

EL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL EN EL PROYECTO DE RÉFORMA DE LA COMPILACION DEL DERECHO CIVIL DE BALEARES ()*

CARME VILA I RIBES

SUMARIO: I. El régimen de separación de bienes como régimen legal en las Baleares. II. Plan a seguir en este comentario. III. La regulación proyectada del régimen de separación. 1. Concepto aproximativo y de fijación del régimen de separación de bienes. 1.1. Bienes de titularidad exclusiva y bienes de titularidad compartida: la presunción de copropiedad. 1.1.1. La prueba de la titularidad de los bienes y los aspectos comunitarios del régimen. 1.1.2. Reducción del ámbito de la presunción de copropiedad en el Proyecto en relación a la que establece la Compilación. 1.2. Ambito de las facultades de los cónyuges sobre sus respectivos patrimonios. 2. Tratamiento en el Proyecto de dos de los aspectos comunitarios a los que se somete el régimen. 2.1. La obligación de los cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. 2.1.1. La obligación de contribuir y el deber de levantar las cargas del matrimonio. Precisiones conceptuales. 2.1.2. La afectación de los patrimonios de los cónyuges al levantamiento de las cargas. 2.1.3. La responsabilidad de los cónyuges por las deudas contraídas en el ejercicio de las actividades encaminadas al levantamiento de las cargas del matrimonio. 2.1.3.1. Ambito y función de la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante. 2.2. La limitación a la facultad de disponer sobre bienes propios por uno de los cónyuges: el consentimiento del cónyuge no titular. 2.2.1. La formulación de la limitación a la facultad de disponer en el Proyecto de reforma y en el Código Civil. 2.2.2. Las dos modalidades de intervención del consentimiento. 2.2.2.1. Cuando sólo uno de los cónyuges es titular. 2.2.2.2. Cuando ambos cónyuges son titulares. 2.2.2.3. Breve referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 135/86 de 31 de octubre. 2.2.3. La protección del adquirente de buena fé. IV. Algunas reflexiones en torno a la oportunidad de la reforma así como en torno al método empleado para llevarla a cabo.

(*) Se trata del Proyecto de Ley sobre la Compilación del Derecho civil de Baleares de 3 de septiembre de 1987 (BOPIB n.º 2, II legislatura de 18 de septiembre). Texto que por lo que al régimen económico se refiere no supone alteración alguna respecto al Proyecto de 6 de marzo de 1986 (BOPIB n.º 59 de 27 de marzo). Véase Coca Payeras Miguel *¿Nue-*

I. EL REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES COMO REGIMEN LEGAL EN MALLORCA (2)

A falta de capitulaciones matrimoniales, el régimen económico conyugal será, según dispone el artículo 3, nº 1 del Proyecto de reforma de la Compilación, el de separación de bienes.

En estos términos queda enunciado en el Proyecto el régimen que, a falta de pacto entre los cónyuges y por lo tanto con carácter legal, ha de regir en Baleares, concretamente en Mallorca, como organizador de las relaciones de índole fundamentalmente económica (3) generadas por el matrimonio. En términos parecidos aunque con un contenido no idéntico se expresa el artículo 3 de la Compilación en sus dos primeros párrafos al decir que: "A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de absoluta separación de los mismos".

va Compilación de Derecho civil de Baleares o modificaciones de la vigente? en Cuadernos de la facultad de derecho 1985. Págx. 77 a 90

(2). En Baleares el régimen económico legal es el de separación de bienes tanto en Mallorca como en Menorca así como en Ibiza y Formentera. En el proyecto además de las disposiciones que sobre régimen económico son de aplicación en Mallorca, se dedica el artículo 67 a regular de forma específica el régimen de separación tal como ha de ser aplicado en las islas de Ibiza y Formentera.

Si bien a simple vista no se observan grandes diferencias entre ambas regulaciones, la de Mallorca y la de Ibiza, lo cierto es que una lectura detenida de las disposiciones aplicables en Ibiza deja sin sentido la afirmación de que en Baleares rige el régimen de separación sin más. Pues en efecto, pueden ser importantes las diferencias entre una y otra regulación y no tanto por lo que de forma expresa aparece regulado, sino por aquello que no se regula. Concretamente en las disposiciones dirigidas a regular el régimen en Ibiza no aparece la norma por la que se limita la facultad de disponer del cónyuge titular para disponer de la vivienda familiar así como de los muebles. Tampoco se encuentra norma alguna por la que se sujeten los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas. Y da la casualidad que a lo largo de nuestro comentario hemos dedicado una especial atención a estas dos normas que sí aparecen recogidas en las disposiciones aplicables en Mallorca.

Por todo ello creemos que las disposiciones aplicables en Ibiza y Formentera son merecedoras de un comentario a parte. Razón por la que el nuestro va dirigido exclusivamente a tratar sobre las normas de aplicación en la isla de Mallorca y en la de Menorca, sin entrar para nada en la regulación específica que se da para las islas de Ibiza y Formentera.

No obstante hemos titulado nuestro trabajo como el régimen económico matrimonial en el Proyecto de reforma de la Compilación de derecho civil de Baleares, puesto que este es el nombre que se le da al proyecto y porque esta es su función.

(3) Cualquier régimen económico regula aspectos económicos del matrimonio. Lo que sucede es que cada vez más se tienen en cuenta aspectos de carácter personal que con anterioridad a la reforma no eran excesivamente considerados, por ejemplo el trabajo de la mujer en el hogar familiar. Pero en la medida en que el trabajo en el hogar es cuantificable económicamente es evidente que el objeto de cualquier régimen y también del de separación es exclusivamente económico. Véase Lacruz Berdejo, José Luis. *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*. Barcelona, 1982. pág. 278

II. PLAN A SEGUIR EN ESTE COMENTARIO

Uno de los posibles contenidos de este comentario podría ser el que tuviera como objeto de estudio el de la bondad o no del régimen de separación como instrumento regulador de las relaciones económicas del matrimonio. Se trataría, desde esta perspectiva, de poner de relieve los pros y los contras del régimen, para concluir apostando por la continuidad o por la desaparición del mismo atendiendo a razones de índole sociológico.

Este es un discruso que no sólo ha llevado a cabo la doctrina sino que recientemente ha sido utilizado por el legislador de la última reforma del Código Civil en materia de régimen económico y que le ha servido para terminar excluyendo la posibilidad de que el régimen de separación se constituyera en régimen legal en el Código (4).

En efecto, al tratar de los regímenes económicos del matrimonio, los autores suelen dedicar un capítulo de su exposición a analizar los aspectos sociológicos del régimen para derivar de ellos determinadas consecuencias jurídicas. En particular, cuando el régimen comentado es el de separación de bienes son habituales los planteamientos en torno a la bondad o no del régimen en base a criterios de justicia y de igualdad de los cónyuges. De tal manera que la mayor parte de las veces se pierde la perspectiva de lege data del tema y se convierte en un discurso más bien sociológico y por lo tanto de escasa valía jurídico-positiva.

Sin despreciar este tipo de análisis, ya que tienen su importancia, en este comentario prescindiremos de ellos. Siguiendo con esta idea, en este estudio no nos detendremos en analizar el posibe enraizamiento del régimen de separación en la sociedad balear en general y mallorquina en particular, entre otras razones, alguna de ellas ya señalada, porque de

(4) En la exposición de motivos de la ley de Reforma, Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación patria potestad y régimen económico del matrimonio se exponía lo que sigue: "La conservación como régimen legal, de la tradición a la sociedad de gananciales, es resultado de una decisión largamente pensada y contrastada frente a quienes pretendían sustituirla por el régimen de separación o por el de participación de las ganancias. Se estimó que el primero de tales regímenes no tiene en cuenta el hecho de que mientras se mantiene la vida en común de los esposos, el lucro, ganancia o incremento patrimonial que cada uno experimenta obedece, en cierta medida, al esfuerzo, la actividad y el espíritu de economía y ahorro de ambos: siendo particularmente injusta la separación frente a la mujer que trabaja en el hogar y no tiene ingresos fuera, o los tiene en menor medida... En *CODIGO CIVIL (Reformas 1978-1983)*. Trabajos Parlamentarios I. Publicaciones del Congreso de los Diputados. Madrid, 1985.

é llo se ha ocupado extensamente la doctrina del lugar (5), ni tampoco vamos a preocuparnos de entrar en valoraciones sobre la equidad o desigualdad que dicho régimen comporta, pues como acabo de afirmar, é llo constituiría o sería más propio de una investigación socio-jurídica que de una labor de exé gesis y comentario de los preceptos que en el Proyecto se destinan a regular el régimen de separación. Régimen que en definitiva rige y ha de regir en Baleares con caracter legal.

Descartada esta vía de análisis, este comentario versará sobre dos aspectos estructurados de la forma que a continuación y, una vez señalados cuales son, expondré.

En primer lugar dedicaremos nuestra atención a estudiar los dos artículos que el Proyecto utiliza para regular el régimen de separación. Esta primera parte tendrá a su vez dos apartados. En el primero, que titularemos de “aproximación al régimen”, nos proponemos dar un breve repaso a los aspectos que tradicionalmente han definido y constituido la situación de separación de bienes. En el segundo apartado, que constituirá el objeto central del comentario, ocuparemos nuestra atención en analizar dos normas que matizan de tal manera el régimen de separación, que bien podría decirse que lo vacían de significado. Se trata de las reglas referentes a la contribución de los cónyuges al levantamiento de las cargas familiares y a la limitación a la facultad de disponer que representa la necesidad de que el cónyuge no titular preste su consentimiento a fin de dotar de validez a los actos de disposición o gravamen sobre la vivienda familiar o sobre los muebles, realizados por el cónyuge titular.

La segunda parte de este comentario y, en base a los datos que se hayan ido extrayendo de la primera, la dedicaremos a poner de relieve las diferencias entre el régimen de “absoluta separación” de la Compilación y el régimen de separación tal como queda reflejado en el Proyecto. Lo uno y lo otro en relación a las directices que han inspirado la reforma del Código Civil en esta materia. Concluiremos esta parte, esbozando algunas reflexiones sobre la utilidad de la reforma así como sobre la técnica empleada para su materialización.

(5) Ya hace un Siglo, Pedro Ripoll en su *Memoria sobre las Instituciones de Derecho Civil de las Baleares* Palma. 1985, en las págs. 27 y 28 considera imposible que la familia balear pueda acomodarse en su organización a un régimen económico que no sea el de separación. Y un siglo después de que Pedro Ripoll i Palou escribiera sobre el tema, es habitual encontrar quien sigue opinando lo mismo. Véase Noguera Roig, Francisco en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, volúmen 1, arts. 1 a 65. Págs. 10 y 11.

III. LA REGULACION PROYECTADA DEL REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES EN MALLORCA.

1. CONCEPTO APROXIMATIVO Y DE FIJACION DEL REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES

En el Proyecto, la fijación del régimen de separación se hace en atención a la existencia de dos patrimonios privativos y a la designación de las distintas facultades que comporta el dominio sobre los bienes que integran los respectivos patrimonios.

No obstante, esta forma de presentar el régimen de separación se muestra un tanto insuficiente por cuanto no sirve para distinguir este régimen de otros. En particular, no sirve para distinguirlo del de gananciales. Sabido es que en el régimen de gananciales existen también dos patrimonios privativos, los de cada uno de los cónyuges, y también sobre éstos, sus titulares gozan de todas aquellas facultades inherentes al dominio.

Es por esta razón que la doctrina, en su mayoría, cuando ha de definir el régimen de separación de bienes lo hace de forma negativa, es decir, poniendo de manifiesto aquellos aspectos que no son propios del régimen de separación y sí del de gananciales, punto obligado de referencia. De esta manera es habitual hallar definiciones del régimen de separación en las que se acentúa el aspecto no ganancial del régimen. Así suele definirse entendiendo que se trata de un régimen en el que se da: "libertad completa de parte de cada uno de los cónyuges para adquirir toda clase de bienes sin comunicarse aumento ni ganancia" (6), o alegando que se caracteriza por: "la falta de comunidad de bienes" (7).

Sin embargo, la técnica que suele emplearse a la hora de definir el régimen en un texto legal consiste en enunciar aquellas notas que de forma positiva lo caracterizan, obviando, lógicamente, toda referencia a aquellos aspectos que puedan distinguirlo de otros regímenes económicos. Así sucede, por citar algunos ejemplos, en la *Compilación Catalana* (8), o en el *Código civil* (9). De igual forma viene diseñado en el Proyecto de *Reforma de la Compilación Balear*.

(6) Cfr. Ripoll y Palou, Pedro *op. cit.* Pág. 28.

(7) Cfr. Lacruz Berdejo, José Luis *op. cit.* Pág. 518.

(8) El artículo 7 de la *Compilación Catalana* después de establecer que el régimen de separación regirá en defecto de pacto, define el régimen como aquel "que reconoce a cada cónyuge la propiedad, disfrute, administración y disposición de los bienes propios".

(9) Por lo que al *Código civil* se refiere, el régimen de separación se encuentra contemplado en el art. 1437, según el cual "En el régimen de separación pertenecerán a cada cón-

En efecto, en el Proyecto, el régimen de separación de bienes se define atendiendo, por una parte, a la existencia de dos patrimonios privativos, los de cada uno de los cónyuges. Característica que se evidencia en varios de los preceptos dedicados a regular el régimen económico. En el n.º 2 del artículo 3 se habla de la facultad de disposición de los cónyuges sobre sus bienes. En el n.º 3 de este mismo artículo se alude a “los bienes propios de cada cónyuge”. De nuevo se habla de bienes propios en el n.º 4 del mismo precepto. Idéntica expresión se recoge en los números 1 y 3 del artículo 4. Por otra parte, el régimen se define enunciando, tal vez de forma innecesaria, las distintas facultades que comporta el dominio sobre los bienes integrantes de cada uno de los patrimonios. En concreto se dispone que “cada cónyuge estará facultado para realizar cualesquiera actos o negocios de dominio, administración, disfrute y disposición de sus bienes...” (artículo 3 n.º 2).

De la conexión de las dos ideas expuestas podría concluirse que el régimen de separación opera sobre una situación, que creada por el matrimonio, se concreta en la existencia de dos patrimonios privativos independientes, sobre los que sus respectivos titulares, cada uno de los cónyuges, pueden ejercer todas y cada una de las facultades inherentes al dominio o a la titularidad que se ostente, sea real, limitada o crediticia. Las de goce y libre disposición *ex* artículo 348 del Código civil, con carácter determinante y todas las demás que les vienen conectadas. A saber: la de administración, ejercida por el titular o por el otro cónyuge si media mandato *ex* artículo 4 n.º 3 del Proyecto de Reforma. Facultades sobre las que no pesan más restricciones que aquellas que se derivan de los aspectos comunitarios del régimen según el Proyecto. Que son: la contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 4 n.º 1) y la correspondiente afección de los bienes de los cónyuges a su levantamiento y, concretamente, la posible adopción por parte del juez y a instancias del otro cónyuge de determinadas medidas cautelares con el fin de asegurar el cumplimiento del deber jurídico de contribuir a su levantamiento (art. 4 n.º 2). Además de la restricción que el n.º 2 del artículo 4 impone cuando se trata de “los actos de disposición y gravamen de los derechos en cuya virtud se ocupa la vivienda constitutiva del hogar familiar”, actos para los cuales se necesita el consentimiento del otro cónyuge.

En esta primera y por éllo superficial aproximación a los distintos preceptos que el Proyecto dedica a reglamentar la situación de separa-

yuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título. Asimismo corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes”.

ción de bienes en el matrimonio, es fácil notar que para el legislador, el régimen de separación de bienes es un “régimen” y permítaseme la redundancia (10).

En efecto, en estos preceptos que hemos ido señalando no sólo se describe una situación con fines diferenciadores de otros regímenes, sino que se dota a la situación de separación de bienes de un régimen específico. Régimen que sin lugar a dudas viene condicionado por la existencia de aspectos comunitarios ya aludidos, y que encuentran su razón de ser, tal como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos del Proyecto, en uno de los principios fundamentales recogidos en la Constitución, el de protección a la familia. Principio al que ha de subordinarse el de la autonomía, tanto de la voluntad como patrimonial, de los cónyuges.

Como acabamos de decir, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma (11), se pone de manifiesto aunque no de forma expresa, que frente a dos posibles criterios orientadores de la reforma, el de respeto a la tradición histórica (que en nuestro discurso se hubiera reflejado en la idea de “no régimen”) se ha optado por un criterio de progresividad inspirado en el principio, ya señalado, de protección a la familia, pues en la citada Exposición de Motivos se dice que: “dando un paso más en la línea de progresividad mostrada por nuestras tradiciones jurídicas en esta materia, se han introducido en la normativa proyectada una serie de modificaciones inspiradas en la mayor protección a la familia y que, en definitiva, no son más que consecuencia del principio fundamental de la obligación de los cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio” (12). Respecto a esto último nada que decir por nuestra parte. Consideramos absolutamente loable que la situación de separación de bienes se someta a un régimen y se regule presidida por los criterios de protección a la familia y de igualdad de los cónyuges, lo cual no implica, y sobre este tema nos definiremos más adelante, que nos parezca del todo acertada la forma y la técnica empleada en la proyectada reforma.

(10) Véase M. Massella Ducci Teri. “Separazione dei beni” en *Sulla Riforma del Diritto di Famiglia*. Seminario diretto dal. Prof. Santoro-Passarelli. Padova, 1973. En la pág. 270 se critica la forma en que se lleva la Reforma en materia de Separación de bienes en Italia. Justamente se critica la cualidad de no régimen de la situación de separación de bienes.

(11) Exposición de motivos que precede al Proyecto de Ley sobre la Compilación de Derecho Civil de Baleares de 3 de septiembre de 1987 (BOPIB n.º 2. II legislatura de 18 de septiembre).

(12) La tradición histórica y en general el argumento histórico puede emplearse tanto para defender la intagibilidad de las normas de derecho balear como para justificar su modificación. Recurso este último, utilizado en la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma.

1.1. Bienes de titularidad exclusiva y bienes de titularidad compartida: la presunción de copropiedad.

“Serán bienes propios de cada cónyuge”, dice el n.º 3 del primer párrafo del artículo 3 del Proyecto, “los que le pertenezcan al establecerse el régimen de separación y los que adquiriera por cualquier título mientras el mismo esté vigente”.

El mérito de este precepto respecto al artículo 4 de la Compilación radica en la desaparición, en el Proyecto, de la distinción tradicional entre bienes privativos del marido y los bienes parafernales de la mujer (13), ya que por lo demás el contenido de ambas normas es idéntico: cada cónyuge dispone como propios de los bienes que tuviera al iniciarse el régimen, así como de aquellos que a lo largo de su vigencia fuera adquiriendo por cualquier título, sea oneroso o gratuito (14).

Este aspecto de división y autonomía patrimonial propia del régimen de separación no plantea inicialmente ningún tipo de problema. Es obvio que tratándose de un régimen de separación haya dos patrimonios independientes correspondiendo su titularidad en exclusiva a cada uno de los cónyuges.

Ahora bien, cabe perfectamente, y sobre todo, cuando las rentas son bajas o medias, que los cónyuges adquieran bienes conjuntamente. Pero en estos casos el patrimonio común que se crea, nada tiene que ver con el régimen de separación y no cabe identificarlo tampoco con el patrimonio ganancial. Su única función desde la perspectiva del régimen de separación es su afección al levantamiento de las cargas (art. 4 n.º 1 del Proyecto). La comunidad que en estos casos se instaura es una comunidad ordinaria que deberá regirse por las normas propias de la comunidad de bienes a no ser que el objeto de la comunidad lo sean los muebles del hogar o la vivienda familia, en cuyo caso, como más adelante se verá, las reglas propias de la comunidad ordinaria ceden ante lo dispuesto en el n.º 2 del artículo 4, por lo que supone de limitación a la facultad de disponer.

(13) Véase Masot Miquel Miguel, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Tomo XXXI, Volumen 1, arts. 1 a 65. Comentario al art. 4 pág. 88, 89 y 90. Madrid, 1980. Delgado Echeverría, Jesús. *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*. Zaragoza 1974, cit, págs. 150, 151 y 152.

(14) Véase Masot Miquel, Miguel *Op. y loc. cit.* pág. 88. Para el autor cada uno de los cónyuges “conserva los bienes que ya integraban su patrimonio antes de celebrarse el matrimonio, así como los que adquieren con posterioridad al mismo, siendo indiferente que estos incrementos patrimoniales provengan del propio matrimonio (incrementos ab intra, cual sería el caso de los frutos y rentas de los bienes), como de otras circunstancias ajenas al patrimonio en sí (incrementos ab extra, como ocurre con los salarios, donaciones, adquisiciones por causa de muerte etc... que pueda percibir el titular de cada patrimonio).

Si exceptuamos el caso en que la comunidad tiene por objeto los muebles y la vivienda familiar, la comunidad de bienes entre los cónyuges será de tipo ordinario. Esta es la posibilidad que abre el artículo 1414 del Código civil aunque vaya referido al régimen de participación, al considerar que “si los casados en régimen de participación adquieren conjuntamente algún bien o derecho, les pertenece en proindiviso ordinario”. y no parece haber ningún obstáculo importante que impida aplicar analógicamente esta regla a los bienes adquiridos conjuntamente por los cónyuges sometidos al régimen de separación. Así se ha venido manifestando la doctrina (15).

El régimen de separación, en definitiva, se define con precisión a partir de la existencia de dos patrimonios autónomos e independientes sobre los que sus respectivos titulares, insistimos, cada uno de los cónyuges, gozan de todas y cada una de las facultades que conforman el derecho cuya titularidad se ostente. Esto, sin más limitaciones que aquellas que vienen impuestas por la propia realidad socio-económica que representa la familia. Junto a esto, hemos visto ya, cómo cada cónyuge es titular de los bienes que tuviera antes del matrimonio así como de aquellos que adquiera con posterioridad al mismo, tanto a título oneroso como a título gratuito.

1.1.1. *La prueba de la titularidad de los bienes y los aspectos comunitarios del régimen.*

Pues bien, como siempre suele suceder en supuestos tan claros teóricamente, el problema que puede llegar a suscitarse es el de la prueba de la titularidad de dichos bienes. En esta materia hay, no obstante, una regla clara. A saber: basta con la prueba de la adquisición del bien para que se considere al adquirente como titular. No se produce en una situación de separación de bienes, y en materia de prueba, algo fundamental en el régimen de gananciales: tener que probar la procedencia de los fondos empleados para la adquisición del bien en discusión. La razón de que ésta no sea la regla aplicable al régimen de separación es evidente. No es previsible que en el régimen de separación se produzca la confusión de patrimonios, más propia del régimen de gananciales, pues no existen más que dos masas patrimoniales y además, perfectamente diferenciadas. La no posible confusión de patrimonios hace que en el régimen de separación, tal como se ha dicho (16), las aportaciones que uno de los cónyuges hu-

(15) Véase por todos Montes Penedes, Vicente en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. Volumen II. Madrid, 1984. Comentario al art. 1437 del CC. pág. 1928.

(16) Véase Montes Penedes, Vicente, *op. y loc. cit.* pág. 1928.

biese hecho en las adquisiciones del otro, deban regirse por las reglas generales de los reembolsos y reintegros entre patrimonios distintos.

Como segundo contrapunto de esta claridad teórica con la que se nos presenta el régimen de separación y, desde la perspectiva de la dualidad de patrimonios y la dualidad de titularidades, hay que tener en cuenta algo que se ha venido conceptuando como “aspectos comunitarios del régimen”, aspectos que obviamente imposibilitan esta separación tan nítida y radical de patrimonios y que en la Compilación se expresa con la idea de “separación absoluta de bienes”. Aspectos que, una vez más, hemos de indicar. El primero lo constituye la obligación (que se podría discutir si antes de la reforma era o no de derecho necesario), por la que los cónyuges se ven obligados a contribuir proporcionalmente según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas del matrimonio. El segundo de estos aspectos comunitarios del régimen de separación viene dado, según opinión autorizada de los autores de la reforma, por la situación de hecho que genera el matrimonio: la convivencia de los cónyuges e hijos en un hogar común, con todo lo que dicha situación puede suponer de confusión patrimonial. En desarrollo de lo cual aparece la presunción de copropiedad del párrafo segundo del artículo 3 número 3 del Proyecto de Reforma. Así como la señalada limitación a la facultad de disponer del n.º 2 del artículo 4 de tal Proyecto.

1.1.2. Reducción del ámbito de la presunción de copropiedad en el Proyecto en relación a la que establece la Compilación

El párrafo segundo del art. 3 n.º 3 del Proyecto, formula una presunción de copropiedad pero de un alcance bastante más limitado que el de la presunción de copropiedad que incluye la Compilación de 1961.

En efecto, así como en el artículo 3, último párrafo de la Compilación se establece que “pertenece por mitad y pro indiviso a ambos cónyuges los bienes que no resulten privativos de cada uno”, el citado precepto del Proyecto, restringiendo el ámbito de la presunción, establece que “No obstante, salvo prueba en contrario, se presumirá que pertenecen a los cónyuges por mitad, los bienes integrantes del ajuar doméstico, no entendiéndose comprendidos en la presunción las joyas y objetos artísticos e históricos de considerable valor. Al fallecimiento de uno de los cónyuges, corresponderán aquellos en propiedad al sobreviviente sin computárselo en su haber”.

El precepto del Proyecto es claro en su formulación. Se establece una presunción de copropiedad que tiene por objeto los bienes integrantes del ajuar doméstico del cual se excluyen las joyas y objetos artísticos de extraordinario valor. Se trata de una norma que de forma un tanto simplificada reproduce dos preceptos del Código civil: el 1441, sito en el Capítulo IV, destinado a reglamentar específicamente el régimen de separación de bienes y el 1321 localizado sistemáticamente en sede de Régimen económico primario. El primero de los artículos citado dispone que “Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad”. El art. 1321 por su parte excluye de la consideración de ajuar de la vivienda de los esposos las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor, estableciendo que el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos, es decir, mobiliario y enseres del hogar, se entregarán cuando uno de los cónyuges fallezca, al que sobreviva, sin computárselo en su haber.

Las diferencias que el Proyecto supone en relación a los citados artículos del Código civil tienen un diverso alcance. Una, es de carácter no esencial. Se trata de la diferencia apreciable en torno a la excepción al concepto de ajuar. Mientras que en el Proyecto se habla de “objetos artísticos e históricos de considerable valor” (tal vez con la intención de no aparentar la reproducción de la norma del Código) en el Código se distingue entre alhajas, objetos artísticos, objetos históricos y aún una cuarta categoría, objetos de extraordinario valor. Se trata, como ya he dicho, de una diferencia en la redacción pero que sin embargo puede plantear problemas a la hora de valorar determinados objetos para incluirlos o excluirlos del ámbito de la excepción.

La que sí es una diferencia esencial es la que tiene como base el diferente ámbito sobre el que opera la presunción de copropiedad, diferencia que viene marcada por la presunción de copropiedad recogida en la *Compilación Balear*.

En efecto, la presunción del art. 1441 del Código civil, al igual que la presunción de la *Compilación* tal como está formulada, pueden equipararse. En ambos casos se entiende que la presunción opera cuando no es posible acreditar la titularidad del bien. En la *Compilación* porque esa ha sido la interpretación que le ha dado el Tribunal Supremo (17), en el Código civil porque este es su tenor literal (18).

(17) Sentencias de 2 de noviembre de 1965 y de 2 de marzo de 1977.

(18) El art. 1441 del Código civil dispone que “Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenecen algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad”. Véase: Gadivía Sánchez, Julio. V. *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal*. Madrid 1987.

Sin embargo, en el Proyecto de Reforma desaparece la presunción de copropiedad en los términos en que venía formulada en la Compilación y se reduce ostensiblemente a aquellos bienes constitutivos del ajuar familiar.

Consideramos un acierto la desaparición, en el Proyecto, de la presunción de copropiedad tal como viene formulada en la Compilación. No obstante dicha supresión era de preveer. Y era así, no sólo porque ya había sido anunciada (19), sino porque en sí misma, tal como reiteradamente había puesto de relieve la doctrina (20), resultaba absolutamente incongruente y sin sentido en un régimen como el de separación de bienes.

Ciertamente es impropio de un régimen de separación el hecho de que para la titularidad exclusiva de un bien deba probarse asimismo que dicha adquisición fue hecha con capital propio del cónyuge que adquiere. No siendo suficiente por tanto con la inscripción correspondiente a nombre de uno u otro cónyuge ni mucho menos con la prueba de la adquisición exclusiva del bien.

Esta fue la interpretación que el Tribunal Supremo dio a la presunción de copropiedad de la Compilación Balear, en las Sentencias de 2 de marzo de 1977 y en la de 2 de noviembre de 1975.

Pero lo más grave de la cuestión tal como MASOT MIQUEL reiteradamente ha puesto de manifiesto (21) es que tanto la interpretación que el Tribunal Supremo ha hecho de la presunción del artículo 3 de la Copi-

(19) Masot Miquel, Miguel *op. y loc. cit.* pág. 81 en donde expone que “estando en la actualidad en trance de próxima revisión el texto de nuestra Compilación, puede decirse que es aspiración de la totalidad de autores que han tratado esta materia de que me vengo ocupando la desaparición de la presunción de copropiedad del artículo 3. Tal es la conclusión a que llegó por otra parte, la comisión revisora de la Compilación creada a iniciativa del Colegio de Abogados de Baleares, y en virtud de acuerdo de la Junta general del mismo celebrada en fecha 22 de junio de 1972”.

(20) Véase Subias Feliu, Gabriel. “La Compilación del Derecho civil especial de Baleares” en *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia* 1961, pág. 619 s 645, tomo 210. Cit. pág. 628. Hernández-Canut y Escrava, Juan. “La Compilación del Derecho civil especial de Baleares” en *Anuario de Derecho civil* 1961, págs. 659 a 690. En la pág. 667 el autor manifiesta sin embargo, que “no podía faltar una norma preceptiva que cualificase aquellos bienes que, no siendo privados, tienen una titularidad común”. Por su parte Clar Garau, Raimundo, “La Compilación del Derecho civil especial de Baleares” en *Estudios de Derecho privado*. Madrid, 1962, págs. 77 a 112. Cit. pág. 91 se manifiesta absolutamente en contra de la presunción en los términos en que viene formulada en la Compilación.

(21) *Op. y loc. cit.* Pág. 79.

lación, como la que con toda claridad se desprende de la letra del precepto escapa en gran medida a las previsiones de los Compiladores ya que no era éste el alcance previsto para la presunción. Según indica el citado autor, el ámbito de operatividad proyectada para la presunción se reducía a los bienes muebles obrantes en el domicilio conyugal (22). Bienes para los que si podía tener una cierta utilidad dicha presunción.

Es para este tipo de bienes que el Proyecto establece la citada presunción de copropiedad. Sólo que a diferencia de la Compilación, el Proyecto se expresa con toda claridad. Se trata de una alteración que la Exposición de Motivos del Proyecto califica de sustancial y que justifica en el criterio de la doctrina más autorizada. Según la cual, se limita el juego de la presunción a los bienes integrantes del ajuar doméstico (23). Quedando fuera del alcance de la presunción los objetos de extraordinario valor, los artísticos, los históricos así como las alhajas.

1.2 Ambito de las facultades de los cónyuges sobre sus respectivos patrimonios

Norma típica de los regímenes de separación de bienes es aquella que otorga a cada uno de los cónyuges y, en base a sus respectivas titularidades, las facultades de goce y disfrute (artículo 348 del Código civil), así como la de libre disposición “sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”, tal como puntualiza el citado precepto del Código. Y, como consecuencia de éstas, la de gestionar y administrar el patrimonio respectivo.

También la Compilación Balear en el artículo 4 y, el Proyecto de Reforma en el n.º 2 del artículo 3 se hacen eco de esta norma. La Compilación al establecer que “en régimen de separación de bienes cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan...” y que “tanto el marido con relación a sus bienes privativos, como la esposa con respecto a los parafernales, tiene la plena facultad para ejecutar cualesquiera actos o negocios de adquisición, administración, enajenación, gravamen o disposición y gozarán de plena legitimación activa o pasiva para su gestión y defensa, sin necesidad de que en el ejercicio de tales facultades medie licencia, intervención o consentimiento del otro cónyuge”. El Proyecto, por su parte, si bien reproduce en línea de principio las

(22) Masot Miquel, Miguel. Op. y loc. cit. pág. 78.

(23) Cfr. Exposición de motivos del Proyecto de Reforma de la Compilación de Derecho civil de Baleares.

distintas facultades que comporta el dominio, al igual que en la Compilación, reduce el ámbito de dichas facultades, pues introduce algunas limitaciones: una ya está contemplada en la Compilación (la obligación de los cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas), pero la otra no. Esta segunda, no sólo no la refleja la Compilación sino que expresamente queda excluida. Nos referimos a la necesidad de que ambos cónyuges presten su consentimiento cuando se trata de disponer sobre los muebles o sobre la vivienda familiar. Recuérdese que la Compilación establece expresamente la innecesaria de que ningún cónyuge preste su consentimiento para dar validez a los actos de disposición sobre los bienes propios, realizados por el cónyuge titular.

En efecto, el Proyecto pone de relieve que en el régimen de separación “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”, remisión que va referida al artículo 4 del propio Proyecto, en el que se establecen las dos limitaciones más arriba señaladas.

En la medida en que uno y otro precepto (el Compilado y el del Proyecto) detallan las facultades propias del dominio, con claridad enunciadas en el artículo 348 del Código civil, no presentan un excesivo interés como objeto de comentario, a no ser que el objeto de atención sea la técnica empleada en su redacción. En el caso de la Compilación claramente casuística y ejemplificadora y por ésto de un cariz un tanto pedagógico. En el Proyecto este matiz aleccionador sólo se mantiene con la inclusión de la facultad de administrar. La alusión a la facultad de administrar integrante del contenido del dominio viene siendo habitual en las reformas legislativas que en esta materia se han llevado a cabo, y aunque lo cierto es que dicha alusión parece un tanto innecesaria, también es cierto que tradicionalmente ésta ha sido una facultad que no ha podido ser ejercida por la mujer (24). Desde esta perspectiva la función que la expresión en un texto legal de la facultad de administrar lleva aparejada es la de evidenciar su cualidad de función absolutamente ejercitable por la esposa al igual que por el marido. Por lo tanto, si desde una óptica de depu-

(24) Recuérdese la contundencia con la que el derogado artículo 1412 del Código disponía que “el marido es el administrador de la sociedad de gananciales” o el también derogado artículo 1441 del Código en el que se recogían los supuestos en los que la esposa podía pasar a administrar los bienes del matrimonio: “cuando sea tutora de su marido, en caso de ausencia del marido o en el caso de que el marido fuera declarado prófugo”. Para este tema puede verse DE LOS MOZOS, José Luis en “La igualdad de los cónyuges y la organización y ejercicio de las potestades domésticas” en *Documentación Jurídica* V.I. Madrid, 1982, págs. 107 y 108.

rada técnica jurídica la alusión a la facultad de administrar como integrante de las facultades que cada cónyuge como titular de su patrimonio puede ejercer, parece un tanto innecesaria, es plausible su inclusión desde una perspectiva, si se quiere, divulgadora de aquellas facultades que por razones históricas le han sido negadas a la esposa: la de administrar y gestionar con absoluta libertad y autonomía su patrimonio.

En definitiva pues, la situación de separación de bienes al mismo tiempo que supone la existencia de dos masas patrimoniales diferenciadas, cada una de ellas con su correspondiente titular, implica que cada uno de los cónyuges y, siempre respecto a su patrimonio privativo, goza de todas y cada una de las facultades inherentes al dominio que el artículo 348 del Código civil resume en los vocables “goce y libre disposición”. Facultades cuyo ejercicio viene, no obstante, condicionado por aquellas limitaciones establecidas en las leyes y en todo caso por la fórmula constitucional de “función social de la propiedad” (25).

Antes de terminar con este apartado conviene hacer referencia a dos de estas concretas facultades ya que en el Proyecto son mercedoras de regulación específica: La legitimación de un cónyuge para representar al otro y el tema de la contratación entre cónyuges.

Uno y otro aspecto se hallan tratados en los números 3 y 4 del artículo 4 del Proyecto de Reforma. El n.º 3 establece en su primer párrafo que “cada cónyuge podrá conferir al otro expresa o tácitamente, la administración de sus bienes, así como revocarla, condicionarla o restringirla”. Y en el último párrafo añade que “será nulo todo pacto en virtud del cual el cónyuge mandante renuncie a las facultades de revocar, condicionar o restringir el mandato”.

Evidentemente, como se ha señalado (26), esta norma pretende regular positivamente una situación de práctica habitual: la representación de uno de los cónyuges por el otro. Representación a veces conferida expresamente, pero las más, llevada a cabo únicamente con el conocimiento del cónyuge representado y, a veces, incluso en contra de su voluntad. En definitiva, se trata de una norma que viene a contemplar la prohibición que el artículo 71 del Código civil establece según la cual, “Ninguno

(25) Véase Coca Payeras, Miguel. *Tanteo y retracto, función social de la propiedad, competencia autonómica*. Bolonia, 1988., pags. 257 - 302.

(26) Cfr. Montes Penedes Vicente, *Op. y loc. cit.* pág. 1941. Aunque la norma comentada por el autor es la del artículo 1439 del Código, lo que se dice al respecto puede hacerse extensible a la norma del Proyecto.

de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiese sido conferida”.

El segundo párrafo del n.º 3 del artículo 4 del Proyecto remite este supuesto a las normas de mandato ya que dispone que “el cónyuge administrador tendrá las obligaciones propias del mandatario”. Aunque con el matiz contemplado en su último párrafo: “la nulidad de todo pacto por el que el cónyuge mandante renuncie a las facultades de revocar, condicionar o restringir el mandato” (27).

Una nota distintiva de este precepto respecto al artículo 1439 del Código civil radica en que en el Proyecto no se establece la prioridad de unos bienes sobre otros a la hora de hacer frente a las cargas del matrimonio. Cosa que sí parece deducirse del citado artículo del Código, al dar a entender que el mandatario no deberá rendir cuentas de los frutos percibidos pero destinados al levantamiento de las cargas (28).

Otra norma un tanto innecesaria, y lo es más si se piensa que va referida a un régimen de separación, es aquella que permite a los cónyuges celebrar entre sí toda clase de contratos así como transmitirse bienes tanto a título oneroso como gratuito. Se trata del principio expresado en el n.º 4 del artículo 4 del Proyecto. Uno de estos posibles negocios transmisivos que los cónyuges pueden celebrar entre sí lo son las donaciones. El Proyecto destina el tercer párrafo del n.º 4 del art. 4 a regular este tema, concretamente a enunciar cuáles son las causas de revocación de dichas donaciones. Para el citado precepto, las donaciones entre cónyuges serán revocables sólo por incumplimiento de cargas y por ingratitud. Entendiendo por ingratitud el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales. Se entiende asimismo como causa de ingratitud la anulación del matrimonio al igual que la separación o el divorcio. En el primer caso, cuando el donatario hubiera obrado de mala fe y, en los dos últimos supuestos, cuando los hechos que los motivaron fueren imputables al donatario (29).

(27) Véase González Pacanowska, Isabel en “Efectos personales del matrimonio y representación de un cónyuge por otro. *¿Legitimación propter matrimonium?* Tapia, Madrid, diciembre 1987.

(28) Rebolledo Varela, Angel Luís. *Separación de bienes en el matrimonio (el régimen convencional de separación de bienes en el Código civil)*. Madrid, 1983, págs. 329 y ss.

(29) Véase por todo Masot Miquel, Miguel en *El contrato sucesorio en el Derecho foral de Mallorca. La donación universal de bienes presentes y futuros*. Palma de Mallorca, 1976, págs. 152 a 186. Y en “La prohibición de donaciones entre cónyuges en el Derecho civil de Mallorca en “Cuadernos de la Facultad de Derecho, nº1. Palma de Mallorca, 1982, págs 91 a 118. Gómez de Enterría Gutiérrez, “La contratación entre cónyuges, en el Código civil y en los derechos especiales”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1978, nº 3, págs. 55 a 103.

Como decíamos hace un momento, no nos parece imprescindible el que todavía se incluyan normas permisivas de la contratación entre cónyuges al legislar sobre régimen económico del matrimonio. Ahora bien, en este tema, como en otros ya señalados, hay una tendencia a predicar abiertamente la posibilidad de desempeñar determinadas actividades que anteriormente o bien estaban prohibidas o por lo menos se hallaban sometidas a ciertas limitaciones. Como es sabido, el tema de la contratación entre cónyuges estaba siempre amenazado por el temor del fraude a los acreedores.

Como norma tendente a evitar el fraude, aparte de las acciones que le son propias (30), en el Proyecto aparecen dos. Por la primera, se establece una presunción de gratuidad cuando el contrato celebrado por los cónyuges entre sí sea objeto de impugnación judicial. Por la segunda, se establece que “en caso de declaración de quiebra o concurso de uno de los cónyuges se presumirá, salvo prueba en contrario, que los bienes adquiridos a título oneroso por su consorte durante el año anterior a la declaración o a la fecha a que se extienda la retroacción, lo fueron con dinero del quebrado o concursado. Esta presunción no regirá si los cónyuges estuvieren separados judicialmente o de hecho” (31).

No podemos entrar a analizar detenidamente el alcance y, sobre todo, la oportunidad de una y otra presunción, pues la importancia y la complejidad de dichas presunciones requeriría un estudio monográfico de las mismas. En este comentario, como ya señalábamos al principio del mismo y por lo que a esta primera parte se refiere, nos hemos dedicado a presentar el contenido del Proyecto de Reforma por lo que al régimen de separación se refiere, sin entrar en grandes consideraciones sobre los temas que constituyen los pilares sobre los que se asienta el régimen en su configuración tradicional: esto es, dos masas patrimoniales autónomas sobre las que sus respectivos titulares, los cónyuges, ejercen apenas sin cortapisas, las facultades inherentes a sus respectivas titularidades. A partir de ahora nos dedicaremos a analizar con un cierto detenimiento los aspectos que podríamos llamar nuevos por lo que hace al régimen de separación.

(30) Puede verse Amorós Guardiola, Manuel, “La garantía patrimonial y sus formas” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1972, págs. 561 a 592.

(31) Normas de este tipo han sido tildadas de anticonstitucionales.

Es acertada la argumentación que emplea el C.D.S. en la enmienda presentada con el fin de que este precepto sea suprimido del proyecto. Véase la enmienda nº 5 del citado grupo parlamentario. Puede verse también Vicent Chuliá Francisco en *Compendio crítico de derecho mercantil* Barcelona 1986, pág. 823.

2. TRATAMIENTO EN EL PROYECTO DE DOS DE LOS ASPECTOS COMUNITARIOS A LOS QUE SE SOMETE EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

Tal como hemos venido anunciando en las páginas precedentes, hay, a nuestro modo de ver, dos temas en el Proyecto que son merecedores de un tratamiento específico en este comentario. Consideramos que son acreedores de un estudio detallado por dos razones fundamentalmente. Por un lado porque se trata de aspectos de difícil incardinación en un régimen de separación sin que éste sufra con éllo una cierta desnaturalización; y por otra parte porque se trata de aspectos que en mayor o menor medida son, o bien de nueva aparición con respecto a la Compilación o bien de regulación mucho más detallada, lo cual incide en otro principio del régimen: el de la autonomía privada de los cónyuges. Estos aspectos a los que nos hemos estado refiriendo son: la contribución de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio en su vertiente de bienes afectados y criterios de responsabilidad en caso de incumplimiento, y en segundo término, la limitación que el Proyecto incorpora a la facultad de disponer sobre la vivienda familiar y los muebles de uso ordinario por la familia.

Siguiendo este orden de ideas comenzaremos nuestro comentario por lo que se ha venido en llamar la obligación de los cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio.

2.1 La obligación de los cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio

El Proyecto de Reforma de la Compilación balear recoge el tema de las cargas del matrimonio en Mallorca, y por lo tanto de la obligación de los cónyuges de contribuir a su levantamiento, en los dos artículos que se dedican al régimen económico: en el nº 4 del artículo 3 y en los números 1 y 4 del artículo 4. Puede notarse como el tema que nos ocupa, prácticamente agota el contenido de la reforma en materia de régimen económico.

No obstante, a pesar de la cantidad de alusiones al tema de las cargas, se encuentra a faltar una disposición en la que se establezca su exigibilidad si no como obligación jurídica sí como deber (32). Así como otra en

(32)En la Exposición de Motivos del Proyecto sí se formula dicha obligación. En ella se viene a decir que las reformas que en el Proyecto se introducen están inspiradas "en la

la que se explicita el contenido de las cargas o por lo menos se conceptúe la figura. Se podrá decir que lo uno y lo otro es más propio de una labor doctrinal que de una labor legislativa, pero lo cierto, dicho sea de paso, es que no se puede pretender tener un cuerpo legal propio y completo y sin embargo provocar remisiones a otros textos legales, en concreto al Código Civil.

Pues bien, en el Proyecto, aún no estando formulada, se desprende la existencia de una cierta obligación de contribuir al levantamiento de las cargas, ya que dicha obligación es tenida en cuenta en el texto proyectado, a la hora de establecer la comunicación de responsabilidad aunque sea subsidiaria, al cónyuge no contratante por las deudas contraídas para el sostenimiento de las cargas (art. 3, nº 4) y, al determinar en el siguiente artículo (nº 1 del art. 4), la sujeción de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas. Asimismo se contempla la citada obligación al designar los dos criterios de contribución: uno cuantitativo, la contribución proporcional de los cónyuges y, otro cualitativo, la consideración como contribución del trabajo personal en el hogar (art. 4 nº 1 del Proyecto). A lo que habría que añadir la referencia del Código en el artículo 103, 3º, al final, cuando dispone que “se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicara a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad”.

Más adelante nos ocuparemos de cada uno de estos preceptos que tratan de diseñar el régimen del levantamiento de las cargas en el Proyecto. Ahora, sin embargo, nos dedicaremos a precisar los distintos conceptos que han de funcionar como presupuestos para el estudio del régimen de las cargas. Primero, ¿qué se entiende por obligación de contribuir al levantamiento de las cargas?, o lo que es lo mismo, ¿se trata efectivamente de una obligación?. Y a continuación, intentaremos fijar un concepto de cargas que nos sirva para operar con el régimen de responsabilidad fijado en el Proyecto.

2.1.1. La obligación de contribuir y el deber de levantar las cargas del matrimonio. Precisiones conceptuales.

Suele ser una afirmación habitual en las páginas que los autores dedican al estudio del derecho de familia, en cualquiera de sus facetas, que las instituciones familiares encajan con dificultad el ser analizadas a par-
mayor protección de la familia y que, en definitiva, no son más que una consecuencia del principio fundamental de la obligación de los cónyuges de contribuir a sostenimiento de las cargas del matrimonio”.

tir de las categorías de derecho patrimonial (33). Es cierto. No otra cosa sucede con la llamada obligación de levantar las cargas del matrimonio. En efecto, no es, si hemos de hablar con precisión, una obligación jurídica porque en ella no se dan los presupuestos necesarios para que lo sea. Piénsese que sería una obligación que continuamente se extinguiría por confusión (arts. 1156,5 y 1192 del Código) al coincidir en una misma persona, el cónyuge, la cualidad de obligado y de acreedor en tanto que beneficiario. Por lo tanto, conviene dejar claro que la llamada obligación de contribuir al levantamiento de las cargas no es una obligación y sí, tal como se ha dicho ya con una cierta frecuencia (34), un deber jurídico que tiene como legitimados activos a los dos cónyuges y en su caso a los hijos (art. 155 del Código Civil) y como beneficiarios a los propios cónyuges y a los hijos, tanto los comunes como el o los hijos de uno sólo de los cónyuges cuando convivan en el hogar familiar (art. 1362, 1º, segundo párrafo).

Visto pues que no se trata de una verdadera obligación sino más bien de un deber jurídico, (de hecho el Proyecto en alguna ocasión lo califica como tal, como en el segundo párrafo del nº 1 del artículo 4 al disponer que “si se incumiere, total o parcialmente este deber...”) veámos ahora cual es el objeto de este deber jurídico o, lo que es lo mismo, a qué equivale la noción de carga.

Al enfrentarnos con la noción de carga familiar, una vez más nos encontramos con una figura que nada tiene que ver con el concepto de carga que opera en derecho patrimonial (35), a no ser que las identifiquemos a partir de la noción vulgar de carga. Esto es carga como algo que grava.

Inicialmente se puede afirmar que el concepto de carga familiar equivale al de necesidades de la familia, pero no todas las necesidades de los miembros de la familia sino sólo aquellas que deban ser financiadas por el matrimonio y en su caso, por los hijos.

(33) Díez Picazo, Luís. “El Negocio Jurídico del Derecho de Familia” en *Rev. Genarl. de Legislación y Jurisprudencia* T. XLIV, 1962, págs. 71 a 792.

(34) Cfr. Badosa Coll, Fernando en *Comentaris a les reformes del dret civil de Catalunya*. Volum. I. Barcelona, 1987. Comentario a los arts. 26, 27, 29, 20, 31, 35, 36, 41 y 42. Cit. pág. 408. Véase también Miralles González, Isabel en “El deber de contribución a las cargas del matrimonio” en *Revista Jurídica de Catalunya*”. Barcelona, 1987. Nº 3, págs. 9 a 41. En concreto págs. 14.

(35) Carga en sentido técnico podría definirse como aquella conducta impuesta a un sujeto, cuya infracción origina un perjuicio o unas consecuencias que le son desfavorables, pero conducta a la que no puede ser compelido. Obviamente esto no sucede en materia de cargas matrimoniales.

Carga es por lo tanto toda necesidad que si no es de carácter patrimonial ha de ser satisfecha y si es de carácter patrimonial ha de ser financiada.

Veámos ahora cuales son esas necesidades que han de ser satisfechas o financiadas. En definitiva, se trata, ahora, de indagar sobre cuales son los criterios que determinan la cualidad de carga familiar de una concreta necesidad.

Estos criterios son dos: el subjetivo, esto es, qué sujetos pueden ser beneficiarios de la prestación por la que se da satisfacción a sus necesidades; y un criterio objetivo, esto es, qué tipo de necesidades son las atendibles y por lo tanto cualitativamente susceptibles de ser conceptuadas como cargas.

Respecto del ámbito personal de las cargas, desde la óptica de los beneficiarios, ya hemos visto como, en principio, lo son los propios cónyuges así como los hijos tanto comunes como de uno sólo de los cónyuges, en el supuesto de que éste conviva en el hogar familiar. Ahora bien, cómo explicar el hecho de que, aún disuelto el matrimonio o mediando separación o divorcio, continúe pesando el deber de financiar determinadas necesidades (art. 90, C; 93 y 103, 3º del Código). Badosa Coll, considera como elemento clave de la atribución de la cualidad de beneficiario el de la "matrimonialidad de las personas" (36). No obstante, este matiz dejaría fuera a los hijos de uno de los cónyuges y no parece ser esta la idea recogida en el citado art. 1362, 1º, segundo párrafo del Código Civil (37).

Mayor dificultad entraña el determinar el ámbito objetivo de las cargas, esto es, qué tipo de necesidades de los sujetos matrimoniales son susceptibles de ser calificadas como cargas y por ésto de necesaria financiación por los legitimados u obligados a ésto. Para determinar la cualidad de carga hay que acudir, claro esta, al Código Civil, puesto que,

(36) Cfr. Badosa Coll, Fernando *op. y loc. cit.* págs. 399 y 400.

(37) Para Badosa Coll, Fernando *op. y loc. cit.* Pág. 406, los hijos no son en ningún caso deudores del deber de contribuir. Entiende: "Pel que fa als fills, llur contribució (ex arts. 155, 2º i 1652 del C.c) correspon a un sistema diferent del 'de les càrregues del matrimoni', encara que hi coincideix en la mesura en que ambdós donen lloc a la despersonalització o collectivització del finançament. El sistema dels arts. 155,2 y 165,2 C.c. es fonamenta en la filiació convivència i no en el matrimoni (ambdós articles parlen significativament de 'càrregues de la família', en contrast amb les 'càrregues del matrimoni' dels arts. 1318,2 i 1438 pr. C.c.) i a més, es de operativitat eventual, ja que depèn de que el fill tingui mitjans econòmics".

como ya se ha dicho, ni el Proyecto de Reforma ni la propia Compilación ofrecen datos de los que se pueda extraer ningún concepto de carga.

Pese a la normativa del Código Civil, la doctrina suele dejar en este tema, es decir en el de la delimitación del concepto de carga, un amplio margen a la subjetividad, atendiendo a la imposibilidad de reducir el ente familiar a un criterio único y estandar. Subjetividad que todavía alcanza mayores cotas, cuando se trata de cuantificar el gasto con el fin de someterlo o no, al régimen de las cargas.

El campo normativo a partir del cual se puede extraer el concepto de carga desde el punto de vista objetivo viene conformado por un lado, por las normas que regulan la obligación de alimentos (38) y, por el otro, por el de las reglas específicas del régimen económico.

Superponiendo el art. 142 del Código que especifica el concepto de alimentos, con el 1362, también del Código que aunque situado en régimen de gananciales es el precepto que la doctrina toma como referencia para establecer el contenido de las cargas, el resultado que se obtiene es el siguiente: son cargas las necesidades de sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción, gastos de embarazo y parto, así como las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia (39) (40).

El componente de subjetividad, al que hace un momento hacíamos referencia, se tiene en cuenta en un doble sentido. Ya hemos dicho que sirve para delimitar la cuantía del gasto y en función de éllo el carácter, o no, de carga de la necesidad a satisfacer, pero sobre todo sirve para delimitar dos tipos de necesidades imponiendo a su vez dos diversos regímenes de responsabilidad. Nos referimos a las necesidades ordinarias en contraposición a las extraordinarias determinantes, en el Código que no en el Proyecto de reforma, de un tipo de responsabilidad subsidiaria a cargo del cónyuge no contratante.

(38) Badosa Coll, Fernando, *op. y loc. cit.* pág. 399.

(39) La doctrina se ha planteado si las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia, forman parte del concepto de cargas en cualquier régimen económico o sólo en el de gananciales (recuérdese que el art. 1362) es un artículo de gananciales). Para Badosa Coll. *F. op. y loc. cit.* pág 399, los gastos de previsión son cargas en cualquiera de los regímenes económicos.

(40) En el concepto de cargas de la familia suele incluir la doctrina también, las cargas fiscales y más concretamente, el impuesto sobre la renta. Para este tema véase Miralles González, Isabel en *op y loc. cit.* pág. 21.

En efecto, el Código Civil aísla, diferenciándolas, un tipo de deudas que son aquellas que se contraen, obviamente para satisfacer necesidades, en ejercicio de lo que se viene en llamar potestad doméstica. En un afán de síntesis y evitando el discurso histórico por el que obtendríamos con más precisión el concepto de “deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica” (41), y puesto que es conocido por todos, me limitaré a establecer la equivalencia. Deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica equivale a gastos ordinarios o si se quiere necesidades ordinarias de la familia.

Para simplificar, la potestad doméstica, a pesar de que como criterio diferenciador de las necesidades ordinarias de aquellas necesidades que no lo son, puede resultar un tanto impreciso, convendría objetivarlo lo más precisamente posible por las consecuencias que dicha diferenciación tiene legalmente adjudicadas. Si se presta atención a preceptos como el 1440,2, el 1319, el 83 o el 102,2 se observará inmediatamente el diverso régimen de responsabilidad de los cónyuges según se trate de deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica o en la realización de gastos extraordinarios con el fin de levantar las cargas del matrimonio.

Hasta aquí, un resumen rápido de los conceptos básicos en materia de cargas según la dinámica del Código ya que hubiera sido imposible, o muy difícil, deducirlos de las normas proyectadas. A partir de ahora intentaremos abordar el régimen jurídico de la contribución a las cargas tal como aparece en el texto proyectado.

En el Proyecto de Reforma de la Compilación y por lo que al tema que nos ocupa se refiere se incluyen dos normas que, leídas de pasada, no plantean problemas, pero que leídas con atención producen, por lo menos a mí, una cierta extrañeza.

Estas reglas son: dos formuladas expresamente y otra que, conectada a una de ellas, se halla enunciada de forma implícita. La primera establece que “cada cónyuge responderá con sus bienes propios del cumplimiento de las obligaciones que hubiese contraído. Sin embargo de las causadas por el levantamiento de las cargas del matrimonio será subsi-

(41) Véase Lacruz Berdejo, José Luís, *Elementos de derecho civil IV. Derecho de Familia*. Barcelona 1982, págs. 114 y 115; García Cantero, Gabriel en “Notas sobre el régimen matrimonial primario” en *Documentación Jurídica*. Volumen, I, págs. 229 a 312. Cit. pág. 305.; Badosa Coll, F. en *op. y loc. cit.* ; pág. 399. En cuanto a la distinción entre uno y otro tipo de gastos fuera de España, véase por ejemplo Raucent, Leon *Les régimes matrimoniaux (loi du 14 juillet 1976) et formules d'application*, 2 edc. Bruxelles, 1978. Cit. pág. 42.

riamente responsable el otro cónyuge”. Expresamente se establece la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante por las deudas que el otro hubiese asumido en la actividad encaminada al levantamiento de las cargas. La disposición que se halla ímplicita es la que ignora, y por lo tanto prescinde, de la distinción entre deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica y las demás, al establecer la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante. (artículo 3, nº 4 del Proyecto).

La tercera regla se halla enunciada en el nº 1 del artículo 4 y establece que “los bienes propios de cada cónyuge estarán afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio”. Claramente se dispone una afectación de los patrimonios de los cónyuges al levantamiento de las cargas.

Empezaremos por comentar esta última de las reglas enunciadas.



2.1.2. *La afectación de los patrimonios de los cónyuges al levantamiento de las cargas.*

La pregunta que creo que hay que hacerse al enfrentarnos con la regla transcrita de afectación patrimonial del art. 4, nº 1 es la siguiente: esta es una norma de terceros o no lo es. Es decir la afectación patrimonial afectada de alguna manera a los acreedores de las obligaciones que los cónyuges hubiesen contraído en el levantamiento de las cargas o su función es otra.

Se ha dicho (42) que la afectación de patrimonios a las cargas matrimoniales significa la rotura del principio de responsabilidad individualista del art. 1911 del Código Civil según el cual cada uno debe financiar sus propias necesidades con sus propios recursos para llegar a una situación en la que es indiferente quien sea el titular del patrimonio así como quien sea el titular de la necesidad a satisfacer. La afectación supone pues, que una masa patrimonial (conformada por la suma ideal de dos masas) de la que en este caso hay dos titulares, ha de satisfacer todas las necesidades de cualquiera de los miembros de la familia siempre que se trate de cargas del matrimonio.

(42) Cfr. Badosa Coll, Fernando. *op. y lic. cit.*; pág. 405. De Los Mozos, José Luis, *op. y loc. cit.*; pág. 107; Lacruz Berdejo, José Luís, *La potestad doméstica de la mujer casada*, Barcelona, 1963.

El mismo autor se formula la siguiente pregunta. ¿cómo se traduce en el campo del derecho civil el concepto de adscripción patrimonial?. Pregunta a la que responde diciendo que “el concepte d’adscripció patrimonial elimina o enclou l’aplicació del principi d’enriquiment sense causa en qualsevulla de les seves manifestacions tècniques: quasicontracte, obligació de reembossament, subrogació en lloc del creditor.” (43).

Yo entiendo que el sistema de financiación de las cargas es colectivo y que por lo tanto no se dá ningún tipo de reciprocidad entre el titular de la necesidad y el titular del patrimonio que por disposición legal ha de cubrir dicha necesidad. Efectivamente en esta materia no rige el principio individualista del art. 1911 del Código Civil. Ahora bien, una cosa es que las cargas impongan por su peculiar naturaleza un sistema específico de financiación y otra cosa es que sea necesario establecer la afección de los patrimonios de cada uno de los cónyuges.

Es más, ¿la afección es absoluta o la afección de los bienes es proporcional a la aportación que cada cónyuge deba realizar?, que según dispone el ya citado precepto del Proyecto, será la que se establezca por pacto o en defecto del mismo la contribución será proporcional.

Por lo que parece, la idea de afección patrimonial quiere decir que al margen de quien sea el miembro de la familia al que se le suscite la necesidad, cualquiera de los cónyuges como titulares de los patrimonios afectados deberán asumir la deuda por la que se satisfaga la necesidad. Y según el autor citado será indiferente que el gasto a realizar supere o no la fijada contribución de cada cónyuge, ya que si lo superase no cabría acción de reembolso. Denotando por tanto un especial régimen de solidaridad frente a los miembros de la familia acreedora de las necesidades.

Desde esta perspectiva la afección de patrimonios sólo es contemplada como una regla de funcionamiento interno. Es decir, sólo pretende resolver los problemas de financiación que en el orden interno se susciten. Los patrimonios de los cónyuges, en principio cada uno en la proporción establecida, pero sin que é llo llegue a ser un obtáculo, han de cubrir necesariamente las distintas necesidades que en cuanto cargas, se susciten a cualquiera de los legitimados para ser beneficiarios: cualquiera de los dos cónyuges, los hijos comunes y los de uno sólo de los cónyuges cuando conviva con él.

(43) Cfr. Badosa Coll, Fernando, *op. y loc. cit.* pág. 407.

Después veremos como funciona esta norma de afección en las relaciones de los cónyuges con terceros, pero antes tal vez convenga que nos planteemos, aunque sea brevemente, la utilidad de dicha afección sobre todo en un régimen como el de separación de bienes.

Esta regla de afección patrimonial, quiérase o no, a lo que tiende es a crear una masa patrimonial que tenga como función la de atender a las necesidades familiares. En definitiva un tercer patrimonio. Y esto, quiérase o no también, choca en gran manera con el régimen de separación. Lo cual no quiere decir que no sea laudable en cuanto facilita las relaciones contables de los propios cónyuges así como las relaciones de éstos con los terceros. De esto trataremos a continuación.

2.1.3. La responsabilidad de los cónyuges por las deudas contraídas en el ejercicio de las actividades encaminadas al levantamiento de las cargas del matrimonio

La otra norma a la que hace un momento aludíamos es una norma de responsabilidad y viene formulada en el nº 4 del artículo 3 del Proyecto de Reforma.

En el citado nº 4 del art. 3 se dispone, como se recordará, que “cada cónyuge responderá con sus bienes propios del cumplimiento de las obligaciones que hubiere contraído. Sin embargo, de las causadas por el levantamiento de las cargas del matrimonio será subsidiariamente responsable el otro cónyuge”.

A pesar de la técnica de redacción utilizada, en este número se dicen tres cosas: primera, que el deudor responde de sus deudas con su patrimonio. Segunda, que de las deudas contraídas en el ejercicio de la actividad encaminada al levantamiento de las cargas, responde con su patrimonio el cónyuge que ha contraído la deuda. Tercera, que de estas mismas deudas responde siempre subsidiariamente el otro cónyuge.

Respecto a la primera nada tengo que decir, se ha optado por el legislador por reproducir la regla de responsabilidad universal del deudor en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Se ha reproducido el art. 1911 del Código Civil según el cual “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros”.

Sí tiene más interés, como objeto de comentario, la segunda y la tercera de las disposiciones enunciadas. La segunda establece exactamente

lo mismo que la primera sólo que reduciendo su ámbito de operatividad al considerar que el cónyuge contratante responde de manera principal del cumplimiento de las deudas contraídas por el levantamiento de las cargas. Esta es una afirmación que no tiene otra función que la de dar entrada a la tercera: de estas mismas deudas responde subsidiariamente el otro cónyuge, o sea, el cónyuge no contratante.

A continuación nos ocuparemos de la regla por la que se establece la responsabilidad de los cónyuges por las deudas contraídas para el levantamiento de las cargas, tanto en su expresión de responsabilidad principal como subsidiaria. Y ésto en una doble vertiente: por un lado analizaremos la norma en sí misma, considerada y en relación al Código civil y, por otro lado trataremos del tema de la responsabilidad subsidiaria en sus semejanzas con la responsabilidad solidaria.

Conviene recordar que por cargas del matrimonio se entiende todos aquellos gastos que necesariamente se han de realizar con el fin de atender a las necesidades de la familia (44). Pues bien, el Proyecto de Reforma de la Compilación hace responsables del cumplimiento de las obligaciones contraídas para dar satisfacción a estas necesidades, a los dos cónyuges. Al contratante, como obligado principal y al otro cónyuge de forma subsidiaria.

En este punto el Proyecto se aparta notablemente de lo legislado en esta materia en el Código Civil. Y se aparta al obviar una distinción esencial: la que en el Código se establece entre cargas en general y lo que, como ya hemos visto (45), se llaman deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica. Diferencia que como también anticipamos, no es sólo conceptual sino que es de una importancia sustantiva por cuanto determina un tipo de responsabilidad cuantitativamente y cualitativamente diferente en el cónyuge.

En efecto, el art. 1440, 2º del Código, precepto situado en el Capítulo IV, titulado "Del régimen de separación de bienes", después de repro-

(44) Para este tema puede verse además de las obras ya citadas Giménez Duart, Tomás, "Cargas y obligaciones del matrimonio" en *Revista de Derecho Privado*, junio 1982, págs. 542 a 555, y en "Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981" en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre 1986, págs. 1020 a 1041. Rebolledo Varela, Angel Luís, op. y cit. págs. 369 a 394; Rueda Pérez, Manuel Angel y Rueda Pérez, José M^a: "Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del C.c. de 13 de mayo de 1981. R.D.P. 1982.

(45) Véase nota 38.

cir la regla de responsabilidad universal al decir que “las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad”, indica que “en cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1319 y 1438 de este código”.

La remisión que el art. 1440 hace al art. 1438 nos parece, dicho sea de paso, de lo más desafortunada, por cuanto el art. 1440 trata de la responsabilidad frente a terceros y el 1438 pretende regular la forma de la contribución a las cargas en la esfera interna; a parte de referirse a las cargas y no a las deudas domésticas. Sin embargo sí nos parece más oportuna la remisión que se hace en favor del art. 1319 del Código. Dicha remisión indica que las deudas domésticas a que se refiere el artículo 1440 son los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia... “conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma” (art. 1319, 1º). La citada remisión permite asimismo deducir, que la responsabilidad de ambos cónyuges por este tipo de deudas es la siguiente: principal, la del cónyuge que asume la deuda y, subsidiaria la del otro cónyuge, en caso de incumplimiento del cónyuge contratante (art. 1319,2).

Desde el punto de vista de la responsabilidad el trato es obviamente diferente según el tipo de gasto. Sólo hay comunicación de responsabilidad al cónyuge no contratante cuando el gasto es ordinario; en otro caso, es decir, cuando el gasto es extraordinario sólo hay responsabilidad para el cónyuge contratante. (46).

La diferencia entre el Código y el Proyecto de Reforma de la Compilación en este punto concreto podría enunciarse de la siguiente manera: mientras que en el Código, como acabamos de ver, sólo responde el cónyuge no contratante, aunque subsidiariamente, si la deuda forma parte del ámbito propio de actuación de la potestad doméstica, en el Proyecto de Reforma, se produce un agravamiento de la responsabilidad del cónyuge no contratante, ya que se le hace responder subsidiariamente de todo tipo de deuda de las que se contraen para atender las necesidades de la familia sin distinguir según sean ordinarias o extraordinarias.

Llegados a este punto, intentaremos analizar el porqué de esta diferente regulación, cuando la tónica seguida en la Reforma es convergente

(46) Díez Picazo, Luís en *op. y loc. cit.* 1504 entiende que en el art. 1319 se hacen responder los bienes comunes “porque el acto encaminado a atender las necesidades ordinarias de la familia se parangona con el acto de levantamiento de las cargas del matrimonio”.

con respecto al Código, y trataremos a continuación de la viabilidad de la Reforma en este concreto aspecto.

Con respecto al posible porqué de dicha regulación, inicialmente cabrían dos respuestas: la primera, pensar que en la elaboración del Proyecto de reforma se ha desconocido involuntariamente dicha distinción entre ambos tipos de gastos y en definitiva entre los dos tipos de deudas. Pero esto es impensable dado que se trata de una distinción que no sólo recoge el Código civil, como ya se ha visto, sino que se aprecia en códigos como el francés (47), pero que además reconoce y fomenta la doctrina de los distintos países. Y la segunda, que con toda seguridad es la acertada, que conociendo la distinción y en aras de una mayor concreción y claridad, se ha optado por gravar al cónyuge no contratante con una mayor responsabilidad, lo cual beneficia a los acreedores, dándoles una mayor seguridad, al hacer que responda subsidiariamente de cualquier deuda de aquellas que se contraen en atención a la necesidades de la familia, sin hacer distinción alguna en la calidad y cantidad del gasto.

Nosotros creemos, en línea de principio, que en el Proyecto de reforma se puede contemplar el tema de la responsabilidad del otro cónyuge de la manera que se estime oportuna, pues no parece haber ninguna limitación de peso para éllo. En efecto, creemos que la responsabilidad del cónyuge no contratante tanto se puede agravar como disminuir como incluso hacerla desaparecer, pero siempre desde una óptica competencial. Ahora bien lo que resulta más dudoso es que esta agravación de responsabilidad, en la medida en que suponga una cierta contradicción con preceptos de necesaria aplicación en Baleares, pueda viablemente establecerse. Pero hay que tener en cuenta además otro aspecto. Y es que una vez más se va haciendo comunitario un régimen económico que por definición es todo lo contrario, un régimen de separación, tanto de patrimonios como de responsabilidades. A continuación nos ocuparemos de estos aspectos, empezando por el de la viabilidad de la regla comentada.

(47) No obstante hay aspectos que necesariamente han de ser regulados de forma homogénea. Así todo aquello que atañe a los aspectos registrales que puedan derivarse como consecuencia del divorcio, la nulidad o simplemente la separación. Véase Isac Aguilar. Antonio, "Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: el uso de la vivienda conyugal" en *Rev. Crítica de Derecho inmoviliario*, nº 577, noviembre-diciembre 1986, págs. 171 a 1734.

Para un estudio de los artículos 102 y 103 del Código en materia de medidas provisionales puede verse Herrero García, María José, "Las medidas provisionales en la crisis matrimonial" en *Rev. de Derecho Notarial*, 1982, I págs. 144 a 252.

Hasta ahora, la distinta regulación que el Código civil y el Proyecto contienen en materia de responsabilidad del cónyuge no contratante, ha sido vista en una situación de constante matrimonio. Situación en la que, de entrada, no se observa problema alguno. Sin embargo el tema se complica, cuando el deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio se plantea una vez se ha producido la separación, la nulidad o el divorcio del matrimonio. Desde este punto de vista nos hemos de ocupar ahora de cuál es la normativa aplicable en Mallorca. Si lo son las normas del Código civil en su conjunto o sólo en la medida en que no sean contradictorias con las proyectadas en la Reforma, de acuerdo con el principio establecido en el párrafo tercero del artículo primero del Proyecto y de acuerdo con el párrafo primero del artículo 13 del Código civil. El primero al disponer que “en defecto de leyes y costumbres del Derecho balear se aplicará supletoriamente el Código civil y demás leyes civiles estatales cuando sus normas no se opongan a los principios de su Ordenamiento jurídico”. El segundo de los artículos citados, al fijar como excepción del carácter imperativo del título IV del libro I del Código, “las normas de éste último relativas al régimen económico matrimonial” (48).

La falta, tanto en la Compilación como en el Proyecto de una regulación específica de la nulidad, separación o divorcio (regulación cuya viabilidad discutida no parece ser posible (49)) implica, además de que así lo dispone el citado art. 13,1 del Código, que haya que acudir al Código como ley aplicable para la regulación de este tipo de situaciones. Necesariamente hay que acudir al Código para resolver los derechos y obligaciones de los cónyuges y los hijos en caso de que medie una situación de separación, nulidad o divorcio.

El Código civil, obviamente contiene en materia de nulidad, separación y divorcio, disposiciones que afectan al régimen económico que tuvieran los esposos constante matrimonio. Disposiciones que inicialmente, según acabamos de ver señala el art. 13,1 del Código civil, no son de necesaria aplicación en Baleares; es más, si sólo tuvieramos en cuenta al art. 13,1 habría que decir que en Baleares dichas disposiciones deberían

(48) En efecto el art. 13, párrafo primero del Código civil dice que: Las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título IV del libro I, con excepción general y directa en toda España.

(49) Sí las hay sin embargo en el artículo 66 del Proyecto referido a aspectos concretos para la isla de Ibiza, en el cual se establecen ciertos efectos del divorcio respecto a los capitulos matrimoniales, así como respecto a la dote.

ser totalmente ignoradas. Ahora bien, veamos concretamente en el caso que nos ocupa, esto es, en materia de levantamiento de cargas, como habría que resolver la situación creada por la sentencia de separación, nulidad o divorcio, en Baleares.

En los artículos 90,C y 91 del Código civil, en el primero de forma voluntaria, en el marco del convenio regulador y, en el segundo por imperativo legal y en el marco de la sentencia, se establece, como objeto de necesaria referencia, la necesidad de determinar de qué forma los cónyuges han de seguir contribuyendo al sostenimiento de la familia dando cumplimiento a la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas. Por lo tanto, la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio deviene exigible aún después de disuelto o anulado el matrimonio. Parece ser que esta idea ha de ser igualmente aplicable en Baleares; es decir, también aquí los cónyuges continuarán obligados al levantamiento de las cargas aún después de que haya desaparecido la situación de convivencia. Recuerdese que el criterio que hemos utilizado para determinar la exigencia de este deber es el de la matrimonialidad de las personas. Matrimonialidad no necesariamente de presente.

A los dos preceptos ya citados hay que añadir uno nuevo. El art. 103,3.º en el que se establece, que el juez, y como una de las medidas provisionales a adoptar, fijará la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio.

Pero junto a este grupo de preceptos que inciden en la esfera de la exigibilidad del deber de los cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas, hay otro grupo de preceptos que se fijan en el ámbito de la responsabilidad de los cónyuges por las deudas contraídas en el ejercicio de su deber, pero particularmente de las deudas que han sido contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica. Nos estamos refiriendo a los artículos 83 y 102,2.º, 2 del Código. En ambos casos se considera como un efecto de la sentencia de separación (art. 83) y en cualquier caso como efecto de las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, la desvinculación de los bienes del cónyuge no contratante para el caso de la responsabilidad por deudas del cónyuge contratante cuando las deudas tienen como objeto gastos ordinarios: O sea, se produce la desvinculación cuando el cónyuge contratante actúa en el ejercicio de la potestad doméstica.

En resumen, en el Código civil, tras la separación, nulidad o divorcio, si bien los cónyuges continúan "obligados" al levantamiento de las cargas, dejan de responder mutuamente en caso de incumplimiento tan-

to por lo que se refiere a las cargas en general, porque nunca lo estuvieron, como –y ésta es la particularidad– por lo que a las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica se refiere. En definitiva, cesa la responsabilidad, aunque sea subsidiaria, del cónyuge no contratante.

En el Proyecto de Reforma, por el contrario, constante matrimonio la responsabilidad del cónyuge no contratante es exigible en el supuesto de incumplimiento de cualquier tipo de deuda, de aquellas que integran la categoría de cargas del matrimonio.

Comparando los dos regímenes de responsabilidad, el del Código y el del Proyecto, se puede afirmar que si bien dichas regulaciones no se basan propiamente en principios contradictorios, sí que evidencian diferencias de cierta importancia por lo que al ámbito de la responsabilidad por deudas se refiere. Diferencia que, insistimos, viene marcada por la distinción que el Código civil, al igual que otros ordenamientos, recoge entre los dos ya señalados tipos de gastos: los ordinarios (deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica) y los extraordinarios (gastos necesarios pero de carácter extraordinario).

Si como hemos visto, constante matrimonio se aprecia entre el Código y el Proyecto una importante diferencia, cabría plantearnos ahora, cuál es el régimen de responsabilidad por levantamiento de las cargas, en el Proyecto tras una sentencia de nulidad, separación o divorcio.

En el Proyecto, obviamente, no se hace mención alguna a cuál ha de ser el régimen de responsabilidad de los cónyuges cuando cumpliendo con su obligación de levantar las cargas contraigan deudas con terceros ajenos a los cónyuges. Ante esta falta de regulación específica, hemos visto como el párrafo tercero del artículo primero del Proyecto realiza una remisión al Código civil, siempre que la regulación de éste no se oponga a los principios del Ordenamiento balear. También hemos visto como el Código civil en el artículo 13,1 remite a los distintos ordenamientos especiales la regulación de los aspectos de régimen económico que tengan relación con los temas tratados en el título IV del libro I. Este cruce de remisiones tiene un criterio de solución que hay que hallar en el carácter contradictorio, o no, de las disposiciones del Código con los principios compilados o más concretamente, con los principios proyectados.

Primera posibilidad: los principios que inspiran uno y otro texto son contradictorios en la medida en que el régimen de responsabilidad se asienta en una distinción entre gastos ordinarios y extraordinarios que es desconocida en el Proyecto. En este caso cabría afirmar que no hay ley

aplicable en Baleares que regule el tema de las cargas tras la sentencia de separación nulidad y divorcio, lo cual resulta bastante absurdo.

La segunda posibilidad pasa por entender que no hay contradicción alguna entre ambos textos, el del Código y el Proyecto, negando que la citada distinción afecte a los principios que inspiran ambos ordenamientos. Principios que en situaciones de crisis matrimonial resueltas o en trance de serlo, ya no serán el de protección a la familia sino de protección a los hijos y al cónyuge más necesitado. Principios que, sin ninguna duda, han guiado la regulación del Código en esta materia y están en la base de la del Proyecto.

Pero la primera posibilidad puede plantearse no como una contradicción de principios sino como una contradicción en la concreción normativa de estos principios en cuyo caso aparece igualmente un vacío normativo que hay que llenar.

Acudir al Código civil con el fin de resolver el tema de la contribución a las cargas y el consiguiente régimen de responsabilidad no deja de plantear problemas de coordinación y por tanto de respuesta lógica y coherente a dichos problemas. Si se acude al Código, en Baleares, en una situación de crisis matrimonial, se produciría la desvinculación de los bienes del cónyuge no contratante, por lo tanto dejaría de responder subsidiariamente de las deudas que el otro cónyuge hubiese contraído en el ejercicio de la potestad doméstica, pero, ¿respondería por las demás?. Piensese que se trata de armonizar dos tipos de soluciones diferentes: por un lado una responsabilidad subsidiaria, pero absoluta por cualquier tipo de deuda contraída para levantar las cargas del matrimonio y por otro lado una disposición, la del Código, por la que se suprime la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante pero sólo para el caso en el que éste responde de este tenor, sólo cuando se trata de gastos originarios. Pero dicho esto, es evidente que en Baleares, el cónyuge no contratante no puede quedar desvinculado para un tipo de deudas, que son en cualquier caso las que sí puede justificar la vinculación, y quedar vinculado por el resto.

Es evidente que el Código no puede aplicarse en estos términos porque la normativa del Código queda totalmente desvirtuada por la mixtificación de normas de ambos textos. El Código parte de una situación en la que los cónyuges son sólo responsables de las deudas que contraigan por su cuenta, aunque sean de interés para la familia, y sólo y, con carácter excepcional, se produce una comunicación de responsabilidad del cónyuge contratante hacia el otro. Responsabilidad subsidiaria que de-

saparece cuando cesa la situación de convivencia que la justifica.

Es impensable pues que pueda aplicarse en Baleares de forma fragmentaria la normativa del Código, cuando, como se ha visto el esquema proyectado de funcionamiento de las cargas es otro.

Por lo tanto habrá que intentar una interpretación superadora de las irregularidades que el tema nos plantea tal como hemos ido exponiendo. El resultado de esa interpretación lleva a unas consecuencias tajantes. En Baleares, tras una sentencia de nulidad, separación o divorcio, el cónyuge no contratante queda desvinculado por los gastos hechos por el otro cónyuge para el levantamiento de las cargas en su globalidad sin hacer distinción alguna entre gastos ordinarios de la familia y aquellos que son extraordinarios, hechos, como no, en interés de los hijos y con el fin de dar cumplimiento al deber de los cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas.

Tal vez sería conveniente, en evitación de este tipo de problemas, que el Proyecto se modificara en este punto. Es decir, tal vez fuese oportuno que se introdujera la distinción entre ambos tipos de gastos. Ello, no sólo con la finalidad de coordinar las normas del Código civil y de la Compilación para así poder afrontar el problema que se suscita en una situación de crisis matrimonial, sino sobre todo para restar un grado más de comunidad al proyectado régimen de separación, pues como hemos visto, en el Proyecto se agrava esta situación de comunidad al hacer responsable al cónyuge no contratante en mayor grado que en el Código civil, cuando no creemos que haya motivo que justifique dicha agravación.

Dado un paso más, esto es, pensando que en el Proyecto la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante quedara reducida a sus límites exactos, o sea, al de las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica, veámos ahora, cómo se articula este tipo de responsabilidad y cuál es la función que cumple respecto a los acreedores de las mencionadas deudas.

2.1.3.1 Ambito y función de la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante

Otro de los temas que queremos abarcar en este comentario es, como ya hemos anticipado, el del carácter subsidiario de la responsabilidad del cónyuge no contratante por las deudas contraídas por el otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (Código civil) y en la actividad enca-

minada al levantamiento de las cargas (proyecto de reforma de la Compilación).

El interés por este tema, de por sí complejo, viene marcado por dos tipos de factores. Por un lado, por la falta de regulación específica de que es objeto en nuestros textos legales la institución de la subsidiariedad. Por otro lado, y, dada la influencia que en las últimas reformas del derecho de familia ha tenido la propia reforma de la legislación francesa (50), extraña que se haya optado por una responsabilidad subsidiaria y no de tipo solidario, tal como se dispone en el texto galo (51).

Empezaremos por el primero de los temas apuntados, aunque hay que advertir que lo haremos brevemente pues tampoco constituye objeto específico de este comentario el llevar a cabo una reconstrucción del régimen de subsidiariedad, figura que sólo nos preocupa en tanto constituye uno de los tipos de responsabilidad en el régimen de separación de bienes.

Prescindiremos de las diferencias entre el Código y el Proyecto por lo que a la distinta cualidad de las deudas que motivan la responsabilidad subsidiaria se refiere, para ocuparnos en términos generales de dibujar los límites de dicha responsabilidad.

Recuérdese que el artículo 1319 del Código, precepto al que se remite el artículo 1440 del mismo establece que de las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda, y subsidiariamente los del otro cónyuge. A pesar de que este artículo no consideramos que sea aplicable en un régimen de separación, aunque haya además patrimonio común, lo destacable de este precepto es que establece la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante. Por su parte el n.º 4 del artículo tercero del Proyecto, con mayor propiedad que el Código dicho sea de paso, fija, como se recordará, que de las deudas "causadas por el levantamiento de las cargas del matrimonio será subsidiariamente responsable el otro cónyuge". En uno y otro caso pues, se marca una responsabilidad subsidiaria. En el Código civil, ésta se refiere a patrimonios, en el Proyecto a los deudores.

(50) García cantero op. y loc. cit.

(51) Véase Marty, Gabriel y Raynaud, Pierre en *Les régimes matrimoniaux*. París 1986, pág. 32, 33 y 34.; Cornu, Gerad, *Les régimes matrimoniaux*, París 1974, págs. 99, 100 y 101.

La doctrina apenas presta atención al tema de la subsidiariedad y es lógico, pues se parte de una idea más o menos vulgarizada según la cual lo subsidiario es sinónimo de lo secundario (52), idea, que aplicada a la noción de responsabilidad indica una diferencia de grado en la obligación.

Sin embargo, creo que el tema no se agota con una remisión al carácter secundario de la vinculación sino que es necesario articular el mecanismo por el que la subsidiariedad entra en juego. Desde esta perspectiva se muestra como imprescindible fijar el momento del nacimiento de la obligación subsidiaria así como el de su exigibilidad. Según como se resuelvan estos temas, se podrá dar respuesta a las diferentes cuestiones que se puedan ir planteando tales como la posibilidad de excepcionar el cumplimiento por parte del deudor subsidiario o la viabilidad o no de la acción de impugnación del negocio celebrado por el obligado principal.

Como dato a tener en cuenta para el estudio del régimen de la subsidiariedad hay que recordar, aquel que viene dado por el rechazo expreso por parte del legislador del régimen de la solidaridad aplicado a la obligación del cónyuge no contratante. En efecto, si se excluye, como hemos visto, el carácter solidario de tal responsabilidad es porque implícitamente se rechaza el planteamiento formal de la solidaridad. Esto es, que se trate de una sólo obligación con pluralidad de sujetos deudores. Consecuencia de lo anterior, es que la obligación del cónyuge contratante y la del otro cónyuge no constituyen una única obligación sino que suponen la existencia de dos obligaciones independientes.

Por lo que al régimen jurídico de la obligación subsidiaria se refiere, son pocos los datos que el Código civil suministra para su construcción. Apenas tres o cuatro preceptos reproducen de forma directa la expresión responsabilidad subsidiaria. El art. 1302 del Código civil al considerar como legitimados para ejercitar la acción de nulidad, habla de "los obligados principal o subsidiariamente". El art. 1196 del CC, al establecer como requisito de operatividad de la compensación, que los obligados los estén principalmente, contraponiendo por lo tanto la idea de obligado principal a la de subsidiario. El art. 1197 del CC, al considerar al fiador como obligado no principal, le excluye de la regla sentada en el artículo anterior, o sea en el 1196. Para terminar esta breve relación de preceptos que de alguna forma se refiere a los obligados subsidiarios, cabe citar también al art. 1826, según el cual aparece con toda claridad que el

(52)Un estudio completo de la subsidiariedad aunque referido específicamente a la obligación del fiador, véase Casasnovas Mussons, Anna en *La relación obligatoria de fianza*. Barcelona, 1984. En particular, págs. 14, 15, 16, y 17.

fiador no es un deudor principal, sino un deudor subsidiario a no ser que expresamente se constituya la fianza con caracter solidario.

Tal vez sea una conclusión un tanto apresurada, pero, intuyendo las particularidades del régimen subsidiario de la obligación, que sin ir más lejos evidencia el citado art. 1196, y en base a la escasez de datos que el Código suministra para la construcción de una teoría de la obligación subsidiaria, no nos parece descabellado recurrir al régimen de la fianza para dar respuesta a las diferentes cuestiones que en materia de responsabilidad subsidiaria por el levantamiento de las cargas del matrimonio se vayan suscitando.

A lo largo de las páginas que en este comentario hemos dedicado al tema de las cargas hemos distinguido, siguiendo la dualidad de disposiciones reflejadas en los dos textos, entre las normas de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones contraídas para el levantamiento de las cargas del matrimonio y las normas por las que se sujetan los bienes de los cónyuges al levantamiento de dichas cargas.

Asumiendo dicha distinción, planteábamos, no obstante, nuestras dudas en torno al hecho de que dicha separación pudiera en realidad mantenerse con claridad en la práctica. Y en efecto, continuamos pensando que por muchos esfuerzos que se hagan por limitar el tema de la sujeción patrimonial al ámbito interno de los cónyuges y por dejar las normas de responsabilidad para las relaciones con terceros, la dicha separación no se consigue.

En efecto, esta tendencial separación que con toda nitidez refleja el Proyecto en los artículos 3 y 4, en los números 4 y 1 respectivamente, queda mucho más difuminada en el Código, por cuanto continuamente se alude a la vinculación de patrimonios tanto para referirse a situaciones de responsabilidad para con terceros (arts. 102,2,2º; 83,1219 del Código), como para garantizar el deber de los cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1218 del Código civil).

Y realmente, dejando de lado la particularidad que representa el diferente grado de responsabilidad de cada cónyuge según se trate de gastos ordinarios o extraordinarios, lo cierto es que la sujeción absoluta de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas puede dejar sin sentido el esquema inicial de responsabilidad. La razón es evidente. Cualquiera de los cónyuges se ve obligado a contratar cuando aparece una necesidad a satisfacer y por lo tanto, se ve obligado a asumir la deuda y éllo al margen de cuál sea su contribución a las cargas en la esfera inter-

na. El mismo esquema funciona, cuando la deuda ya ha sido contraída. Pues la insolvencia del cónyuge contratante no puede dejar sin satisfacción la necesidad que se haya generado y que necesariamente, si ésto es posible, ha de ser satisfecha. En este caso parece evidente que, con el fin de satisfacer la necesidad, el cónyuge no contratante habrá de responder de la deuda ajena, sólo que en este caso extremo, no lo hará en calidad de responsable de deuda ajena sino de deuda propia. Esta es la función, seguramente prevista, de la norma por la que se sujetan los bienes de los cónyuges, sea el régimen económico que sea, al levantamiento de las cargas.

En definitiva, la existencia de cargas del matrimonio implica que éstas han de ser satisfechas por cualquiera de los cónyuges, y ésto a pesar de que su contribución esté fijada en línea de principio, en una cuantía proporcional a sus posibilidades. Pero es que además, la idea de satisfacción supone que en caso de incumplimiento por uno de los cónyuges el otro deba asumir la deuda y por lo tanto responder de élla.

Por todo ello, podemos concluir afirmando que las normas de responsabilidad pretenden ordenar inicialmente las respectivas responsabilidades de los cónyuges, pero en última instancia el criterio que rige es el de la responsabilidad solidaria de ambos cónyuges. Responsabilidad que viene prefigurada a partir de los conceptos de sujeción y vinculación patrimonial.

2.2 La limitación a la facultad de disponer sobre bienes propios por uno de los cónyuges: el consentimiento del cónyuge no titular

El otro aspecto comunitario del régimen de separación viene de la mano de un precepto por el que se limita el principio de autonomía patrimonial de los cónyuges, al establecer la necesidad de que el cónyuge no titular preste su consentimiento para todos aquellos actos de disposición que el cónyuge titular pretenda realizar sobre la vivencia familiar así como sobre los muebles de uso habitual por la familia (53).

En efecto, la autonomía patrimonial de los cónyuges que ha definido tradicionalmente el régimen de separación cede en el diseño del legisla-

(53) Por lo que a la determinación de lo que significa muebles del hogar familiar, véase Quilez Estremera, Martín A. en "La libertad capitular y los artículos 1328, 1320 y otros del Código civil" en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1982, págs. 361 a 427, Cit. pág. 380.

dor, cuando lo que está en juego por lo actos de disposición de uno o de ambos cónyuges es el bienestar y la seguridad de la familia (54).

En evitación de posibles perjuicios para la familia, ya hemos visto como el Código civil, en lo que se ha venido en llamar régimen económico primario (55), arbitra una serie de medidas tendentes a imposibilitar que el ejercicio ilimitado de aquellas facultades inherentes al dominio, o más concretamente, de las facultades que comporta la titularidad de derechos sean reales o de crédito, pueda poner en peligro una institución como la familia. Institución que es objeto de protección tanto en la esfera económica como en la jurídica, por parte de la Constitución (art. 39, 1 C.E.).

En el epígrafe anterior nos hemos referido a algunas de estas medidas. En particular, aquella que impone a los cónyuges el deber de contribuir en la cuantía que se estime oportuna, al levantamiento de las cargas familiares. Ahora nos ocuparemos de otra de estas medidas de protección a la familia aunque no deja de estar relacionada con la que acabamos de citar. Se trata, como ya hemos anticipado, de la necesidad de que el cónyuge no titular, o en su defecto el juez, preste su consentimiento a fin de que los actos de disposición que sobre los muebles o sobre la vivienda habitual de la familia (56) que pueda realizar el cónyuge titular, gocen de plena eficacia.

2.2.1 *La formulación de la limitación a la facultad de disponer en el Proyecto de Reforma y en el Código civil*

Esta limitación a la facultad de disponer aparece por primera vez en el Código civil por obra de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y se materializa en el art. 1320 al establecer que: "para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en

(54) En este sentido se define Díez Picazo, Luis en *op. y loc. cit.* Comentario al art. 1320 del Cc., pág. 1506.

(55) Véase García Cantero, Gabriel en "Notas sobre el régimen matrimonial primario" en *Documentación jurídica*, V.I; enero-diciembre de 1982, págs. 299 a 312.

(56) Albiez Dohrmann, Klaus Jochen, "La aplicación del artículo 1320 del Código civil en caso de una segunda vivienda habitual" en *Actualidad civil*, nº 22, 1987, págs. 1353 a 1363.

su caso autorización judicial”. El precepto continúa, en su segundo párrafo, con una extraña norma, generalmente entendida como de protección a los terceros de buena fe, de la que nos ocuparemos más adelante (57).

El Proyecto de reforma de la Copilación balear, fiel a la reforma llevada a cabo en el Código en esta materia, reproduce en términos casi idénticos el transcrito artículo 1320 del Código civil. En efecto, el n.º 2 del artículo 4 del Proyecto insiste en que “los actos de disposición y gravamen de los derechos en cuya virtud se ocupa la vivienda constitutiva del hogar familiar y de sus muebles requerirán el consentimiento de ambos cónyuges y de no prestarlo el cónyuge no titular, autorización judicial”. Asimismo el segundo párrafo del citado precepto proyectado, al igual que el Código civil, incorpora la norma de protección a los terceros de buena fe, al indicar que “La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”.

Ninguna diferencia de fondo se observa a primera vista entre los dos artículos. En ambos casos se requiere el consentimiento de ambos cónyuges como requisito de eficacia de los actos de disposición sobre la vivienda y los muebles de uso ordinario por la familia. Y en ambos supuestos normativos se especifica que este consentimiento es esencial cuando uno de los cónyuges no es titular del derecho sobre el que el otro cónyuge, titular, dispone.

El consentimiento de ambos cónyuges para dar validez y dotar de eficacia a los actos de disposición sobre la vivienda y los muebles del hogar familiar se requiere siempre, tanto si la titularidad del derecho sobre el que se pretende disponer pertenece a ambos cónyuges como si se trata de una titularidad exclusiva de uno sólo de ellos (58).

Sin embargo, el Proyecto de reforma, en el n.º 2 del artículo 4, parece contemplar únicamente el supuesto en el que la titularidad del derecho pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges, obviando, seguramente de manera intencionada (59), toda referencia al otro supuesto. Esto es,

(57) Véase más adelante en págs.

(58) Albiez Dohrmann, Klaus Jochen en *op. y loc. cit.* pág. 1357 en la que el autor manifiesta su opinión en el sentido de que la norma del art. 1320 está pensada para la titularidad privativa de uno de los cónyuges. Pero, dado su carácter preferencial, esta norma rige también cuando la titularidad es proindiviso o ganancial.

(59) Creemos que de manera intencionada pues lo lógico cuando se regula en materia de régimen de separación es huir de todo aquello que suponga situaciones de comunidad.

cuando la titularidad es y se ejerce conjuntamente por ambos cónyuges. Con un cierto apriorismo podemos encontrar la razón de tal actitud en la tendencia de marcado carácter doctrinal por la que se predica la sumisión de estos supuestos de titularidad conjunta, a las normas generales, o bien de copropiedad o bien de cotitularidad de derechos. Quedando de esta forma sustraída su regulación a las normas más específicas de régimen económico.

Doctrina, sin embargo con la que no estoy completamente de acuerdo, pues entiendo que la misma filosofía que subyace a la norma del n.º 2 del artículo 4 del Proyecto y al artículo 1320 del Código, es decir, el carácter esencialmente protector de la familia, debe hacerse extensiva a las situaciones de cotitularidad. Claro está, que sólo en el caso de que el objeto de la cotitularidad y por lo tanto el bien a disponer por uno de los cónyuges sea la vivienda familiar o los muebles del hogar.

Desde esta perspectiva es evidente que las normas de copropiedad, de comunidad o de cotitularidad deben ser interpretadas y aplicadas según el principio protector de los intereses patrimoniales y personales de la familia, y según la filosofía de la norma, ambos en un plano de absoluta igualdad. (60).

Es por la razón que acabo de exponer que en este comentario nos ocuparemos de ambos supuestos, aunque, obviamente y dada su mayor especificidad, dediquemos mayor atención al supuesto en el que la titularidad del derecho sobre el que se dispone pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges.

Pero no sólo nos ocuparemos de analizar la función, estructura y naturaleza del consentimiento en cada uno de los dos supuestos enunciados. En efecto, dada su íntima relación con este tema, nos ocuparemos, aunque sea brevemente, de una sentencia del Tribunal Constitucional por la que se introducen ciertas matizaciones al esquema de las titularidades conjuntas o exclusivas. Se trata de la Sentencia 135/86, de 31 de octubre por la que en síntesis se viene a decir que el cónyuge no titular, si bien no es parte en el contrato de arrendamiento, se convierte en cotitu-

Para las cuales han de existir normas específicas.

(60) Vendrell Ferrer, Eudal en "La vivienda familiar y su protección. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 1986" *Rev. Jurídica de Catalunya*, 1987, n.º 4, págs. 155 a 179, cit. pág. 162 Carcaba Fernández María. "La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el art. 1320 del Código civil" en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1987, n.º 582, septiembre-octubre, págs. 1431 a 1459. Cit. págs. 1444 y 1445.

lar del derecho arrendaticio. Concretamente se afirma que “el consentimiento de ambos cónyuges ha convertido al interés en derecho *ope legis*, o lo que es lo mismo, que los dos cónyuges ostentan y tienen atribuido el derecho que el contrato de arrendamiento configura”.

La importancia de esta sentencia es evidente. Esta sentencia, justa en cuanto a la solución dada al caso planteado, altera no obstante y desde un punto de vista técnico el régimen jurídico de la titularidad exclusiva.

Pero antes de adentrarnos en el análisis de la sentencia veámos cuál es el supuesto recogido en el art. 1320 del CC así como en el citado precepto del proyecto de reforma de la *Compilación Balear*. Para a continuación ver en qué medida ese supuesto tanto en su estructura como en su regulación ha sido matizado por la sentencia. En definitiva, y prescindiendo de la doctrina que ya antes de la sentencia recogía la tesis del Constitucional (61), se podría hablar de los arts. 1320 y 96 del Código civil, antes y después de la Sentencia.

2.2.2. *Las dos modalidades de intervención del consentimiento*

Como paso previo para el análisis del consentimiento reclamado tanto por el art. 1320 como por el n.º 2 del art. 4 del Proyecto, se impone el separar dos supuestos. El primero se estructura a partir de la titularidad exclusiva. Esto es: el objeto sobre el que se dispone o se pretende disponer, sea la vivienda familiar o los muebles, pertenece a uno sólo de los cónyuges, el otro cónyuge carece por tanto de poder de disposición. El segundo supuesto parte de una situación de titularidad conjunta o cotitularidad. A priori se puede afirmar que no se trata de la cotitularidad propia sobre el patrimonio ganancial (el régimen en estudio es el de separación) sino de una comunidad ordinaria (art. 1414 del CC). Aún a riesgo de que pudiera parecer un absurdo, el art. 1320 exige también en este segundo caso el consentimiento de ambos cónyuges. Y puede parecer absurdo porque el acuerdo de ambos cónyuges que parece exigir el art. 1320 ya es exigible según las normas de la comunidad ordinaria. No obstante, como se verá, el art. 1320 en su afán de precepto protector de la institución familiar se superpone ostensiblemente al régimen típico de las comunidades ordinarias.

(61) Ortega y Díaz-Ambrona, Juan Antonio “Constitución y vivienda familiar” en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*. Pamplona 1986, págs. 35 a 57; García Cantero, Gabriel, “Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español” en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales* págs. 61 a 84, cit. l págs. 64 y 65.

Empezaremos por el primero de los supuestos planteados. Esto es, cuando la titularidad es exclusiva de uno sólo de los cónyuges, concretamente, de aquel que quiere o ya ha dispuesto del mueble o de la vivienda familiar.

2.2.2.1 Cuando sólo uno de los cónyuges es titular

Siguiendo el esquema normativo de los arts. 1320 y 1322 del CC, partiremos para nuestro estudio de un supuesto en el que ya se ha celebrado el contrato por el que se dispone de la vivienda o de los muebles sin que ni el otro cónyuge ni el juez hayan prestado su consentimiento. En este caso, el art. 1322 del CC declara el carácter de nulo o anulable del negocio según se haya llevado a cabo a título oneroso o gratuito. Se trata de una sanción que ya antes de la reforma de 1981 recogía el art. 1301 al fijar a partir de qué momento se podía instar la acción de anulabilidad de aquellos actos o contratos “realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro”.

Tradicionalmente se ha dicho que el art. 1301 no recoge más que vicios del consentimiento, y diversificando éstos en dos grupos: lo que son propiamente vicios del consentimiento, ya sea aquellos que inciden en el acto de declaración de la voluntad, tales como la violencia y la intimidación (ex art. 1301,3), como si afectan al contenido volitivo, el dolo o el error, o si recae sobre la causa (art. 1031,4). Y por otra parte recoge lo que también se han llamado vicios del consentimiento pero que en realidad constituye un supuesto de falta de capacidad. Caso en el que estarían incluidos los dos últimos párrafos del citado art. 1301: contratos celebrados por menores e incapacitados y contratos celebrados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, cuando éste fuere necesario. Inmediatamente se me podrá objetar que si bien tradicionalmente este último supuesto era constitutivo de un problema de falta de capacidad, que hoy en día y después de las distintas reformas iniciadas por la de mayo de 1975, este supuesto ha de ser enjuiciado desde la óptica de la falta de disposición y más concretamente desde la perspectiva de las limitaciones a la facultad de disponer. Ya que la mujer goza de plena capacidad de obrar. Efectivamente esto podría interpretarse así.

Pero esta interpretación correctora del último párrafo del art. 1301 ha de hacerse después de analizar el art. 1320, concretamente la función y la estructura del consentimiento del cónyuge no titular. Así como la relación de este consentimiento con el negocio obligacional.

Veámos pues como queda definido el consentimiento del cónyuge no titular.

Es evidente que la función de este consentimiento no es ni la de formar el consentimiento negociado ni siquiera la de completarlo. No lo forma, porque de ser así, su falta supondría la nulidad del negocio por falta de consentimiento y tampoco lo complementa porque el titular del derecho no es un incapaz ni un menor de edad. Se trata por lo tanto de un consentimiento que no incide en el consentimiento contractual. Dicho consentimiento no es requisito ni de existencia ni de perfección del contrato. La estructura de este consentimiento se manifiesta tal como recoge la doctrina (62) y concretamente pone de relieve Badosa Coll, como “un negoci unilateral referit o que té com a pressupòsit un segon negoci celebrat per altri” (63). Esto permite averiguar cual es el contenido de este negocio. Se trata de un negocio de aprobación. Hay, también en este aspecto gran coincidencia en nuestra doctrina (65). El consentimiento del cónyuge no titular se limita a aprobar o rechazar el negocio.

Descartada la posibilidad de que este consentimiento actúe funcionalmente como complemento de la capacidad del titular del derecho pues no se trata de un incapaz, es evidente que el tal consentimiento, (ya hemos dicho que se manifiesta como negocio de aprobación), ha de ir referido a todo el negocio dispositivo. Como se ha dicho (66), este caso ha de englobarse dentro de la categoría de los supuestos en los que se da una cierta insuficiencia del poder de disposición del titular del negocio sobre el objeto del negocio. Insuficiencia que en este caso es de origen legal.

De lo dicho hasta ahora se desprende que la falta de consentimiento en nada afecta a la validez del negocio obligacional aunque éste incorpore un acto de disposición. El contrato es válido por cuanto el consentimiento del cónyuge no titular no es requisito ni de formación ni de perfección del mismo, sino más bien requisito de validez del negocio en

(62) Díez Picazo, Luís, *op. cit.* Comentario al art. 1320 del Código civil pág. 1506 donde el autor afirma que “el consentimiento del otro cónyuge, el no propietario o no titular, es un requisito adicional del negocio jurídico dispositivo, que no puede considerarse como un complemento de capacidad, que no esta limitada, sino que es una declaración de voluntad del tipo de las licencias y de las aprobaciones...”

(63) Cfr. Badosa Coll, Fernando, *op. y loc. cit.* pág. 359.

(64) Badosa Coll, F. *op. y loc. cit.* pág. 359; Carcaba Fernández, María, *loc. cit.*, págs. 1446 y 1447.

(65) Lacruz Berdejo, José Luís y Sancho Rebullida, Francisco. *Elementos de Derecho civil IV. Derecho de familia*. Barcelona, 1982, pág. 301.

(66) Cfr. Badosa Coll, F. *op. y loc. cit.*, pág. 360.

cuanto acto de disposición, no en su esfera obligacional, según la cual el contrato no sólo es válido sino además absolutamente eficaz.

Si por lo que a la calificación del consentimiento se refiere hay una cierta unanimidad en la doctrina (67) ésta queda desdibujada cuando lo que hay que calificar es la anomalía del negocio celebrado sin el consentimiento correspondiente. Hay que decir, no obstante, que esta ambigüedad que se aprecia en los comentarios doctrinales tiene si no su justificación, si su fundamento en dos preceptos tajantes del Código civil. En el art. 1322 al declarar solemnemente el carácter de nulo o anulable del negocio por el que se dispone, celebrado sin el oportuno consentimiento y ésto según que el negocio sea a título oneroso o gratuito. Y en el art. 1301 al fijar el plazo inicial para el ejercicio de la acción de anulabilidad para los contratos celebrados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, cuando dicho consentimiento fuere necesario.

Evidentemente el Código civil toma partido en la calificación de este tipo de negocios. Explícitamente los califica de negocios inválidos, pues los somete al régimen de la nulidad y de la anulabilidad. Es por tanto perfectamente comprensible que la doctrina, no obstante apuntar el carácter de ineficaces, en cuanto negocios de disposición, los someta más tarde y de acuerdo con la normativa expresa del Código civil, al régimen de la invalidez (68).

El consentimiento o asentimiento del cónyuge no titular tiene como función jurídica —la función protectora es de carácter social— la de limitar el poder de disposición del titular del derecho a disponer. Esa limitación del poder de disposición es tenida, tal como acabamos de ver, por el Código civil como causante de la nulidad del negocio, cuando dicha limitación no desaparece por vía de la prestación del oportuno consentimiento. No obstante, entendemos que de ahí no se puede deducir que el régimen jurídico por el que se rigen los supuestos de falta o limitación de la facultad de disponer sea el de la anulabilidad.

Desde esta perspectiva, la falta de consentimiento por parte del cónyuge no titular convierte el negocio celebrado por el titular en un negocio

(67) Ya hemos visto como la doctrina entiende que el consentimiento del cónyuge no titular es un asentimiento y que no constituye el consentimiento del negocio dispositivo. Díez Picazo, Luís *op. y loc. cit.*, pág. 1506.

(68) De La Cuesta Saenz, José María, "La protección de la vivienda familiar en los derechos francés y español. Estudio de Derecho comparado". en *Revista de derecho Notarial*, págs. 129 a 170. Véase pág. 143 y 144, año 1983.

cuya patología constituye un tercer género entre la invalidez contractual y la ineficacia del negocio obligacional en cuanto generador de obligaciones exigibles.

En efecto, que todo aquello que afecte al poder de disposición, sea la falta absoluta o sea una limitación particular, atañe al ámbito de la eficacia real del negocio, es un extremo comprobado (69) y comprobable en el propio Código civil y ello a pesar de su no reconocimiento expreso ya que literalmente el Código habla de invalidez para referirse indistintamente a una y a otra anomalía negocial.

Para demostrar la afirmación que acabo de realizar contamos con un precepto clave: el art. 1160 del Código civil, para cuya comprensión resulta absolutamente imprescindible acudir a su precedente en el Proyecto de García Goyena, concretamente al artículo 1098.

Ambos preceptos, el del Código y el del Proyecto del 51, declaran la invalidez del pago (no del negocio obligatorio) cuando éste (el pago) ha sido hecho sin capacidad suficiente para enajenar y sin la libre disposición de la cosa objeto del pago. La diferencia entre el art. 1160 del Código y el 1089 del Proyecto radica en la ampliación por parte del art. 1160 del número de limitaciones a la facultad de disponer. En efecto, en el Proyecto, tan sólo se hacía referencia a la falta de disposición por el no propietario, mientras que en el art. 1160 del Código se somete a idéntico régimen a todos los casos en los que o no hay poder de disposición, también porque no se es propietario, o sencillamente porque éste está limitado.

Es evidente, y más lo es aún cuando se piensa en el no propietario, que la falta de poder de disposición afecta al ámbito de la eficacia real del acto de disposición y no al de la validez o invalidez del negocio obligatorio que lo genera. Este, no sólo es válido sino que además son exigibles las obligaciones que de él surjan. Compruébese este funcionamiento en artículos como el 1258, 1271, 878 y 1475 del Código. La falta de disposición no afecta en ningún caso a la validez del negocio obligatorio, pero sí con toda claridad, al ámbito de su eficacia posesoria, en definitiva, a la esfera de la eficacia real, ya que difícilmente, en el caso del no propietario podrá transmitirse la propiedad de la cosa pagada y sin embargo si se habrá producido el cumplimiento de su obligación.

(69) Es un clásico en esta materia el trabajo de Fernández de Villavicencio Arevalo, Francisco. "La facultad de disponer" en *Anuario de Derecho civil* 1950, págs. 1025-1056.

Desde esta perspectiva, el negocio dispositivo realizado por el titular del derecho, aún sin el consentimiento del otro cónyuge o el del juez no puede ser tenido como inválido, dando a entender si así se configurarse, que el consentimiento del otro cónyuge, o sea el del no titular integra la estructura negocial del contrato dispositivo.

Llegados a este punto sólo se me ocurren dos vías de explicación de tal situación. O bien entender que el consentimiento al que nos estamos refiriendo a pesar de que no conforma el consentimiento negocial debe ser considerado como integrante de la estructura del negocio obligatorio (70) aunque para éllo no se me ocurre ningún sistema de integración, o bien entender, que una vez más, las reformas legislativas se mueven muchas veces por inercia. En este caso la inercia tendría su origen en el art. 1301 anterior a la reforma de 1975, cuando el consentimiento del otro cónyuge, el del marido, funcionaba como complemento de capacidad del de la mujer. Caso en el que sí era lógico conceptuar el negocio celebrado sin dicho consentimiento como constitutivo de un caso de invalidez por falta de consentimiento en el negocio celebrado por la mujer.

No obstante se puede admitir una tercera explicación a la disfunción que plantean los arts. 1301 y 1160. Disfunción que se origina tal como hemos señalado, al diversificar los motivos de invalidez contractual (art. 1301) y de invalidez del pago o cumplimiento (art. 1160). En el primer caso la invalidez tiene su origen en los vicios del consentimiento contractual, en el otro caso la invalidez nace o bien de un defecto en la capacidad para enajenar o en una falta o limitación del poder de disposición. Disfunción que se manifiesta, una vez diferenciados los supuestos de invalidez, al someter la invalidez del pago a la invalidez del contrato. O lo que es lo mismo: pretendiendo que la ineficacia del pago deba llevar consigo la invalidez del contrato. Esto es lo que sentencia el art. 1322 del CC.

La explicación que se nos ocurre (71) para explicar esta paradójica situación está en ver el régimen de la anulabilidad no como un régimen ex-

(70) Espiau Espiau, Santiago. En un trabajo todavía no publicado apunta la posibilidad de que el asentimiento del cónyuge no titular deba formar parte del negocio dispositivo. De manera que su falta supondría la invalidez del negocio dispositivo. El trabajo al que nos referimos lleva como título provisional el de "La atribución de la vivienda familiar en las situaciones de crisis matrimonial (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de Octubre de 1986).

(71) Posibilidad en cierta manera apuntada, en una conversación mantenida con Fernando Pantaleón.

clusivo de ineficacia contractual por vicios del consentimiento, sino en hacerlo extensible a todos aquellos supuestos necesitados de protección. En el caso que nos ocupa, el cónyuge no titular y que debía prestar su consentimiento para la enajenación hubiera quedado desprovisto de toda acción tendente a controlar la enajenación realizada por el cónyuge. Desde esta óptica no ha de haber ningún inconveniente en hacer extensivo el régimen de la anulabilidad al supuesto en cuestión (posibilidad de confirmar, legitimación para impugnar etc...) Ahora bien tal vez fuera oportuno hacer posible que en caso de impugnación bastara con pedir la invalidez del pago tal como establece el art. 1160, sin necesidad de pretender la invalidez o nulidad del contrato obligatorio.

Como ineditamente veremos, todo este planteamiento esta a años luz del que sugiere la sentencia del Tribunal Constitucional. De igual forma queda desdibujado por la sentencia citada el régimen de las titularidades conjuntas concretamente los supuestos de comunidad ordinaria.

2.2.2.2. *Cuando los dos cónyuges son titulares*

El art. 1414 del CC. -precepto situado en el Capítulo V dedicado al régimen de participación- establece que "si los casados en régimen de participación adquieren conjuntamente algún bien o derecho, les pertenece en proindiviso ordinario". No parece que de esta norma deba excluirse ningún tipo de bien ni por tanto la vivienda conyugal ni cualquiera de los muebles que en ella puedan estar. Y no parece tampoco, y así lo ha puesto de relieve la doctrina (72) que haya ningún inconveniente en hacer aplicable este precepto cuando el régimen económico del matrimonio es el de separación, más cuando el art. 1313 considera que "en todo lo no previsto en este artículo se aplicaran durante la vigencia del régimen de participación, las normas relativas al de separación de bienes".

Si esto es así el tema que nos hemos de plantear es el siguiente: en qué relación se encuentran las normas propias de la comunidad ordinaria con el art. 1320 del CC. o lo que es lo mismo, ¿quedan estas normas en alguna medida matizadas por el citado art. 1320?

Es evidente que en una situación de copropiedad sobre la vivienda y muebles del hogar familiar las normas propias de este tipo de comunidad ceden frente al art. 1320 del CC. El art. 1320 en su función protectora de

(72) Montes Penedés, Vicente, *op. y loc. cit.*, pág. 1922.

la familia deja sin efecto preceptos como el 399 del CC. en el que después de fijar que cada condueño goza de la propiedad de su parte, establece que puede “enagenarla, cederla o hipotecarla”. Facultades para las que no es preciso consentimiento ni acuerdo del resto de los condueños. (73). La razón del porqué creemos que este precepto no es directamente aplicable al supuesto en estudio, o que de ser aplicable lo ha de ser con el concurso del consentimiento del otro cónyuge, según dispone el citado art. 1320, es evidente. Si el art. 1320 exige el consentimiento del otro cónyuge cuando el objeto a disponer es propiedad exclusiva del cónyuge que dispone, con más razón se ha de exigir dicho consentimiento cuando el objeto de la disposición pertenece a ambos conjuntamente. Sin embargo son perfectamente aplicables los arts. 397 y 398, pues exigen que ambos cónyuges consientan en la realización de alteraciones en la cosa común, o en los actos de administración y disfrute de la cosa común.

En definitiva, cuando se trata de disponer de la vivienda conyugal o de los muebles de uso ordinario por la familia, poco parece importar quien sea el titular de los derechos sobre esos objetos, pues en cualquier caso se necesita el consentimiento de ambos cónyuges.

Es obvio decir que en caso de enajenación por parte de uno de los condueños de su cuota, sin el consentimiento del otro, el régimen sancionatorio sería idéntico al diseñado para el primer caso. Es decir, anulabilidad del pago por falta de poder de disposición sobre el objeto enajenado.

No obstante, como he venido diciendo, todo el esquema de titularidades conjuntas o en exclusiva carece de sentido después de la citada sentencia del Tribunal Constitucional. En efecto, el T.C. apunta la posibilidad de que la familia sea considerada como una sola persona y por tanto que como tal actúe en el tráfico jurídico, y todo ello prescindiendo de cual sea el miembro de la familia que ostente la titularidad de los derechos.

(73) Tanto Lacruz, Sancho, *op. cit.* pág. 297, como Espiau en el trabajo citado, parecen configurar la situación de cotitularidad como si de bienes gananciales se tratara, es decir, como un supuesto de copropiedad gemánica. Sin embargo entendemos que no es así, y no lo es en ningún caso, cuando el régimen que rige es el de separación de bienes. Otra cosa es que las normas de copropiedad deban matizarse en función del objeto de la cotitularidad, es decir, cuando se trata de disponer de la vivienda familiar y de los muebles de uso ordinario por la familia. García Cantero; Gabriel en “Configuración del concepto...” en *Hogar y ajuar de la familia*, pág. 84.

2.2.2.3. *Breve referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 135/86, de 31 de octubre.*

Esta sentencia, la cotitularidad de ambos cónyuges sobre la posesión arrendaticia la convierte en una cotitularidad de derechos, a pesar de tratarse de un supuesto en el que sólo uno de los cónyuges era parte en el contrato de arrendamiento. (74).

El caso contemplado en la sentencia es el siguiente: tras una separación judicial, el juez había atribuido la vivienda familiar a la mujer y a los hijos. Se trataba de una vivienda dada en arrendamiento cuyo titular era el marido. Por falta de pago, la propietaria de la vivienda promovió juicio de desahucio, dirigiéndose la demanda únicamente contra el marido, titular y firmante exclusivo del contrato de arrendamiento. Enterada la mujer del juicio en curso, se dirige mediante escrito al juzgado para que se la tenga por comparecida e interesada. Tanto el juez en primera instancia como posteriormente en vía de apelación rechazan la pretensión de la mujer. Al poco tiempo recae sentencia decretando el desahucio por falta de pago. La mujer, a quien se le notifica la sentencia, no interpone apelación por estimar que, no siendo parte, no se le hubiera admitido. Esta circunstancia motiva el recurso de amparo resuelto por la Sentencia del T.C. en la que se pone de relieve que a la recurrente debía habersele reconocido su cualidad de parte por considerar a la mujer como titular de la posesión arrendaticia cualidad conferida como consecuencia del contrato arrendaticio celebrado por el marido.

El primer aspecto a tratar de los que plantea esta sentencia hace referencia a la relación entre el consentimiento que los arts. 1320 y 96 del CC exigen, y el tema de las titularidades. Para el T.C., el consentimiento, que ya hemos visto que incidía en el poder de disposición, convierte la titularidad exclusiva de uno de los cónyuges en cotitularidad pues afirma que los citados preceptos en la medida en que exigen el consentimiento indican que “no puede alterarse unilateralmente la disponibilidad posesoria de la vivienda y que el consentimiento de ambos cónyuges convierte el interés en derecho “ope legis”, o lo que es lo mismo, que los dos cónyuges ostentan y tienen atribuido el derecho que el contrato de arrendamiento configura”. Y más adelante añade refiriéndose a ambos precep-

(74) Sobre este tema puede verse Vendrell Ferrer, Eudald “La vivienda familiar y su protección. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 1986 en *Revista jurídica de Cataluña* 1987. 4 págs 155-179. y Piñeiro Martínez, Eduardo en el comentario que dedica a la dicha sentencia del T.C. en *Circulares del Colegio notarial de Baleares*.

tos: “normas ambas que responden a la moderna tónica legal de protección del interés común familiar, que viene a configurar a la familia como sujeto colectivo, como sujeto comunitario”.

Para el T.C., por tanto, el consentimiento del cónyuge no titular reclamado por el art. 1320 significa: primero, que la familia es un sujeto colectivo o comunitario, y en segundo lugar, que cualquiera de los cónyuges actúa en representación de la familia cuando lleva a cabo, tanto como sujeto activo como pasivo, actos de administración o disposición sobre la vivienda familiar o sobre los muebles del hogar.

Pero también cabría tratar sobre otras de las afirmaciones que se contienen en la sentencia. Pues tal como señala Espiau, también es discutible que dentro del derecho a la posesión arrendaticia puedan distinguirse dos titularidades, la formal, ostentada por el marido y la material por la mujer y los hijos. (75)

Pero de todas las afirmaciones que se contienen en la sentencia la que a nosotros nos interesa es la primera.

Pretender que la familia actúe en el tráfico jurídico como una unidad no es sólo una posibilidad apuntada en la sentencia sino una idea insistentemente sugerida por cierto sector doctrinal (76). No obstante, si dejamos aparte consideraciones de carácter sociológico o religioso, la utilidad jurídica del planteamiento apuntado es a mi modo de ver un tanto escasa además de perturbadora.

No se trata aquí, en este breve comentario sobre la reforma de la Compilación en materia de régimen económico del matrimonio, analizar con detenimiento cuales son las ventajas y los inconvenientes de considerar a la familia como una persona “jurídica”. Por ello no lo vamos a hacer. No obstante si creo hay que poner de manifiesto que de prosperar tal planteamiento deja de tener sentido la autonomía de la voluntad de los cónyuges de organizar sus intereses económicos de la forma que crean oportuna. Concretamente deja de tener cada vez más sentido la existencia de distintos regímenes económicos del matrimonio. Si se acepta convertir al matrimonio o a la familia en su sujeto de derecho, el siguiente paso es la uniformidad del régimen económico. (77).

(75) Véase Fonseca González, Rafael. “La vivienda familiar habitual en arrendamiento y la sociedad de gananciales” en R.D. Privado 1983. págs. 261-270.

(76) Cfr. García Cantero, Gabriel en “Notas sobre el régimen...” en *Documentación jurídica...*, pág. 307.

(77) Uniformidad que ya se viene implantando merced a las normas de régimen econó-

En la reforma del 81 ya se muestra evidente que no era esta la voluntad del legislador, sino otra, la de proteger a la familia, eso sí, pero por la vía de la contribución a las cargas del matrimonio y por la vía de exigir el consentimiento de ambos cónyuges actuando a diferente nivel, cuando se trata de disponer sobre objetos imprescindibles para la estabilidad y el bienestar de la familia.

No queremos dar por acabado este tema sin antes plantearnos, aunque somos conscientes de su carácter tangencial, otro aspecto. A saber: ¿los hijos que viven en el hogar familiar deberían asimismo prestar su consentimiento, cuando pudieren hacerlo, para dar eficacia a los actos de disposición realizados por alguno de los cónyuges?. La respuesta a esta pregunta necesariamente deberá ser diferente según la concepción que se tenga de la familia. En efecto, si se atiende a la comentada sentencia del T. C. o a la doctrina que la sustenta, los hijos al igual que la esposa, en el caso planteado en la sentencia, son parte material del contrato de arrendamiento. Y desde esta perspectiva ¿porqué no habrían de prestar su consentimiento?. De hecho, en el Código hay datos suficientes para justificar la necesidad de este consentimiento. Por lo pronto, el Código, en el artículo 155, hace deudores de la obligación de contribuir a las cargas de la familia a los hijos que convivan en el hogar familiar y tengan recursos para éllo. Nótese también que en el art. 96 del Código, uno de los criterios, o tal vez el criterio básico para la atribución de la vivienda en situaciones de crisis matrimonial, lo constituye el hecho de cual de los cónyuges va a ostentar la guarda y custodia de los hijos.

Por mi parte entiendo que no obstante la existente base legal para justificar la necesidad del consentimiento de los hijos, no puede exigirse que se preste dicho consentimiento. Y éllo por varias razones. En primer lugar, porque, como se ha dicho (78), este consentimiento, el de la esposa o en su caso si fuere posible el de los hijos, tiene como función la de controlar la autonomía de la voluntad del cónyuge que dispone. Razón que a su vez comporta otra consecuencia. Su carácter excepcional implica que no pueda ser impuesto acudiendo a la analogía, mecanismo al que habría que acudir para justificar que también los hijos deberían prestar su consentimiento (79).

mico primario, las cuales de forma solapada van invadiendo la esfera propia de los diferentes regímenes económicos. Esto se ve claramente en el Proyecto de reforma de la Compilación, en donde se han incluido todas y cada una de las normas de régimen primario, aún siendo discutible que de forma necesaria fueran aplicables en los territorios con legislación civil propia. Véase en este sentido Giménez Duart, Tomás, "El artículo 1320 del Código civil, ¿es aplicable en Cataluña?" en *Rev. Jurídica de Catalunya*, 1982, págs. 193 y 209.

(78) Crf. Badosa Coll, Fernando, *op. y loc. cit.*, pág. 359.

(79) Véase Rivero Hernández, Francisco en "Com. art. 92 de C.C." en *Matrimonio y*

Y ahora sí, para dar por finalizado el comentario sobre la necesidad de que el cónyuge no titular preste su consentimiento para los actos de disposición por parte del cónyuge titular, nos queda tratar sobre un aspecto que al igual que en el artículo 1320 del Código civil recoge el último párrafo del n° 2 del artículo 4 del Proyecto de Reforma de la compilación. A saber: la protección de los “terceros” que contratan con el cónyuge titular sin que medie el consentimiento del otro.

2.2.3. *La protección del adquirente la buena fé*

Decía hace un momento, que tanto el último párrafo del n° 2 del artículo 4 del Proyecto como el segundo y último del artículo 1320 del Código introducen una extraña norma calificada generalmente como de protección a los terceros de buena fé.

En efecto, en uno y otro texto, en términos idénticos se establece que “La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fé”

De esta norma Gordillo ha dicho que es clara en su formulación importante en su amplitud y significado y de dudosa oportunidad (80). Por mi parte, si bien no comparto en su totalidad y sin matices los distintos calificativos que el citado autor dedica a la norma, si creo que los mismos constituyen a grosso modo, un acertado diagnóstico de la misma.

Para empezar, creo que es difícil que una norma sea clara en su formulación y sin embargo defectuosa en su técnica de redacción. Concretamente, la norma en estudio es tan clara o tan oscura en su formulación como en la técnica empleada para su redacción. No obstante hay que advertir que Gordillo cuando dice que la norma es clara en su formulación, lo que quiere decir es que lo claro es la función de la norma: “función de contrapeso a la limitación dispositiva establecida en el primer párrafo del artículo 1320” (81)

Divorcio Comentarios el nuevo Título IV del libro I del Código civil. Coordinados por La-cruz Berdejo. Madrid 1982.

(80) Cfr. Gordillo, Antonio, “La protección de los terceros de buena fé en la reciente reforma del derecho de familia” en *Anuario de Derecho civil*, 1983; octubre-diciembre, págs. 1111 a 1160. Cit. pág. 1133 y 1134.

(81) Cfr. Gordillo, Antonio, *op. y loc. cit.*, pág. 156.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, creo que la defectuosa técnica en la redacción dificulta extraordinariamente la comprensión de los términos en que viene formulada la norma. Prueba de ello la tenemos en la interpretación que de la citada disposición ha realizado la doctrina.

En efecto, la doctrina entiende que el adquirente de la vivienda familiar o de los muebles es un tercero, que puede ser de buena o de mala fé, y, que con la expresión legal "no perjudicará", se quiere indicar que dicho tercero, si es de buena fé, quedará protegido en la medida en que será mantenido en su adquisición.

Pero lo cierto es que el precepto no habla de terceros sino de adquirente de buena fé, pero es que además, no dice que la situación precontractual no le podrá ser opuesta al adquirente, sino que lo que especifica, es que ésta no le perjudicará.

En resumen, la interpretación que la doctrina lleva a cabo en torno al citado precepto es obviamente una interpretación no literal, lo cual pone de manifiesto lo que hace unos instantes sugeríamos. Es decir, la norma está bien formulada pero mal tratada técnicamente o viceversa.

El párrafo final del artículo 1320 así como el correspondiente del Proyecto no habla de tercero sino de adquirente de buena fé y lo hace con absoluta propiedad por cuanto el sujeto que adquiere del titular no es un tercero, ni civil ni hipotecario, ya que es parte en el negocio dispositivo. Por lo tanto, parece que la situación a proteger es la de la confianza inter partes. En efecto, a pesar de que se hable del tercero para aludir al adquirente de buena fé, creemos que se incurre en una imprecisión. El adquirente es un tercero, si así se le quiere llamar, con respecto a los cónyuges, pero esta situación de tercero no tiene a nuestro modo de ver trascendencia alguna. La protección del sujeto que adquiere se propicia en cuanto parte de una enajenación llevada a cabo por el cónyuge disponente. Negocio en el que, por otra parte, el cónyuge no titular no goza de la cualidad de parte. El adquirente sólo puede verse como tercero cuando efectivamente el cónyuge no titular ha prestado su consentimiento y éllo porque en ese caso si que hay un negocio, el de aprobación, que va referido a otro negocio, el de disposición, negocio, este último, en el que es parte el adquirente. Sólo si se relacionan las partes que intervienen en estos dos negocios, el de aprobación y el de disposición, se puede llegar a configurar al adquirente como un tercero, lo único que ocurre es que en este caso dado que se ha prestado por el cónyuge no titular su consentimiento, la figura del adquirente deja de merecer protección pues el negocio no adolece de anomalía alguna. La protección del adquirente,

por lo tanto sólo opera cuando el negocio dispositivo se ha realizado sin el consentimiento del cónyuge no titular.

El enfoque que debe darse pues a la protección del adquirente se basa en las normas de protección de la confianza y de la buena fe en las relaciones entre las partes contratantes. Desde esta óptica se impone analizar la buena o mala fe precontractual, el dolo contractual por parte del disponente, piénsese en el inicio del párrafo de la norma en cuestión "La manifestación errónea o falsa", así como el carácter de causante o incidental del propio dolo en relación con el análisis específico de la buena o mala fe por parte del adquirente.

Una vía de interpretación de la norma podría ser la que atendiera a la existencia o no de dolo precontractual, en cuyo caso el adquirente además de la legitimación de que goza para impugnar el contrato, podría reclamar una indemnización por lo daños y perjuicios que se le hubieren causado. Supuesto éste, en el que efectivamente la impugnación del contrato por parte del cónyuge no titular no le perjudicaría, tal como se afirma en los correspondientes artículos del Código y del Proyecto (82).

Pero no parece ser ésta la vía de protección al adquirente abierta por el párrafo final del artículo 1320 del Código ni lógicamente en el artículo 4 del Proyecto. Ciertamente, el esquema protector del artículo 1320 más se parece al utilizado en la Ley hipotecaria, para proteger al tercero que inscribe. Pero una cosa es que el esquema del artículo 341 de la L.H. valga para explicar el supuesto del artículo 1320 y otra distinta es que al adquirente del artículo 1320 se le proteja de acuerdo con dicho precepto, tal como ha venido apuntando un cierto sector doctrinal (83). Porque lo cierto que el adquirente del art. 1320 no es un tercero y continúa sin serlo tanto si inscribe su derecho como si no lo hace, caso en el que repito, continúa siendo protegido.

Sobra decir que nos estamos refiriendo a la disposición sobre la vivienda familiar no sobre los muebles en cuyo caso no tiene sentido plantearse la posible protección del adquirente por la legislación hipotecaria sino en su caso por la vía del artículo 464 del Código civil.

Hecha esta precisión y, retomando el hilo del razonamiento que estábamos siguiendo, hay que decir que por lo que a la disposición sobre la

(82) Albaladejo, Manuel. *Curso de derecho civil IV*, Barcelona, 1982, pág. 156.

(83) En este sentido véase por todos García Cantero, Gabriel, "Notas sobre el régimen matrimonial..." en *Documentación jurídica...*, pág. 309.

vivienda conyugal se refiere es evidente, que los presupuestos sobre los que opera la protección del artículo 1320 del Código no son los mismos que aquellos que se tienen en cuenta a la hora de aplicar el artículo 34 de la L.H. y en definitiva, de aquellos que se toman en consideración para proteger al tercer hipotecario.

En efecto, en la norma del Proyecto así como en el artículo 1320 se prescinde de que el derecho del disponente esté o no inscrito al igual que resulta irrelevante cuando se trata de proteger al adquirente, el que éste haya inscrito o no su derecho. En el artículo 1320 se protege, sí, la apariencia, pero no necesariamente, la apariencia registral.

Coincidimos plenamente con Gordillo cuando afirma que: “el artículo 1320 es hoy clara prueba de que caben apariencias protegibles relativas a inmuebles y producidas al margen de la publicidad inmobiliaria registral” (84).

Lo que acabamos de afirmar no implica, sin embargo, que al adquirente del artículo 1320 no se le pueda proteger por vía del artículo 34 de la L. Hipotecaria. Al adquirente del artículo 132 O. se le podrá proteger por la vía del art. 34 siempre que en la concreta circunstancia se den los presupuestos de operatividad del artículo 34 y no por el simple hecho de tratarse de un supuesto “semejante” (85)

No obstante, a pesar de la protección pararegistral que dispensa el artículo 1320 del Código y si se aprueba el párrafo correspondiente del artículo 4 del Proyecto, las últimas reformas del artículo 91 del Reglamento hipotecario (86), tienden a frenar no ya la propia protección del adquirente tanto por vía del art. 1320 como por la vía de registro, sino el que pueda producirse el supuesto que la motiva.

(84) Cfr. Gordillo, Antonio *op. y loc. cit.*, pág. 1133.

(85) En contra Carcaba Fernández, María, *op. y loc. cit.* pág. 1456. Para la autora la aplicabilidad del art. 34 de la Ley Hipotecaria parece viable para el supuesto del segundo párrafo del art. 1320, no obstante, haber considerado al adquirente no como tercero sino como parte del negocio de disposición. A pesar de su afirmación inicial, se aprecia en su razonamiento la comentada dualidad de protecciones al adquirente: 1º del art. 34 cuando se trate de un tercero hipotecario (que en un caso normal sólo lo podrá ser el subadquirente), o la propia del art. 1320,2 cuando no lo sea.

(86) En su última redacción, el art. 91 del R.H. dispone lo siguiente: “Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ámbos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter”.

En efecto, el artículo 91 del Reglamento hipotecario, en la medida en que exige que conste en la escritura la manifestación del disponente sobre el no carácter de vivienda familiar del inmueble sobre el que se dispone dificulta en mayor o menor medida, según la buena o mala fe de los implicados en la enajenación, que se puedan llevar a término actos de disposición no consentidos por el otro cónyuge.

Pero dejando a parte esa posible traba que el art. 91 del Reglamento pueda presentar a este tipo de contratos, lo cierto es que resulta insuficiente como vía de paralización. Hay que seguir afirmando que el párrafo final del artículo 1320 deroga absolutamente o si se prefiere en gran medida, la función que el primer párrafo del precepto quiere cumplir: la de proteger a la familia. Sin entrar en valoraciones sobre la oportunidad o no del párrafo final, lo cierto es que por encima del principio de protección a la familia prima con toda certeza el principio de protección y seguridad del tráfico jurídico.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA OPORTUNIDAD Y MOVILES DE LA REFORMA

Vaya por delante que lo que a continuación sigue no van a ser más que reflexiones en torno a uno o dos temas que por sí mismos y cada uno por separado merecerían y de hecho han merecido un estudio y un tratamiento exclusivo.

Estos temas a los que me acabo de referir y que han ido apareciendo a lo largo de este trabajo pueden enunciarse mediante el siguiente esquema: primero respecto de las normas que nosotros hemos venido calificando de aspectos comunitarios del régimen de separación, que el Código civil recoge en un título común a los distintos regímenes económicos y que por esa razón las engloba bajo la rúbrica de "disposiciones generales" del Capítulo Primero del título III. Normas que, en definitiva, el Proyecto de Reforma de la Compilación ha recogido como nuevas total o parcialmente: ¿son, en tanto no se apruebe el Proyecto, aplicables

Este artículo, aparece vía Decreto 2388/1984 de 10 de octubre, y tuvo un predecesor. Se trata del correspondiente precepto que aparece merced al Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre. En él se decía: "Cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, para la inscripción del acto de disposición que recaiga sobre inmueble que constituya la vivienda habitual de la familia, deberá constar el consentimiento del otro cónyuge, a no ser que se justifique que no tiene tal carácter o que el disponente lo manifestare así". Debieron ser bastantes los problemas de interpretación que el precepto suscitaba, pues, como se ha visto, el artículo fué objeto de una ulterior redacción

en Baleares?, y segundo, si lo son, ¿cuál es la función y a qué razones puede obedecer su inclusión expresa en al Compilación? Por último, si no lo son, la pregunta vuelve a ser la misma: ¿Cuáles han sido los móviles que han inducido su acogimiento expreso en el que han de ser nuestro texto legal? Cuarto, y, como consecuencia del planteamiento que precede, ¿a qué obedece la distinta regulación contenida en estas normas, en las disposiciones aplicables en Ibiza y Formentera, por un lado, y en Mallorca por otro? y en quinto lugar nos queda por tratar un aspecto más técnico. A saber: ¿Cómo se incardinan las disposiciones proyectadas en materia de régimen económico, en el sistema del título IV del Libro I del Código civil, sin que ninguno de los dos ordenamientos queden violentados?

A continuación intentaremos responder a algunos de estos interrogantes; otros han quedado sólo planteados.

1. DEL REGIMEN DE “ABSOLUTA SEPARACION” DE LOS ARTICULOS 3 Y 4 DE LA COMPILACION, AL DE “SEPARACION DE BIENES” DE LOS ABIGARRADOS ARTICULOS 3 Y 4 DEL PROYECTO DE REFORMA

En efecto, el párrafo segundo del artículo 3 de la Compilación de Derecho civil de Baleares establece que “a falta de contrato sobre los bienes, se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de *absoluta* separación de los mismos” (el subrayado es nuestro). En el n.º, 1 del art. 3 del Proyecto se sustituye, sin embargo, el vocablo “separación absoluta” por el de separación de bienes. El cambio que a simple vista carece de importancia, pues el régimen a su nueva regulación. Dando coherencia a la entrada en el articulado del Proyecto de las normas que hemos tildado de aspectos comunitarios del régimen: la regulación de la contribución a la entrada en el articulado del Proyecto de las normas que hemos tildado de aspectos comunitarios del régimen: la regulación de la contribución a las cargas y la necesidad del consentimiento del cónyuge no titular para los actos de disposición sobre la vivienda y los muebles de la misma.

En el Proyecto, se regula *ex novo* la materia de disposición sobre vivienda y muebles del hogar y se detalla con más o menos fortuna el régimen de contribución a las cargas, ya establecido en la Compilación. Por lo tanto, se regulan unos aspectos que tradicionalmente han quedado al margen del régimen de separación de bienes. Son los aspectos comunitarios del régimen. Esta es una realidad que la doctrina intenta justificar aduciendo su cualidad de elementos integrantes del régimen y rechazando

su condición de elementos añadidos (87). Pero este es un tema en el que con facilidad se puede argumentar de forma falaz y, por esa razón conviene ir clarificando conceptos.

Por mi parte, estoy absolutamente a favor de que la situación de separación de bienes se someta a un determinado régimen jurídico propio de la Compilación Balear. Asimismo me parece un acierto el que se regule dicha situación en base a criterios de igualdad de los cónyuges y sí se me apura, en base a criterios de protección a la familia. Aunque, dicho sea de paso, el momento en que estas normas protectoras han de entrar en funcionamiento es precisamente cuando la institución familiar ha entrado en crisis. O sea que estas normas se aplicarán para resolver las relaciones de los cónyuges y de los hijos en situaciones de nulidad, separación o divorcio, y no en situación de normalidad. Creo pues, que la regulación de la separación de bienes ha de estar presidida por el criterio de igualdad entre los cónyuges y entiendo como más discutibles el otro criterio, el más citado, de protección a la familia, que a mi modo de ver debería sustituirse por el de protección a los hijos y de protección al cónyuge perjudicado, pero de éste se encargan otro tipo de normas distintas a las del régimen económico, que son las de disolución del matrimonio.

Por lo tanto coincido plenamente con aquellos que piensan que el régimen de separación ha de tener necesariamente aspectos comunitarios. Pero discrepo en la medida en que para mí estos aspectos no pueden ser considerados como implícitos en el régimen ni en la idea de régimen, ya que régimen como sinónimo de regulación no determina el contenido de la materia a regular, que puede ser más o menos extensa. Prueba de lo que digo la tenemos en las dos regulaciones existentes en Mallorca: la de la Compilación y la proyectada. Y aún disponemos de otra muestra. El art. 67 del Proyecto regula el régimen de separación para las islas de Ibiza y Formentera. En este precepto que consta de cinco números se define el régimen de separación, se establece la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas, se reproduce la norma de responsabilidad frente a terceros en caso de incumplimiento, pero: ni se establece la norma por la que se sujetan los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas (88) ni se instituye la necesidad del consentimiento del cónyuge

(87) Rebolledo Varela, Angel Luis, *op. cit.*, pág. 28.

(88) En el art. 67 del Proyecto, disposición aplicable sólo a Ibiza y Formentera, y, concretamente en el segundo párrafo del número 4 se deja en manos de los cónyuges el sujetar determinados bienes al levantamiento de las cargas, pero no sólo la cualidad de los bienes sino el hecho mismo de la sujeción. En efecto, el mencionado precepto dispone que "si

ge no titular para los actos de disposición sobre la vivienda y los muebles del hogar (89).

Por todo ello no me parecen acertados del todo razonamientos como el de REBOLLEDO VARELA, asumido por MASOT (90). Razonamientos con los que estoy en desacuerdo en lo que tienen de argumentación lógica, no en el resultado al que se llega, con el que, como ya he manifestado, coincido plenamente. Sólo que para justificar el que se adopten disposiciones del tipo del art. 1320 del Código civil no creo que sea necesario acudir a razonamientos como el del citado REBOLLEDO según el cual “no se puede concebir una separación de bienes absoluta en la que los cónyuges estuvieran sometidos a las normas generales de derecho común porque ya no sería un régimen económico: de su esencia forman parte ciertos principios comunitarios pero no como una intromisión de los regímenes de comunidad, sino como una consecuencia de su carácter: por ser un régimen económico basado en el matrimonio” (91).

En conclusión, como se recordará, decíamos al principio de este trabajo, que la doctrina al definir el régimen de separación lo hace resaltando y negando, aquellas notas que sí tienen otros regímenes y que no tienen el de separación. Recuérdese como enunciado típico aquel que dice que el régimen de Separación de bienes se caracteriza por “la falta de comunidad de bienes” o “por la no comunicación de los cónyuges entre sí de ningún bien ni ganancias”. A partir de las distintas reformas del Código y de la Compilación, tal vez convenga, si se quiere ser preciso, variar sensiblemente las definiciones del régimen de separación hasta ahora habituales.

existe dote u otros bienes afectos al sostenimiento de las cargas familiares”, por lo tanto sólo si ha habido una afección pactada los bienes de los cónyuges quedarán afectos. No en otro caso. De la lectura de esta norma pueden extraerse dos conclusiones: primera que en Baleares no tiene porque aplicarse supletoriamente el Código civil en esta materia y segunda, seguramente la válida, que a pesar de que parezca que se está hablando del régimen de separación, esta es una norma típica de los “espolits”.

(89) Es difícil intuir a qué obedece la distinta regulación del régimen de separación en Ibiza y Mallorca. Tal vez en esta diversidad late un afán diferenciador entre islas o sencillamente obedece a dos actitudes diferentes delante del propio concepto de derecho balear.

(90) Cfr. Masot Miquel, Miguel. “El proyecto de revisión de la Compilación del Derecho civil de Baleares” en *Actualidad civil*, nº 23, 1986, págs. 1640 a 1666, cit, pág. 1651 a 1652.

(91) Rebollero Varela, Angel Luís, *op. cit.*, pág. 28.

2. DESPUES DE LA ULTIMA REFORMA DEL CODIGO Y ANTES DE LA APROBACION DEL PROYECTO DE REFORMA DE LA COMPILACION ¿CUAL ES EN BALEARES EL SISTEMA DE FUENTES POR LO QUE AL REGIMEN DE SEPARACION SE REFIERE?

En este apartado queremos reflexionar en torno a la aplicación en Baleares de aquellas normas del Código, que al no estar expresamente recogidas hoy en la Compilación, implican un cierto vacío regulador. Concretamente nos referimos al art. 1320 y en general a los artículos que detallan el régimen de contribución a las cargas del matrimonio.

En cierta manera, éste es un tema que ya ha sido apuntado a lo largo de este trabajo y sobre todo, al tratar del régimen de las cargas. Pero creo oportuno insistir en él, dada su importancia, pero ahora desde una óptica más amplia. No sólo por lo que al tema de las cargas se refiere sino también teniendo en cuenta, como acabo de señalar, el art. 1320 y, en general aquellos preceptos que en el Código se consideran disposiciones generales y que en la Compilación, lógicamente, no están recogidos.

En este tema contamos con dos preceptos claves: por un lado el ya citado artículo 13 del Código, al excluir la aplicación del título IV del Libro I en todo aquello que se refiera al régimen económico, remitiendo su desarrollo a lo que todavía creo pueden llamarse derechos especiales. Y por otra parte, disponemos de una norma compilada, la del primer párrafo del art. 2 de la Compilación. Se trata de una norma por la que se establece el carácter supletorio del Código civil en Baleares. Supletoriedad que presupone el propio art. 13, n.º 2 del Código civil. Ahora bien, llegados a este punto, tradicionalmente la doctrina se ha planteado un nuevo problema. A saber el alcance de la expresión supletoriedad, o dicho de otra manera, ¿qué se entiende por derecho civil Balear? Sólo lo compilado o también lo no compilado pero que formará parte de la tradición de la institución en cuestión (92). Este es un tema que de manera desafortunada resolvió la Compilación en las dos disposiciones finales. En la primera, al derogar las normas de derecho civil especial balear, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de la Compilación”, y conceptuar el derecho civil Balear como sólo el Compilado. Y en la segunda disposición final al disponer que “en lo no previs-

(92) Véase Pascual y González, Luís, “El derecho romano como supletorio de la Compilación del Derecho civil de Baleares” en *Rev. jurídica de Catalunya*, 1960, págs. 151 y ss. Más recientemente, Roca Trias, Encarna, “Sistema de fuentes del Derecho de Mallorca” en *Anuario de Derecho civil*, 1982, págs. 21 a 39.

to en la presente Compilación regirán los preceptos del Código que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general”.

No obstante esta segunda disposición final deja abierta la posibilidad de evitar la aplicación supletoria del Código al condicionar su aplicación al hecho de que éste no se oponga a ella. Norma, ésta, compleja pero que en situaciones de resistencia ha cumplido su función.

Desde la perspectiva que ofrecía la Compilación creo que en modo alguno deben aplicarse en Baleares artículos como el 1320 del Código civil, ni necesariamente el régimen de contribución a las cargas ha de ser el diseñador en el Código civil, aunque sea más práctico recurrir a él. De todas maneras de los dos tipos de normas coincido con GIMENEZ DUART (93), en que la del 1320 no puede ser nunca de aplicación, el dice en Cataluña, nosotros decimos en Baleares. La razón es evidente, nos guste o no, si en la Compilación se hubiera querido hacer más comunitario el régimen de separación se hubiera hecho de la misma forma que se estableció la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio.

3. LOS MOTIVOS DETERMINANTES DEL CONTENIDO DE LA REFORMA

El siguiente paso lo marca la aprobación de la Constitución española en 1976 y, en ella, la plasmación de principios como el de protección a la familia o el de igualdad de los cónyuges. Principios que en el momento de su inclusión en el texto constitucional no suponían un reflejo normativo concreto, pero que si lo han tenido posteriormente, cuando se ha reformado el Código en materia de derecho de familia. Reforma que se ha justificado en la necesidad de adaptar este derecho a los principios formulados en la Constitución. Y seguramente ha sido el temor a la inconstitucionalidad de la Compilación, amén de otras consideraciones de índole sociológico, la que ha determinado el hilo conductor de la Reforma. Haciendo de la reforma de la Compilación un calco, a veces afortunado y otras desafortunado de la reforma del Código civil. De suerte que se ha incorporado el citado art. 1320 como disposición aplicable en Mallorca, no en Ibiza y Formentera, islas en las que parece no va a ser aplicable. Así mismo se ha incorporado, en este caso defectuosamente, todo el régimen de sujeción de bienes y responsabilidad de los cónyuges por las deudas contraídas en el levantamiento de las cargas del matrimonio.

(93) Giménez Duart, Tomás, “El artículo 1320 del Código civil ¿es aplicable en Cataluña? *Revista jurídica de Catalunya*, 1982, págs. 193 a 209, cit., pág. 202, 203 y 204.

A la luz del proyecto de Reforma la reflexión final que nos hacemos es la siguiente. Si el contenido de la reforma está determinado por el temor a la inconstitucionalidad de una formulación similar a la compilada hoy, dado que creemos que el temor es infundado sin entrar ahora en la bondad del contenido, entendemos que la reforma, en materia de régimen económico, era innecesaria. Si, por el contrario ha venido determinada, por la aplicación de *facto* en Baleares, del Código civil, vía supletoria y precisamente para evitar esa vía, en ese caso considero acertada la reforma y su contenido dejando de lado algunas disfunciones entre normas, ya señaladas a lo largo de este trabajo. Esto por lo que al aspecto formal de la reforma se refiere. En cuanto al contenido de la misma, y siempre por lo que al régimen de separación se refiere, las críticas que pudieran hacerse son las que pueden hacerse a la regulación del Código y que de hecho ya se han realizado a lo largo de estas líneas.

- ALBIEZ DOHRMAN, Klaus Johan "La aplicación del artículo 1320 del Código civil en caso de una segunda vivienda habitual" en *Actualidad civil*, nº 22, 1987, págs. 1352 a 1367.
- ALVAREZ SALA WALTHER, J. "Aspectos imperativos de la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular" *R.D. Notarial*. 1981 - 2, págs. 7 y ss.
- AMOROS GUARDIOLA, Manuel "La garantía patrimonial y sus formas" en *Rev. Gen. Leg. y Jurisprudencia*, 1972 págs. 561 a 592.
- BASSOLS COMA, Martín "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978" *Rev. D.U.* oct-dic. 1983, págs. 13 a 42.
- BADOSA COLL, Fernando. Comentario a los arts. 26, 27, 29, 30, 31, 36, 41 y 42 en *Comentaris a les reformes del dret civil de Catalunya*. V.I. Barcelona, 1987.
- CAMPO VILLEGAS "En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separación de bienes" en *R. L. C.*, abril-junio, 1977, págs. 271 y ss.
- CARCABA FERNANDEZ, María "La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el art. 1320 del Código civil" en *Rev. Crit. Der. Inmobiliario*, 1987, nº 582, sept-oct.; págs. 1431 a 1459.

- CASTRO Y BRAVO, Federico de, "La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial" en *R.D.P.*, 1932, págs. 193 a 227.
- CERDA GIMENO "La prueba de la titularidades de los bienes conyugales en el régimen de separación de bienes" en *R.G.L.J.*, 1979, págs. 623 y ss. "Comentario al art. 66 de la Compilación balear" en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, XXXI - 2, Madrid, 1981, págs. 36 y ss.
- CLAR GARAU "La Compilación del Derecho civil especial de Baleares" en *Estudios de Derecho privado*, Madrid, 1962, págs. 77 a 112. "De nuevo sobre el régimen de separación de bienes" *Boletín informativo del Colegio de Abogados*, 1973. "Régimen matrimonial de separación de bienes en el derecho foral balear" *Homenaje al ilustre letrado Felix Pons y Marqués*, Palma, 1973.
- COCA PAYERAS, Miguel "¿Nueva Compilación del Derecho civil de Baleares o modificación de la vigente?" *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, nº 12-1985, págs. 77 a 90. *Tanteo y retracto, función social de la propiedad, y competencia autonómica*. Bolonia 1988.
- CORNU, Gérard *Ler regimes matrimoniaux*. París, 1977.
- CUESTA SAENZ, José María de la, "La protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español *Rev. D.N.*, 1983 págs. 129 a 170.
- DELGADO ECHEVERRIA, Jesús *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*. Madrid, 1974.
- DIEZ PICAZO, Luís Comentario al art. 1320 del CC. en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. Madrid, 1984, "El negocio jurídico del Derecho de familia" en *Rev. General de Leg. y Jur.*, T.XLIV, 1962, págs. 771 a 792.
- FONSECA GONZALEZ, Rafael "La vivienda familiar habitual en arrendamiento y la sociedad de gananciales" en *Rev. Der. Pri.*, 1983, págs. 261 a 270.
- GARCIA CANTERO, Gabriel "Notas sobre el régimen matrimonial primario" en *Documentación jurídica* V.I. págs. 299 a 312., 1982. "Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español" en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, págs. 61 a 84.
- GAVIDIA SANCHEZ, Julio V. *La confesión de privacidad de bienes de la sociedad conyugal*. Madrid 1987.
- GIMENEZ DUART, Tomás. "La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981", en *Rev. Der. Not.*, 1981, págs. 73 a 122. "El artículo 1320 del Código civil ¿es aplicable en Cataluña?, *Rev. J.C.*, 1982, págs. 193 a 209. "Cargas y obligacio-

- nes del matrimonio" *Rev. Der. Pr.*, junio 1982, págs. 542 a 555.
- GOMEZ DE ENTERRIA GUTIERREZ, "La contratación entre cónyuges en el C.C. y en los derechos especiales", *Rev. Jur. Cat.*, 1978, págs. 55 a 103.
- GONZALEZ PACANOWSKA, Isabel. "Efectos personales del matrimonio y representación de un cónyuge por el otro. ¿Legitimación propte matrimonium?, Tapia, Madrid, diciembre de 1987.
- GORDILLO, Antonio "La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia", *Anuario Der. Civil*, octubre-diciembre de 1982; págs 1111 a 1160.
- HERNANDEZ-CANUT y ESCRIVA, Juan "La Compilación del Derecho civil especial de Baleares", en *Anuario Derecho Civil*, 1961, págs. 659 a 690.
- HERRERO GARCIA, M.J. "Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el C.C. Español", *Libro homenaje al Profesor Beltran de Heredia y Castaño. Ed. Universidad de Salamanca*, Salamanca, 1984, págs. 303 y ss. "Las medidas provisionales en crisis matrimoniales (Comentario a los artículos 102 y 103 del Código civil)", *Rev. Der. Not.*, 1984, págs. 144 a 252.
- ISABAL, Marceliano "El artículo 1413 del Código civil y las legislaciones forales", *Rev. Der. Priv.*, 1919, págs. 197 a 213.
- ISAC AGUILAR, Antonio "Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: El uso de la vivienda conyugal" en *Rev. Crit. Der. Imnb.*, nº 577, 1986 págs. 1721 a 1734.
- LACRUZ BERDEJO, José Luís, "La reforma del Derecho de familia del Código civil español" Fasc. I. Régimen económico del matrimonio, filiación y patria potestad". Instituto Nacional de prospectiva, Madrid, 1979. *El nuevo régimen de la familia II. Filiación patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*. Cívitas, Madrid, 1981. *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho familia*. Barcelona, 1982. La potestad doméstica de la mujer casada. Barcelona 1963.
- MAGARIÑOS Y BLANCO, V. "Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores". Jornadas hispalenses, Sevilla, 1982.
- MARTY, G. y RAYNAUD, Pierre *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*. París, 1986.
- MASCARO ALBERTI, Matías *Derecho foral de Mallorca*. Palma, 1904.
- MASOT MIQUEL, Miguel "La prohibición de donaciones entre cónyuges en el derecho civil de Mallorca" en *Cuadernos de la Facultad de Derecho, nº 1*, Palma, 1982, págs. 91 a 118. "El contrato sucesorio en el Derecho foral de Mallorca. La donación universal de bienes pre-

- sentes y futuros. Palma, 1976. "El régimen económico del matrimonio" en *La mujer y el derecho civil canónico*. Primer ciclo de conferencias del seminario sobre la problemática de la mujer en Baleares. Govern Balear..., Palma, 1986. "Comentarios a los artículos 3 y 4 de la Compilación balear, en *Comentarios al C. C. y Compilaciones forales*, t. XXXI-1, Madrid, 1980, págs. 63 a 141. "*El Derecho civil de Mallorca después de la Compilación*, Palma, 1979. "El régimen económico matrimonial en la Compilación de Derecho civil especial de Baleares", *Temis*, Zaragoza, 1962, nº 12. "El Proyecto de revisión de la Compilación del Derecho civil de Baleares" en *Actualidad civil*, nº 123, 1983, págs. 1641 a 1666.
- MASSELLA DUCCI TERI, Massimo *Sulla riforma del diritto di famiglia*. Seminario diretto dal Prof. FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI. Padova, 1973.
- MIRALLES GONZALEZ, Isabel "Deber de contribución a las cargas del matrimonio" en *Rev. Jur. de Cat.*, nº 3, Barcelona, 1987, págs. 9 a 41.
- MONTES PENEDES, Vicente "Com. art. 1442", en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*. Vol. II, Madrid, 1984.
- MORO ALVAREZ, María Jesús "Notas en torno a un concepto de cargas familiares en el código civil español" en *R.D.P.*, 1986, págs. 1020 a 1041.
- MOZOS, José Luís "La igualdad de los cónyuges y la organización y ejercicio de las potestades domésticas" en *Documentación jurídica*, V.I. Madrid, 1982.
- NART "El régimen matrimonial de separación de bienes" en *Rev. Der. pr.*, 1951, págs. 30 a 43.
- NOGUERA ROIG "Panorámica del Derecho foral" en *Jornada de derecho foral en homenaje al ilustre letrado Félix Pons y Marques*, Palma, 1973.
- PASCUAL GONZALEZ, Luís *Derecho civil de Mallorca y otras especialidades*, Palma 1951.
- PONS MARQUES, Félix *Derecho civil de Mallorca*. Nueva enciclopedia jurídica. T.I. Barcelona, 1980, págs. 271 a 284.
- QUILEZ ESTREMER, "La libertad capitular y los artículos 1328 y 1320 y otros del Código civil" en *Rev. Crt. Der. Inmb.* 1982, págs. 316 a 427.
- RAUCENT, L. *Les régimes matrimoniaux (loi 14 juillet) et formules d'application*. Bruxelles 1978.
- REBOLLEDO VARELA, Angel Luís *Separación de bienes en el matrimonio. El régimen convencional de separación de bienes en el CC* Madrid 1983.
- RIVERO HERNANDEZ, Fco. "Com. al art. 92 del C.C." en *Comenta-*

- ios al título IV del libro I de Código civil.* Barcelona, 1982.
- RIPOLL Y PALOU *Memoria sobre las instituciones del derecho civil de Baleares.* Palma. 1885.
- ROCA TRIAS, Encarna "Sistema de fuentes del Derecho de Mallorca" en *Anuario de Derecho civil*, 1982, págs. 21 a 39.
- RUEDA PEREZ, M y J. "Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del C.C. del 13 de mayo de 1981", en *R.D.P.*, 1982, págs. 556 y 18.
- SALVA. *Derecho de familia en Mallorca.* Palma 1918.
- SUREDA, Enrique "Existencia y fuentes de la legislación foral de Mallorca", en *R.D.P.*, págs. 33 y 11.
- SUBIAS FELIU, Gabriel "La Compilación del Derecho civil especial de Baleares" en *Rev. Grl. Leg. y Jur.*, tomo 210, 1916, págs. 619 - 645
- VARIOS *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales.* Pamplona, 1986.
- VENDRELL FERRER, Eudald "La vivienda familiar y su protección. Comentarios a la sentencia del T.C. de 31 de octubre de 1986" en *R.J.C.* 1987, págs. 155 - 179.
- VERGER GARAU, Juan "Innovaciones introducidas en el Derecho civil especial de Baleares por la reciente Compilación" en *Rev. Der. Not.* (enero - marzo) 1962, págs. 265 - 299.
- VIRGILI SORRIBES, Fco. "El régimen legal de separación de bienes en la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña" en *R.D.C.*, 1962, págs. 33 - 68.