaciones del consentimiento o del régimen económico matrimonial, a los efectos de que sean oponibles a terceros.

En cuanto a la imposibilidad de perjudicar a los “derechos adquiridos con anterioridad”, el art. 11 CCo se refiere a las obligaciones asumidas por el cónyuge comerciante frente a terceros, como consecuencia del ejercicio del comercio, cuya causa se remonte a momentos previos a aquél en que tuvo lugar la revocación del consentimiento, sin perjuicio de que la obligación sea reconocida jurídicamente con posterioridad a ese momento revocatorio. Esta precisión es relevante, puesto que las obligaciones pueden ser contractuales, pero también extracontractuales, en las que el reconocimiento se produce posteriormente a la fecha en que se produjo el daño que la generó.⁶⁶

4.1.5. La copropiedad de los bienes a falta de prueba de la titularidad privativa.

El criterio de atribución de titularidad formal no permite en muchas ocasiones determinar cuál de los dos cónyuges es el titular.

Para solventar esta cuestión, el párrafo tercero del artículo 3 de la Ley 5/1961, de 19 de abril, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares establecía que “Pertenece por mitad y proindiviso a ambos cónyuges los bienes que no resulten privativos de cada uno”.

Pero la reforma de la Compilación en 1990 no mantuvo la atribución legal en copropiedad a ambos cónyuges de los bienes de titularidad dudosa, salvo para los que forman el ajuar doméstico, que, por otra parte, es conforme con el art. 448 CC, dada la dificultad probatoria de la titularidad privativa.⁶⁷

65. De lo contrario, no sería posible inscribir las capitulaciones matrimoniales (art. 88.3 RRM). BROSSETA, M./ MARTINEZ SANZ, F. *Op. Cit.* p. 102.

66. En el mismo sentido, ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *Op. Cit.* p. 298.

67. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 21... *Op. Cit.* p. 231.

La derogación de la presunción de copropiedad conlleva a que toda titularidad deba ser probada, por ejemplo, mediante los títulos de adquisición, en especial si están inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 38 LH),⁶⁸ o mediante la posesión en concepto de dueño, del art. 448 CC.

Con todo, la jurisprudencia ha seguido aplicando la presunción de copropiedad de los cónyuges como criterio de cierre, a modo de presunción *iuris tantum* de carácter procesal, no sustantivo.

Así la STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal) 2/1997 de 28 octubre, interpretó la presunción de copropiedad que explicitaba la Compilación antes de la reforma, al decir *“pertenerán por mitad y proindiviso a ambos cónyuges los bienes que no resulten privativos de cada uno”* en el seno de la empresa de uno de los cónyuges. Señaló que la Compilación no crea una especial comunidad de bienes de los cónyuges, sino que se limita a establecer una presunción que ha de tener como normal destinatario a los Jueces y Tribunales más que a los propios esposos, y por ello ha de entenderse que se está más ante una norma procesal que ante un precepto sustantivo. *“Constituye una norma que se supedita a la decisión del juzgador, si no resulta suficientemente acreditado, en base a la probanza practicada en autos, que los bienes objeto del conflicto son propiedad privada de uno u otro cónyuge”*.

Algunas sentencias consideran como sustantiva la presunción de cotitularidad, e incluso citan la presunción del art. 3 CDCB (ahora derogada) junto con la del art. 1441 CC como justificación de la atribución de titularidad. La SAP Baleares (Sección 3a) 426/2004, 8 octubre), lo hizo respecto de la cuenta corriente bancaria indistinta de los cónyuges, de la que se predicó la presunción de cotitularidad, de acuerdo con la jurisprudencia del TS específica al respecto.

En ocasiones, dicha copropiedad no se establece por vía de presunción, sino por voluntad expresa de los cónyuges, en cuyo caso el criterio de titularidad formal prevalece sobre el de los fondos aportados por cada cónyuge. En consecuencia, si un cónyuge solicita la división de la vivienda de ambos, por ser un bien común, prevalece la proporción de cotitularidad expresada por los cónyuges en escritura pública, que decía que los esposos compraban la finca *“en proindiviso y partes iguales”* “, y que el régimen matrimonial era el de separación de bienes, frente a las alegaciones del otro cónyuge que alegaba que su parte de la propiedad es del 80%, por lo que le reclamaba dicho

68. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. “El régimen económico matrimonial (Islas Baleares)”, en BERCOVITZ, Rodrigo/ MARTÍNEZ-SIMANCAS, Julián. Derechos civiles de España. Volumen VIII. Ed. Aranzadi. Marzo, 2000, p. 4865.

porcentaje del precio de remate. La SAP Baleares (Sección 3a) 585/2000, 22 septiembre, consideró irrelevante la procedencia del dinero con el que se pagó el precio de la vivienda, cuando la voluntad clara de los litigantes plasmada en la escritura pública de compraventa, acreditaba suficientemente la pertenencia del inmueble a ambos cónyuges por mitades indivisas. En el mismo sentido, la SAP Baleares (Sección 4a) 657/2000, 18 octubre, afirmó que una vez acreditada la titularidad formal, no cabe alegar la copropiedad del bien basada en el origen de los fondos con la que se adquirió.

4.1.6.El régimen aplicable a los bienes comunes.

La existencia de unos bienes en condominio en nada difumina el régimen de separación de bienes, ni el bien adquirido en copropiedad forma parte de un patrimonio separado, sino que siendo, como son, bienes propios de cada cónyuge, serán titulares de su cuota y el régimen jurídico al que estarán sometidos dichos bienes no es otro que el de comunidad ordinaria (392 a 406 CC).⁶⁹

En realidad, no es una conclusión contradictoria con el art. 6 *in fine* CCo que establece que “(...) *para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges*”.

Sin embargo, no parecen aplicables las presunciones de consentimiento de los arts. 7 y 8 CCo. Art. 7. “*Se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el art. anterior cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo*”.

Art. 8. “*También se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el art. 6 cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro*”.

Es unánime la doctrina mercantilista que entiende que, en los artículos 6, 7 y 8 CCo, por “bienes comunes” solo pueden identificarse los bienes o derechos en sociedad germánica.⁷⁰ Por ello, no ha admitido la aplicación de dichos artículos a bienes de copropiedad ordinaria, romana, de los cónyuges. En consecuencia, estos artículos se refieren a todo régimen de comunidad de bienes y se excluyen los regímenes de separación de bienes y de participación. En estos regímenes de separación, no se forma propiamente una masa de bienes comunes en el sentido de gananciales o equivalentes.⁷¹ Como

69. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 21... *Op. Cit.* p. 229.

70. GARCIA VILLAVERDE, Rafael. *Op. Cit.* p. 506.

71. BROSETA, M./ MARTINEZ SANZ, F. *Op. Cit.* p. 102.

seguidamente expondremos, también así lo ha entendido la jurisprudencia (sobre todo, la derivada de la aplicación de los arts. 806 y ss. LEC).

En estos casos la doctrina entiende que deben recibir el tratamiento de los bienes propios.⁷² En consecuencia, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges cotitulares para disponer de dichos bienes comunes.

Con todo, esta afirmación debemos matizarla, puesto que incluso en los regímenes de separación de bienes pueden existir comunidades germánicas sobre ciertos conjuntos de bienes. Así, se ha planteado si, en los regímenes de separación de bienes catalán y balear, existen ciertos patrimonios conjuntos, tales como el ajuar o la vivienda habitual, cuestión debatida que analizaremos más abajo.

Ello no impide que pueda admitirse un consentimiento tácito basado en la realización de hechos concluyentes por el cónyuge del comerciante.⁷³

4.1.7. Responsabilidad de los bienes comunes, cuando estos forman parte de una empresa.

Cuando el bien en copropiedad es una empresa, nos encontramos con el problema de determinar la naturaleza jurídica de dicha comunidad de bienes.

En estos casos, podríamos entender que la empresa como tal no tiene una naturaleza jurídica propia y solo existen comunidades de cada uno de los bienes que la forman. No obstante, dicha interpretación no se adapta a la realidad del tráfico, donde los negocios sobre la empresa se conciben a esta como una unidad superior a la suma de bienes que la componen.

Parte de la doctrina entiende que cuando los cónyuges constituyen una empresa común con sus propias aportaciones, constituyen una comunidad ordinaria, una comunidad *pro indiviso*, de manera que cada uno de los partícipes ostenta la titularidad dominical sobre la empresa toda, aunque pueda concretarse el alcance de esa participación según el valor de lo aportado. Se refuerza con ello la tesis de que la empresa no es una simple suma o aglomerado de bienes, sino un bien distinto de cada uno de los que la integran; no es que cada partícipe tenga el dominio sobre el bien o los bienes concretos que se hubiesen adquirido con los fondos por él aportados, sino que la empresa, ella misma, como bien en sí, le pertenece en aquella proporción. La titularidad formal de la empresa corresponderá a ambos cónyuges o al cónyuge que la gestione, aunque

72. GARCIA VILLAVERDE, Rafael. *Op. Cit.* p. 504.

73. ILLESCAS ORTIZ, R. *Op. Cit.* p. 293. BROSETA, M./ MARTINEZ SANZ, F. *Op. Cit.* p. 104.

la titularidad material será de la comunidad y/o del cónyuge o cónyuges partícipes.⁷⁴ Esta calificación como comunidad de bienes, implica que los cónyuges responderán de las deudas contraídas en el ejercicio de la empresa con sus propios bienes y con los de la comunidad solidariamente.⁷⁵

No obstante, dado que la actividad empresarial implica que dicha comunidad de bienes está dotada de una *affectio societatis*, nosotros entendemos que, en realidad, dicha pretendida comunidad de bienes es una sociedad mercantil irregular. Ello implicará que realmente se habrá formado un patrimonio separado, constituido por los bienes comunes que formen parte de la “comunidad de bienes”, es decir, por las aportaciones de cada cónyuge a dicha sociedad irregular. Patrimonio que será responsable de las deudas contraídas en el ejercicio de la actividad empresarial. Como sociedad mercantil irregular, se regirá por las normas previstas por el CCo para la sociedad colectiva (pues hemos su actividad es comercial, si no lo fuera, sería una sociedad civil), y no por las previstas para el régimen económico matrimonial. Así, el cónyuge que aparezca como “empresario” frente a los terceros, será el gerente de la empresa que, como tal, responderá solidariamente con sus propios bienes de las deudas de la misma junto con la empresa (art. 120 CCo). Los bienes del cónyuge que no aparezca como empresario, serán subsidiariamente responsables de las obligaciones contraídas en el ejercicio de la actividad empresarial (art. 127 CCo).⁷⁶ Para evitar la responsabilidad solidaria con la sociedad irregular, el cónyuge gestor de la empresa deberá instar el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil

74. Entre otros, LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A. “La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981”. en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1983, p. 593-594.

75. “Si los cónyuges desarrollan una empresa o negocio común, entonces habrá que entender que quedan obligados solidariamente a las results de ese comercio, respondiendo indistintamente los bienes propios de uno y otro, así como los comunes. ROJO. *Op. Cit.* p. 91.

76. En un sentido similar aplicado al régimen de gananciales, aunque llegando a conclusiones algo distintas: GARCIA VILLAVARDE, Rafael. *Op. Cit.* p. 532-533. Señala este autor que: “*La comunidad económica familiar, como la empresa, implica actividad continuada y, consiguientemente, requiere de un adecuado régimen de administración. Esto se ha hecho en el CC sobre la base de la distinción entre actos de ordinaria y de extraordinaria administración como regla general. Los actos de administración ordinaria, que son los que permiten la solidaridad en la actuación, resultan inaplicables a la actividad empresarial, ya que se concretan sustancialmente sobre la base del llamado “poder de llaves”. No encaja en la actividad comercial un sistema de administración que tiene su punto de referencia en sectores estrictamente familiares, ajenos al comercio. El paralelismo con que se organiza el régimen de la disposición sobre los gananciales, permite extender a este tema las observaciones hechas respecto de la administración de los mismos. Pero, además, hay que advertir sobre las consecuencias de la administración y disposición conjunta que se exigen para los actos de administración extraordinaria. Si este sistema se exigiera en la actividad empresarial del comerciante casado por entender aplicable este punto del CC, necesariamente implicaría decisiones empresariales conjuntas. Esto lleva a una caracterización de la figura como de sociedad mercantil irregular. Tendría como consecuencia que, siempre que uno de los cónyuges ejerce el comercio bajo régimen de gananciales, se produciría responsabilidad solidaria entre ambos. Ello supondría una absoluta contradicción con el párrafo final del art. 1365 CC que, en materia de afectación de bienes, mantiene el régimen, diverso del de la solidaridad, contenido en el CCo para los empresarios casados”.*

de la misma, momento a partir del cual su responsabilidad por las deudas de la empresa será subsidiaria de la sociedad y solidaria con su cónyuge.

4.1.8. Liquidación del régimen por nulidad, separación o divorcio.

En primer lugar, debemos recordar que, si el bien común es una empresa, estaremos hablando de una sociedad mercantil irregular, con separación de patrimonios, que se regiría por las normas de disolución y liquidación de la sociedad colectiva, arts. 218 a 238 CCo.

En los demás casos en que existan bienes comunes, aunque sea por confusión de patrimonios, lo que es frecuente, nos planteamos si los bienes comunes del matrimonio en los regímenes de separación de bienes, como en Cataluña, Baleares o el supletorio del CC, pueden seguir las reglas de división de la cosa común establecido en el art. 806 a 811 LEC, pensado para los regímenes matrimoniales que contemplan una masa común de bienes a liquidar como consecuencia de la separación, nulidad o divorcio, tales como la comunidad de bienes del derecho catalán, la sociedad conyugal de conquistas y el régimen de comunidad universal de derechos de Navarra, la comunidad foral de bienes del País Vasco o la comunidad de la compilación de Aragón (SAP Málaga 184/2017, 4 abril).

Solo la jurisprudencia catalana así lo considera, en virtud del art. 43 de la Ley 9/1998, 15 julio, del *Código de Familia Catalán*,⁷⁷ (declarado inconstitucional y nulo por STC (Pleno) 21/2012, 16 febrero). Actualmente el art. 232-12 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del *CCat*, relativo a la persona y la *familia*, no señala que los bienes comunes lo sean en comunidad germánica, sino que, expresamente trata de los bienes en comunidad ordinaria, que optativamente, previa solicitud de uno de los cónyuges, permite al juez aplicar, en ejecución de sentencia, las reglas de división de la comunidad germánica.⁷⁸

⁷⁷ Art. 43 Código de Familia Catalán. "División de los bienes en pro indiviso.

1. En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y de ejecución en el orden civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas a que hace referencia el art. 42, de matrimonios sujetos al régimen de separación de bienes, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultáneamente la acción de división de cosa común con respecto a los que tengan en pro indiviso. Si los bienes afectados son más de uno y la autoridad judicial lo estima procedente, aquéllos pueden ser considerados en conjunto, a efectos de la división.

2. Si la sentencia da lugar a la acción de división de la cosa comuna, puede procederse a la indicada división de los bienes en el trámite de ejecución de la sentencia."

⁷⁸ Art. 232-12 CCCat. *División de los bienes en comunidad ordinaria indivisa.*

1. En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los dirigidos a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultáneamente la acción de división de cosa común respecto a los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa.

2. Si existen varios bienes en comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicita, la autoridad judicial puede considerarlos en conjunto a efectos de formar lotes y adjudicarlos.

Como explica la SAP Barcelona 110/2010, 23 febrero:⁷⁹ *“En los regímenes de separación de bienes, como el legal catalán, pero también el previsto en el art. 1435 del CC estatal, etc., no se da una “masa común de bienes” sino que, si existen varios bienes comunes, se da un conjunto de bienes comunes, conceptualmente distinto (copropiedad romana de cada bien común). En tal caso, si bien la firmeza de la sentencia matrimonial conlleva la disolución del régimen, con efectos no meramente conceptuales sino reales en el régimen matrimonial primario (arts. 4 y ss. del Codi de Família), los singulares bienes comunes continúan en la misma situación jurídica de copropiedad romana. Su división, que no liquidación, debe hacerse por el declarativo que corresponda.*

Sin embargo, en derecho catalán, existe el art. 43 CF que viene a modificar la situación e introduce una opción que simplifica el procedimiento. Cabe optar por esa solución o acudir al declarativo, de manera que son los interesados los dueños de decidir a qué cauce se acogen, sin que pueda causarles indefensión el no haber escogido un cauce en lugar del otro”.

A falta de un procedimiento específico que desarrolle en fase de ejecución el art. 43 CF, la mejor doctrina se inclina por aplicar, analógicamente, el previsto en los arts. 806 y siguientes de la LEC, esencialmente la fase de liquidación del art. 810.

No obstante la excepción catalana, la jurisprudencia del resto de España ha declarado de forma unánime la improcedencia de acudir directamente al procedimiento de los arts. 806 y siguientes de la LEC en el régimen de separación de bienes, al no existir una masa común de bienes y derechos sujeta a cargas y obligaciones del matrimonio, que en el régimen de separación corresponde al patrimonio de cada uno de los cónyuges (SAP Málaga 184/2017, 4 abril; SAP Logroño (Sec. 1a), 29 junio 2009; AAP Toledo 15 marzo 2006; y SSAP Santa Cruz de Tenerife (Sec. 4^a), 2 diciembre 2002; La Rioja 14 abril 2005 y Madrid (Sec. 22^o), 27 mayo 2005). El régimen de división de la comunidad de bienes surgida entre los esposos con régimen de separación absoluta de bienes es el de cualquier conjunto de cosas en cotitularidad ordinaria (art. 400 a 406 CC) en el que cada cónyuge conserva una cuota concreta o abstracta sobre el total del haber patrimonial comunitario: la vía declarativa ordinaria, a falta de acuerdo entre los cónyuges (SSTS 28 abril 1997 y 31 mayo 2006).

Los arts. 806 a 810 LEC están pensados para la liquidación del régimen de la sociedad legal de gananciales, de igual manera que el art. 811 de dicho

79. SSAP Barcelona, 2 noviembre 2007, 29 de julio de 2009 y 27 de octubre de 2009.

texto legal está destinado a la tramitación de la liquidación del régimen de participación. Con todo, se puede encajar en los arts. 806 a 810 LEC el régimen de separación de bienes cuando en las capitulaciones se hubiese establecido, para hacer frente a las cargas, un conjunto de bienes y derechos, deslindados de los privativos que cada uno de los cónyuges, pero es inaplicable en aquellos supuestos de absoluta separación de bienes, (SAP Málaga 184/2017, 4 abril; SAP Santa Cruz de Tenerife 513/2002, 10 diciembre; SAP Madrid 11 Abril 2011; y SAP Cáceres 22/2014, 5 febrero).

Respecto al régimen de separación de bienes de Baleares, FERRER VANRELL entiende que no se puede calificar de liquidación del régimen la extinción o disolución del régimen de separación de bienes, porque le falta las características propias de la liquidación que es un patrimonio en común que liquidar y dividir. Falta la masa común de bienes y derechos que quedan sujetos a determinadas cargas, a la que se refiere el art. 806 LEC, porque, por mucho que los bienes de los cónyuges estén afectos al levantamiento de las cargas familiares y respondan subsidiariamente de tales obligaciones, sigue siendo un patrimonio exclusivo y privativo, no común. Incluso el ajuar doméstico no podemos calificarlo de masa común, ya que permite la prueba de titularidad exclusiva, y solo son comunes, en comunidad romana, aquellos bienes muebles que resulten imposible de demostrar la titularidad exclusiva. Se trata de un criterio de determinación de titularidades dudosas, no de una masa común adscrita a determinados gastos que hay que liquidar.⁸⁰

La única limitación a la acción de división será cuando ambos cónyuges sean cotitulares de la vivienda familiar (art. 96.4 CC), porque la extinción del régimen por separación, nulidad o divorcio, implica adjudicar el uso privativo de a vivienda a uno de los cónyuges, el que conviva con los hijos (art. 96 CC), de haberlos, o al cónyuge más necesitado de protección (art. 96.3 CC), aunque en este caso, temporalmente.⁸¹

La jurisprudencia balear es clara al respecto: es una comunidad romana sobre cada bien en concreto, y la liquidación se producirá sobre cada bien, a través de la acción de división de cosa común.

La SAP Baleares (Sección 4a) 43/2005, 7 febrero, fue la primera en entender que el procedimiento seguido (art. 806 y ss. LEC), no era el adecuado, dado el régimen económico de separación al que se encuentran sometidos los litigantes, para el pronunciamiento de titularidades privativas. Y ello porque

80. FERRER VANRELL, Pilar. "Lección 21... *Op. Cit.* p. 247.

81. FERRER VANRELL, Pilar. "Lección 21... *Op. Cit.* p. 248.

no existe un patrimonio común afecto a determinadas obligaciones y que resulte necesario distribuir tras la disolución del régimen matrimonial. En el régimen de separación pueden existir bienes y derechos que pertenezcan conjuntamente a ambos cónyuges (incorrectamente, se refiere al art. 1441 CC), pero no existe propiamente una masa común afecta al levantamiento de las cargas familiares. Es por ello que la división de los eventuales bienes comunes de los cónyuges en el régimen de separación de bienes, a falta de acuerdo entre ellos, debería sustanciarse en el proceso declarativo que corresponda, tal y como se reconoce para la comunidad de bienes.

Una sentencia de fuera de Baleares, que resuelve la cuestión referida al régimen económico balear de separación de bienes, la SAP Cádiz (Sección 5a) 111/2010, 16 marzo, entiende que no cabe la aplicación de los arts. 806 y ss. LEC, por no reconocerlo la CDCB, ni resultar adecuado al caso, dado que existía solo un bien común, que es la vivienda familiar. Afirma la sentencia que es cierto que existen sentencias de la Comunidad Catalana que lo aplican, pues así lo habilita el art. 43 del Código de Familia de Cataluña. “Ello no obstante no es de aplicación en la Compilación Balear que respecto a este punto guarda silencio”.

Consecuente con el tratamiento de las comunidades de bienes entre cónyuges como comunidades ordinarias, la SAP Baleares (Sección 3a) 426/2004, 8 octubre, afirma que “la existencia de una serie de bienes y derechos que pertenecen en común a ambos, y que deben partirse entre los cónyuges, no supone que para ello deba hacerse (...) un pase de cuentas de todo lo que han cobrado y gastado cada uno de los cónyuges durante todo el tiempo de duró la convivencia matrimonial, ni elucubraciones acerca de lo que pudieran haber ahorrado, sino que dicho caudal partible lo constituyen aquellos bienes y derechos existentes en el matrimonio en el momento en que se produzca la disolución del régimen económico matrimonial y que sean comunes”. En este sentido, el deber de ayuda y socorro mutuo de los cónyuges, previsto en los arts. 67 y 68 CC no puede valorarse económicamente como trabajo para la familia y contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, (art. 4.1 CDCB), por ser un deber ético.

4.2. La modificación del régimen económico matrimonial y su oponibilidad.

Las modificaciones del régimen económico matrimonial pueden realizarse mediante capitulaciones matrimoniales, o por decisión judicial de nulidad, separación o divorcio. Y sus efectos pueden regularse por ley, capitulaciones matrimoniales o por pactos realizados en consideración al divorcio. La eficacia

de dichas modificaciones es doble: interna, entre sus otorgantes o cónyuges, y externa, respecto a los acreedores de cualquiera de los mismos.

4.2.1. Eficacia de la modificación del régimen económico matrimonial realizada mediante capitulaciones matrimoniales.

Las relaciones externas, en relación al régimen económico matrimonial del empresario casado, vienen reguladas principalmente por normas cuya competencia normativa corresponde exclusivamente al Estado: normas mercantiles de los arts. 6 a 12 CC y correlativos del RRM y normas relativas a la ordenación de los registros e instrumentos públicos (competencia estatal exclusiva conforme al art. 149.1.8º CE), desarrollada por el art. 77 LRC y correlativos, respecto del Registro Civil y art. 26 LH y correlativos, respecto del Registro de la Propiedad. Supletoriamente, debe aplicarse la Compilación Balear (en especial, los arts. 3.1, 66 y 67.1 párrafo primero CDCB al régimen económico matrimonial del empresario), la costumbre y los principios generales del Derecho civil Balear (entre los que encontramos contenidos del art. 66 aplicables al art. 3.1). En caso de laguna de Derecho civil balear, entendemos que cabe la integración con las normas del CC reguladoras de las capitulaciones matrimoniales (arts. 1325 a 1335 CC), pues no contradicen los principios de Derecho civil balear.

Así, en materia de capitulaciones matrimoniales, cuando uno de los cónyuges es empresario, aplicaremos el art. 12 CCo, que establece: “*Lo dispuesto en los artículos anteriores se entiende sin perjuicio de pactos en contrario contenidos en capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro Mercantil*”. Supletoriamente, el art. 3.1 CDCB, en Mallorca y Menorca, “*El régimen económico conyugal será el convenido en capítulos, formalizados en escritura pública, antes o durante el matrimonio (...)*”.⁸² Para Ibiza y Formentera, el art. 66.1, y el 67. 1. Párrafo primero, *in limine* CDCB establece la preferencia del régimen pactado en capítulos matrimoniales, denominados “*espòlits*”, que también deben otorgarse necesariamente en escritura pública, so pena de nulidad,⁸³ e inscribirse en el Registro Civil y otros registros, sin que la falta de inscripción afecte a su validez, por no ser

82. En el mismo sentido, el art. 1326 CC: “Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio”. Para las otorgadas antes del matrimonio, debe tenerse en cuenta el art. 1334 CC: “Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año”.

83. Ahora bien, dada la multiplicidad de actos y negocios que envuelven los *espòlits*, conviene aclarar que tal nulidad se dará respecto a los contenidos de los *espòlits* que exijan escritura pública, tales como los heredamientos, mientras que no serían nulas las estipulaciones capitulares para las que no se exija forma especial, como una donación de un bien mueble. CARDONA GUASCH, Olga, *Op. Cit.* p. 213-214.

constitutiva. Los artículos 1325 a 1335 CC son supletorios de las normas autonómicas.⁸⁴

El legislador parece propugnar una atipicidad sin límites de las capitulaciones matrimoniales, y esto es válido en el sentido de que los cónyuges pueden elegir de entre los modelos legislativos, modificar estos o bien inventar uno distinto. Pero no lo es, si el planteamiento se proyecta sobre la alteración de las normas que tienen carácter necesario, tanto para proteger los derechos de los cónyuges como de los terceros que con ellos contratan.⁸⁵ El contenido del art. 6 CCo, constituye un mínimo que no puede modificarse por capitulaciones matrimoniales,⁸⁶ En consecuencia, las capitulaciones deben respetar la responsabilidad de los bienes propios y los obtenidos con resultas del comercio.⁸⁷ Se trata de un ámbito mínimo de responsabilidad, un patrimonio que siempre y en todo caso queda sujeto al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el empresario casado,⁸⁸ al haberse establecido en protección de los acreedores del comerciante. Por ello, estos términos no pueden ser modificados ni derogados por un régimen que hayan pactado los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, antes o después del matrimonio (art. 1315 CC).

Por el contrario, las presunciones y consentimientos de los arts. 7 a 10 CCo constituyen un régimen supletorio al régimen económico de las capitulaciones matrimoniales que hayan pactado los cónyuges (arts. 3.1 y 67.1 CDCB y 1315 CC), antes o durante el matrimonio (arts. 3.1 y 67.3 CDCB y 1326 CC), por lo que podrá establecerse en capitulaciones matrimoniales que el

84. Merece la pena destacar que la regulación de las capitulaciones matrimoniales en Ibiza y Formentera es mucho más detallada que la de Mallorca y Menorca, y entendemos que, en general, sus principios son aplicables a Mallorca y Menorca, como principios de la Compilación Balear, con carácter preferente a los artículos 1325 a 1335 CC, con los que no son contradictorios.

85. GARCIA VILLAVERDE, Rafael. *Op. Cit.* p. 523.

86. GARCIA VILLAVERDE, Rafael. *Op. Cit.* p. 523-524 (nota 82) y 524-525 (nota 83). Cita a GARRIGUES. Curso de Derecho mercantil. Vol. I, revisado por BERCOVITZ, 1976. P. 276 y ss. “El art. 6 no limita las facultades de disposición a los bienes propios, sino que las extiende también a los bienes adquiridos con las resultas del comercio, y ello con independencia de que sean propios del comerciante o se trate de bienes comunes del matrimonio. El ejercicio del comercio exige, por su propia naturaleza, que el comerciante pueda enajenar los bienes que va adquiriendo como consecuencia del comercio mismo”. “Es preciso invocar también a estos efectos la necesaria seguridad de quienes contratan con un empresario mercantil, pues esa seguridad implica la confianza de que el comerciante puede disponer de los bienes pertenecientes a su negocio. Hay que llegar, por tanto, a la conclusión de que el art. 6, frase primera delimita también, con carácter imperativo, los bienes sobre los que, como mínimo, tiene que tener facultades de disposición la persona casada comerciante. En definitiva, pues, la norma contenida en el art. 6, frase primera, es de carácter imperativo y no puede ser alterada por lo dispuesto en las capitulaciones matrimoniales.”.

87. ROJO, Ángel. *Op. Cit.* p. 86.

88. ROJO, Ángel. *Op. Cit.* p. p. 89.

consentimiento para la vinculación de los bienes propios del cónyuge del empresario pueda ser tácito.

Salvando dicho contenido mínimo, son perfectamente admisibles los *espòlits* o capitulaciones matrimoniales propias de Ibiza y Formentera, definidos en el art. 66.2 CDCB, como contratos realizados en consideración al matrimonio que establecen las bases de la familia (entendida en un sentido amplio, equivalente a organización económica) que se espera formar con ocasión de las nupcias y, fundamentalmente, trazar el destino del patrimonio familiar más allá de la muerte de los otorgantes, normalmente mediante el llamamiento de un solo heredero, para mantener la unidad de dicho patrimonio.⁸⁹ Los otorgantes son los cónyuges y, con frecuencia, familiares de los mismos, normalmente los padres.⁹⁰

En este sentido, los *espòlits* o capitulaciones matrimoniales propias de Ibiza y Formentera, son instrumentos adecuados para regular la empresa familiar, y a través de los mismos pueden establecerse verdaderos protocolos familiares, que podrían tener acceso al Registro Mercantil en los términos del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. Y ello porque no solo contienen disposiciones relativas a la fijación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial. (art. 66.6 a) CDCB), sino porque también son adecuados para contener pactos de naturaleza sucesoria (art. 66.6 b) CDCB).⁹¹

89. Uno de los principales problemas que plantean las capitulaciones matrimoniales cuyo contenido no se limita a pactar un régimen económico matrimonial, sino que incluyan pactos sucesorios, como los *espòlits*, son su interpretación, dada su doble naturaleza sucesoria y económico matrimonial, o sea, contractual. La STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1a) 2/2006, 28 febrero, resolvió el problema de diferente normativa de interpretación que genera dicha doble naturaleza. Resuelve que, aunque sean contratos, si tienen contenido sucesorio, como heredamientos, deben aplicarse las normas de interpretación testamentaria para estos contenidos, y las contractuales solo supletoriamente. Según esta doctrina, la sentencia realiza una interpretación literal, para después atender a la voluntad clara de los otorgantes, sin considerar decisivo el *nomen iuris* empleado, y dando especial relevancia a la costumbre, como elemento interpretativo, conforme a lo dispuesto en la CDCB, al ser el heredamiento en Ibiza una institución consuetudinaria, recopilada por Cerdá Gimeno, además de la jurisprudencia STS (Sala de lo Civil), 16 mayo 1988, sobre heredamiento preventivo en *espòlits* anteriores a la Compilación de 1961. Otra solución de *lege ferenda* sería aplicar el principio de separabilidad de los contenidos sucesorios, de los de régimen económico matrimonial, tal y como hace el art. 18 del Código de familia catalán, actual art. 231-23 Ley 25/2010, 29 julio, del libro segundo del CCCat. CARDONA GUASCH, Olga, “*Op. Cit.* p. 215.

90. CARDONA GUASCH, Olga, “Lección 19. Los *espòlits*”, en FERRER VANRELL, Pilar (Coor.), *Lecciones de Derecho civil balear*. Ed. Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca, 2004, p. 211-212, 214-215.

91. El art. 66.6 b) CDCB, elabora una lista abierta de pactos típicos de los *espòlits* de la siguiente manera: pactos económico-matrimoniales (dote, *escreix*, *acolliment* en una cuarta parte de los *milloraments*, usufructo universal), y pactos de naturaleza sucesoria (pactos de institución o heredamientos, pactos renunciativos, donaciones universales y cláusula de confianza). Nada impide que se incluyan otros pactos susceptibles de albergar en su seno cualesquiera disposiciones tendentes a regular la vida de la familia. Así, reconoce expresamente los pactos en previsión de ruptura matrimonial. CARDONA GUASCH, Olga, *Op. Cit.* p. 215.

Para la modificación de las capitulaciones matrimoniales debemos diferenciar si lo que se pretende modificar es solo el régimen económico matrimonial u otros contenidos. En el caso de que solo se pretenda modificar el régimen económico matrimonial, bastará el consentimiento de los cónyuges. Si se pretende la modificación de otras cláusulas de las capitulaciones matrimoniales, esta deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas, conforme al art. 66.4 CDCB para Ibiza y Formentera,⁹² supletoriamente aplicable a Mallorca y Menorca, o bien, en caso de no considerarlo así, conforme al art. 1331 CC.⁹³

El reflejo registral del régimen económico matrimonial es relevante no solo para la determinación de las relaciones patrimoniales internas entre los cónyuges, sino que lo es, sobre todo, para que los terceros acreedores puedan saber los bienes contra los que pueden hacer efectivo el cumplimiento de sus créditos. Se trata de unos artículos muy relevantes en la práctica. Las modificaciones más frecuentes suelen ser la modificación de un régimen económico matrimonial de comunidad (como el de gananciales) a uno de separación de bienes, para salvar parte del patrimonio de la acción de los acreedores.

En la modificación de las capitulaciones matrimoniales debe tenerse especial consideración a su publicidad y su oponibilidad a terceros. El art. 12 CCo, preferente en el ámbito mercantil frente a la Compilación Balear,⁹⁴ y los

92. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 18. El régimen paccionado. Las capitulaciones matrimoniales”, en FERRER VANRELL, Pilar (Coor.). *Lecciones de Derecho civil balear*. Ed. Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca, 2004. P. 206. El art. 66.7 b) CDCB señala: “*Para modificar o dejar sin efecto el régimen económico matrimonial, así como cualesquiera otras cláusulas convenidas exclusivamente entre los cónyuges, bastará el consentimiento de estos*”. De esta norma se deduce que, si la modificación afecta exclusivamente a las normas sobre el régimen económico conyugal o a las liberalidades u otras disposiciones otorgadas estrictamente entre los consortes, bastará la concurrencia de estos para llevarla al efecto. Si la novación afecta a disposiciones que otorgaron terceras personas, se requerirá la concurrencia de estas personas si vivieren, lo que a CARDONA GUASCH le lleva a afirmar que no será necesaria la intervención de los herederos de dichas personas (se basa su interpretación en el antiguo art. 66.4 CDCB), a diferencia de lo exigido en el art. 18 del Código de familia catalán, actual Art. 231-23 CCCat. CARDONA GUASCH, Olga. *Op. Cit.* p. 215. La actual reforma soluciona esta controversia, al establecer en el art. 66.7: “c) *Para modificar o dejar sin efecto cláusulas en las que hayan intervenido cualesquiera otras personas, se necesitará, además, su concurrencia o la de sus herederos, si la modificación afecta a derechos que aquellas hubiesen conferido*.” Art. 66.7 d) CDCB Se exceptúan de lo que disponen los dos párrafos anteriores las estipulaciones que, por acto expreso o por su naturaleza, sean revocables.

93. Según el art. 1331 CC: “*Para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas*”.

94. La modificación de los *espòlits* se regula en el art. 66.7 CDCB. En su punto a) establece: Los “*espòlits*” podrán modificarse en cualquier momento mediante escritura pública. La modificación no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceros.

arts. 1317⁹⁵ y 1335 CC, aplicables supletoriamente a la Compilación, que no regula las capitulaciones matrimoniales, son coincidentes en señalar que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.

Para que lo pactado sea oponible a los acreedores mercantiles que sean terceros de buena fe, se requiere que las capitulaciones sean válidas (invalidez que sigue las reglas generales de los contratos, art. 1335 CC, siendo nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge art. 1328 CC). Formalmente, para ser válidas, deben haberse otorgado en escritura pública (art. 1327 CC). Y para su eficacia frente a terceros, deberían inscribirse en el Registro Civil (arts. 1333 CC y 77 LRC) y, posteriormente en el Registro Mercantil (arts. 12 y 22.1 CCo y arts. 87.6º y 92RRM), y publicarse en el régimen económico matrimonial en el BORME (art. 21.1 CCo y 386.6º RRM).

Siguiendo el art. 12 CCo, la modificación del régimen económico del matrimonio es oponible a los acreedores mercantiles futuros desde que se inscribe en el RM y se publica en el BORME; pero frente a los acreedores anteriores a esa publicación, la modificación del régimen económico matrimonial, la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y la adjudicación de los bienes comunes es irrelevante: los bienes gananciales —o sólo los gananciales obtenidos por el ejercicio de la actividad empresarial, si ha habido formal oposición del otro cónyuge a ese ejercicio o revocación del consentimiento prestado para ese ejercicio (arts. 6 al 11 CCo)— continuarán afectos a la satisfacción de los acreedores cuyos créditos hubieran nacido antes de dicha publicación,⁹⁶ así lo afirma el art. 1317 CC, aplicable en este caso de manera supletoria.

Es cierto que estas menciones registrales no permiten al tercero conocer el contenido exacto de dichas capitulaciones matrimoniales, pero sí le permiten conocer su naturaleza, sea de comunidad, separación, o participación, lo que determinará el alcance de su protección registral. Además, le permitirán acceder, en su caso, a las capitulaciones matrimoniales, pues la existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones se indicará mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación y el Notario lo hará constar en las copias que expida (art. 1332 CC) y estará obligado a facilitar

⁹⁵. Art. 1317 CC “La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros”.

⁹⁶. ROJO, Ángel. *Op. Cit.* p. 87-88. BROSSETA, M./ MARTINEZ SANZ, F. *Op. Cit.* p. 102.

al tercero interesados su contenido, si presentan un principio de prueba que le acredite como titular de algún derecho patrimonial frente a cualquiera de los cónyuges”. (art. 266 RRC in fine).

Ahora bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciado en el sentido de que dicha oponibilidad se da desde la inscripción en el Registro Civil, exigida en el art. 1333 CC,⁹⁷ que es previa a la publicidad del Registro mercantil. Aunque, en caso de que los acreedores persiguieran bienes inmuebles concretos, el TS afirma que solo será oponible el nuevo régimen de separación desde la fecha en que este conste en el Registro de la Propiedad correspondiente, de acuerdo con la Ley Hipotecaria y su normativa de desarrollo (art. 75 RH)⁹⁸ (STS 546/1994, 6 junio).⁹⁹ La normativa hipotecaria no constituye obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos pues el art. 144.2 del Reglamento Hipotecario dispone que si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiese inscrito la partición de bienes podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiese dirigido contra los respectivos adjudicatarios.¹⁰⁰

Por otra parte, la STS 218/1998, 10 marzo, afirma que es necesaria la inscripción en el Registro Civil, conforme al art. 77 LRC, para la oponibilidad frente a todos los terceros, no siendo suficiente la mención en el Registro de la Propiedad (sin perjuicio de que esta sí sea suficiente para proteger a terceros de buena fe en relación con los inmuebles en que conste dicho régimen

97. Art. 1333 CC: “*En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquéllas o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria*”.

98. Art. 75 RH: “*De conformidad con el artículo 1.333 del Código civil, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad las capitulaciones matrimoniales en cuanto contengan respecto a bienes inmuebles o derechos reales determinados, alguno de los actos a que se refieren los artículos 2. de la Ley y 7. de este Reglamento. Si, en tal caso, el matrimonio no se hubiere contraído, se suspenderá la inscripción y podrá tomarse anotación preventiva de suspensión, que se convertirá en inscripción cuando se acredite la celebración de aquél o se cancelará a solicitud de cualquiera de los otorgantes si, transcurridos un año y dos meses desde la fecha de las capitulaciones, no se hubiere acreditado que el matrimonio se celebró dentro del plazo de un año desde dicha fecha*”.

99. En este caso, el banco Urquijo reclamaba una deuda a dos empresarios y a sus cónyuges, casados en gananciales. La sentencia señala que los patrimonios de los cónyuges también responden de la deuda de los empresarios, hasta la fecha de la inscripción en el Registro Civil (no el Registro Mercantil) de las capitulaciones matrimoniales que modifican el régimen de gananciales para pasar a un régimen de separación de bienes. Sin embargo, respecto de los bienes inmuebles reclamados, señala que la fecha que debe considerarse es la de la inscripción de las capitulaciones en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles correspondientes.

100. SSTS 13 junio 1986, 17 noviembre 1987, 25 enero 1989 y, 7 noviembre 1992, entre otras.

matrimonial).¹⁰¹ *Obiter dicta* señala que, si se pretende esta oponibilidad frente a terceros de la actividad empresarial de uno de los cónyuges, será necesaria la inscripción en el Registro Mercantil, que es voluntaria, a diferencia de la obligatoria anotación de la demanda e inscripción de la sentencia firme de separación de bienes en el Registro de la Propiedad que corresponda, si recayere sobre bienes inmuebles y la obligatoria anotación de la sentencia en el Registro Civil (art. 1436 CC).¹⁰²

En ocasiones, los tribunales han admitido la existencia de un régimen distinto al legal supletorio por su mera mención por los cónyuges en una escritura de compraventa de participaciones,¹⁰³ otorgada ante Notario, no habiéndose practicado prueba en contrario.

Los terceros se hallan protegidos frente a las modificaciones del régimen económico matrimonial que no hayan sido debidamente publicadas: estas no les son oponibles aunque sean válidas y ellos sí puedan alegarlas y oponerlas frente al cónyuge con quien las pactó. Además, se conservan indemnes contra la modificación válida y oponible del régimen los derechos ya adquiridos en la fecha en que la modificación consiguió eficacia *erga omnes*: no en la fecha en que se pactó, sino en la de su constancia en el Registro Civil (en el mercantil, además, en su caso). Derechos ya adquiridos son tanto los reales como los de crédito. Todo ello sin perjuicio de que, en caso de que el cambio les favorezca, puedan alegarlo, pues lo que afirma el artículo es que no perjudique, pero no impide que les favorezca.¹⁰⁴

101. STS 218/1998, de 10 de marzo, FJ 3. En el mismo sentido, STS (Sala de lo Civil) de 6 octubre 1986. FJ 5. Los asientos del Registro de la Propiedad declaran la situación jurídica de las fincas y la titularidad de los derechos constituidos sobre las mismas, frente a terceros, pero no pueden incidir en las relaciones internas de una de las partes y reflejarse en el cambio del régimen económico matrimonial de la misma.

102. STS 218/1998, 10 marzo, FJ 3: “la publicidad del art. 1.333 CC se complementa con la publicidad del RM cuando uno de los cónyuges ejerce el comercio, no siendo oponibles al acreedor del comerciante las capitulaciones no inscritas, si merece el calificativo de tercero de buena fe, buena fe que se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción (art. 21.4 CCo). En el caso analizado, siendo el marido comerciante, con consentimiento y sin oposición de la mujer, y habiéndose inscrito en el Registro Civil la modificación de las capitulaciones matrimoniales con posterioridad al documento de reconocimiento de deuda y al fallecimiento del esposo, el tribunal entendió que al pago de la misma estaban sujetos los bienes comunes, sin perjuicio de la responsabilidad que alcanzaba a los herederos”.

103. SAP Baleares, 47/2015, 5 mayo. El tribunal entendió que existía un régimen de gananciales porque en la escritura pública de venta de las participaciones sociales se establecía que el cónyuge adquirente lo hacía “para su sociedad conyugal”, firmando el otro cónyuge al final del contrato, “con la expresión conforme”, mencionándose en la escritura de compraventa que el régimen económico del matrimonio era “el de sociedad de gananciales”. Ello implicó que la vinculación del patrimonio del cónyuge firmante y de la sociedad de gananciales al pago de los préstamos en los que, por contrato, se había subrogado en la posición del vendedor.

104. LACRUZ BERDEJO, José Luis *Op. Cit.* p. 557.

La ilección de derechos afecta solo a los derechos ya adquiridos por los acreedores en el momento del cambio, para cuyos derechos persiste el *statu quo* ante de los bienes conyugales. Estos bienes seguirán respondiendo o siendo irresponsables de las mismas deudas que les gravaban con anterioridad a la modificación.¹⁰⁵ En cuanto a los bienes que se adquieran nuevamente desde entonces y, en general para la dinámica ulterior de la sociedad ¿valdrán las antiguas reglas o las nuevas? Por ejemplo, los acreedores de un cónyuge, después de pactado el paso de un régimen de separación a un régimen de comunidad (caso menos habitual, más común es el paso de gananciales a separación de bienes), pueden seguir considerando como privativos no solo los que lo eran en el régimen de separación, sino también los nuevos sueldos, rentas e ingresos, etc., que conforme al régimen modificado eran privativos y conforme al nuevo régimen son comunes. El art. 1317 CC señala que “*en ningún caso*” debe producirse perjuicio a los acreedores, por lo tanto, tampoco en cuanto al futuro. La confianza de los terceros no puede limitarse a la situación económica actual de su deudor, sino que debe extenderse a las expectativas de ganancia en el curso normal de los acontecimientos, confianza que se vería defraudada si, tras el cambio, los nuevos ingresos se apartasen de la masa responsable de las viejas deudas o pasasen a tener un nuevo grupo de acreedores.¹⁰⁶

Los acreedores anteriores al momento de la oponibilidad de la modificación del régimen económico matrimonial no deben instar judicialmente la rescisión de las capitulaciones matrimoniales; deben simplemente hacer efectivos sus créditos sobre los antiguos bienes comunes, como si la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales no se hubiera producido”.¹⁰⁷ Los acreedores del cónyuge empresario pueden satisfacerse directamente con los bienes que, antes de la disolución y liquidación, tenían la condición de gananciales con

105. En este sentido, la SAP Baleares, 21 enero 1994: “Es doctrina jurisprudencial constante y reiterada mantenida antes y después de la reforma del CC, 13 mayo 1981, que la modificación del régimen económico-matrimonial, realizada constante matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1317 CC), sin que para la subsistencia y efectividad de dicha garantía sea necesario acudir a la rescisión o nulidad de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente, ya que del sentido general de los arts. 1399, 1403 y 1404 del CC, se desprende que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiese formulado debidamente inventario, pues en otro caso, y por aplicación de las normas de las sucesiones (arts. 1404 y 1402 en relación con el 1084, todos del CC), tal responsabilidad será *ultra vires*, todo lo cual determina que, aun después de la disolución de la sociedad de gananciales, permanece viva la acción del acreedor contra los bienes que, antes de aquélla, tenían naturaleza ganancial (SSTS 20 marzo 1989, que cita las de 15 febrero y 13 junio 1986, 28 abril 1988, 27 octubre 1989, 19 febrero y 15 junio 1992, etc.).”

106. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Op. Cit.* p. 557-558.

107. ROJO, Ángel. *Op. Cit.* p. 87-88.

independencia de cuál haya sido el cónyuge adjudicatario.¹⁰⁸ (SSTS 15 y 17 febrero 1986, 14 octubre 1989, 15 junio 1990, 7 noviembre 1992, y 13 octubre 1994, etc.).

La protección registral de los terceros es máxima, incluso en casos en los que la determinación del régimen económico matrimonial contradiga principios constitucionales como el de igualdad de los cónyuges. Así, las menciones en el Registro de la Propiedad de un régimen de gananciales, que lo fue en el momento de celebración del matrimonio, pero que dejó de serlo a raíz de la entrada en vigor de la Constitución (pues es contrario al principio de igualdad del art. 14 CE que la mujer tenga que seguir la vecindad civil del marido), para pasar a considerarse un régimen de separación de bienes, afectan solo a los terceros y acreedores, pero no a la relación de los cónyuges entre sí, que pasa a ser la de separación de bienes (SAP Baleares (Sección 3a) 329/2003 de 5 junio. En este caso, la mujer tenía la vecindad civil mallorquina y el marido la había adquirido por una residencia de más de 10 años).¹⁰⁹

4.2.2. La modificación del régimen económico matrimonial por nulidad, separación o divorcio de los cónyuges.

El art. 12 CCo no hace referencia a otros supuestos de alteración del régimen económico matrimonial no derivados estrictamente del pacto de los cónyuges: los supuestos de nulidad, separación o divorcio.

A partir de la firmeza de la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial basada en la demanda de nulidad, separación o divorcio, el régimen pasa a ser el de separación de bienes.

Ello dará lugar al inicio de procedimiento de disolución de los regímenes de comunidad, como la sociedad de gananciales, regulado en el art. 1392 CC y los arts. 806 y ss. LEC.

108. STS 213/1998, 10 marzo, FJ 4, que pone de manifiesto “el equívoco de entender que son, ya bienes privativos los que se adjudicó la cónyuge en pago de su haber como consecuencia de la separación, cuando, en realidad, (...) los bienes adjudicados siguen siendo bienes gananciales para el acreedor cuyo crédito es una partida del pasivo de la sociedad de gananciales que se disuelve y liquida”. El cambio de régimen a separación no podía afectar a los acreedores por su falta de publicación en el Registro Mercantil y en el Registro Civil.

109. No siempre la jurisprudencia ha tenido en cuenta dicho principio de igualdad. La mujer seguía la vecindad civil del marido y, si este era de vecindad civil común y, a falta de capitulaciones matrimoniales, el matrimonio se regía por el régimen de gananciales. Solo si se probaba que entre ellos existía una separación de hecho, cabría alegar la existencia de una separación de bienes desde la fecha de dicha separación. En este sentido, *obiter dicta*, la SAP Baleares (Sección 4a) 346/2004, 20 julio. En este caso, la mujer tenía la vecindad civil mallorquina y el marido la común, pues todavía no había residido en Mallorca más de 10 años.

El divorcio produce la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales, salvo las que se refieran a cuestiones sucesorias a favor de los descendientes en consideración al cual se hayan otorgado capítulos y salvo que se hubiera pactado un régimen distinto en previsión de ruptura antes de la misma, lo que normalmente se hará en pactos en consideración a la ruptura matrimonial. El art. 66.6.b CDCB (para Ibiza y Formentera) admite como contenido posible de los *espòlits* los pactos sobre instituciones “*que los interesados consideren convenientes, incluso en previsión de ruptura matrimonial*”. Por otra parte, el art. 4.1 CDCB, se refiere a pactos supervisados judicialmente para entender válidos cambios en la regla de proporcionalidad de asunción de responsabilidades de los cónyuges derivados de las cargas familiares. El art. 66.6.b CDCB (para Ibiza y Formentera) también admite como contenido posible de los *espòlits* los “*pactos sobre la forma y cuantía de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio*”. Cuando los pactos en previsión de ruptura matrimonial se otorguen antes del matrimonio, solo serán válidos si el matrimonio llega a contraerse en el año siguiente a la fecha del otorgamiento (art. 66.6 d)).

En cuanto a los efectos frente a los acreedores, la aplicación del art. 12 CCo por analogía es factible, desde el momento en que, conforme al art. 87.7 ° RRM, se reflejará registralmente la fecha en la que se produce la separación, nulidad o divorcio y, por tanto, los terceros podrán haber tenido acceso a la misma.

En todo caso, aun siendo oponibles a terceros, estos pueden buscar la nulidad de dichos acuerdos (por motivos formales si no constan en escritura pública), aunque si dicha nulidad fuera alegada por uno de los cónyuges, no podría perjudicarles, de acuerdo con el art. 1335 CC.

4.3. ALGUNAS PARTICULARIDADES DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO CUANDO UNO DE LOS CÓNYUGES ES EMPRESARIO.

A diferencia de las normas sobre régimen económico matrimonial de la CDCB, las normas sobre efectos patrimoniales del matrimonio son de contenido imperativo y sobre ellas no se imponen las normas del Código de Comercio. Pero ello no quiere decir que el carácter de comerciante o empresario de uno de los cónyuges no afecte a la norma.

En Mallorca y Menorca, los efectos patrimoniales del matrimonio, que son *ius cogens*,¹¹⁰ se regulan en el art. 4 CDCB. El art. 4.1 establece: “*Los bienes*

110. Según el punto II de la Exposición de Motivos de la Ley 7/2017, el art. 4 regula “temas de contenido económico ex lege (es decir, imperativo) del matrimonio (por tanto, los efectos económicos del matrimonio), que son contenido previo, esencial, a cualquier régimen”.

propios de cada cónyuge estarán afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio. En defecto de pacto, cada uno de los cónyuges contribuirá en proporción a sus recursos económicos; se considera como contribución el trabajo para la familia y da derecho a obtener una compensación que el juez debe señalar, si no hay acuerdo cuando se extinga el régimen de separación.¹¹¹

Si se incumpliera, totalmente o parcialmente, el deber de levantamiento de cargas del matrimonio, por parte de uno de los cónyuges, el otro podrá solicitar al juez que adopte las medidas oportunas para asegurar su cumplimiento.

Y el art. 4.4: “Cada cónyuge responderá con sus bienes propios del cumplimiento de las obligaciones que hubiera contraído. No obstante, de las causadas por el levantamiento de las cargas del matrimonio, será subsidiariamente responsable el otro cónyuge.”

El mismo contenido se recoge para Ibiza y Formentera, en el art. 67. 2. Párrafo primero: “Los cónyuges estarán obligados a contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. En defecto de pacto, lo harán en proporción a sus recursos económicos”. El art. 67.2. párrafo tercero: “Se considera como contribución el trabajo para la familia y da derecho a obtener una compensación que el juez debe señalar, si no hay acuerdo, cuando se extinga el régimen de separación”. Y el art. 67. 3. CDCB señala: “Ambos cónyuges responden solidariamente ante terceras personas de las obligaciones que contraen conjuntamente por el levantamiento de las cargas familiares y de las contraídas por uno de ellos en ejercicio de su potestad doméstica”. Dos diferencias encontramos con la regulación mallorquina: el concepto de cargas del matrimonio ha sido sustituido por el de cargas familiares y obligaciones contraídas en ejercicio de la potestad doméstica, que define mejor su contenido, vistas las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el art. 4 CDCB, y, sobre todo, que la responsabilidad de los cónyuges frente a terceras personas es solidaria, mientras que en Mallorca es subsidiaria.

4.3.1. Las deudas empresariales como cargas del matrimonio o de la familia.

Según CAVANILLAS, el contenido de carga del matrimonio incluye, como contenido mínimo, los alimentos de los cónyuges y sus hijos comunes. Pero es más amplio¹¹² y debe considerar elementos cuantitativos y cualitativos.

¹¹¹ “y da derecho a obtener una compensación que el juez debe señalar, si no hay acuerdo cuando se extinga el régimen de separación” añadido por Ley 7/2017.

¹¹² CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. *Op. Cit.* p. 4853.

Como elementos cualitativos debe tenerse en cuenta que la cuantía de las cargas sea conforme a los usos o circunstancias de la familia. La conformidad cuantitativa de un gasto dependerá, esencialmente, de los recursos económicos de la familia, pero con dos matices, uno por defecto y otro por exceso. Por defecto, si una familia dispone de importantes recursos económicos, pero mantiene acordadamente un nivel de vida más austero, será este último el que delimite cuantitativamente el concepto de carga matrimonial. Por exceso, si se incurre en un gasto superior a los recursos económicos o el nivel de vida familiar, pero el bien o servicio obtenidos son disfrutados por ambos cónyuges, habría lugar a la consideración de este gasto como carga del matrimonio.¹¹³

Ante las dudas que genera la CDCB, FERRER VANRELL defiende la analogía para determinar el concepto de “cargas del matrimonio”.¹¹⁴ Concretamente, señala que el concepto lo encontramos en la Ley balear 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, como establece el punto I, 3 de su Exposición de Motivos, y su art. 1.1. En aplicación analógica de su art. 5.2 de la Ley 18/2001, debemos considerar que los gastos para el sustento de las cargas familiares son: los gastos de mantenimiento de la pareja y sus hijos, sean comunes o no. Estos gastos deben ser conformes a los usos sociales y al estatus social de la pareja. Seguidamente enumera *ad exemplum* algunos de las cargas familiares.¹¹⁵

El parámetro de nivel social y estatus económico, alcanzará, en todo caso, a aquellos gastos producidos por los alimentos de la familia, no circunscrito a las necesidades ordinarias del art. 1319 CC,¹¹⁶ sino entendidos en sentido amplio, como enumera el art. 5.2.a) b) y c) LPE.

Los gastos “primarios” para el mantenimiento de la familia (alquiler de la vivienda familiar, adquisición de bienes muebles y utensilios domésticos, alimentos, etc.) o de cualquiera de los cónyuges (tratamiento médico curativo, ropa, etc.) constituyen cargas del matrimonio. Discutible es la inclusión de otros gastos, como los destinados al ocio, la estética o la comodidad:

113. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. “*Op. Cit.* p. 4854.

114. Una definición de cargas, en un sentido similar a la LPE, encontrábamos en el Anteproyecto de Ley de régimen patrimonial de matrimonio. www.caib.es/govern/rest/arxiu/1604777 (consulta junio 2018) VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. “Panorama actual de la compensación económica por trabajo para la familia en baleares”, *Revista de Derecho Civil* vol. V, núm. 4 (octubre-diciembre, 2018) Estudios, p. 5.

115. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 15... *Op. Cit.* p. 175-176.

116. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 15... *Op. Cit.* p. 178; VILA RIBAS, Carmen. “El régimen económico matrimonial en el proyecto de reforma de la Compilación de Derecho civil de Baleares”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, n° 16, Palma, 1988, p. 200.

electrodomésticos como vídeos o equipos de música, viajes, servicio doméstico, etc. Solo puede adquirir la naturaleza de cargas por acuerdo de los cónyuges, que se demostrará a través de su uso y disfrute común. Si falta dicho uso común (medicina estética, viajes o hobbies de un solo cónyuge, etc.) no son cargas, salvo que se acredite de otra manera que el gasto sea común.¹¹⁷

La jurisprudencia balear ha considerado cargas del matrimonio, acomodados a los usos y circunstancias de la familia: el sostenimiento de los de los miembros de la familia, esposos e hijos, y su educación (STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal) 1/1998, 3 septiembre), y la contribución de los cónyuges al pago de la cuota hipotecaria de la vivienda familiar, y mientras dura la convivencia matrimonial (SAP Baleares (Sección 5a) 52/2013, 7 febrero).¹¹⁸ Mientras que ha considerado que no eran cargas las operaciones destinadas a la inversión (STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal) 1/1998, 3 septiembre).

No obstante, alguna sentencia (referida al régimen de separación de bienes del Código Civil) ha calificado como cargas familiares las deudas contraídas con destino a la empresa de uno de los cónyuges, si bien, obviando el carácter mercantil o civil de la fianza. La SAP Huelva, 1 septiembre 1998, resolvió una reclamación del pago de una deuda del marido contraída por la adquisición de material de construcción para la tienda y el bar de la esposa, con los que se obtenían los medios necesarios para la subsistencia familiar. El tribunal considera que es un gasto necesario para atender a las necesidades ordinarias de la familia, y del que deben responder ambos cónyuges: el marido principalmente, como contratante, y la esposa subsidiariamente. Aunque en este caso sería más lógico entender que en realidad el marido actuaba como mandatario de la mujer, titular de ambos negocios, como se confirmó tras la separación del matrimonio, pues la tienda y el bar se adjudicaron a la mujer y el coche y dinero al marido.

Cuando uno de los cónyuges es empresario individual, se plantea el problema de determinar cuándo unos gastos son propios de la empresa, y cuándo pueden calificarse como cargas de la familia, en especial cuando la actividad de la empresa es única fuente de ingresos para la subsistencia de la familia. En estos casos, nos encontraremos con la dificultad añadida del uso mixto del bien: el caso paradigmático es el automóvil que sirve a un destino

117. Citando a Álvarez Olalla. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. *Op. Cit.* p. 4854.

118. Parte de la doctrina considera que solo el alquiler de la vivienda y los gastos de su reparación pueden considerarse carga del matrimonio, pero no el precio de adquisición de la vivienda ni el pago del crédito contraído para adquirirla, puesto que el sostenimiento de una familia exige el disfrute de una vivienda, pero no su propiedad. Citando a Álvarez Olalla. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. *Op. Cit.* p. 4854.

empresarial, pero también a uno familiar. Lo lógico sería que la atribución fuera proporcionada a los respectivos usos, lo que es difícil de probar en un contexto litigioso.

4.3.2. El trabajo del cónyuge no empresario para el cónyuge empresario como contribución a las cargas del matrimonio.

Si una persona carece de ingresos porque no ejercita ningún trabajo remunerado ni ostenta titularidad sobre patrimonio alguno del que pueda obtener algún tipo de beneficio económico, siempre tiene la posibilidad de contribuir a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico, e incluso, si aplicamos este precepto por analogía, también contribuye a las cargas el cónyuge que colabora en la actividad económica (mercantil) o profesional de su consorte.¹¹⁹

El trabajo para la familia es contribución a las cargas del matrimonio y da derecho a una pensión y además a una indemnización compensatoria una vez finalizada la relación. Y ello porque, aunque la redacción inicial del art. 4 CDCB no lo recogiera, la LPE sí prevé una indemnización doble, pensión y compensación, pudiéndose aplicar analógicamente dicho criterio al matrimonio, al existir identidad de razón (STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1a) 2/2010, 24 marzo).¹²⁰

La jurisprudencia suele ser estricta en el otorgamiento de la compensación, para evitar la desnaturalización del régimen de absoluta separación de bienes. Por ello sólo se otorga compensación en el supuesto de empobrecimiento injusto del cónyuge que la reclama, lo cual evita la introducción, por vía indirecta, del régimen de participación, en el que “cada uno de los cónyuges adquiere el derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente” (art. 1.411 CC), pues para obtener este resultado se ha de haber pactado expresamente (arts. 3, 64 y 67 CDCB) (STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1a) 2/2010, 24 marzo). Y según la SAP Baleares 109/2015, 24 marzo, la compensación económica derivada de lo dispuesto en el art. 4 CDCB, debe interpretarse en relación con el art. 9.2 LPE, pero sin que ello pueda derivar en que, en la práctica, el régimen de separación de bienes se asemeje a un régimen de gananciales. Por esta razón, desde la SAP Baleares (Sección 4ª), 30 diciembre 2011, se ha venido

119. RIBERA BLANES, Begoña. *Op. Cit.* p. 60.

120. La primera jurisprudencia no admitió la aplicación por analogía de la LPE al régimen económico matrimonial, a efectos de que se aceptara una pensión compensatoria no prevista en la CDCB, en aquel momento. Así la SAP Baleares (Sección 4a) 62/2005, 18 febrero, rechazó aplicar retroactivamente la Ley de Parejas estables para justificar una compensación.

exigiendo una “sobreaportación” del cónyuge que se ha enriquecido a su con-
sorte, proporcionada y compatible con la pensión prevista en el art. 9.1 LPE.

Por otro lado, la jurisprudencia balear ha sido más flexible al admitir
como contribución, no solo la dedicación especial a la familia en sentido es-
tricto, sino también la “realización de tareas fuera del hogar que, por guardar
directa relación con el buen orden y gobierno de la casa, han de considerarse
domésticas”, la “asunción de funciones de ordenación, dirección y organiza-
ción de la economía doméstica y de la vida familiar” y la “realización de las
tareas diarias de cuidado, crianza y educación de los hijos comunes o de uno
solo de los cónyuges o de cuidado de parientes de cualquiera de los cónyu-
ges que convivan en el hogar conyugal”, sin que excluyan, por sí mismos, el
derecho a la compensación ni “el trabajo del cónyuge acreedor por cuenta
propia o ajena, fuera de la casa”, ni “el disponer de empleados domésticos en
el domicilio conyugal” (STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1a)
2/2010, 24 marzo). Es más, ha considerado como contribución la dedicación
a los padres del cónyuge empresario, pues representaban un ahorro de gastos
tanto en alquiler del local del negocio (un taller) y de la ocupación de una
vivienda de veraneo (SAP Baleares (Sección 5a) 52/2013, 7 febrero)

La mayoría de la doctrina admite que la actividad que presta el cónyuge
en el negocio o la empresa de su consorte constituye una forma de contribuir
a las cargas del matrimonio que puede dar lugar además a una compensación
económica.¹²¹ Entendemos que si aplicamos analógicamente los arts. 5 y 9
LPE también se puede incluir el trabajo para la empresa familiar.¹²²

En estos casos, el TS rechaza la compensación, aunque siguiendo unos
criterios que entendemos no trasladables al régimen balear. La STS (Sala de
lo Civil) 136/2015, 14 abril, reitera la doctrina jurisprudencial sobre el art.
1438 CC (equivalente al 4.1 CDCB) (SSTS 26 marzo 2015 (Pleno), 4 julio

121. RIBERA BLANES, Begoña. *Op. Cit.* p. 142. Señala esta autora que no existen pronunciamientos
jurisprudenciales en España a este respecto. Pero sí son abundantes en Francia, donde se reconoce al cón-
yuge la obtención de una indemnización mediante el ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa o
a través de la teoría de la donación remuneratoria.

122. En este sentido, VERDERA defiende la interpretación analógica, correctora y extensiva del
concepto “trabajo para la casa” del art. 1438 CC y entender que “los casos de trabajo no retribuido en
la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge y en los casos de trabajo remunerado por cuenta
ajena podrán ser subsumibles en caso de que se demuestre que su labor para la familia ha sido superior
a la que debía realizar como contribución a las cargas, lo que ha ocasionado un incremento patrimonial
en el otro cónyuge, siendo ésta una cuestión superada en Cataluña (art. 232-5.2 CCCat.)”. VERDERA
IZQUIERDO, Beatriz. “Panorama actual de la compensación económica por trabajo para la familia en
balears”, *Revista de Derecho Civil* vol. V, núm. 4 (octubre-diciembre, 2018) Estudios, p. 44. VERDERA
IZQUIERDO, Beatriz. “Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa
como correctivo de una desigualdad conyugal”, *Derecho Privado y Constitución* Núm. 27, enero-diciem-
bre 2013. Págs. 225 *in fine*.

2011, 31 enero 2014), rechazando la compensación a la aportación de una mujer que, desarrollaba un trabajo “meramente formal” en las empresas donde el marido era administrador (por lo que cobraba unos 800 euros mensuales) y, además, se dedicaba al cuidado de la casa, ayudada por terceras personas. Se trataba de un régimen de separación de bienes pactado en capitulaciones. Esta doctrina excluye la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico y exige que se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa, no teniendo derecho a la compensación si lo hubiera compatibilizado con un trabajo fuera del hogar.¹²³ Afirma que los cónyuges podrían haber mantenido un régimen de gananciales, que permite hacer comunes las ganancias, pero decidieron optar por un régimen de separación de bienes. Incluso entonces podrían haber pactado el reparto de funciones en el matrimonio y fijar los parámetros a utilizar para determinar la concreta cantidad debida como compensación y la forma de pagarla por la dedicación a la casa y a los hijos de uno de ellos, pero no lo hicieron. *Obiter dicta*, señala que otros sistemas en los que se impone como régimen primario el de separación de bienes sí prevén una compensación en función de una serie de circunstancias distintas de las que resultan del art. 1438 CC, como “la colaboración no retributiva o insuficientemente retribuida” que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional.

Nosotros entendemos que, en Baleares, con la aplicación analógica del art. 9.2 LPE, sí cabe tal compensación, que no se sujeta a las restricciones derivadas de la interpretación del art. 1438 CC.

La LPE no regula el trabajo no remunerado o insuficientemente remunerado de uno de los convivientes por la colaboración en la profesión o industria del otro miembro de la pareja como forma de contribución al mantenimiento de las cargas de la familia, como hacía el art. 3.2 de la Ley 10/1998, 15 julio, de uniones estables de pareja de Cataluña,¹²⁴ actualmente derogado por Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del CCCat, relativo a la persona

123. “La dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar debe haber sido exclusiva, no excluyente, lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación”.

124. Art. 3.2 *Regulación de la convivencia. Si no hay pacto, los miembros de la pareja estable contribuirán al mantenimiento de la casa y a los gastos comunes con el trabajo doméstico, con su colaboración personal o profesional no retribuida o con la retribución insuficiente a la profesión o a la empresa del otro miembro, con los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y, si éstos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios. Cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes.*

y la familia.¹²⁵ Este tipo de trabajo para el otro miembro de la pareja es una actividad frecuente y consiste en una colaboración distinta al llamado “trabajo para la familia”, porque es para el provecho exclusivo del otro conviviente, que obtiene como resultado un rendimiento sin remuneración, la evitación del pago de un salario, con lo que se enriquece. En estos supuestos, cabría la imputación de tal remuneración no satisfecha a la concreta contribución a las cargas de la familia en la parte correspondiente al conviviente que ha realizado el trabajo, entendiendo así que este tipo de trabajo no remunerado tiene carácter de contribución a las cargas del matrimonio. Si interpretamos el art. 9.2 a) LPE en relación con el art. 5.2 b) LPE, al decir que son cargas del matrimonio “la conservación de la vivienda y otros bienes de uso de la pareja”, y a tal carga se puede contribuir no solo económicamente, sino con su trabajo no remunerado o insuficientemente remunerado para el otro conviviente (art. 9.2 a) LPE), podríamos entender que la remuneración no satisfecha tiene carácter de contribución, aunque bien es verdad que no lo regula de forma clara.¹²⁶

La LPE contempla el trabajo sin remunerar en provecho del otro conviviente como una causa para reclamar la compensación prevista en el art. 9.2 a) LPE, que podrá reclamarse al tiempo de la extinción de la relación convivencial, porque se ha producido un enriquecimiento injusto.¹²⁷

Con todo, el criterio solo se aplicaría al matrimonio o a las parejas estables conforme a la LPE. Según la SAP Islas Baleares (Sección 4a) 141/2015, 23 abril, el art. 9.2 LPE no es aplicable a las uniones de hecho, no inscritas en el Registro de Parejas Estables (aunque sí están inscritos en el Registro del

125. En el mismo sentido se manifiestan el art. 5.3 Ley Foral 6/2000 de Navarra, y el art. 6.1 Ley 2/2003 del País Vasco. Ambas consideran que es contribución a las cargas “*la colaboración personal o profesional no retribuida o insuficientemente retribuida a la profesión o a la empresa del otro miembro, así como los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos respectivos y, si éstos no fueran suficientes, en proporción a sus patrimonios*”. El art. 5.3 Ley Foral 6/2000 de Navarra fue declarado inconstitucional y nulo por STC (Pleno) 93/2013, 23 abril, puesto que suponía una regulación imperativa del régimen de parejas estables, que rechaza el TC. “El apartado 3 contempla la obligación de los miembros de la pareja estable de contribuir proporcionalmente a sus posibilidades al mantenimiento de la vivienda y de los gastos comunes, «en defecto de pacto». A primera vista podría pensarse que la norma resulta respetuosa con la voluntad de los integrantes de la pareja estable, en la medida en que sólo se les aplicaría si no hubieran pactado al respecto. Sin embargo, esta primera apreciación decae si consideramos que, en el caso de que los miembros de la pareja no hubieran pactado nada sobre el particular, resulta imperativa la aplicación de la norma prescindiendo de exigencia alguna de constatación de su voluntad de aceptarla; voluntad que, por tal razón, se ve violentada, con la consiguiente infracción del art. 10.1 CE”. (F.J. 11).

126. FERRER VANRELL, Pilar “Artículo 5. Régimen económico de la pareja”, en FERRER VANRELL, P. (Coord.)/ CARDONA GUASCH, O./COCA PAYERAS, M./MUNAR BERNAT, P./VERDERA IZQUIERDO, B./VILA RIBAS, C. *Ley de parejas estables de las Illes Balears*. Institut d'Estudis Autònomic. L'esperit de les lleis. Palma (Mallorca). 2007. P. 145.

127. FERRER VANRELL, Pilar “Artículo 5... *Op. Cit.* p. 146.

Ayuntamiento de Petra), y, por tanto, no se admite la compensación, ni siquiera por aplicación analógica (analogía legis). Aunque los principios que reconocen dicha compensación pueden reconocerse por vía de analogía iuris, basada en el concepto de enriquecimiento injusto, lo que implica *“verificar la existencia de un perjuicio y un desequilibrio en la posición de la demandante respecto del otro conviviente y en comparación con la situación de convivencia, una vez cesada ésta, que justifique la compensación pretendida y la atribución del derecho de uso de la vivienda por ser portadora, en definitiva, del interés más digno de protección”* (STS 30 octubre 2008).

No existe en la LPE una regla de determinación de la cuantía de la compensación y la forma de pagarla, por lo que esta debe determinarse mediante pacto o decisión judicial. El art. 1438 CC tampoco establece tales criterios, pero la jurisprudencia sobre el mismo puede dar criterios de derecho comparado útiles para la interpretación del art. 9.2 LPE Balear. La STS (Sala de lo Civil, Sección 1a) 614/2015, 25 noviembre (FJ 4) establece criterios posibles para los casos de la compensación del art. 1438 CC: Una de las opciones posibles es el equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona, (niega al acreedor alguno de los beneficios propios de los asalariados que revierten en el beneficio económico para el cónyuge deudor y se ignora la cualificación profesional de quien resulta beneficiado), aunque teniendo en cuenta también la ayuda que haya recibido de terceras personas en la realización de las tareas. Un segundo criterio podría ser el beneficio obtenido por el cónyuge por la realización de su trabajo o actividades empresariales o profesionales, reclamando en su vista una compensación del 5% del valor del patrimonio adquirido por el marido, por medio de sus empresas, constante matrimonio. En todo caso, deberá el Juez valorar todas las circunstancias de una forma ponderada y equitativa, a la extinción del régimen económico matrimonial teniendo en cuenta dos cosas: primera que no es necesario para obtenerla que se haya producido un incremento patrimonial de uno de los cónyuges, del que pueda ser participe el otro, y, segunda, que lo que se retribuye es la dedicación de forma exclusiva al hogar y a los hijos, dentro de la discrecionalidad que autoriza la norma.

4.3.3. El ajuar familiar como bienes comunes no sujetos a las deudas del empresario.

El art. 4. 2. CDCB establece: *“Excepto prueba en contrario, se presumirá que pertenecen al cónyuge, por mitad, los bienes que integran el ajuar de casa, pero no se considerarán comprendidos en la presunción las joyas y los objetos artísticos o históricos de valor considerable. A la muerte de uno de*

los cónyuges, aquellos corresponderán en propiedad al sobreviviente y no se computarán en su haber”.

En Ibiza y Formentera no es predicable la presunción de cotitularidad del ajuar familiar del art. 4 CDCB, por ser contraria al régimen de separación absoluta de bienes, en la isla de Ibiza, puesto que ni el legislador de 1961, ni el de 1990, ni el de 2017, la han incluido en la regulación del régimen económico matrimonial propio de la indicada isla (actual art. 67 CDCB), 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 cónyuge la propiedad exclusiva y excluyente de sus bienes, incluso de los que integran el denominado ajuar familiar (SAP Baleares (Sección 3a) 283/1999).

La reforma de 1990 ya estableció que, aunque se eliminaba la presunción de copropiedad con carácter general, se mantenía la copropiedad del ajuar doméstico, y la apropiación del mismo por parte del cónyuge supérstite.¹²⁸

Desde el punto de vista normativo, debemos simplemente destacar que la competencia en cuanto a la regulación de la responsabilidad de los bienes pertenecientes al ajuar doméstico queda fuera de la competencia estatal mercantil, por lo que la normativa balear no queda en ningún modo alterada por el hecho de que uno de los cónyuges sea empresario.

El motivo es que se trata de un conjunto de bienes no empresariales, cuya finalidad es la de levantar las cargas del matrimonio, lo que debemos encuadrar en las materias civiles sobre las cuales el legislador balear tiene plena competencia.

Los bienes integrantes del ajuar doméstico son aquellos muebles, ropas y enseres necesarios e incluso superfluos destinados al paramento de la vivienda conyugal, que sean usuales al nivel de vida de los cónyuges.¹²⁹ Se trata de bienes adquiridos para el levantamiento de las cargas del matrimonio, entre las cuales se contempla que el hogar familiar cuente con el mobiliario suficiente y adecuado para esta convivencia en común, atendidas las necesidades de sus moradores. Por este motivo, *se excluyen del ajuar*, las prendas de vestir

128. Exposición de motivos de 1990: “*Por ultimo, cabe destacar la modificación sustancial de que ha sido objeto la controvertida presunción de copropiedad del actual artículo 3.3. aceptando el criterio de la doctrina mas autorizada, se ha limitado el juego de la misma a los bienes integrantes del ajuar domestico, estableciéndose, además, la consecuencia de que al fallecimiento de uno de los cónyuges dichos bienes corresponderán en propiedad al sobreviviente sin incluírselos en su haber hereditario (artículo 3.3)*”.

129. El derecho al ajuar obedece a la tradición balear de dar a la viuda “una joya, no la millor”. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 15... *Op. Cit.* p. 186.

de cada uno de los cónyuges, los bienes de uso personal, las joyas y alhajas (SAP Baleares (Sección 5a) 70/2015, 23 marzo) y los objetos artísticos o históricos de valor considerable. La determinación del valor considerable la deja el legislador al arbitrio del Tribunal, sobre lo cual la doctrina considera que guarda una relación con el nivel de vida de la familia, y, en lo esencial, se trata de no dejar vacía de mobiliario al viudo o viuda (SAP Baleares (Sección 5a) 70/2015, 23 marzo).

Solo acreditando la titularidad exclusiva de un bien, o acreditando que el bien no cumple con los requisitos para ser considerado ajuar, se puede desvirtuar la presunción (SAP Baleares (Sección 5a) 70/2015 de 23 marzo).

En este sentido, la clave para considerar un bien como perteneciente al ajuar será su carácter mueble y su adscripción por los cónyuges al levantamiento de las cargas familiares, y no tanto el criterio de titularidad formal.

CAVANILLAS entiende que el mantenimiento de la presunción de cotitularidad para el ajuar de la casa implica que la común posesión, la comunidad derivada del deber de levantamiento de las cargas del matrimonio y la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no deudor reducen la carga de convicción probatoria de facturas, recibos y contratos referidos a bienes muebles pertenecientes al ajuar de la casa (lavadora, televisor, ...). Aún más, la adquisición para el ajuar familiar puede entenderse como un título atributivo, por lo que de nada serviría ninguna prueba destinada a probar ni siquiera el origen del dinero con que se adquirieron los bienes muebles. La adquisición constante matrimonio de bienes muebles destinados al ajuar familiar –y, por ello, al levantamiento de las cargas familiares– daría lugar a una singular comunidad consorcial que culminaría en la atribución al superviviente de la plena propiedad de los mismos.¹³⁰

En el mismo sentido, MASOT considera que los bienes muebles pertenecientes al ajuar doméstico deben considerarse de copropiedad de ambos cónyuges con independencia de la titularidad (formal) exclusiva de cada uno, porque están afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio.¹³¹

En este sentido, el ajuar del hogar constituiría un patrimonio destinado a atender las cargas familiares, más próximo a una comunidad germánica que a una cotitularidad romana. Ello no es acorde con la tradición jurídica balear,

130. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. *Op. Cit.* p. 4865-4866.

131. MASOT MIQUEL, Miquel. *Comentarios al CC y las Compilaciones Forales* Tomo XXXI, Vol. 1 º, en ALBALADEJO, Manuel/ DÍAZ ALABART, Silvia. Edersa. Madrid. 2000, p. 98.

tal y como se ha entendido siempre. Sin embargo, ello tendría sentido porque el régimen de esa cotitularidad responde a intereses que antes no estaban en el ánimo de protección del legislador y que, sin embargo, ahora, responden a una nueva política de protección al más desprotegido de los cónyuges.

La SAP Balears, 30 diciembre 1997, establece que la cotitularidad del ajuar doméstico no es una cotitularidad romana de los cónyuges que permita la acción de división, sino que requiere la previa liquidación para conocer el remanente y proceder a la adjudicación. (Es decir, la considera comunidad germánica).

Esta calificación como comunidad germánica podría ser relevante si consideramos que los bienes del ajuar son perseguibles por deudas distintas de las derivadas del levantamiento de las cargas familiares.¹³² En este caso, de ser empresario uno de los cónyuges sí cabría aplicar el art. 6 CCo y las presunciones contenidas en los arts. 7 y 8 CCo.

No obstante, entendemos que las presunciones de los arts. 7 y 8 CCo no son aplicables, pues la doctrina mayoritaria defiende que la naturaleza del ajuar es la de un condominio por cuotas (por mitad) o romano. Es una copropiedad *iuris tantum* que se otorga a cada uno de los cónyuges, y como tal presunción cabe demostrar la titularidad real, en cuyo caso, los bienes integrantes del ajuar doméstico pertenecerán al cónyuge que pruebe su titularidad dominical.¹³³

De acuerdo con esto, FERRER VANRELL critica la sentencia anterior, y entiende que es más conforme con el régimen de separación balear proceder primero a la acción de división de la cosa del art. 404 CC, por entender que la cotitularidad del ajuar doméstico es una cotitularidad romana, y en caso de embargo o deudas aplicar los arts. 403, 405 y 406 CC. El criterio de la Audiencia introduce elementos totalmente comunitarios en el régimen de separación de bienes, que el propio art. 806 LEC excluye, al aplicar normas de gananciales a las de separación.¹³⁴

La clásica calificación como comunidad romana tiene consecuencias en su división y liquidación. La presunción de copropiedad de una mitad indivisa

132. Si se trata de deudas de un solo cónyuge y no son debidas al levantamiento de las cargas familiares, no hay razón para no admitir la acción de división de los bienes integrantes del ajuar doméstico. FERRER VANRELL, Pilar. "Lección 15... *Op. Cit.* p. 187.

133. FERRER VANRELL, Pilar. "Lección 15... *Op. Cit.* p. 185.

134. FERRER VANRELL, Pilar. "Lección 15... *Op. Cit.* p. 187.

del ajuar doméstico actúa constante matrimonio y se concretarán las cuotas ideales mediante la acción de división, que será físicamente imposible y se tendrá que acudir al art. 404 CC, que admite la facultad de pedir la acción de división de cosas “esencialmente indivisibles”, y lo que nos dice es el modo de practicar la división de cosas indivisibles.¹³⁵

4.3.4. Reglas de afección de la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario.

El art. 4.3. CDCB para Mallorca y Menorca, y el art. 67. 1. Párrafo segundo, para Ibiza y Formentera, coinciden en su redacción y establecen que: *“Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque estos derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requiere el consentimiento de los dos o, en su caso, autorización judicial.*

Las disposiciones de los derechos señalados en el párrafo anterior realizadas sin el consentimiento del otro cónyuge o la autorización judicial firme son anulables, a instancia de aquél, durante el plazo de cuatro años contadores desde la inscripción en el Registro de la Propiedad o desde que el cónyuge perjudicado haya conocido el acto en cuestión.

La manifestación errónea o falsa de quien hace la disposición sobre el carácter de la vivienda no perjudica al adquirente de buena fe, sin perjuicio de lo que determine la legislación hipotecaria”.

Estos arts. suponen incorporar al ordenamiento jurídico civil balear el contenido del art. 1320 CC, idéntico al primer y último párrafo, *in limine* de dichos artículos.

Con ello se pone fin a la polémica a la particularidad del régimen balear, ya que la inaplicabilidad del art. 1320 CC, y la inexistencia de un art. similar en la Compilación permitían que el cónyuge titular del derecho a la vivienda (normalmente como propietario) pudiera disponer de la misma (por ejemplo, firmando una hipoteca), sin necesidad del consentimiento de su cónyuge (STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal) 1/1998, 3 septiembre).¹³⁶

135. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 15... *Op. Cit.* p. 186. Citando a MIQUEL GONZÁLEZ. *Comentario del Código Civil.* Ministerio de Justicia, pág. 1112.

136. Los argumentos utilizados por esta sentencia, son copiados íntegramente en el AP Baleares (Sección 5a) 122/2003, 29 diciembre. STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal) 1/1998, 3 septiembre, rechazó su aplicación, por ser la regulación del régimen de separación absoluta de bienes de los arts. 3, 4 y 5 CDCB una regulación completa, sobre la que no cabe la aplicación del CC como norma supletoria. *Obiter dicta* señala que el art. 1320 CC no es incompatible con el régimen balear de separación de bienes,

Ello beneficiaba el tráfico mercantil y permitía, por ejemplo, que el cónyuge titular empresario pudiera hipotecar la vivienda para obtener un préstamo para su empresa, a pesar de que la vivienda ya no la usara por haber sido adjudicada a su cónyuge en un proceso de nulidad, separación o divorcio, en virtud del art. 96.3 CC.

Con la nueva redacción se evita la «paradoja» que se daba en el ámbito del Derecho balear, al no admitirse la aplicabilidad del art. 1320 CC, lo que implicaba que estaba menos protegido el cónyuge no titular de la casa familiar durante la convivencia normal del matrimonio que el consorte a quien una sentencia de separación, nulidad o divorcio le atribuya el uso de la vivienda familiar (arts. 90 y ss. CC). Según estos, la adjudicación del derecho de uso de la vivienda obedece al interés del cónyuge más necesitado de protección, y que dicha protección es temporal (SAP Baleares 109/2015, 24 marzo).

Así, la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario no llegan a ser patrimonio común, pero requiere consentimiento del no titular para poderla enajenar. La nueva redacción añade la sanción de anulabilidad del acto de disposición realizado sin el consentimiento del cónyuge no titular.

Ahora bien, si la vivienda habitual lo es del cónyuge empresario individual que se haya constituido como emprendedor de responsabilidad limitada en los términos de la Ley 14/2013,¹³⁷ no es necesario el consentimiento del

pero no existe laguna legal que permita su aplicación. Confirma el argumento el art. 91.1 del Reglamento Hipotecario, que, en virtud del RD 2388/1984 señaló: “*Cuanto la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia (...)*” supuso un reconocimiento expreso por parte del Gobierno Central de que el art. 1320 del CC no es de aplicación general a todo el territorio nacional.

137. Es inembargable la vivienda habitual del empresario individual que se haya constituido como emprendedor de responsabilidad limitada en los términos de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Según esta norma, el emprendedor persona física, cualquiera que sea su actividad, podrá limitar su responsabilidad por las deudas que traigan causa del ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional mediante la asunción de la condición de “Emprendedor de Responsabilidad Limitada” (Art. 7 Ley 14/2013), que deberá inscribirse en el Registro Mercantil y hacerlo constar en toda su documentación (art. 9 Ley 14/2013). Con ella, podrá obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales, no alcance su vivienda habitual, sea un inmueble propio o común, hasta un límite de valor que determina, y siempre que dicha no vinculación se publique en la inscripción del emprendedor en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio (Art. 8 Ley 14/2013) y en el Registro de la Propiedad, en la hoja abierta al bien (Art. 10.1 Ley 14/2013), y salvo que los acreedores prestaren su consentimiento expresamente, subsistirá la responsabilidad universal del deudor por las deudas contraídas con anterioridad a su inmatriculación en el Registro Mercantil como emprendedor individual de responsabilidad limitada (Art. 9.3 Ley 14/2013).

Lo que se protege es la «vivienda habitual» concepto que también utiliza la reciente Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Parece que la consideración de vivienda habitual es diferente de la vivienda familiar, pues en la citada Ley 1/2013 no se identifican. Qué haya de entenderse por habitual será objeto de polémica, porque la protección de la citada ley y de esa parte patrimonio del emprendedor de responsabilidad limitada en el proyecto, propiciarán discusiones sobre cuándo una vivienda merece tal consideración. El problema que plantea la bienintencionada redacción del precepto es que habitualmente el emprendedor

cónyuge no empresario para proceder a la protección que esta norma le otorga: que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales, no alcance su vivienda habitual, sea un inmueble propio o común, hasta un límite de valor que determina. Y ello porque el carácter mercantil de la norma se impone sobre el contenido de la Compilación.¹³⁸

En cuanto a los muebles de uso ordinario, la limitación de la facultad dispositiva lo es para los bienes muebles de uso ordinario, que son los que componen el ajuar doméstico.¹³⁹ Si bien, debemos recordar la inembargabilidad del mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del deudor ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo (Art. 606. 1º LEC).

4.4. LA CONTRATACIÓN ENTRE UN EMPRESARIO Y SU CÓNYUGE Y LAS PRESUNCIONES DE SU GRATUIDAD TOTAL O PARCIAL.

4.4.1. Contratación y donaciones entre cónyuges.

Para Mallorca y Menorca, el art. 3.5 CDCB establece que: *“Los cónyuges podrán celebrar entre sí toda clase de contratos y transmitirse bienes y derechos por cualquier título. En caso de impugnación judicial, se presumirá, excepto prueba en contrario, que la transmisión es gratuita.*

Las donaciones entre cónyuges serán revocables tan solo en los supuestos previstos en las letras a) y b) del apartado 1 del art. 7 bis, cuando el donante sea el cónyuge agraviado, por incumplimiento de cargas y por ingratitud. Se consideran causas de ingratitud, además de las que establece el CC, el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales y la anulación del matrimonio si el donatario hubiese obrado de mala fe.”

El artículo reproduce lo establecido en el art. 4.3 Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la

persona física tiene que ofrecer como garantía su vivienda para acceder al crédito preciso para iniciar o mantener su actividad empresarial o profesional. RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, Edmundo. “Limitación de responsabilidad, remisión de deudas y acuerdo extrajudicial de pagos en el Proyecto de Ley de Apoyo a los Emprendedores”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.5/2013. Parte: Tribuna. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2013.

138. Dicho carácter mercantil se manifiesta en el acceso de dicha limitación de responsabilidad al Registro Mercantil. De no considerarse mercantil, la responsabilidad de la Compilación tendría vigencia, por ser ley posterior.

139. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 21. El régimen económico matrimonial de separación de bienes en los Libros I y II”, en FERRER VANRELL, Pilar (Coord.). *Lecciones de Derecho civil balear*. Ed. Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca, 2004, p.236.

Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, si bien se elimina como causa de ingratitud la separación y el divorcio, que se introdujeron por la Ley 3/2009, de 27 de abril, de modificación de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears, sobre causas de indignidad sucesoria y desheredación.¹⁴⁰

Para Ibiza y Formentera, el art. 67. 1. párrafo tercero, establece: *“Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí cualquier clase de contratos.*

Las donaciones entre los cónyuges serán revocables por las causas determinadas en el tercer párrafo del art. 3.5.”

Ya se reconocía en la primera redacción de la Compilación la libertad de contratación entre cónyuges, en especial en referencia a que la mujer pudiera libremente afianzar a su marido.¹⁴¹ Actualmente las limitaciones que puedan existir para la contratación entre cónyuges no se derivan de limitaciones de la capacidad de obrar de la mujer, sino exclusivamente de la necesidad de protección de los terceros que puedan ver sus intereses defraudados como consecuencia del conflicto de intereses, o incluso el fraude, que la contratación entre cónyuges genera. Precisamente por ello, se presume la gratuidad de las transmisiones entre cónyuges y se regula en el mismo artículo las donaciones entre cónyuges y su revocación.

Derogada la prohibición de donaciones entre cónyuges, en 1990, se mantiene la presunción de gratuidad de toda transmisión entre cónyuges, en caso de impugnación judicial.

Los requisitos del art. 3.5 CDCB son dos: se refiere solo a los negocios celebrados entre los cónyuges, y el negocio entre cónyuges debe ser impugnado judicialmente. Así, quedan fuera de la presunción los negocios celebrados por un cónyuge con terceros para adquirir un bien con los

140. El punto IX de la Exposición de Motivos de la Ley 7/2017 aclara que ello se debe a que, *“si desde 2005, no hay culpables (ni responsables jurídicos, ni imputados) de la ruptura de la convivencia matrimonial, no tiene sentido que el simple hecho de la separación o del divorcio pueda ser un castigo al donatario, que ve revocada una donación, sin que la supuesta ingratitud pueda vincularse con ningún comportamiento objetivo. La modificación que sufrió el art. 4.3, 3º CDCB el año 2009, puede implicar, actualmente, unas consecuencias negativas para las mujeres, que, tradicionalmente, han aportado, económicamente, menos al matrimonio o se han enriquecido, económicamente, menos a costa de la convivencia; y, por ello, tradicionalmente, ven compensada su dedicación a la familia (que, en un sistema de separación de bienes, se traduce en un no desarrollo de su patrimonio), con las donaciones que, directa o indirectamente, recibían del esposo”.*

141. Ley 5/1961, de 19 de abril. Art. 4. Párrafo 4. *“La mujer casada puede salir fiadora de su marido y obligarse mancomunadamente con él”.*

fondos de contraprestación pertenecientes al otro cónyuge.¹⁴² No cabe en las adquisiciones realizadas de consuno por los cónyuges de tercer transmitente.¹⁴³ No cabe en caso de que sea un cónyuge que pretenda hacerla valer frente a otro (por ejemplo, para conseguir la revocación de la donación encubierta bajo forma de compraventa), pues la Exposición de motivos de la Compilación vincula esta presunción legal a la defensa de intereses de terceros.¹⁴⁴ Además, iría en contra de sus propios actos.¹⁴⁵

Se trata de una presunción que debe aplicarse judicialmente. Es suficiente la impugnación para activar la presunción, por lo que el impugnante solo tiene que probar la transmisión.¹⁴⁶ Y debe existir un interés legítimo por parte del impugnante (ser acreedor o legitimario), interés que debe probarse (STJ Baleares, 8 marzo, 1990). La Compilación excluye la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos para toda clase de donaciones entre cónyuges, por lo que, en caso de acontecer, las donaciones previamente otorgadas a favor del cónyuge solo podrán ser reducidas si perjudican a las legítimas.¹⁴⁷

Los efectos de la impugnación serán la inversión de la carga de la prueba y la rescindibilidad del negocio. La gratuidad de la transmisión puede ser alegada por el impugnante sin necesidad de aportar prueba alguna. Corresponde a los cónyuges probar el carácter oneroso de la transacción entre los mismos si existiera una reclamación judicial que la discutiera (ver STS (Sala de lo Civil) de 30 abril 1991. FJ 5). En cuanto a la rescindibilidad del negocio, lo es en tanto que se presume su gratuidad *iuris tantum*, tanto respecto de los acreedores (acción rescisoria ex art. 1297 CC), como respecto de los legitimarios (reducción de donaciones ex art. 654 y ss. CC).

4.5. El concurso del empresario individual y cómo afecta la normativa concursal al régimen económico matrimonial de Baleares.

El régimen económico matrimonial del empresario casado se ve modificado de manera importante cuando este entra en una situación de insolvencia.

142. FERRER VANRELL, Pilar. "Lección 21... *Op. Cit.* p. 240.

143. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. *Op. Cit.* p. 4867.

144. Cuestión distinta es que el pretendido donante pueda impugnar el contrato por simulación y demostrar esta mediante el juego de las presunciones familiares y, entre ellas, la del propio vínculo matrimonial existente entre los contratantes. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. *Op. Cit.* p. 4867-4868.

145. FERRER VANRELL, Pilar. "Lección 21... *Op. Cit.* p. 241.

146. FERRER VANRELL, Pilar. "Lección 21... *Op. Cit.* p. 241.

147. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. *Op. Cit.* p. 4868.

Se trata de un supuesto previsto puntualmente en la Ley concursal, donde algunos artículos hacen especial referencia al concurso de la persona casada, sin consideración a su carácter de comerciante o no.¹⁴⁸

Algunas de estas normas entran afectan directamente al régimen económico matrimonial. Por ejemplo, la disolución y liquidación del régimen económico, como el de gananciales, debe coordinarse con la liquidación del concurso, lo que resulta difícil cuando ni siquiera se prevé la notificación de la solicitud del concurso al cónyuge del concursado.¹⁴⁹

El art. 1442 CC remite expresamente a las normas concursales: “*Declarado un cónyuge en concurso, serán de aplicación las disposiciones de la legislación concursal*”. Con ello, señala que, en una situación de insolvencia declarada, los conflictos entre la norma civil y la concursal se resuelven a favor de esta. A diferencia del CC, CCCat o la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, no encontramos una norma equivalente en la Compilación Balear, con lo que existe la duda sobre si la norma concursal prevalece sobre ella.

A favor de la aplicación de la Ley concursal, podríamos argumentar que la LC se promulgó con el fin de contener una regulación exhaustiva del concurso, lo que ha llevado que la jurisprudencia considere preferente la

148. Concretamente, la LC se refiere al declarado en concurso casado al tratar las siguientes cuestiones: la solicitud del concurso por el deudor, que si el deudor fuera persona casada, indicará en la memoria la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio (art. 6), la declaración conjunta de concurso de los dos cónyuges (art. 25) y de su acumulación (art. 25 bis), el derecho de alimentos con cargo a la masa del concurso (art. 47), los requisitos para la integración en la masa pasiva de los créditos contra el cónyuge del concursado (art. 49), la disponibilidad de los bienes conyugales (art. 77), la presunción de donaciones y pacto de sobre vivencia entre los cónyuges y el régimen de la vivienda habitual del matrimonio (art. 78), y el régimen de las personas especialmente relacionadas con el concursado: arts. 28, 71, que presume la rescindibilidad de los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, 84, que no considera las inyecciones de nuevo capital realizadas por estas personas como créditos contra la masa, 92, que subordina sus créditos, 93, que define a las personas especialmente relacionadas con el concursado, 118, que les excluye de la facultad de asistir a la Junta de Acreedores como apoderados, 122, que les excluye del derecho de voto en la Junta de Acreedores, 145, que permite que no se extinga el derecho a alimentos con cargo a la masa activa si ello fuere imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y las de su cónyuge, y descendientes bajo su potestad, 146 bis, que no permite la exoneración del pago de deudas de la masa o del concurso al adquirente de unidades productivas que sea persona especialmente relacionada con el concursado, 178 bis, sobre el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, 232, la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos.

149. El cónyuge del concursado está preterido en el proceso concursal a pesar de tener un auténtico interés legítimo en el mismo en la medida en que bienes que son en parte de su propiedad van a ser ejecutados por deudas de su cónyuge. (...)”. CUENA CASAS, M. “Insolvencias familiares ante situaciones de crisis económica. Una asignatura pendiente de la Ley Concursal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2008, núm. 762, pp. 5 y ss.

normativa concursal frente a otras leyes especiales, como las tributarias.¹⁵⁰ Los principios de unidad subjetiva, territorial y jurisdiccional del concurso se romperían si las normas civiles propias de las autonomías pudieran derogar los contenidos de la norma concursal.

Si además uno de los cónyuges es comerciante, el principio de unidad de mercado, protector de la competencia exclusiva estatal en materia mercantil, debe inclinarnos por dar preferencia a la normativa concursal en lo que respecta a las relaciones de este con sus acreedores, y a lo referente a los aspectos externos de su régimen económico matrimonial.

Es el Estado, y no la Comunidad Autónoma, la autoridad constitucionalmente competente, sin perjuicio de que se pueda excepcionar parcialmente aceptando que la normativa autonómica civil sea supletoria de las lagunas de la normativa mercantil estatal. En este sentido, la LC debe entenderse sin duda como preferente a la normativa civil autonómica en caso de concurso y aplicar esta solo en caso de que sea necesaria como supletoria y nunca en contradicción con la normativa estatal.

Más discutible resulta defender que la preferencia concursal lo sea en todo caso, pues la Ley concursal no solo contiene normas mercantiles y procesales (art. 149.1.6 CE) sino también civiles (art. 149.1.8 CE). Así se reconoce en la Disposición final trigésima segunda de la Ley Concursal, al establecer que *“La presente Ley se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al art. 149.1. 6ª y 8ª de la Constitución, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas”*. Es cierto que este precepto es compatible con la argumentación anterior: puesto que la Ley concursal no regula los regímenes económico matrimoniales, las normas civiles autonómicas se aplicarán supletoriamente.

Sin embargo, también puede interpretarse en el sentido de que, existiendo normas civiles, estas pueden ser tanto estatales como normativa autonómica de Derecho civil propio. Esta opinión es defendida por una parte importante de la doctrina y considera que el legislador concursal debe respetar la norma de Derecho civil propio y no puede modificarla,¹⁵¹ aunque sea contradictoria con la legislación concursal.

150. Criterio del TS en los conflictos entre el art. 77 LGT y la LC, en el sentido de dar preferencia a esta sobre aquella, STS 573/2010, 30 septiembre, entre otras muchas.

151. CUENA CASAS, M. *Op. Cit.* p. 5 y ss.

Así, el hecho de que los arts. 77 y ss. LC no hagan ninguna remisión ni salvedad expresa en relación con las particularidades de los distintos derechos territoriales y que las normas de régimen económico matrimonial puedan incidir directamente en contenidos concursales (como los arts. 231-12, 231-23 y 231-27.2 CCat), a consecuencia de las competencias autonómicas sobre las cuestiones económico-familiares, ha llevado a la doctrina a plantearse la constitucionalidad de esta regulación concursal fuera de la LC (ley estatal dictada al amparo del art. 149.1.6º CE).¹⁵²

THOMÁS entiende que ello debe interpretarse como una limitación del alcance de la norma estatal sobre insolvencia por razón de competencia (del mismo modo que los derechos fundamentales del concursado no pueden regularse en la ley Concursal sino que deben ser regulados por Ley Orgánica).¹⁵³ Por ello, la solución debe ser la contraria: si la norma concursal contradice el contenido de alguna de las normas de derecho civil o especial reguladoras del régimen económico-matrimonial, esta es la que prevalece al tratarse de una materia sobre familia y régimen económico de la misma que se encuentra plenamente asumida por los Estatutos de Autonomía de los territorios con derecho civil propio.¹⁵⁴

En nuestra opinión esta afirmación debe matizarse: cuando ninguno de los cónyuges sea comerciante puede entenderse que las normas civiles sobre régimen económico matrimonial puedan prevalecer. Pero cuando uno de los cónyuges es comerciante, las normas mercantiles, como las de régimen económico matrimonial del CCo, o las concursales de carácter mercantil, por regular la relación del comerciante con sus acreedores, son preferentes a las civiles, incluidas las de Derecho civil propio autonómico, que solo serán útiles como supletorias. Con la excepción de las relaciones internas entre los cónyuges, o con terceros acreedores por las cargas del matrimonio, en las que serán preferentes las normas de Derecho civil propio autonómico.

152. BENAVIDES VELASCO, P.: “El concurso de persona física casada ¿Diferencias territoriales? Una reflexión”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá III*, 2010, pp. 333 a 354. Sobre la distribución de competencias en materia mercantil, vid. DÍAZ MORENO, A.: “El Derecho Mercantil en el marco del Sistema Constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* (coord. Por J. L. IGLESIAS PRADA), Tomo I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 227–272. Enumeración de las materias procesales desarrolladas por Cataluña en THOMÁS PUIG, Petra. “Determinación de la masa activa del concurso de persona casada. Ley concursal y Derecho civil propio de las Islas Baleares”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 6, feb. 2017, p. 154-155. Nota 4.

153. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad”, en AA.VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 366 y 367.

154. THOMÁS PUIG, Petra. *Op. Cit.* p. 155.

En todo caso, ello obliga al intérprete de la norma a analizar el concepto de comerciante como presupuesto de aplicación preferente de las normas concursales estatales sobre las autonómicas de derecho civil propio.

Seguidamente, de todas las normas concursales referidas al concursado casado, nos centraremos en las directamente relacionadas con su régimen económico matrimonial, observándolas siempre desde la perspectiva del cónyuge empresario. Concretamente nos referiremos a los arts. 77 y 78 LC, para finalizar con una referencia a las acciones rescisorias, por ser el instrumento concursal para evitar que los contratos entre los cónyuges puedan dar lugar a un perjuicio de la masa, es decir, un perjuicio de todos los acreedores.

4.5.1. Integración de los bienes de ambos cónyuges y del cónyuge no concursado en la masa activa.

El art. 77 LC establece: “1. En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado.

2. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso”.

En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprende los bienes y derechos propios o privativos del concursado, independientemente de cuál sea su régimen económico matrimonial.

La Ley concursal no define el concepto de bienes propios o privativos. Por ello, como ya hemos visto, cuando el régimen económico de los cónyuges sea el de separación de bienes de la CDCB, debemos seguir el criterio de titularidad formal. Ello nos llevaría a entender que los bienes que fueran de titularidad formal del cónyuge no concursado deberían separarse de la masa activa, a pesar de que el origen de los fondos para adquirirlo fuera del concursado. Con todo, este perjuicio para la masa quedaría corregido a través de las operaciones de reintegración del art. 71 y ss. LC,¹⁵⁵ o con las presunciones mucianas concursales.

¹⁵⁵ En la práctica, se pueden plantear supuestos en los que forman parte de la masa activa concursal, bienes que no son titularidad del concursado o sobre los que el concursado no tiene todas las facultades de gestión y disposición y otros que están en posesión de un tercero o que han salido del patrimonio del concursado perjudicando a la masa lo que no impide el ejercicio de las acciones de reintegración. THOMÁS PUIG, Petra. *Op. Cit.* p. 153.

En los regímenes de separación de bienes no existen bienes comunes afectos a las cargas del matrimonio, pero sí existe una vinculación de ciertos bienes, independientemente de su titularidad, afectos a dichas cargas: la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia. Sobre la vivienda habitual, existe un precepto específico, el art. 78 LC, que tratamos más abajo. En cuanto a los muebles de uso ordinario, se presume cotitularidad cuando pertenecen al ajuar, pero si se rompe la presunción y se acredita que dichos bienes son propiedad exclusiva del cónyuge concursado, se integrarán en la masa activa. Si dichos bienes son propiedad exclusiva del cónyuge no concursado, el consentimiento que necesariamente debe dar este para que queden sujetos a las responsabilidades derivadas de la atención de las cargas comunes es suficiente como para que puedan ejecutarse directamente sin integrarlos en el concurso, con lo que los acreedores del concursado cuyos créditos tengan dicho origen tendrán un patrimonio separado del concurso contra el que acudir.

En cualquier caso, si el concursado fuera comerciante, los bienes propios de su cónyuge quedarán vinculados en el caso de que este hubiere consentido expresamente en la vinculación de los mismos a las deudas del deudor (art. 9 CCo).

Respecto a los bienes comunes, el art. 77.2 LC habla de los bienes comunes, dentro de la sociedad de gananciales o cualquier otro régimen de comunidad de bienes, dejando de lado los bienes comunes en comunidad romana, que deben seguir el régimen del art. 77.1 LC.¹⁵⁶

El régimen de comunidad romana es frecuente en los regímenes de separación de bienes, para los cuales suele predicarse la copropiedad de los bienes cuya titularidad privativa no esté acreditada, que en Derecho civil balear solo se interpreta en sede judicial, y el procedimiento concursal lo es, o como presunción legal de cotitularidad del ajuar familiar (art. 4.2 CDCB). En estos casos, iría a la masa del concurso la cuota participativa del cónyuge, por lo que la administración concursal, en su caso con autorización del juez del concurso, podría pedir la división de la cosa común, sobre cada uno de los bienes en copropiedad romana.

156. Opinión contraria es la de ORDUÑA/PLAZA que afirman que “Cuando no sea posible determinar a qué cónyuge pertenece un bien o derecho, se presume que es de ambos cónyuges por mitad (art. 1441 CC), en cuyo caso se rige por lo previsto en la Ley para los bienes comunes (art. 77.2 LC)”. ORDUÑA MORENÓ, Francisco Javier/ PLAZA PENADÉS, Javier. “Art. 77. Bienes conyugales”, en ROJO, Ángel/ BELTRÁN, Emilio. *Comentario de la Ley concursal*. Tomo I. Madrid, 2004, p. 1409.

4.5.2. Las presunciones concursales de gratuidad de las transmisiones entre cónyuges.

El Art. 78 LC establece presunciones quasi mucianas en beneficio de la masa, reglas sobre los pactos de sobrevivencia entre los cónyuges y sobre la adjudicación de la vivienda habitual del matrimonio en caso de concurso.

Se trata de reglas que entran en conflicto con el art. 3.5 CDCB, que señala en su párrafo segundo que, en caso de impugnación judicial de la transmisión de bienes y derechos entre los cónyuges, se presumirá, excepto prueba en contrario, que la transmisión es gratuita, en su totalidad, y no en un 50%.

Para confirmar la aplicación de la Ley concursal conviene concretar el carácter civil o mercantil de estas normas concursales, ya que, en caso de considerarse civil, parte de la doctrina considera la preferencia de las normas civiles autonómicas.

FRADEJAS afirma que la presunción *quasi muciana* concursal es una institución civil, ya que el art. 78.1 LC es una norma reguladora de las relaciones económicas entre cónyuges, al igual que los arts. 1318 y ss. CC, sin más particularidad que la de tener como desencadenante la situación de insolvencia declarada de uno de los esposos.¹⁵⁷

THOMÁS, coincide en calificarla como civil,¹⁵⁸ pues lo que se intenta con ella es regular determinadas relaciones económicas entre cónyuges, sin que esta naturaleza se altere por su mera inclusión en la Ley Concursal.¹⁵⁹

Según THOMÁS, el problema que se plantea en el caso de concurso de persona casada en régimen de separación, a efectos de composición de la

157. FRADEJAS RUEDA, Olga María. “Aproximación a la presunción muciana del art. 78.1 de la Ley Concursal”, en AA.VV. *Estudio de Derecho de sociedades y Derecho concursal*. Ed. Marcial Pons. 2007, p. 1841.

158. Se trata de una presunción de fraude (aplicable tanto a procesos de ejecución singular como colectiva) que afecta a cualquier persona casada acogida a determinados regímenes económico matrimoniales (como el régimen económico de separación de bienes de Cataluña o Baleares), en lo que se refiere a las relaciones económicas con su cónyuge. En el momento de dictarse la LC (2003), la presunción muciana del art. 78.1 y 2 LC incidía en lo ya regulado por los arts. 12 y 39 del hoy derogado Código de Familia de Cataluña de 1998. Actualmente el Libro II del CC de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio) ha regulado la cuestión en el art. 231-12 en el marco de las disposiciones generales aplicables a todo régimen económico matrimonial, abarcando incluso el de gananciales. THOMÁS PUIG, Petra. *Op. Cit.* p. 156.

159. A favor de su carácter concursal, vid. ÁLVAREZ OLALLA, P.: “La incidencia de la LC en los regímenes económico matrimoniales de derecho foral a la luz del reparto competencial establecido en la Constitución”, *Derecho privado y Constitución*, 2010, núm. 24, pp. 67 y ss.

masa activa del concurso, es el de determinar la titularidad de determinados bienes si se desconoce cuál de los dos cónyuges lo adquirió o, si se sabe que lo ha adquirido uno pero lo ha hecho con los recursos del otro pues, al no regir en el régimen de separación el principio de subrogación real, este bien pertenece al cónyuge que lo ha adquirido (independientemente de la procedencia de los recursos utilizados para ello).¹⁶⁰ En la CDCB los bienes que se adquieran a título oneroso durante el matrimonio son del cónyuge determinado en el título adquisitivo. Sin embargo, el problema que ello supone, a efectos concursales, es que un deudor preinsolvente pueda poner a disposición de su cónyuge los recursos necesarios para adquirir un nuevo bien, en cuyo caso, el cónyuge no deudor será su titular y el bien no integrará la masa activa del concurso del cónyuge deudor, con el consiguiente perjuicio de los acreedores de este.¹⁶¹ Para solucionar este problema, en relación con la persona casada cuyo matrimonio se rige por el ordenamiento de las Islas Baleares, se presumirá la gratuidad de la transmisión en el caso de contratos y transmisiones de bienes por cualquier título entre cónyuges, si el matrimonio se rige por las disposiciones del Libro Primero (Mallorca) o Segundo (Menorca) de la CDCB. La brevedad de esta regulación hará necesaria la integración con las normas de derecho común (art. 78. 1 y 2 LC).¹⁶² Esta aplicación preferente de la Compilación Balear sería más protectora para los acreedores del concursado al presumir la gratuidad de toda la transmisión en vez de solo de la mitad como hace el art. 78 LC. Además, es más acorde con la presunción de titularidad del concursado de todo el saldo de las cuentas corrientes indistintas del art. 79 LC.

En cambio, si el matrimonio se rige por las disposiciones del Libro Tercero (Ibiza y Formentera), ante la falta de una regulación propia en la CDCB, se aplicará supletoriamente la presunción muciana concursal del art. 78.1 y 2 LC.¹⁶³

Otros autores, aunque consideran el art. 78 LC como norma civil, entienden que es aplicable a todo el territorio nacional y afecta, “siquiera indirectamente”, a las normas civiles forales o especiales, como la catalana,¹⁶⁴ o la balear.

160. THOMÁS PUIG, Petra. *Op. Cit.* p. 159.

161. THOMÁS PUIG, Petra. *Op. Cit.* p. 160.

162. THOMÁS PUIG, Petra. *Op. Cit.* p. 160.

163. THOMÁS PUIG, Petra. *Op. Cit.* p. 160.

164. FRADEJAS RUEDA, Olga María. *Op. Cit.* p. 1346.

A esta opinión debemos añadir un importante matiz cuando el concursado es comerciante y la deuda no ha sido generada por cargas familiares. En esta situación las normas concursales tienen un marcado carácter mercantil, pues la naturaleza civil o mercantil de la institución debe considerarse de acuerdo con la naturaleza de las personas afectadas. Así, cuando uno de los cónyuges es comerciante, las relaciones entre este y su cónyuge pueden ser reguladas internamente por normas civiles o mercantiles, según se realicen en el ámbito de la empresa o no. En cuanto las normas afectan a las relaciones del comerciante con sus acreedores o a su régimen de responsabilidad frente a los mismos,¹⁶⁵ entramos de lleno en el ámbito constitucional de la legislación mercantil, de competencia estatal. En consecuencia, la alegada supletoriedad del art. 78 LC con respecto a la normativa civil autonómica desaparece, siendo más bien la civil autonómica que se considerará supletoria de la concursal, siempre que no contradiga los principios de la concursal. En consecuencia, podríamos entender que la presunción de gratuidad de las transmisiones del art. 3.5 CDCB no prevalece frente a lo dispuesto en el art. 78 LC, al menos cuando el concursado casado es empresario.

Art. 78. 1. In limine, 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.

Esta presunción está pensada para los negocios del cónyuge concursado con terceros, aunque nada impide su aplicación también a los negocios realizados entre los cónyuges.¹⁶⁶

La prueba de que los bienes proceden del patrimonio del concursado corresponde al administrador concursal o a los acreedores. La presunción puede ser desvirtuada por el cónyuge del concursado acreditando que dichos bienes o dinero fueron adquiridos a título oneroso, o, que los bienes utilizados en los negocios jurídicos son de su exclusiva titularidad.¹⁶⁷

165. THOMÁS entiende que “La presunción muciana concursal, no afecta a la responsabilidad del empresario casado, sino que se trata de una norma de extensión de la responsabilidad en caso de concurso con independencia del estatuto jurídico al que se encuentre sometido el concursado (empresario o no).” THOMÁS PUIG, Petra. *Op. Cit.* p. 156. Nota 11.

166. Se deduce de una interpretación extensiva del art. 78.1 LC (lo mismo afirman respecto al Derecho civil catalán, si bien, extiende la presunción a la totalidad de la responsabilidad en caso de concurso con independencia del estatuto jurídico al que se encuentre sometido el concursado (empresario o no).) ORDUÑA MORENO, Francisco Javier/ PLÁZA PENADÉS, Javier. *Op. Cit.* p. 1417.

167. ORDUÑA MORENO, F.J./ PLAZA PENADÉS, Javier. “Art. 78. Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio”, en ROJO, Ángel/ BELTRÁN, Emilio. *Comentario de la Ley concursal*. Tomo I. Madrid, 2004, p. 1418.

Se trata de una norma de carácter rescisorio concursal, pensada para la protección de los acreedores, con independencia de que, en realidad haya habido o no cooperación al fraude.¹⁶⁸

No obstante, lo que se pretende, en el caso de la doble presunción del art. 78.1 LC, no es la reintegración del bien adquirido por el cónyuge no concursado sino la recuperación del dinero donado (se presume la donación no del bien adquirido, sino del total o la mitad de la contraprestación satisfecha por el cónyuge del concursado), por lo que no se ataca el negocio oneroso entre el cónyuge no deudor y el tercero sino el negocio gratuito entre los cónyuges.¹⁶⁹ Por tanto, el régimen de reintegración será el previsto para los actos que no pueden ser objeto de reintegración (arts. 71 a 73 LC).

La doctrina entiende que el plazo dentro del cual debe haberse realizado la adquisición es el plazo de dos años hasta la declaración del concurso, puesto que la administración concursal deberá ejercitar acciones rescisorias para la recuperación del bien o su valor, y ese es el plazo del art. 71.1 LC. No obstante, también entienden aplicable el plazo de cuatro años del ejercicio de las acciones rescisorias de los arts. 1291.3 y 1297-I CC),¹⁷⁰ aunque ello requeriría la prueba de la intención de defraudar.

Algunos autores defienden la aplicabilidad al régimen de participación,¹⁷¹ y su inaplicabilidad al de gananciales.¹⁷²

Art. 78. 1. In fine. “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”.

Cuando respecto de todos o algunos bienes no pueda acreditarse la procedencia del patrimonio del deudor concursado, será aplicable esta segunda presunción, subsidiaria, de que su mitad fue donada por el concursado a su cónyuge. Aquí sí se explicita el plazo, que es el de un año hasta la declaración

168. FRADEJAS RUEDA, Olga María. *Op. Cit.* p. 1347.

169. ARNAU RAVENTÓS, L.: *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa*, Atelier, Barcelona, 2005. P. 99 y ss.

170. ORDUÑA MORENO, F.J./ PLAZA PENADÉS, Javier. “Art. 78... *Op. Cit.* p. 1418.

171. Por aplicación del art. 1413 CC, según el cual “*en todo lo no previsto en este capítulo se aplicarán, durante la vigencia de régimen de participación, las normas relativas al de separación de bienes*”. FRADEJAS RUEDA, Olga María. *Op. Cit.* p. 1350.

172. FRADEJAS RUEDA, Olga María. *Op. Cit.* p. 1349.

del concurso. También se trata de una presunción *iuris tantum*, recayendo la carga de la prueba en el cónyuge no concursado.¹⁷³

Art. 78. 2. “Las presunciones a que se refiere este artículo no regirán cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho”.

La situación de separación de hecho debe darse tanto en el momento anterior a la adquisición de los bienes, como en todo el período de tiempo posterior, al menos durante la vigencia del concurso, ya que la reconciliación posterior (art. 88 CC) extinguiría la situación de separación y provocaría, si se dan los presupuestos, la aplicación de las presunciones.¹⁷⁴

En el art. 78.2 LC no se concreta en qué momento debe haberse producido la separación que, en cualquier caso, deberá haber sido previa a la adquisición del bien. Lo más razonable, desde un punto de vista concursal, es exigir la separación no solo al adquirirse el bien sino también durante todo el periodo sospechoso y al declararse el concurso ya que, en otro caso, sobre todo en caso de separaciones de hecho, puede ser muy fácil burlar la norma. La separación debe probarla quien pretenda desvirtuar la presunción pues se presume que los cónyuges viven juntos.¹⁷⁵

Art. 78. 3. *párrafo primero*. “Los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado”.

Los pactos de supervivencia no se regulan expresamente en el CC, pero sí en normas civiles autonómicas (como en los arts. 231-15 a 231-18 CCCat), además de poderse pactar en capitulaciones matrimoniales en cualquiera de los Derechos civiles españoles (para el CC, STS 4 mayo 1910, y rDGRN 19 mayo 1917 y 5 mayo 1932).

En el art. 4.2 CDCB, como en el art. 1321 CC, se prevé legalmente la atribución al cónyuge sobreviviente de la íntegra propiedad de los bienes que integran el ajuar de la casa, que una vez fallecido uno de los cónyuges, se trata de bienes de los que se presume la copropiedad antes del fallecimiento

173. ORDUÑA MORENO, F.J./ PLAZA PENADÉS, Javier. “Art. 78... *Op. Cit.* p. 1419. Entienden que en Derecho catalán la presunción no afecta a la mitad sino a la totalidad de los bienes.

174. ORDUÑA MORENO, F.J./ PLAZA PENADÉS, Javier. “Art. 78... *Op. Cit.* p. 1420.

175. THOMÁS PUIG, Petra. “*Op. Cit.* p. 167.

de cualquiera de los cónyuges, por lo que entendemos que entran dentro del supuesto de hecho de este párrafo.

Art. 78. 3. párrafo segundo. El cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Si se tratare de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado. En los demás casos, será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que como valor de mercado determine el juez, oídas las partes y previo informe de experto cuando lo estime oportuno.

Para ejercitar el derecho de preferencia, el cónyuge del concursado deberá satisfacer en metálico a favor de la masa la mitad del valor actual de los bienes, de acuerdo con el valor de mercado. Dicha valoración no es tan libre en el caso de que se trate de vivienda habitual, si bien, algunos autores afirman que, caso de haber una diferencia importante entre *el precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico* y el valor de mercado, debe ceder a favor de este, dado el carácter oneroso que toda adjudicación de bienes debe tener en el seno del concurso.¹⁷⁶

Algunos autores entienden que este precepto es aplicable incluso en los casos en que Derechos civiles forales o especiales establezcan reglas diferentes para casos de embargo, especialmente en caso de liquidación, como ocurría en Cataluña. Y ello, porque se limita a dar un tratamiento unitario de dichos pactos en el ámbito concursal, sin afectar más que en lo imprescindible, y solo a efectos concursales, a su régimen jurídico sustantivo.¹⁷⁷

5. CONCLUSIONES

El que uno de los cónyuges tenga la consideración de empresario es relevante en la aplicación de las reglas del régimen económico matrimonial de separación de bienes en Derecho balear.

En primer lugar, porque supone la aplicación de los arts, 6 a 12 CCo con preferencia a las normas de la Compilación, que será supletoria de las normas del Código de Comercio.

176. ORDUÑA MORENO, F.J./ PLAZA PENADÉS, Javier. “Art. 78... *Op. Cit.* p. 1421.

177. ORDUÑA MORENO, F.J./ PLAZA PENADÉS, Javier. “Art. 78... *Op. Cit.* p. 1421-1422.

La supletoriedad de la CDCB es relevante en la aplicación de los arts. 6 y 9 CCo, puesto que, a falta de un criterio mercantil de atribución de titularidad, aplicaremos el criterio de titularidad formal para determinar cuándo los bienes son propios del empresario comerciante, y quedan sujetos a las resultas del comercio; y cuándo son bienes propios de su cónyuge, por lo que, para quedar vinculados, requeriremos el consentimiento expreso de este. Consentimiento expreso que debe darse también en los casos de delegación de la administración de los bienes, mandato que seguirá las reglas del contrato de comisión si se realiza sobre los bienes de la empresa.

En cuanto a los bienes comunes, no son aplicables las presunciones de los arts. 7 y 8 CCo, pensadas para regímenes de comunidad, donde existe una comunidad germánica de los bienes gananciales. Cuando el régimen es de separación de bienes balear, los bienes en común lo son como comunidad romana, por lo que, para vincularlos íntegramente a las resultas del comercio es necesario el consentimiento de ambos cónyuges. Ni siquiera cabría la aplicación de los arts. 7 y 8 al ajuar familiar, puesto que la comunidad del ajuar lo es para atender las cargas del matrimonio, no para atender deudas mercantiles de uno de los cónyuges. En consecuencia, la liquidación del régimen de separación de bienes se producirá sobre cada bien, a través de la acción de división de cosa común (arts. 400 a 406 CC).

Con todo, existe una importante particularidad cuando los bienes comunes están vinculados a una actividad mercantil, pues si se configuran como empresa, en muchos casos podríamos entender que constituyen un patrimonio separado perteneciente a una sociedad mercantil irregular, al que aplicaríamos las reglas de los arts. 116 y ss. CCo. Entonces bastaría el consentimiento del cónyuge que actuara como gestor de dicha sociedad para que los bienes quedaran vinculados a las resultas del comercio.

La modificación del régimen económico matrimonial mediante capitulaciones o espòlits sigue lo dispuesto en el art. 12 CCo, que implica su inscripción en el Registro Mercantil para que pueda producir efectos respecto a terceros. Ahora bien, la jurisprudencia admite que el despliegue de efectos respecto a terceros se produzca por la inscripción en el Registro Civil, y en el Registro de la Propiedad si los bienes que pretenden vincular a la actividad mercantil son inmuebles, en virtud del art. 1333 CC.

La supletoriedad de la CDCB se da solo respecto a la responsabilidad del patrimonio del cónyuge empresario por las deudas comerciales que este contraiga con terceros, es decir, respecto del art. 3 CDCB, no respecto a los efectos patrimoniales del matrimonio entre los cónyuges, o por las deudas

para la atención de las cargas familiares, respecto de las que el art. 4 CDCB es aplicable directamente. En estos casos, el carácter de empresario de uno de los cónyuges plantea la delimitación de las cargas del matrimonio en los casos de bienes que se dediquen también para la empresa, o si la ayuda del cónyuge no empresario al empresario puede entenderse como contribución a las cargas del matrimonio y generar derecho a una compensación.

Respecto de la vivienda habitual, si el empresario se inscribe como emprendedor de responsabilidad limitada, la podrá convertir en un bien inembargable si se dan ciertas circunstancias.

Finalmente, hemos analizado la presunción judicial de gratuidad de las transmisiones de bienes y derechos entre cónyuges prevista para Mallorca y Menorca, en el art. 3.5 CDCB. Dicha presunción choca con la presunción quasi muciana de la Ley concursal. Dicho conflicto debe resolverse a favor de la Ley concursal cuando el cónyuge concursado sea empresario, lo que implica una presunción de gratuidad solo por la mitad de la transmisión, sin perjuicio de que la otra mitad quepa el ejercicio de las acciones rescisorias concursales.

6. BIBLIOGRAFÍA.

ALVAREZ OLALLA, Pilar. *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*. Ed. Thomson Reuters- Aranzadi. Pamplona, 1996.

ARNAU RAVENTÓS, L.: *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa*, Atelier, Barcelona, 2005.

ARNAU RAVENTÓS, Lúdia. “Adquisiciones onerosas y titularidades dudosas en el régimen de separación. Los artículos 232-3 y 4 del Código civil de Cataluña”. *InDret* 4/2011. Barcelona, octubre 2011.

BENAVIDES VELASCO, P.: “El concurso de persona física casada ¿Diferencias territoriales? Una reflexión”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá III*, 2010, pp. 333 a 354.

BROSSETA, M./ MARTINEZ SANZ, F. *Manual de Derecho mercantil*. Volumen I. Tecnos. Madrid, 2016.

BROSSETA, M./ MARTINEZ SANZ, F. *Manual de Derecho mercantil*. Volumen II. Tecnos. Madrid, 2015.

CARDONA GUASCH, Olga. “Lección 17. Los efectos patrimoniales del matrimonio en el Libro III de la Compilación”, en FERRER VANRELL, Pilar (Coor.). *Lecciones de Derecho civil balear*. Ed. Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca, 2004, p. 196-200.

CARDONA GUASCH, Olga, “Lección 19. Los espòlits”, en FERRER VANRELL, Pilar (Coor.). *Lecciones de Derecho civil balear*. Ed. Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca, 2004.

CARDONA GUASCH, Olga Patricia. *Acolliment en la quarta part dels milloraments. Un estudi sobre la tradició jurídica pitiusa*. Ed. Lleonard Montaner, Palma de Mallorca, 2013.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. “El régimen económico matrimonial (Islas Baleares)”, en BERCOVITZ, Rodrigo/ MARTÍNEZ-SIMANCAS, Julián. *Derechos civiles de España. Volumen VIII*. Ed. Aranzadi. Marzo, 2000, p. 4841-4873.

CUENA CASAS, M.: “Insolvencias familiares ante situaciones de crisis económica. Una asignatura pendiente de la Ley Concursal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2008, núm. 762, pp. 5 y ss.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. “El término Derecho común en el Código de comercio”. *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 22, N° 4, 1969, pp. 839-874.

DÍAZ MORENO, A.: “El Derecho Mercantil en el marco del Sistema Constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, en IGLESIAS PRADA, J. L. (Coor.). *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 227–272.

DOMENGE AMER, Bartolomé. “El sostenimiento de las cargas familiares en el régimen de separación de bienes”, en *Revista Jurídica del Notariado*, 1993, pp. 79 y ss.

FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 6: La aplicación del Derecho civil de Baleares. El sistema de integración de las normas”, en FERRER VANRELL, Pilar (Coord.). *Lecciones de Derecho civil Balear*. Ed. Universitat de les Illes Balears. 3ª Ed. Palma de Mallorca. 2004, pp. 78-90.

FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 15. Los efectos patrimoniales inter vivos del matrimonio”, en FERRER VANRELL, Pilar (Coor.). *Lecciones de Derecho civil balear*. Ed. Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca, 2004, pp. 178 y ss.

FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 18. El régimen paccionado. Las capitulaciones matrimoniales”, en FERRER VANRELL, Pilar (Coor.). *Lecciones de Derecho civil balear*. Ed. Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca, 2004, pp. 201-209.

FERRER VANRELL, Pilar “Art. 5. Régimen económico de la pareja”, en FERRER VANRELL, P. (Coor.)/ CARDONA GUASCH, O./COCA PAYERAS, M./MUNAR BERNAT, P./VERDERA IZQUIERDO, B./VILA RIBAS, C. *Ley de parejas estables de las Illes Balears*. Institut d’Estudis Autònoms. L’esperit de les Illes. Palma (Mallorca). 2007, pp. 125-156.

FRADEJAS RUEDA, Olga María. “Aproximación a la presunción muciana del art. 78.1 de la Ley Concursal”, en AA.VV. *Estudio de Derecho de sociedades y Derecho concursal*. Ed. Marcial Pons. 2007, pp. 1839-1862.

GARCÍA CANTERO, Gabriel. “Empresa familiar y sociedad de gananciales”, en VV.AA. *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. Editorial Civitas. Madrid, 1995, pp. 83-96.

GARCIA VILLAVERDE, Rafael. “El ejercicio del comercio por persona casada”, en *Revista de Derecho Mercantil*. n.º 165-166. Julio – Diciembre, 1982, pp. 497-534.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael. “El ejercicio del comercio por persona casada tras la Ley de 2 de mayo de 1975”, en AA.VV. *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Ed. Civitas. Madrid. 1978, pp. 283-312.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. “Algunos aspectos (más o menos) mercantiles de la reforma del régimen económico del matrimonio”, en *Revista de Derecho bancario y bursátil*. Núm. 7, Julio - Setiembre 1982, pp. 535-566.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Miguel Ángel. “La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1983, pp. 585-617.

MASOT MIQUEL, Miguel. *Comentarios al CC y las Compilaciones Forales* Tomo XXXI, Vol. 1 º, en ALBALADEJO, Manuel/ DÍAZ ALABART, Silvia. Edersa. Madrid. 2000.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad”, en AA.VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

MONSERRAT QUINTANA, Antonio. “Lección 20. La dote y las instituciones dotales. El escreix”, en FERRER VANRELL, Pilar (Coord.). *Lecciones de Derecho civil balear*. Ed. Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca, 2004, pp. 218-225.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier/ PLAZA PENADÉS, Javier. “Art. 77. Bienes conyugales”, en ROJO, Ángel/ BELTRÁN, Emilio. *Comentario de la Ley concursal*. Tomo I. Madrid, 2004, pp. 1407-1413.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier/ PLAZA PENADÉS, Javier. “Art. 78. Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio”, en ROJO, Ángel/ BELTRÁN, Emilio. *Comentario de la Ley concursal*. Tomo I. Madrid, 2004, pp. 1414-1423.

RAMS ALBESA, J./ MORENO MARTÍNEZ, J. A. *El régimen económico del matrimonio. (Comentarios al Código Civil: Especial consideración a la doctrina jurisprudencial)*. Ed. Dykinson. Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo. “Limitación de responsabilidad, remisión de deudas y acuerdo extrajudicial de pagos en el Proyecto de Ley de Apoyo a los Emprendedores”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.5/2013. Parte: Tribuna. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2013.

RIBERA BLANES, Begoña. *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

ROJO, Ángel. “Ejercicio de la actividad mercantil por persona casada”. URÍA, R./ MENÉNDEZ, A. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Civitas. 1999. pp. 86-91.

THOMÁS PUIG, Petra. “Determinación de la masa activa del concurso de persona casada. Ley concursal y Derecho civil propio de las Islas Baleares”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 6, feb. 2017, pp. 151-173.

THOMÁS PUIG, Petra. “Presunciones de cotitularidad y de donación entre cónyuges casados en régimen de separación en caso de concurso de uno de ellos. Ley concursal y Derecho civil propio de las Islas Baleares”, en *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 24, julio 2017, pp. 170-191.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. “Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal”, *Derecho Privado y Constitución* Núm. 27, enero-diciembre 2013. Págs. 209-250.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. “Panorama actual de la compensación económica por trabajo para la familia en Baleares”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4 (octubre-diciembre, 2018) Estudios, pp. 1-62.

VILA RIBAS, Carmen. “El régimen económico matrimonial en el proyecto de reforma de la Compilación de Derecho civil de Baleares”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, n.º 16, Palma, 1988.