

# BIBLIOGRAFÍA

## Libros

**ÁLVAREZ OLALLA, M.<sup>a</sup> del Pilar:** *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, 523 pp.

1. La presente monografía se centra en el estudio del sistema de responsabilidad en el régimen de separación de bienes, partiendo de la base de que la separación no implica que la independencia patrimonial de los cónyuges sea total.

Si en principio puede pensarse que en aquellos casos en los que existe separación de bienes los acreedores pueden quedar perjudicados, la pretensión del presente trabajo es, como la propia autora señala, analizar cómo la vigencia del régimen de separación puede afectar al pasivo del patrimonio de un cónyuge, así como determinar las especialidades en torno al modo de responder frente a los acreedores, intentando clarificar cuáles son los remedios a través de los cuales estos últimos pueden lograr el cobro de sus créditos.

A la luz de tales planteamientos se esbozan con carácter clarificador, en las primeras páginas de la obra, las diferentes cuestiones que van a ser objeto de su estudio. Dejando claro desde el comienzo la inclinación favorable al régimen de separación.

Está justificada, vigente el régimen, la obligación de cada cónyuge de cooperar al bienestar de su consorte pero no que tras la disolución del mismo deba existir, como ocurre en la sociedad de gananciales, un derecho a participar en las ganancias obtenidas por el otro. Si se propugna la igualdad entre el hombre y la mujer, no es adecuado mantener un régimen que sigue pensando en proteger al cónyuge que se queda en el hogar, mediante el recurso de convertirlo en propietario de la mitad de lo ganado por el otro durante el período de vida en común. El legislador, se apunta, debe adoptar las medidas para conseguir la igualdad, evitando que la debilidad se produzca, pero no partir del reconocimiento de la misma paliándola mediante el expediente de hacer al otro responsable de la misma, y por tanto privándole de la mitad de sus ganancias.

2. La presente obra se divide en dos partes. La primera dedicada al estudio de las excepciones al principio de separación de responsabilidad, y la segunda al de la integración del patrimonio del deudor.

La primera parte se divide a su vez en dos capítulos (Cap. I de la Responsabilidad por cargas del matrimonio y II de las Deudas procedentes de una anterior Sociedad de Gananciales) y la segunda en cuatro capítulos (Cap. I de la titularidad en el régimen de separación de bienes. La inversión de fondos de un cónyuge en las adquisiciones del otro; Cap. II, sobre la norma de protección de los acreedores del deudor quebrado o concursado; Cap. III de los supuestos de indeterminación de la titularidad y Cap. IV de los bienes que presentan alguna especialidad).

En la primera parte se estudian pormenorizadamente todos aquellos supuestos en los que, aun encontrándonos en un régimen de separación de bienes no funciona la regla de la separación de responsabilidad, bien por el carácter de la deuda, bien porque ésta naciera bajo la vigencia de un anterior régimen de gananciales no liquidado.

2.1 Así se dedica el primer capítulo al estudio de la responsabilidad por cargas del matrimonio, estableciendo una diferencia básica entre dos aspectos de la misma, el interno, dentro del cual es objeto de análisis pormenorizado el artículo 1438 CC, y el externo, donde se analiza detalladamente el sistema de responsabilidad establecido en el artículo 1319 CC, tomando acertadamente como punto de partida la referencia a los antecedentes históricos, el análisis del Derecho comparado y el de algunos derechos especiales más significativos o clarificadores de nuestro ordenamiento jurídico, para llegar al sistema previsto en Derecho común tras la reforma de 13 de mayo de 1981, consecuencia de la cual se proclama la obligación de los cónyuges de contribuir proporcionalmente al levantamiento de las cargas, criterio que en el régimen de separación de bienes habrá de ser aplicable exclusivamente en aquellos casos en los que el régimen de separación se aplica en situaciones normales de convivencia.

El deber de contribución –aspecto interno– deriva, para algunos autores entre los que se incluye la Dra. Álvarez, de la obligación de ayuda y socorro mutuo entre los cónyuges, reduciéndose al derecho de alimentos cuando se rompe la unidad de vida, mientras que para otros, partiendo de la equiparación entre el deber de socorro y el de alimentos y negando la existencia de relación alguna entre éste y la contribución a las cargas, derivaría directamente del régimen económico matrimonial.

Se manifiesta no obstante por la autora la conformidad con la afirmación de que el deber de contribución no derivaría directamente del deber de socorro, ciñéndose este último a la institución de los alimentos entre cónyuges, no coincidente por otro lado con el propio deber de contribuir al levantamiento de las cargas.

Centrándose ya en el estudio de las *cargas del matrimonio*, se parte de la base de la necesaria diferenciación entre las cargas del matrimonio y las de la familia, considerando que las primeras son las derivadas de las relaciones entre los cónyuges, mientras que las segundas derivan de la patria potestad. Analizando así los diferentes deberes de mantenimiento que corresponden a los miembros de una familia para delimitar, tras su estudio, cuáles de ellos se consideran cargas del matrimonio y cuáles no.

A continuación se trata de llegar al contenido del concepto de «cargas del matrimonio», respecto del cual se sigue generalmente la tesis de integrar el mismo en sede del artículo 1361.1 en relación con el artículo 142 CC, aunque para la autora en el régimen de separación de bienes se ha de seguir un concepto más restringido. La determinación de las cargas del matrimonio no depende de la voluntad de los cónyuges, sino que viene determinada legalmente para todo matrimonio, aunque sí puede depender de la voluntad de los cónyuges la determinación cuantitativa de los mismos. Determinación que a la autora le parece acertada al menos en cuanto al contenido mínimo que aparece detallado en el artículo 142, pero no así respecto del resto de los gastos que exceden de tales

mínimos que vendrán determinados por la voluntad de los cónyuges también en el aspecto cualitativo y no sólo en el cuantitativo.

Los gastos que se integran como cargas deben estar destinados al consumo, o cuyo objeto primordial sea el disfrute por parte de la familia, pero no las operaciones destinadas a la inversión. Se excluyen por tanto como gastos de contribución las inversiones, frente a los gastos de mero consumo.

Se excluyen como carga del matrimonio por tanto los gastos que derivan de la responsabilidad extracontractual de un cónyuge, a los que considera inaplicable el criterio desprendido del artículo 1366 CC ya que en el régimen de separación de bienes rige un criterio restringido de responsabilidad. Igualmente queda excluido como tal el pago del crédito de la vivienda habitual, por tratarse de un gasto de inversión; así como el pago del IRPF. Respecto del pago de *litis expensas* hay que diferenciar el pago de gastos judiciales derivados de pleitos que redunden en interés de la familia, considerados como carga del matrimonio debiendo ser sufragados proporcionalmente por los cónyuges, de los gastos derivados de pleitos iniciados por un cónyuge frente al otro o frente a tercero sin que redunde en interés de la familia, en cuyo caso deberán ser anticipados tales gastos por el otro cónyuge, sin perjuicio de un posterior derecho de reembolso en favor del mismo, lo que encontraría su justificación en el deber de socorro que tiene carácter asistencial, como contribución al margen de la contribución a las cargas del matrimonio.

Delimitado el concepto y contenido de las «cargas del matrimonio» se analiza a continuación la *regla de la proporcionalidad* en cuanto a la forma en que los cónyuges han de contribuir al levantamiento de tales cargas, al tenor de lo establecido en el artículo 1348 CC.

Los recursos económicos de los cónyuges han de ser tenidos en cuenta no sólo para fijar el nivel de vida familiar, sino para fijar la cuantía con que cada cónyuge haya de contribuir al levantamiento de las cargas familiares. Recursos que han de ser analizados en consonancia con la capacidad de cada uno de ellos de realizar un trabajo remunerado o doméstico.

La primera cuestión a analizar es la extensión que haya de darse a los citados recursos económicos, considerándose que si bien ha de tenerse en cuenta el total patrimonio de los cónyuges, ello en ningún caso puede conducir al extremo de imponer la enajenación de los bienes de los mismos para poder hacer frente a las citadas cargas, debiendo estar a las concretas circunstancias económicas de los cónyuges. Dependiendo la solución de si el otro cónyuge tiene o no ingresos suficientes para cubrir los gastos de la familia, porque en caso afirmativo, el cónyuge que perciba rentas suficientes deberá hacer frente a tales cargas, contando con un derecho de reembolso al finalizar el régimen.

En la fijación de la contribución de cada cónyuge ha de tenerse incluso en consideración la capacidad para realizar trabajo remunerado o incluso trabajo doméstico, apuntándose, quizá con exceso de celo para mantener a ultranza la igualdad de ambos cónyuges, que si el cónyuge que no realiza trabajo remunerado o doméstico, pudiendo hacerlo, no contribuye de otra forma, siendo no obstante titular de bienes improductivos, el otro cónyuge podrá forzar la venta de los mismos para establecer dicha contribución, pudiendo negarse a realizar más anticipos de los que le correspondan. Criterio éste que sirve de diferenciador del

régimen de separación respecto al régimen de gananciales, puesto que en este último los cónyuges sólo vienen obligados a contribuir con sus ingresos.

El siguiente paso es analizar el concreto *deber de contribución* y la incidencia del posible pacto entre los cónyuges, analizándose la cuestión desde una triple perspectiva: por un lado la de la admisión o no de los posibles pactos que alteren la regla de la proporcionalidad, por otro, la relativa a la forma de tales pactos y, por último la de los límites establecidos a los mismos, planteándose aquí el problema de la posible exoneración de uno de los cónyuges al deber de contribuir.

Las tres cuestiones, se apunta, han de ser analizadas de forma conjunta, resolviéndose la cuestión según los diferentes supuestos ante los que nos encontremos, debiendo darse una solución diferente cuando nos encontremos ante la existencia de un acuerdo previo de modificación o exoneración en la obligación de contribuir por parte de uno de los cónyuges, con constancia en capitulaciones matrimoniales para ser vinculante, frente a los supuestos en que falta tal acuerdo previo, aunque exista una contribución no proporcional por la vía de hecho, donde existiría un derecho de reembolso en favor del cónyuge que mayor contribución realizase.

El pacto entre los cónyuges puede referirse al modo en que ambos cónyuges vayan a contribuir al levantamiento de las cargas [contribución con el trabajo en el hogar, colaboración con el trabajo del otro, aportación de bienes propios para el uso y disfrute de la familia, representación voluntaria por un cónyuge de los intereses del otro (art. 1439 CC)].

Como última cuestión objeto de análisis por la autora dentro del aspecto interno de las cargas, resulta obligada la referencia a las consecuencias del *incumplimiento del deber de contribución*. Partiendo aquí del análisis de los diferentes tipos de incumplimiento que pueden producirse (no culpable, culpable, culpable en el pasado, culpable en el presente y en el futuro), para terminar refiriéndose al cauce procesal posible para el ejercicio de la acción prevista en el artículo 1318 CC, cauce que será, señala, según la D.A. 10.<sup>a</sup> de la ley de 13 de mayo de 1981, el de jurisdicción voluntaria, sin que sea de aplicación el artículo 1817 LEC, aunque tal procedimiento será de libre configuración por el juez y los interesados en función de las circunstancias del caso, puesto que en el Libro III de la LEC no existe un procedimiento general de jurisdicción voluntaria.

Pasando al aspecto externo de las cargas se entra de lleno aquí a analizar el artículo 1319 CC y el problema de la responsabilidad externa.

En primer lugar debe concretarse el contenido de la expresión «*necesidades... encomendadas a su cuidado*» recogida en el párrafo 1.º del precepto. Frente a quienes afirman que el precepto establece un reparto funcional *ad extra* o *ad intra*, la Dra. Álvarez Olalla se manifiesta en contra de ambas posturas para entender que el artículo 1319 es un precepto de orden público que legitima a cualquiera de los cónyuges, siendo criticable la expresión anteriormente referida, porque lo que hace realmente es establecer la legitimación para la realización de actos por un cónyuge que van a repercutir en el patrimonio de su consorte.

En relación con el párrafo 2.º del artículo 1319 se centra el estudio en dos aspectos fundamentales del mismo. Por un lado se analiza el *ámbito de la respon-*

*sabilidad subsidiaria del cónyuge no deudor*, partiendo de una concepción amplia en cuanto a los actos que, generadores de responsabilidad pueden enmarcarse en el ámbito del precepto, siempre que sirvan realmente a las necesidades ordinarias de la familia, (actos como la petición de préstamo, adquisición de bienes o servicios por precio aplazado, el arrendamiento o los actos que generan responsabilidad extracontractual). Igualmente en este punto se estudian las diferentes posturas mantenidas en cuanto a lo que han de considerarse «necesidades ordinarias conforme al uso del lugar y circunstancias de la familia», manifestándose la autora a favor de incluir en el ámbito del precepto también los gastos extraordinarios, al poner el acento más en la expresión «necesidades» que en el hecho de que las mismas sean «ordinarias», debiendo incluirse aquí todas las necesidades primarias, sean ordinarias o extraordinarias, pretendiendo equiparar las cargas del matrimonio y los actos que pueden generar responsabilidad subsidiaria del cónyuge que no ha contratado. Se amplía por tanto el supuesto de aplicación del artículo 1319 para garantizar la acción protectora de los terceros acreedores.

Tal regla de responsabilidad subsidiaria, se apunta, no tendría lugar sin embargo, en situaciones de separación de hecho, frente a quienes con apoyo en el artículo 1368 CC mantienen la subsistencia de tal potestad doméstica en tales supuestos, sobre la base de que el anteriormente citado precepto establece la responsabilidad de los gananciales y no de los bienes privativos del otro cónyuge, precisamente porque ya no tiene aplicación el artículo 1319 ni el párrafo 1.º del artículo 1365 al haberse extinguido la potestad doméstica.

Se aboga, por otro lado, frente a los partidarios de la regla de la solidaridad, por *la regla propuesta de subsidiariedad* como regla de responsabilidad por el todo en que el cónyuge no deudor responde con todos sus bienes si el deudor es insolvente, siendo el criterio más acorde con la regla de la proporcionalidad. Justificándose la extensión de tal responsabilidad en la utilidad que al cónyuge no contratante aporta el acto de su consorte, estando inspirado el precepto en el principio general de interdicción del enriquecimiento sin causa, considerando que lo que el precepto confiere es un «especial poder de representación» de origen legal para el caso de que un cónyuge contrate de hecho, no siendo de aplicación la regla del artículo 1138 CC que establece la mancomunidad, que resulta desplazada por la ley especial establecida en el artículo 1319.

2.2 En el segundo capítulo de la primera parte se centra la autora en el análisis de aquellos casos en los que puede arrastrarse responsabilidad de un anterior patrimonio común, cuando se ha accedido al régimen de separación de bienes tras haber estado sometido el matrimonio a un régimen comunitario. Entrando para su análisis en primer lugar en la delimitación de los principios aplicables al cambio de régimen económico en relación con terceros (arts. 1317 y 1333 CC), centrándose especialmente en el principio de publicidad del régimen económico y los problemas que plantea la coexistencia de los diferentes órganos de publicidad.

Son objeto de estudio en primer lugar los *créditos nacidos con anterioridad al cambio de régimen*, respecto de los cuales se circunscribe el análisis a las deudas contraídas por uno sólo de los cónyuges.

Se centra la autora en la expresión utilizada por el artículo 1317, «la modificación del régimen no perjudicará los derechos adquiridos por terceros», abo-

gando por una interpretación restrictiva, sobre la base de que una vez disuelta la sociedad de gananciales no es posible seguir aplicando su normativa a las nuevas adquisiciones, de modo que, sólo sobre los bienes existentes en la masa hasta ese momento se mantiene cara a los acreedores el carácter ganancial de los mismos, con la excepción de los bienes adquiridos tras la disolución en sustitución de bienes gananciales a los que por aplicación del principio de subrogación real se atribuye tal carácter ganancial igualmente.

En todo caso conviene analizar el problema de los créditos anteriores ante dos situaciones diferentes: cuando la sociedad de gananciales se ha disuelto pero no ha quedado liquidada, y cuando ya se ha producido la liquidación.

*En el primer caso (sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada)*, se analizan las posibilidades con que cuentan los acreedores consorciales y los acreedores privativos de cada cónyuge, pudiendo los primeros utilizar la facultad que les otorga el artículo 1082 CC con el carácter preferente de sus créditos según el artículo 1399 CC, y con la posibilidad de cobrar durante la fase de liquidación sin tener que esperar a la correspondiente adjudicación de bienes. Respecto de los segundos aboga, correctamente entendemos, por la inaplicación del artículo 1373 CC no pudiendo embargar bienes gananciales concretos sino tan sólo la cuota que al cónyuge deudor corresponda en la comunidad postganancial, que será sin embargo inejecutable hasta que se produzca la concreta liquidación del patrimonio ganancial, admitiendo por tanto que los acreedores puedan, en caso de inactividad de los cónyuges solicitar la citada liquidación mediante el ejercicio de la correspondiente acción subrogatoria.

*En el segundo caso (cuando ya se ha producido la liquidación)*, los acreedores consorciales cuentan con la aplicación del artículo 1401 CC, precepto cuyo contenido analiza exhaustivamente. Mientras que los acreedores privativos (si con anterioridad al embargo consta debidamente inscrita la disolución en el Registro civil) dejan de tener la posibilidad de embargar bienes gananciales concretos, siéndoles aplicables los artículos 1317 y 1373. La posibilidad o no de embargar bienes gananciales concretos viene determinada por la constancia o no en el Registro de las Capitulaciones matrimoniales modificativas del régimen económico, de forma que si éstas constaban en el momento de producirse el embargo, éste no podrá recaer sobre concretos bienes gananciales sino sólo sobre la parte que le corresponda en la sociedad de gananciales.

Respecto a las opciones con que cuenta el cónyuge no deudor cuando el acreedor consigue anotar el embargo en el Registro, por no existir publicidad del cambio de régimen, se aboga por la vía de la tercería de dominio para solicitar la aplicación del artículo 1373 CC. Ante lo cual los acreedores podrían acudir a la impugnación de la liquidación si ésta fue en fraude de sus derechos, aunque sería interesante, apunta la autora, que la rescisión de la liquidación pudiese practicarse por vía reconventional en el mismo procedimiento de tercería, solución ésta rechazada por el TS, que sin embargo permitiría la alegación por el acreedor en el citado procedimiento del carácter ganancial de la deuda.

Ahora bien, si no se pudo anotar preventivamente el embargo, por constar, antes de la traba la disolución de la sociedad de gananciales, el acreedor, ante la insuficiencia de bienes privativos podrá solicitar la rescisión de la liquidación por fraude de acreedores por vía del artículo 1291 CC en relación con el artícu-

lo 1297, o bien por la vía del artículo 403 CC. Igualmente se parte de que si la deuda era consorcial y no se pudo demostrar en el ejecutivo correspondiente podrá instarse el declarativo correspondiente destinado a tal fin, solicitando por tanto la inoponibilidad de la liquidación.

Pudiendo igualmente acudir al correspondiente procedimiento penal por alzamiento de bienes, aunque una vez obtenida la sentencia penal firme deberá acudirse a la vía civil para obtener la rescisión.

Como complemento final del capítulo estudia la doctora Álvarez la situación de determinados bienes integrantes de la masa en liquidación: a) Los adquiridos aplazadamente por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro (art. 1370), que podrán ser embargados por los acreedores, una vez disuelta y liquidada la sociedad de gananciales aunque se encuentren en manos del cónyuge no deudor, y sin que éste pueda hacer uso de lo dispuesto en el artículo 1373 CC, y sin necesidad de que el acreedor deba instar la rescisión, pues en lo que al objeto de la venta se refiere queda asimilado al acreedor ganancial; b) Los bienes gananciales adquiridos con las resultas del comercio; c) Los bienes adjudicados a uno de los cónyuges en pago del derecho de reembolso de la sociedad de gananciales frente a él.

Por último se analiza el régimen de los *créditos nacidos con posterioridad al cambio de régimen*, refiriéndose a dos posibles situaciones al respecto. Por un lado el del cambio de régimen, no inscrito, pero anterior al nacimiento de la deuda, donde poniendo en relación el artículo 77 LRC con el artículo 1317 CC, hay que considerar que desde el punto de vista del acreedor no existe la citada modificación del régimen económico, y en tal medida su crédito debería tratarse como nacido antes de la misma. Y por otro, el del cambio de régimen realizado e inscrito con anterioridad al nacimiento de la deuda, en cuyo caso, y aun partiendo de que su nacimiento se produce bajo la vigencia del nuevo régimen, se analiza la posibilidad del acreedor de ejercitar una acción rescisoria de la liquidación practicada, en aquellos supuestos de impugnación de actos anteriores al nacimiento del débito, realizados con el fin de defraudar los derechos de los acreedores posteriores.

3. La segunda parte de esta monografía se dedica al estudio de la integración del patrimonio del deudor.

Hay que partir de la dificultad que los acreedores de un cónyuge encuentran en la práctica para determinar cómo se integra el patrimonio del mismo. Dificultad que deriva por un lado de los supuestos de contratación entre cónyuges, cuando los trasvases patrimoniales no se presentan de modo claro, problema que trata de solventar el artículo 1442 CC, y por otro de la falta de claridad sobre la titularidad verdadera del deudor sobre determinados bienes, derivada de la convivencia entre los cónyuges, problema que trata de solventarse por vía del artículo 1441 CC. Igualmente hay que tener en cuenta la especialidad a que, por el hecho de existir el matrimonio, están sometidos determinados bienes, como es el caso de la vivienda y ajuar familiar.

3.1 Trata el capítulo primero de la titularidad en el régimen de Separación de bienes y la inversión de fondos de un cónyuge en las adquisiciones del otro.

Considera la autora, como punto de partida que en el régimen de separación de bienes el dato determinante para atribuir la titularidad de los bienes es el hecho adquisitivo, sin que en el mismo entre en juego el principio de subrogación real. Analizando, para llegar a tal conclusión, las funciones y naturaleza del citado principio.

Tal principio juega en el régimen legal, con la finalidad de mantener el equilibrio patrimonial entre las diferentes masas que lo componen, de tal modo que no se produzca un enriquecimiento sin causa de un patrimonio a costa del otro, lo cual se considera necesario en previsión de futuros conflictos entre los mismos cónyuges o entre ellos con terceros. Sin embargo la falta de aplicación del mismo en separación de bienes se avala con diferentes argumentos, como la falta de previsión legal, la inexistencia en el mismo de la necesidad de satisfacer las finalidades específicas que la subrogación real cumple en el régimen legal o la inexistencia en la LH o el RH de previsión alguna que pudiera proteger al adquirente por subrogación frente al titular registral. El sistema por tanto de reestablecer el equilibrio entre las diferentes masas patrimoniales procederá a través de las acciones de enriquecimiento que pueden ejercitarse en cualquier momento.

Objeto de análisis son igualmente los *supuestos en que puede entenderse que un cónyuge realiza inversiones en el patrimonio del otro*, tratando de averiguar cuáles son las medidas con que cuentan los acreedores en tales casos. Considerando la autora como inaplicable el artículo 1441 a las adquisiciones realizadas por un cónyuge sin probar que lo hace con fondos propios, no presumiéndose en definitiva que los fondos pertenecían en proindiviso a ambos, antes bien, si tales adquisiciones se realizaron con fondos del otro cónyuge, ha de ser éste el que lo pruebe.

Sentado esto, se pasa a analizar los diferentes supuestos que pueden plantearse desde el punto de vista de la relación interna entre los cónyuges. Así, si mediaba relación contractual entre ellos (préstamo, donación, donación remuneratoria, mandato...) frente a los supuestos en los que no media tal relación (gestión de negocios ajenos, inversión de fondos sin consentimiento...). Pasando a continuación a analizar el problema desde el punto de vista de la relación externa, donde se trata de ver cuál es la posición de los acreedores del deudor cuyos fondos se han invertido en la adquisición de su consorte. Acreedores que deben probar la efectiva inversión de los fondos de un cónyuge en el patrimonio del otro, no siendo suficiente al respecto el juego de la presunción del artículo 1441 CC, precepto que se debe aplicar a los bienes presentes de titularidad indeterminada, pero no a los que ya no se encuentran en el patrimonio de los cónyuges. No pudiendo utilizar aquéllos tampoco el artículo 1441 CC para probar la efectiva inversión de los fondos de un cónyuge en el patrimonio del otro debiendo ejercitar las acciones correspondientes en vía subrogatoria, salvo que exista un *animus donandi*, en cuyo caso deberán rescindir la donación.

Si un cónyuge es mero testafarro del otro, los acreedores del deudor podrán ejercitar la acción de simulación. Pero respecto a los acreedores del testafarro si embargan los bienes objeto de simulación prevalecerá el derecho del auténtico propietario de los mismos sobre los derechos de los acreedores del titular aparente, lo que implica que los acuerdos simulatorios son oponibles a los citados acreedores, protección que tiene su límite si el bien ha sido adjudicado en subasta



pública sin que el verdadero propietario haya defendido su derecho en procedimiento de tercera, que no prosperaría si ambos cónyuges han actuado de mala fe.

3.2 En el capítulo segundo se estudia, como se ha indicado, el contenido y desarrollo de la vigente presunción muciana recogida en el actual artículo 1442 CC.

En cuanto al *ámbito de aplicación del precepto* se estudian los requisitos positivos, negativos y temporales para que pueda entrar en juego la presunción.

En cuanto a los *efectos* de la presunción, se diferencia minuciosamente entre las diversas posibilidades de adquisición, de forma que cuando la misma se hizo con el otro cónyuge, la presunción implicaría la realización de un negocio mixto de compraventa y donación, mientras que cuando la adquisición se hizo de manos de un tercero, hay que determinar si lo que se presume donado es la mitad de los fondos invertidos o la mitad del bien adquirido, cuestión sobre la que ya se debatió en otra parte del trabajo, al referirse a la integración del patrimonio del deudor, abogando entonces por la idea de que en el caso de donación entre cónyuges lo que se entendía donado eran los fondos utilizados y no el bien adquirido.

En el caso de admitir que lo que se ha de reintegrar es la mitad de los fondos satisfechos se presume que se donaron la mitad de los fondos invertidos, considerando que ésta es la interpretación más acorde con el artículo 1441 CC, conforme a cuya presunción se aplicaría la regla de la proindivisión presunta a los fondos invertidos, presumiéndose posteriormente conforme al artículo 1442 CC que la mitad que se presumía del cónyuge quebrado o en concurso de acreedores fue donada al otro. No obstante para salvar esta interpretación de la literalidad del precepto que parece abogar por la otra posición, se analiza el supuesto atendiendo a la finalidad de la norma. Así, estima que los efectos de la presunción no juegan automáticamente, debiendo ser los acreedores los que entablen la acción pertinente para anular o rescindir tales donaciones, siendo por ello por lo que se presume la existencia de donación y no de propiedad del quebrado. El legislador, en definitiva no presume que en el patrimonio del quebrado existen bienes que aparentemente pertenecen a otra persona, sino que del mismo han salido bienes que no deberían haber salido.

Por último, para que se produzca la *enervación de la presunción*, la autora considera, coherente con sus planteamientos anteriores, que ésta se producirá, en aquellos casos en los que la adquisición a título oneroso provenga del otro cónyuge, probando que el contrato se realizó a título oneroso en su integridad, mientras que si la adquisición proviene de tercero habrá de acreditarse que los fondos invertidos en la adquisición eran de la exclusiva propiedad del cónyuge adquirente.

Ahora bien, el problema se encuentra en el modo de probar tal empleo de fondos propios, lo que supone a su vez destruir la presunción del artículo 1441 CC en relación con los fondos invertidos. Abogándose por la dulcificación de la misma al considerar como suficiente con acreditar que el adquirente tenía medios propios en el momento de la adquisición para hacer frente a la misma, pudiendo servirse para ello de todos los medios de prueba a su alcance, salvo la confesión de privatividad que el quebrado o concursado pudiera hacer a tenor de lo dispuesto en el artículo 1324 CC.

3.3 El capítulo tercero se destina al estudio de los supuestos de indeterminación de la titularidad, constituyendo el objetivo fundamental del mismo estudiar las posibles opciones con que cuentan los acreedores en los supuestos de titularidad determinada o indeterminada de los bienes y derechos por parte de los cónyuges bajo un régimen de separación de bienes.

Así, frente a los supuestos en los que quedó acreditada la titularidad de los bienes, en los que se puede conseguir la protección mediante el ejercicio de las acciones rescisorias, las tendentes a destruir la presunción de veracidad de los títulos etc., se centra el estudio en los supuestos en los que la titularidad queda indeterminada, sirviéndose para ello del estudio que ciertos medios de prueba pueden tener al objeto de destruir la presunción de cotitularidad establecido en el artículo 1441 CC. Se analizan así como tales medios probatorios: a) la prueba de confesión del artículo 1324 CC; b) La posesión, como medio posible de prueba de la titularidad (arts. 464 y 448 CC), inclinándose al respecto la autora por entender que tales presunciones posesorias no pueden por sí solas desplazar la presunción del artículo 1441; c) En cuanto al valor de las presunciones convencionales de propiedad a través de las que los cónyuges, en capitulaciones matrimoniales establecen reglas para determinar la titularidad de los bienes, se establece la diferencia entre las cláusulas presuntivas de propiedad y las atributivas de propiedad. Abogando respecto de las primeras por la validez tan sólo de aquellos pactos que reúnen los requisitos del artículo 1253 CC, aunque los mismos se consideran inútiles porque al admitirse prueba en contra y someterse al sistema de valoración conjunta de la prueba, las mismas serán o no tenidas en cuenta por el juzgador tanto si fueron incluidas en capitulaciones matrimoniales como si no. Y respecto de las segundas, la autora diferencia entre diversos tipos de cláusulas: a) las que atribuyen la titularidad al cónyuge, que aplicando las reglas generales de adquisición de bienes y derechos resultaría como tal, que la autora considera como cláusulas inútiles porque en todo caso no se evitaría la impugnación por simulación del negocio adquisitivo; b) las cláusulas en que se consigne un modo de adquisición diferente a los previstos en el artículo 609 CC, supuesto en el que no podríamos hablar con propiedad de un régimen de separación, sino del establecimiento de un régimen atípico; c) Aquellas mediante las cuales se pretende predeterminar *a priori* la titularidad de un cónyuge sobre determinados bienes, cláusulas cuyo fin es, no atribuir, sino declarar la propiedad de un cónyuge y que la autora asimila pues, al reconocimiento o confesión sobre la titularidad presente y futura a las que resulta aplicable el artículo 1324 CC, resultando por tanto inoponibles a terceros pese a constar en capitulaciones matrimoniales.

Se trata a continuación del estudio de *la regla de la indivisión prevista en el artículo 1441*, centrándose en la naturaleza y fundamento de la misma. Abogándose respecto de la primera por su consideración como una «verdad interina o provisional» que tiende a invertir la normal distribución de la carga de la prueba. Y respecto del segundo, éste se encontraría en el principio de igualdad entre los cónyuges, que impide al legislador favorecer a uno solo de ellos, lo cual, si bien resulta beneficioso para los cónyuges, no tanto para los acreedores que tan sólo podrán embargar, además de los bienes de acreditada pertenencia al deudor, la mitad indivisa de aquellos otros cuya titularidad no pueda ser acreditada.

A la vista del perjuicio que para los acreedores puede suponer la indivisión, sobre todo en relación a bienes muebles de escaso valor, se aboga por arbitrar una solución que pase por la posibilidad de actuar sobre la totalidad del bien,

debiendo ser el cónyuge no deudor el que proceda a la defensa de la mitad de los bienes, con posterioridad al embargo, o bien, como algunos autores proponen, permitiendo el embargo de la totalidad del bien con derecho por parte del cónyuge no deudor a la mitad del precio del mismo, solución que se propugna, al menos en favor de los acreedores por deudas domésticas al amparo de la responsabilidad solidaria del párrafo 2 del artículo 1319 CC.

3.4 El capítulo cuarto, y último de la obra se dedica al estudio de ciertos bienes que presentan alguna especialidad y que quizá resulte un tanto marginal respecto del estudio que es objeto principal de la obra.

Se analiza en primer lugar el régimen de los denominados bienes domésticos, posteriormente el de la denominada vivienda familiar, para terminar con una aproximación a la titularidad y responsabilidad de los fondos depositados en cuentas bancarias.

– *Los bienes domésticos*, se mantiene, pertenecen por mitad a ambos cónyuges, pese a que el hecho adquisitivo provenga de uno solo de los cónyuges. Copropiedad que no nace del principio de subrogación real y que encuentra su fundamento en la existencia de una actuación por cuenta en parte propia y en parte ajena y de la legitimación establecida en el párrafo 1.º del artículo 1319 CC. Existe una comunidad que recae sobre cada uno de los bienes adquiridos en virtud de la legitimación señalada, no siendo posible, según mantiene la autora (en contra del criterio seguido por la reciente doctrina del TS), la acción de división de la cosa común por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1320.

– En relación con *la vivienda familiar* se analizan dos cuestiones básicas. Por un lado si debe mantenerse a ultranza la pertenencia exclusiva de la vivienda familiar a favor de uno de los cónyuges con tal de que exista una titularidad formal de adquisición. Y por otro lado, si es posible la ejecución sobre ella por parte de los acreedores, por deudas propias del cónyuge titular o cotitular.

Respecto de la primera cuestión se considera que la vivienda, al no ser bien de inversión, no supone una carga del matrimonio, por lo que la adquisición de la misma no generaría un proindiviso ordinario similar al de los bienes domésticos. Pese a ello se sigue planteando si el hecho de que la vivienda tenga una protección especial no puede suponer una modalización de la titularidad formal que sobre ella se ostenta, sobre todo en los supuestos en que su adquisición se produce por precio aplazado, o cuando sobre la misma recae el pago de una hipoteca. Estimándose que el especial estatuto de la vivienda familiar no puede derogar las reglas generales sobre adquisición de los derechos en el régimen de separación de bienes.

Respecto a la segunda cuestión apuntada (el problema de la posible responsabilidad que recae sobre la vivienda habitual), se plantea la autora hasta qué punto el poder de agresión de los acreedores sobre la vivienda habitual puede verse paralizado por la ausencia de asentimiento del cónyuge no titular, pudiendo suponer esto una alteración del régimen de responsabilidad general del artículo 1911 CC.

Para llegar a una conclusión al respecto se diferencian y analizan los supuestos de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges, frente a aquéllos en los que la titularidad se ostenta en régimen de copropiedad.

a) Cuando la vivienda sea propiedad exclusiva de uno de los cónyuges hay que analizar en primer lugar el alcance y contenido de los actos dispositivos a que alude el artículo 1320 CC, considerando que la clave para situar un acto en el ámbito del precepto se encuentra en la distinción entre los negocios que tengan por objeto específico la vivienda habitual (sean dispositivos u obligacionales), siempre que el efecto directo o el deber de prestación suponga la privación de su goce y utilización por parte de la familia. Conectando así la protección del artículo 1320 con los supuestos de desprendimiento voluntario por parte del titular respecto a los derechos sobre la vivienda, pero no con los desprendimientos más o menos forzosos.

Por otro lado se plantea el problema de la posible responsabilidad de la vivienda como consecuencia de la responsabilidad universal de un cónyuge, y de la posibilidad de defensa con que cuenta el cónyuge no titular de la vivienda en aquellos casos en los que se ha realizado un acto obligatorio por el titular que no provoca directamente la aplicación del artículo 1320 CC. Partiendo de la base de la inexistencia de precepto alguno que garantice la inembargabilidad de la vivienda habitual, hay que concluir, se apunta, que existe una fragilidad en la protección de la misma frente a determinados negocios obligacionales del cónyuge titular por lo que lo adecuado sería articular un sistema de protección que pasaría, no por la inembargabilidad de la misma, sino por la potenciación del derecho de ocupación de la vivienda, no sólo en situaciones de crisis matrimonial, sino también en los supuestos de normal funcionamiento del mismo, provocando con ello la subsistencia del derecho a tal ocupación, pese a la acción de los acreedores. Sin embargo, la autora, no deja claro cual sería el sistema de potenciación del derecho a la ocupación, si a través de su configuración como derecho real, o mediante la inscripción del mismo, dejando subsistente el polémico problema que al respecto sigue planteándose la doctrina.

En cuanto al supuesto de que se hayan establecido garantías reales sobre la vivienda, y especialmente la constitución de hipoteca sobre la misma, se comparte la tesis mayoritaria que estima que tales actuaciones requieren el consentimiento de ambos cónyuges, aunque no afecte directamente al derecho de ocupación sobre la vivienda. Considerando el consentimiento del cónyuge no titular, acertadamente, como de mero asentimiento, analizando la forma en que éste ha de producirse y la posibilidad o no del acto de renuncia a ejercitar la facultad otorgada por el artículo 1320 con carácter previo al acto dispositivo.

Tratamiento especial se hace igualmente de la autorización judicial supletoria, que se considera posible únicamente en el supuesto de que la vivienda sea propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, y que se otorgaría exclusivamente si con ello no queda perjudicado el interés de la familia.

En cuanto a las consecuencias de la falta de consentimiento hay que analizar los medios de defensa con que cuenta el cónyuge no titular, que pasan por la anulabilidad del acto conforme al artículo 1322 CC, a salvo, los derechos del tercer adquirente conforme al artículo 34 LH, así como, más discutible entendemos, el adjudicatario en subasta pública.

No obstante no se conferirá la protección del párrafo 1.º del artículo 1320 cuando se den las circunstancias del párrafo 2.º del mismo precepto, donde se estima por la Dra. Álvarez que el adquirente quedará protegido si el enajenante

manifestó de forma falsa o por error que el inmueble no tenía carácter de vivienda habitual, y siempre que tal adquirente fuese de buena fe. Planteándose al respecto si la protección al tercero alcanza tanto en los supuestos de adquisiciones onerosas como en las gratuitas, cuestión que apunta como trascendente cuando de la constitución de hipoteca se trata, dada la duda existente respecto al carácter concreto de la misma. Al respecto se entiende que sólo quedará protegido el acreedor hipotecario si la constitución de la hipoteca es a título oneroso, siempre que el titular del bien hipotecado haya manifestado de forma falsa o errónea que la vivienda no tenía tal carácter, siendo además el acreedor de buena fe.

b) En el supuesto de que la vivienda fuese propiedad de ambos cónyuges se aboga por la inaplicación del artículo 1320 CC a los actos dispositivos realizados sobre la totalidad del inmueble, pues no sería posible sustituir la voluntad de uno de los cónyuges por la autorización judicial, analizándose aquí los requisitos para ejercitar la acción de división, enajenación de la cuota o constitución de hipoteca sobre la misma, así como el problema que plantea la posible ejecución de la cuota indivisa de un cónyuge como consecuencia del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC, en cuyo supuesto será posible tal ejecución creando una clara desprotección para el otro cónyuge que podría subsanarse si se estableciera un derecho de ocupación de la vivienda con constancia registral.

– Por último es objeto de tratamiento en el presente capítulo el problema de las *cuentas corrientes*, y en concreto de los contratos de depósito bancario, pues como se indica, lo que plantea problemas es la propiedad de los fondos depositados, ya sea en cuenta corriente o en libreta de ahorro, y básicamente en relación con las cuentas de titularidad compartida.

Dentro de esta cuestión merecen especial tratamiento los depósitos conjuntos e indistintos, diferenciando en ambos supuestos entre las relaciones internas entre los cónyuges frente a las externas de éstos con la entidad depositaria.

En el ámbito de las relaciones internas, ambos tipos de cuentas corrientes presentan similitudes porque sea cual sea el modo de establecer las relaciones con la entidad bancaria, los fondos pueden pertenecer a ambos, a uno de ellos, o a un tercero, de forma que a falta de prueba sobre la titularidad de los mismos se presume la propiedad por mitad. Sin embargo en el ámbito de las relaciones externas, ambos tipos de cuentas difieren.

Analiza aquí la autora el problema de la responsabilidad que pueda recaer sobre los fondos depositados, y en concreto el del embargo y ejecución por parte de los acreedores de uno solo de los titulares, posibilidad que existe con independencia de que sea él el titular exclusivo de los mismos o bien de que lo sea de forma indistinta o conjunta con su consorte.

Hay que matizar, no obstante, el tratamiento del embargo cuando se trata de cuenta conjunta o indivisa. Así, en cuanto al embargo de la primera, se aboga, siguiendo la práctica bancaria y lo establecido en sectores como el de la Hacienda Pública y la Seguridad Social, por la traba tan solo sobre el montante que pertenece al titular conjunto que resulta embargado. Mientras en el caso de la segunda, aunque la mayoría de la doctrina se decanta por la posibilidad del embargo sobre la totalidad del saldo, en la práctica bancaria se opta por una solución similar a la seguida respecto de las cuentas conjuntas, solución que para la autora

parece la más adecuada, teniendo en cuenta que el embargo ha de recaer sobre los fondos pertenecientes al deudor, debiendo ceñirse a su cuota sobre los mismos. Esta solución ha de seguirse en la medida en que se considera que el embargo resulta totalmente ajeno a las denominadas relaciones externas, tratándose de una cuestión que afecta a las relaciones internas, es decir, a la propiedad sobre los fondos depositados.

4. La amplia monografía que se presenta cubre, como se puede observar, un aspecto fundamental en el estudio del régimen de separación de bienes que hasta la fecha había sido objeto de tratamientos parciales por la doctrina, lo que ya de por sí resulta de un valor extraordinario. La autora de la misma desarrolla minuciosamente y concienzudamente cada uno de los problemas que plantea el sistema de responsabilidad en el régimen de separación de bienes, poniendo de manifiesto al lector que, si bien es en el régimen de gananciales donde el tema de la responsabilidad del patrimonio ganancial y los privativos de los cónyuges alcanza mayor trascendencia, no por ello queda a la zaga en un régimen como el de separación.

La sistemática seguida en la exposición de la obra (a salvo algunos capítulos que quizá resulten algo marginales —no por su importancia, sino por la vinculación directa con el tema—) permite al lector establecer una directa vinculación del régimen de separación con las normas del denominado régimen primario que se analizan coherentemente con el régimen concreto que se estudia, tratando de darles una lectura adecuada en relación con el mismo.

Hay que destacar igualmente la productiva labor de la autora al presentar, en cada uno de los problemas que puntualmente va planteando, un análisis comparativo con los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, así como con las diferentes normas reguladoras en los diversos derechos civiles especiales dentro de nuestro propio ordenamiento jurídico.

Pilar BENAVENTE MOREDA  
Universidad Autónoma de Madrid

**BUSTOS PUECHE, José Enrique:** *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, ed. Dykinson, Madrid, 1996, 207 pp.

Una de las novedades bibliográficas más interesantes de los últimos meses es este trabajo del Dr. Bustos Pueche, profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Alcalá.

El autor cree decididamente que el embrión ha de ser jurídicamente amparado, y su propósito en la presente monografía es encontrar apoyos jurídicos positivos para proporcionarle tal amparo.

La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, por la que se regulan las técnicas de reproducción asistida humana, ha sido, sin duda alguna, una de las leyes más criticadas por nuestra doctrina.

El legislador patrio, con gran precipitación, reguló una materia tremendamente complicada, que, en aquel entonces, muy pocos países se habían atrevido