

# EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES

PONENTE:

**D. Jesús Martínez Cortés**  
Notario

COPONENTES:

**D. Miguel Lacruz Mantecón**  
Profesor Titular de Derecho Civil

**D. José Luis Soro Domingo**  
Abogado

MODERADOR:

**D. Carlos Carnicer Díez**  
Presidente del Consejo General de la Abogacía Española

*Carlos Carnicer Díez. Presidente del Consejo General de la Abogacía Española*

Constituye un placer subir a esta mesa y estar en esta sala acompañándoos en la segunda de las jornadas del Foro de Derecho Aragonés en su decimotercera edición. Parece que era ayer cuando en la sede del Justicia de Aragón, y siendo Justicia nuestro compañero Emilio Gastón, hablábamos de esta iniciativa. Entonces no sospechábamos, ni mucho menos, que pudiese tener tan larga y fructífera vida. Mi agradecimiento y reconocimiento sincero a todos los que habéis hecho posible esta realidad y, sobre todo, a los ponentes, coponentes e intervinientes que hacen posible esa magnífica edición de las Actas del Foro que son ya un cuerpo de doctrina imprescindible en el buen conocimiento del derecho aragonés. Gracias, Justicia, gracias Colegios Profesionales de Abogados, de Notarios, de Registradores de la Propiedad ... gracias a todos por el esfuerzo y el mejor premio que podéis tener es el reconocimiento de toda la sociedad aragonesa y también de la española, porque hasta nuestro Tribunal Supremo y su Sala de lo Civil llegan también los trabajos de este Foro de Derecho Aragonés.

Hoy corresponde tratar sobre «El régimen económico matrimonial de separación de bienes» al ponente D. Jesús Martínez Cortés que creo que no precisa de presentación para nadie y además yo no podría hacerla porque nuestra relación de amistad me impediría decir nada medianamente objetivo. Miguel Lacruz Mantecón no ha podido asistir, ha participado ciertamente en los trabajos de la ponencia pero no ha podido asistir. Creo que hoy tiene un Tribunal de oposiciones. Y al abogado y compañero D. José Luis Soro Domingo, que sí que comparece en este momento.

Insisto, es un gran placer para mí abrir esta sesión y tiene la palabra el Sr. Ponente para ilustrarnos sobre el régimen económico matrimonial de separación de bienes.



## EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES

por  
Jesús MARTÍNEZ CORTÉS (Ponente)  
Miguel LACRUZ MANTECÓN y José Luis SORO DOMINGO (Cponentes)

### **Intervención de D. Jesús Martínez Cortés**

Buenas tardes. Mis primeras palabras quieren ser de agradecimiento y de gratitud. En primer término a la Comisión Coordinadora de este Foro de Derecho Aragonés que, como decía Carlos Carnicer, ya va por sus Decimoterceros Encuentros. Y, en particular, también, mi agradecimiento al Justicia de Aragón, como cabeza y organizador de este Foro, en la persona de mi buen amigo Fernando García Vicente, por haber depositado en nosotros la confianza y también la responsabilidad de la ponencia que hoy nos va a ocupar.

Detrás de esta sesión de hoy hay bastantes horas de trabajo que tanto mi compañero de ponencia José Luis Soro, aquí presente, como Miguel Lacruz que, como ha dicho Carlos Carnicer, está por razones de su profesión en un Tribunal de Oposiciones en Bilbao, hemos dedicado. Y también, en segundo lugar, gratitud a todos ustedes aquí presentes, que han decidido pasar estas últimas horas de la tarde acompañándonos en esta sesión. Nos gustaría que al final de ella salgan con la sensación de que ha merecido la pena. Lo que sí les puedo decir a todos es que esfuerzo, afán y trabajo le hemos dedicado todo el que hemos podido.

Así que, sin más, entramos ya en el examen y desarrollo de esta primera parte de la ponencia.

SUMARIO: I. Introducción. Causas que justifican la regulación en nuestro Derecho. A) Primero. Punto de partida. B) Segundo. Régimen económico matrimonial y autorregulación privada familiar. C) Tercero. Desarrollo y modernización del Derecho Aragonés. II. Separación de bienes. Razones para una elección. A) Ventajas. B) Inconvenientes. C) Supuestos de posible conveniencia. III. Aproximación teórica al régimen de separación de bienes: Notas estructurales. A) Autonomía patrimonial. B) La exclusividad en la gestión,

disfrute y disposición. C) La responsabilidad independiente por deudas. IV. El régimen de separación de bienes en la Ley 2/2003, de régimen económico matrimonial y viudedad. A) Introducción. B) Ámbito de aplicación. C) Régimen jurídico. D) Contenido. 1. Separación y titularidad de los bienes. 2. Inaplicación del principio de subrogación real. 3. La prueba de la pertenencia de los bienes. 4. La gestión de los bienes propios. 5. La responsabilidad por deudas. E) Separación de bienes y vida en común. 1. El uso común de los bienes. a) La vivienda familiar. b) Los bienes domésticos. 2. La aportación de esos bienes. 3. La disposición de esos bienes. 4. La contribución a las necesidades familiares. F) Separación de bienes y derecho de viudedad. G) Disolución y liquidación.

## I. INTRODUCCIÓN.– CAUSAS QUE JUSTIFICAN LA REGULACIÓN EN NUESTRO DERECHO

Si preguntásemos a cualquiera de los presentes las razones por las que estamos aquí, hoy y ahora, para hablar del régimen de separación de bienes en Aragón, la respuesta unánime o abrumadoramente mayoritaria sería porque la Ley 2/2003, de 12 de Febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, regula por vez primera este régimen.

La segunda pregunta sería, entonces, porqué al legislador aragonés se le ha ocurrido y estimado oportuno regular como novedad absoluta el régimen de separación de bienes, cuando no existe ningún precedente del mismo en nuestro Derecho histórico. La respuesta a esta pregunta hay que encontrarla en que la sociedad aragonesa en general y, en particular, con ella, la familia aragonesa han experimentado profundos cambios sociológicos. Han cambiado mucho y siguen haciéndolo en la actualidad, tanto en sus relaciones personales dentro del grupo familiar, como en las socio-económicas, así como en el marco legal y político<sup>1</sup>. Se ha producido, además, una profunda evolución en los roles y actividades domésticas, fruto primordialmente de una transformación de las mentalidades, destacando por su importancia y trascendencia para el tema que hoy nos ocupa el trabajo de la mujer fuera del hogar, como realidad hoy generalizada en nuestra sociedad<sup>2</sup>.

Todos estos cambios no han dejado indiferentes, sino que han interesado mucho, a los juristas<sup>3</sup>. Al mismo tiempo, esa evolución social también ha ido encontrando reflejo en el

(1) En este sentido y con carácter general, en la doctrina francesa moderna, Martine SEGALÉN ha analizado con profundidad y extensión la antropología histórica de la familia, estudiando la evolución del grupo doméstico a lo largo de la Historia y las civilizaciones, tanto en lo que se refiere a su tamaño y composición, como a su estructura interna y relaciones de poder dentro del mismo.

Esta misma autora destaca, en particular, la ruptura conceptual y generacional que se produjo en todo el mundo occidental en la década de los años setenta del siglo pasado, refiriéndose a fenómenos como el aumento de las uniones no matrimoniales, no legitimadas por la ley; el aumento de separaciones y divorcios; la caída de la tasa de fecundidad; la sustitución del matrimonio por la realidad simple de la pareja, unión sin lazo-vínculo legal; y, además de esa irrupción de la pareja informal, la aparición también de la familia monoparental, tanto desde su origen como sobrevenida. Queda así apuntada y destacada la importancia de esa evolución personal, que en buena parte hunde sus raíces en la revolución de la década prodigiosa de los años sesenta, en particular del Mayo del sesenta y ocho.

(2) Ese acceso de la mujer al mundo del trabajo, en régimen laboral de trabajadora dependiente de la empresa y fuera del marco de la economía familiar, conlleva consecuencias destacadas también en el interior de la familia, entra ellas, la necesidad de un reparto diferente de las cargas y tareas domésticas, tradicionalmente y durante siglos «femeninas». Se produce con ella en estas últimas décadas un cierto regreso del hombre al hogar, en cuanto que se considera natural y lógico que si ambos cónyuges trabajan fuera del hogar y aportan recursos a la economía doméstica, también deben ser ambos los que colaboren y se repartan esas tareas en la casa.

(3) Es imposible citar aquí la abundante literatura jurídica sobre el tema. A título de ejemplo, citar tan solo algunos de ellos, como los de ENCARNA ROCA TRÍAS (vid. Roca Trías E. Familia, familias y Derecho de Fami-

marco legal, siendo casi una constante desde los años setenta hasta nuestros días la reforma de los cuerpos legales de los diferentes Derechos para recoger esas nuevas tendencias y realidades sociales. En esta tendencia se enmarca la reforma que ahora estudiamos de nuestro Derecho civil aragonés.

No se trata, por tanto, de un afán desordenado y obsesivo de regular por regular materias —como quizá alguien pueda, erróneamente, pensar—. Obsérvese, v.gr, que el mismo legislador aragonés pudo haber regulado y no lo hizo, rechazando una enmienda en este sentido del Grupo Parlamentario de Chunta Aragonesista (enmienda 117), instituciones históricas tan tradicionales en Aragón como lo fue la hermandad llana o régimen de comunidad universal, que queda así solo incluida en la referencia del artículo 19 de la Ley a las Instituciones familiares consuetudinarias. La razón de esta no regulación expresa, que alguien pudiera encontrar lógica como contraposición a la introducción del régimen de separación de bienes, hay que encontrarla en la diferente demanda social de esos regímenes: prácticamente inexistente el de hermandad llana, cada vez más pactado el de separación de bienes.

El legislador aragonés sí que ha querido regular este régimen de separación de bienes. Es forzoso, por tanto, preguntarnos los porqués, las razones que le han podido llevar a tomar esta decisión.

#### **A) Primero. Punto de partida**

El punto de partida está en la necesidad de todo matrimonio de un estatuto-base para el ordenamiento económico del hogar, de un conjunto de normas reguladoras de las relaciones económicas o patrimoniales entre los cónyuges y con los terceros.

El matrimonio es, ante todo y principalmente, originador de unas relaciones de carácter personal y afectivo entre los cónyuges, pero, junto a ellas, la comunidad de vida que el matrimonio comporta implica, a su vez, la necesidad de un soporte económico<sup>4</sup>.

El régimen económico matrimonial, como conjunto coherente de soluciones a esos problemas o relaciones, se convierte así en un imperativo legal, basado en el principio de la seguridad del tráfico.

#### **B) Segundo. Régimen económico matrimonial y autorregulación privada familiar**

Afirmada la necesidad de un régimen económico matrimonial, hay que destacar que ese estatuto-base regulador de las relaciones económicas que el matrimonio implica y genera se fundamenta en unos principios básicos inspiradores que son los siguientes:

- a) Principio de libertad de estipulación.
- b) Principio de igualdad jurídica de los cónyuges.

---

lia, «ADC», t. XLIII, fascículo I, enero-marzo 1990, páginas 1055-1056), CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE (Diagnóstico sobre el Derecho de Familia, Análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del Derecho de Familia, «DIF», núm. 21. ICE-Universidad de Navarra, Rialp. Madrid, 1996, págs. 25 y 45 a 51).

(4) Nuestro legislador es absolutamente consciente y comparte ese carácter decisivo del matrimonio como comunidad personal de vida entre marido y mujer. Por eso no es casualidad que la nueva Ley se inicia, precisamente, proclamándolo así en su artículo 1.

c) Principio de flexibilidad o de mutabilidad del régimen económico matrimonial.

Vamos, a continuación, a comentar brevemente cada uno de los principios.

a) Principio de libertad de estipulación.

A diferencia de otros ordenamientos, en nuestro Derecho el régimen de separación de bienes no es una sanción, ni tampoco se impone como imperativo sobre la voluntad de los cónyuges<sup>5</sup>. Por el contrario, este régimen económico se nos presenta como una manifestación de la libertad de pacto, que tan propia y básica es en Derecho aragonés y que se plasma en el conocido principio del «*standum est chartae*».

Por ello, es completamente lógico y coherente con nuestro Derecho que el artículo 11.1 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y de Viudedad disponga que el régimen económico matrimonial se ordenará por las capitulaciones que otorguen los cónyuges. De esta manera, el legislador reconoce el papel primordial que tiene la voluntad de los particulares, hasta el punto de poder afirmar, como hace el Preámbulo de la Ley, que el llamado régimen matrimonial legal más puede considerarse subsidiario de ella que propiamente legal.

Queda así el régimen de separación de bienes, como una de las opciones posibles para los aragoneses que se proponen otorgar capitulaciones matrimoniales y que ellos, en el libre ejercicio de esa autonomía de voluntad, pueden adoptar como régimen económico de su matrimonio proyectado o ya contraído.

Pero esa libertad de estipulación no se agota en la sola posibilidad de adoptar como régimen económico para su matrimonio el de separación de bienes, sino que, además, deja a los interesados un amplísimo margen de libertad para fijarlo y configurarlo, siempre que no se desnaturalicen sus principales rasgos. Ese poder de autorregulación, reconocido en el artículo 3 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y de Viudedad, sólo encuentra sus límites en los propios del principio «*standum est chartae*».

Para acabar este apartado y a modo de resumen, podemos decir: Libertad, por tanto, para otorgar o no capitulaciones matrimoniales; fijar cuál sea su régimen económico matrimonial; y concretar sus elementos y contenido o, lo que es lo mismo, conformar ese contenido.

b) Principio de igualdad jurídica.

Cuando hablamos de igualdad nuestra primera referencia tenemos que hacerla a los artículos 14 y 32 de la Constitución Española.

Con carácter general, el artículo 14 de la Constitución Española proclama que «Los

---

(5) En ese sentido, v.gr. el artículo 1.720 del Código Civil Portugués, bajo el epígrafe «Régimen imperativo de separación de bienes», dispone:

Considéranse siempre contraído bajo el régimen de separación de bienes:

a) El casamiento celebrado sin precedencia del proceso de separación de bienes.  
b) El casamiento celebrado por quien tenga completados sesenta años de edad.

Asimismo, es interesante destacar en el sentido expresado que la enmienda de número 115 presentada por el Grupo Parlamentario del Partido Aragonés (PAR) cuando se debatió en las Cortes de Aragón la Ley de Régimen Económico Matrimonial y de Viudedad, proponía añadir un nuevo párrafo al artículo 86 del Proyecto de Ley —actual artículo 87—, con el siguiente texto:

«La falta de dicha liquidación previa a la celebración del segundo o ulterior matrimonio, determinará que éste se contrae bajo régimen obligado de separación de bienes».

españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Ya en particular, en sede matrimonial, el artículo 32, por su parte, proclama que «marido y mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica».

Estos preceptos constitucionales, de especial trascendencia y significado, y cuyo análisis y comentario excedería con mucho del trabajo que ahora nos ocupa, en lo que este momento nos importa destacar, implican un doble aspecto:

Uno, de carácter negativo, en cuanto significan el abandono constitucional del modelo jerárquico autoritario anterior<sup>6</sup>.

Otro, de carácter positivo, en cuanto que, por imperativo constitucional, la igualdad se configura como criterio obligado y necesario de interpretación de la normativa matrimonial.

La Ley 2/2003, comparte plenamente —como no podía ser de otra manera— este principio constitucional y ya en su artículo 1, tras reconocer la esencia del matrimonio como comunidad de vida entre marido y mujer, inmediatamente hace profesión de fe en esta radical igualdad de los cónyuges al afirmar que ambos son iguales en derechos y obligaciones.

#### c) Principio de flexibilidad o de mutabilidad.

Junto a los principios ya vistos de libertad y de igualdad se sitúa el principio de flexibilidad o mutabilidad del régimen económico matrimonial.

No se trata ya de pactar un régimen u otro, ni de configurarlo de la forma más conveniente a sus intereses, con respeto a la igualdad entre cónyuges, sino que estamos ante la libre posibilidad que se reconoce a esos cónyuges de variar su régimen económico matrimonial o, sin variar de régimen, de alterar o modificar su contenido.

Atrás quedaron los tiempos en que en algunos Derechos, nunca lo fue en nuestro Derecho aragonés, se prohibía la modificación del régimen económico una vez contraído el matrimonio.

La mutabilidad del régimen económico matrimonial se concibe así como una manifestación concreta y específica de esa libertad de pacto que tienen los cónyuges para decidir, no ya por una sola vez al tiempo de contraerlo, sino en cada etapa concreta de su matrimonio, cuál sea el régimen económico matrimonial más adecuado para ellos teniendo en cuenta sus circunstancias de ese momento: circunstancias familiares, económicas, fiscales, profesionales y laborales. Todo ello dirigido a conseguir una perfecta adaptación de su régimen económico matrimonial a su nueva situación familiar.

Afirmado así el principio de libre mutabilidad del régimen, inmediatamente hemos de destacar que esa modificación no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, como expresamente ordena el artículo 12 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y de Viudedad.

---

(6) Lo que enlaza y hunde sus raíces en la ruptura generacional y de costumbres a la que aludíamos en la nota 1.

Como tendremos ocasión de ver más adelante, el notable incremento del número de capitulaciones matrimoniales va íntimamente ligado a esta posibilidad de modificación del régimen económico matrimonial constante matrimonio. Por esta razón, en el análisis de la función y finalidad del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada familiar que implica esa alteración del régimen económico matrimonial ocupa un lugar destacado el análisis de su eficacia ante terceros, para evitar posibles fraudes a acreedores.

### **C) Tercero. Desarrollo y modernización del Derecho aragonés**

Buscando esas razones o porqués de la novísima regulación normativa del régimen de separación de bienes en nuestro Derecho, hay que ponerlas en relación inmediata con la decisión política de nuestros representantes de dar cumplimiento a su obligación no ya sólo de conservación, sino también de modificación y desarrollo de nuestro Derecho propio. Obligación que encuentra su incardinación constitucional en la competencia exclusiva que reconocen el artículo 149-1-8.<sup>a</sup> de la Constitución y el artículo 35-1-4.<sup>o</sup> del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Estamos ante un supuesto claro de desarrollo normativo de nuestro Derecho, en esa tarea de largo aliento que decía la Ponencia General elaborada al iniciar sus trabajos por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, de renovación y modernización del Derecho aragonés.

La constatación innegable de la existencia de una mayor demanda social hace preciso dar satisfacción legal y encauzar normativamente esa mayor frecuencia de este régimen de separación de bienes. Los datos al respecto son muy ilustrativos, como vemos a continuación:

De una parte, hemos de destacar el fenómeno del importante incremento del número de capitulaciones matrimoniales otorgadas. Esta tendencia, por lo demás no exclusiva de Aragón sino general en toda España<sup>7</sup>, ha sido estudiada y comprobada en la realidad con motivo de la Ponencia que nos ocupa por Miguel LACRUZ MANTECÓN, a cuya intervención me remito. Ahora tan solo quiero destacar como idea básica que en el momento presente los capítulos matrimoniales tienen poco que ver con los tradicionales en nuestro Derecho. Durante siglos los capítulos matrimoniales han sido básicos en la economía agraria y en la estructura socio-económica de Aragón; lo decisivo hasta no hace demasiados años era la gestión y transmisión del patrimonio familiar; esto es, a través de los pactos de carácter familiar y sucesorio, asegurar la continuidad de la casa de generación en generación. En esos capítulos la elección del régimen económico matrimonial ha tenido tan solo un carácter puramente secundario, con frecuente acatamiento del régimen de fuero. Sin embargo, esta realidad cambió de forma radical con el declive de ese modelo económico de subsistencia y base agraria y el paso a una sociedad mayoritariamente urbana y con ellos la transformación del modelo de propiedad familiar troncal a un modelo de propiedad familiar matrimonial<sup>8</sup>. Por esta razón, comparto absolutamente la opinión expresada por BAYOD

---

(7) Es muy interesante al respecto un reciente estudio publicado hace muy pocos días, Octubre 2.003, en InDret (w.w.w.indret.com) por Albert LAMARCA MARQUÉS; Esther FARNÓS AMORÓS; Albert AZAGRA MALO y Mireia ARTIGOT GOLABARDES, titulado «Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña: ¿Un modelo pacífico sujeto a cambio?». En dicho estudio se realiza un análisis de la práctica capitular en Cataluña y en toda España durante el siglo XX; formulando un modelo de autonomía privada familiar estructuralmente vinculada al régimen económico del matrimonio y presentando diversas hipótesis que explicarían el aumento exponencial del número de capitulaciones en Cataluña en los últimos años.

(8) En este sentido, el trabajo citado en nota anterior de Lamarca, Farnós, Azagra y Artigot, páginas 10-11.

LOPEZ cuando nos dice que «en el momento presente, si nos tuviéramos que referir a la tipicidad social sobre la forma de capitular en Aragón, llegaríamos a la conclusión de que en los capítulos típicos actuales ... se acuerda por regla general el régimen de separación de bienes»<sup>9</sup>. En consecuencia y dando por aceptada esta idea, es relevante destacar esa tendencia creciente del número de capitulaciones matrimoniales porque conlleva de forma paralela un incremento del número de matrimonios que, excluyendo o abandonando el régimen legal consorcial, adoptan el régimen de separación de bienes. Más adelante examinaremos las variadas razones que llevan a los cónyuges a tomar esa decisión.

Descendiendo ahora a efectuar un pequeño resumen acerca del incremento del número de capitulaciones hemos de resaltar los datos que se exponen a continuación:

— Relativos a la Comunidad Autónoma de Aragón y tomando como base las estadísticas de los Anuarios de la Dirección General de los Registros y del Notariado, resultan los datos siguientes:

Año 1981 .....	664 capitulaciones.
Año 1982 .....	776 capitulaciones.
Año 1983 .....	741 capitulaciones.
Año 1984 .....	765 capitulaciones.
Año 1985 .....	771 capitulaciones.
Año 1986 .....	678 capitulaciones.
Año 1987 .....	777 capitulaciones.
Año 1988 .....	833 capitulaciones.
Año 1989 .....	873 capitulaciones.
Año 1990 .....	1.945 capitulaciones.
Año 1991 .....	1.059 capitulaciones.
Año 1992 .....	1.145 capitulaciones.
Año 1993 .....	1.371 capitulaciones.
Año 1994 .....	1.188 capitulaciones.
Año 1995 .....	1.190 capitulaciones.
Año 1996 .....	1.319 capitulaciones.
Año 1997 .....	1.290 capitulaciones.
Año 1998 .....	1.395 capitulaciones.
Año 1999 .....	1.709 capitulaciones.
Año 2000 .....	2.167 capitulaciones.
Año 2001 .....	2.343 capitulaciones.
Año 2002 .....	2.667 capitulaciones <sup>10</sup> .

(9) BAYOD LÓPEZ, Carmen. «Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas». Institución Fernando el Católico. Zaragoza. 1995.

(10) El desglose detallado de estas estadísticas excede del objeto de nuestra ponencia y constituyen por sí mismas material adecuado para otro estudio. No obstante, conviene destacar como líneas de observación el mantenimiento con ligeros incrementos y oscilaciones durante la década de los años ochenta; un incremento notable mantenido en casi la totalidad de los noventa y, por último, un crecimiento exponencial a partir de 1999 hasta 2002, fecha de las últimas estadísticas. Obsérvese que la cifra de capitulaciones de ese último año, 2002, duplica la de 1997.

— En relación a un año en particular, LACRUZ MANTECÓN ha realizado ese estudio para la ciudad de Zaragoza y el año pasado, 2002, y del que extraemos los siguientes datos:

El número de inscripciones de matrimonio practicadas durante ese año en el Registro Civil de Zaragoza fue de 3.559.

El número total de capitulaciones otorgadas por los cónyuges cuyo matrimonio se inscribe en el año 2002 y que constan en el Registro Civil por afectar al régimen económico matrimonial, a fecha de la consulta (29 de octubre de 2003), fue de 381.

De estas 381 capitulaciones, la práctica totalidad optan por el régimen de separación de bienes: en concreto, 373, frente a sólo 7 que optan por el régimen legal aragonés y una sola que lo hace por otro régimen distinto (en concreto, por el régimen de comunidad universal de la legislación de Brasil).

A su vez, de las 373 capitulaciones matrimoniales dirigidas a estipular el régimen de separación de bienes, es interesante destacar qué número de ellas se otorgan antes y cuál después de la celebración del matrimonio. El recuento da 61 capitulaciones postnupciales frente a 312 antenupciales. Además, de las 61 postnupciales, 24 se otorgan dentro de los dos meses inmediatamente siguientes a la boda.

Para concluir la referencia al estudio de LACRUZ MANTECÓN, podemos afirmar y constatar que es claramente creciente y estadísticamente importante el número de matrimonios que se contraen desde el inicio bajo el régimen de separación de bienes.

Por lo demás, y a la vista de la práctica notarial observada en nuestros despachos profesionales, podemos afirmar sin ningún género de dudas que en la actualidad, el contenido típico y habitual de una escritura de capitulaciones matrimoniales se concreta en lo siguiente:

- La fijación de la Ley reguladora de los efectos personales del matrimonio, máxime teniendo en consideración los conflictos de leyes que se plantean dada la existencia cada vez más frecuente en la práctica, a causa de los fenómenos migratorios, de matrimonios mixtos, con diferente legislación civil, e incluso con diferente nacionalidad.
- La fijación del régimen económico matrimonial, que, como acabamos de ver, normalmente es el de separación de bienes.
- El pronunciamiento de los cónyuges acerca del mantenimiento o supresión del derecho de viudedad, tanto en su fase de derecho expectante como en su fase de usufructo vidual<sup>11</sup>.

---

También conviene resaltar, que en notarías del Alto Aragón, como Jaca y Boltaña, territorio tradicional de aplicación del más puro Derecho aragonés y de otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales como verdadero estatuto familiar, hay años en los que no se otorga ninguna capitulación matrimonial o muy pocas (así, Boltaña (1981), una; Boltaña (1984), dos; Boltaña (1986), una (1989), cero (1997), una; y Jaca, que, a pesar de su incremento de tamaño, no llega a diez capitulaciones muchos de esos años y en los años más destacados apenas llega a treinta capitulaciones.

En el mismo sentido y como otra línea de observación de esas estadísticas destacar que del total de Aragón, aproximadamente un setenta por ciento corresponden a Zaragoza.

Todo lo anterior confirma, según nuestro criterio, lo señalado anteriormente acerca de la diferente significación, contenido y finalidades de las actuales capitulaciones matrimoniales al cambiar la base económica y social de la población aragonesa.

(11) Junto a ese esquema típico, suelen incluirse habitualmente algunas cláusulas relativas al contenido y significado del régimen; y en alguna ocasión, asimismo, aunque de forma esporádica, cláusulas en previsión de una posible ruptura matrimonial (esto último suele suceder en casos de capitulaciones matrimoniales otorgadas por personas que contraen segundas o ulteriores nupcias).

Pero además del incremento de la frecuencia del régimen de separación de bienes en Aragón derivada del pacto capitular de los cónyuges en el libre ejercicio de su poder de autorregulación o autodeterminación y dirigido a establecer unas normas o reglas que disciplinen las relaciones económicas para su matrimonio y que serían, en puridad, los casos auténticos como tal régimen económico matrimonial, existe otra fuente destacada de supuestos en los que esas capitulaciones matrimoniales en las que se pacta el régimen de separación de bienes, constituyen el preludeo a través del cual los cónyuges preparan el camino para precisamente lo contrario: es decir, para regular una situación próxima o ya real de separación de hecho, con ruptura de la convivencia conyugal.

Junto a este segundo caso, hay que señalar también los cada vez más numerosos supuestos de separación judicial de los cónyuges. LACRUZ MANTECÓN ha realizado igualmente un estudio al respecto tomando como base la Memoria judicial correspondiente al año 2002 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. De ese estudio resalta que el número de procedimientos de separación conyugal registrados durante ese año (no el de sentencias dictadas, por razón del «cierre contable» de la Memoria), es para la ciudad de Zaragoza, de 1.307 y para todo Aragón de 1.759.

Estas estadísticas ponen de relieve, por tanto, que existe un número considerable de supuestos en los que, aunque sea sin posibilidades de estabilidad, es decir, provisionalmente hasta el momento en que se disuelve al matrimonio, el régimen será el de separación de bienes. Pero una separación de bienes como conjunto de reglas y medidas apropiadas para esa situación de anormalidad y ruptura, para atender a lo que pueda quedar de cargas familiares en una relación de lejanía, no como un verdadero régimen económico matrimonial. En el mismo sentido, enseñaba LACRUZ BERDEJO que lo que verdaderamente da al régimen de separación de bienes su carácter de régimen económico matrimonial, es la existencia de un matrimonio en situación normal de convivencia. Por esta razón, no habiendo ya convivencia, no estamos ante un régimen matrimonial, sino ante un sistema de emergencia, un sucedáneo adaptado que, aunque formalmente es un régimen de separación de bienes, realmente representa tan solo el «modus vivendi» económico de un matrimonio cuyos cónyuges se hallaban físicamente separados; todo ello en aras de la seguridad del tráfico y como mínima intervención en la esfera matrimonial y familiar<sup>12</sup>.

Para concluir este primer capítulo, podemos afirmar que está plenamente justificada la novedad legislativa que significa la regulación del régimen de separación de bienes en nuestro Derecho que efectúa la Ley 2/2003, de 12 de febrero, por las siguientes razones:

- Conveniencia y oportunidad de la regulación, más si cabe, si añadimos la insuficiente regulación, por inadecuada y discutible, que del régimen se contiene en el Código Civil.
- Como corolario de lo anterior, conveniencia de cerrar el paso a la aplicación de esa regulación del Código Civil<sup>13</sup>. De ahí que, como se señala en el Preámbulo de la Ley,

(12) Obsérvese, no obstante, que, comparando las frías cifras estadísticas, es cierta la afirmación que hace LACRUZ MANTECÓN de que, hoy por hoy, la fuente principal del régimen de separación de bienes en los matrimonios es de naturaleza legal (más concretamente, judicial, al basarse en decisiones de este tipo), esto es, por consecuencia de procedimientos de separación personal, cuyas cifras superan con mucho el de los supuestos de régimen de separación de bienes convencionalmente pactado por los cónyuges para regular su matrimonio.

(13) Insistir, una vez más, que la Ley no tiene una actitud preconcebida y no trata de excluir la aplicación del Código Civil en Aragón, sin más y sin razones suficientes. Como ya señaló el Preámbulo de la Ley 1/1999, de Sucesiones por causa de muerte, «los juristas aragoneses se sintieron en el siglo XIX coautores del Código Civil y ni entonces ni ahora mostraron rechazo al mismo o suscitó éste repulsa». Otra cosa es que si, como en esta materia sucede, la regulación del Código Civil no se considera la más acertada, se evite su aplicación.

las previsiones legales sobre el régimen de separación de bienes se bastan a sí mismas, cerrando de esa forma el paso a dicha aplicación supletoria del Código.

- Finalmente, el hecho mismo de que la propia ley remita a este régimen de separación de bienes en diversos artículos<sup>14</sup> justifica suficientemente su regulación expresa.

## II. SEPARACIÓN DE BIENES. RAZONES PARA UNA ELECCIÓN

Una vez vistas las razones que han llevado a regular normativamente el régimen de separación de bienes en Derecho aragonés, ahora nos vamos a plantear y analizar brevemente las posibles ventajas e inconvenientes de este régimen, todo ello para así poder dar una respuesta adecuada a quienes buscan un asesoramiento técnico para elegir el régimen económico idóneo para su matrimonio<sup>15</sup>.

### A) Ventajas

Dada la caracterización de este régimen de separación de bienes por las notas de independencia patrimonial y de libertad de gestión autónoma por cada uno de los esposos, se ha dicho a su favor que el régimen de separación de bienes defiende muy bien esas ideas de independencia y de libertad de actuación y que, además, es sencillo y posee una normativa no demasiado difícil de comprender<sup>16</sup>.

Esas ideas de independencia y de libertad hacen de este régimen, a primera vista, el más adecuado y conforme con el principio de igualdad y equiparación entre los cónyuges.

De igual modo, se destaca su aparente sencillez y simplicidad. En efecto, es cierto que la ausencia de una masa patrimonial común evita y hace innecesaria la regulación de las relaciones entre esa tercera e inexistente masa patrimonial y los patrimonios privativos de los cónyuges, así como con relación a los terceros. Se puede afirmar que, efectivamente, es cierta su menor complejidad en relación con los regímenes comunitarios; sin embargo, es igualmente cierto que no existe en absoluto y de manera total esa independencia patrimonial entre los cónyuges que a primera vista parece caracterizarlo, con lo cual esa aparente sencillez y simplicidad queda paralelamente reducida, por cuanto la comunidad de vida que el matrimonio implica conlleva necesariamente en la práctica una cierta confusión de bienes y asunción de responsabilidades. De esta manera, se confirma la paradoja que señala DELGADO ECHEVERRÍA de que la descripción del contenido positivo del régimen de separación gira en rededor de las excepciones al principio separatista<sup>17</sup>.

---

(14) Véanse los artículos 21, 43-2.º y 66-1.º de la Ley.

(15) Para un estudio más detenido de este capítulo me remito a lo expuesto en otro trabajo anterior sobre el régimen de separación de bienes (MARTÍNEZ CORTÉS, Jesús: El régimen económico de separación de bienes. Instituciones de Derecho Privado. Tomo IV, vol. 2.º).

(16) DíEZ-PICAZO Y GULLÓN: Sistema de Derecho Civil, vol. IV, pág. 231.

(17) DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña, pág. 33.

## B) Inconvenientes

Al lado de las ventajas que se predicán del régimen de separación de bienes y que han quedado apuntadas, la doctrina destaca también algunos inconvenientes del mismo. Así, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN lo tildan de injusto por considerar que «para ser justo el régimen de separación de bienes, requiere una situación de equilibrio entre los patrimonios iniciales de los cónyuges o unas actividades económicas o profesionales de ambos que sean equilibradas y les permitan tener sus propios ingresos. Para ser justo, el régimen de separación requiere un sistema sucesorio en el que se articule y proteja debidamente el derecho del cónyuge viudo a heredar a su difunto en una cuota sustancial de la herencia que le preserve de la calamidad y del infortunio. En el régimen de separación de bienes, la falta de toda participación en ganancias hace de peor condición al cónyuge que carece ingresos propios y que se dedica a la gestión doméstica, que en nuestro país es todavía mayoritariamente la mujer»<sup>18</sup>.

Frente a esta opinión ÁLVAREZ OLALLA se manifiesta a favor del régimen de separación de bienes como el más adecuado para salvaguardar la igualdad e independencia de ambos cónyuges dentro del matrimonio. En opinión de esta autora, partir de la existencia de un cónyuge «más débil» necesitado de especial protección, haciéndole partícipe de las ganancias del otro, es un modo de fomentar que tal situación se siga produciendo en la vida real.

Además de la crítica ya expuesta acerca de la supuesta injusticia del régimen separatista, se le acusa también de que ese régimen de separación de bienes supone un sistema de responsabilidad patrimonial perjudicial para los acreedores de los cónyuges. Entienden los que así se pronuncian que a través de esa separación de responsabilidades, en ocasiones los cónyuges lo que persiguen no es tanto la independencia de responsabilidad ante los acreedores de cada uno de ellos, sino que lo que buscan es, en realidad, un alzamiento de bienes.

Creemos, sin embargo, que esta crítica es excesiva y no aceptable. Entendemos que, sin negar la existencia de casos en los que el ánimo de defraudar a los acreedores sea cierto<sup>19</sup>, la estrategia de los cónyuges de compartimentación de sus masa patrimoniales ante posibles acreedores no puede calificarse sin más y con carácter general como fraudulenta. La autonomía patrimonial que conlleva el régimen de separación de bienes es, sin duda, una de las ventajas más apreciadas que este régimen proporciona y una de las razones, como veremos más adelante, que justifican la elección de este régimen por parte de muchos cónyuges en el libre y legítimo derecho y poder de autorregulación que la ley les concede.

## C) Supuestos de posible conveniencia

Acabamos de ver, de una parte, el creciente número de matrimonios que deciden adoptar como régimen económico el de separación de bienes y, de otra parte, las ventajas e inconvenientes que se predicán del mismo.

Ahora y teniendo en cuenta muy especialmente la experiencia extraída durante años de ejercicio profesional, pasamos a elaborar una lista de supuestos de posible conveniencia.

(18) DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN: op. cit., página 231.

(19) Para cuyos supuestos la Ley ya se cuida de establecer que la modificación del régimen no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, pudiendo llegarse incluso a la anulación por vía judicial de esas capitulaciones matrimoniales fraudulentas.

cia de este régimen de separación de bienes en atención a las finalidades perseguidas por los otorgantes<sup>20</sup>.

### **1.ª) Separación de bienes como medio idóneo para evitar la confusión de patrimonios**

Son supuestos en los que se trata de mantener esa independencia patrimonial que, con matizaciones, caracteriza este régimen.

Las motivaciones concretas pueden ser muy variadas:

a) Casos de divergencia económica notable entre el patrimonio de cada cónyuge o en la actividad económica o profesional que cada uno desarrollará.

b) Casos de contrayentes pertenecientes a familias de grandes industriales y, en general, miembros de la burguesía opulenta, como decía LACRUZ. Se trata de esta forma de buscar la conservación del patrimonio y de la fortuna dentro del grupo familiar; por esto, no es extraño que en bastantes ocasiones detrás de estas capitulaciones en las que se pacta este régimen se encuentren determinados criterios o sugerencias familiares<sup>21</sup>.

c) Junto a estos casos señalados, en los que la finalidad perseguida se puede traducir en impedir la participación de un cónyuge en el patrimonio del otro, sobre todo en previsión de que no haya hijos comunes, en otras ocasiones la elección de este régimen separata viene motivada por el deseo de disipar cualquier duda o sospecha de matrimonio de conveniencia. Se trata de evitar que las ganancias previsiblemente elevadas de un cónyuge puedan ser interpretadas como sospechosas o motivadoras de ese matrimonio<sup>22</sup>.

### **2.ª) Separación de bienes como medio para conseguir la limitación de responsabilidad de uno o de ambos cónyuges ante terceros**

Ya antes nos hemos referido a esta independencia de responsabilidades como una de las grandes ventajas que se predicán de este régimen y que se suele buscar al pactarlo.

En previsión de una situación de peligro o riesgo económico los cónyuges deciden adoptar este régimen de separación de bienes. El supuesto engloba y comprende realidades muy diferenciadas:

De una parte, el caso de futuros contrayentes cuando uno de los dos o ambos se dedican habitualmente a actividades mercantiles o industriales y tratan de delimitar claramente el ámbito de la responsabilidad de cada cónyuge ante el riesgo potencial económico inherente a toda actividad empresarial<sup>23</sup>.

Semejante al anterior es el caso de matrimonios en los que uno o los dos cónyuges ejer-

---

(20) MARTÍNEZ CORTÉS; Jesús: op. cit., pág. 296 y ss.

(21) En esta línea que dejamos apuntada podemos señalar que en determinados protocolos familiares, de tanta actualidad para la conservación y continuidad de la empresa familiar, se incluya como criterio a seguir el de que los miembros de la familia que contraigan matrimonio lo hagan necesariamente en régimen de separación de bienes.

(22) Veremos más adelante que el legislador aragonés no ha incluido, deliberadamente, en la nueva Ley una norma semejante a la del artículo 1.438 del Código Civil.

(23) Sobre este punto y dando por perfectamente válida y legítima esa pretensión hay que decir que, en ocasiones, se produce un cierto mimetismo social en cuanto que pueda parecer imprescindible la separación de bienes para ejercer una actividad empresarial, porque así lo hace la mayoría de los empresarios.

Además, en muchas ocasiones, esa separación de bienes pactada en la práctica no alcanza los efectos pretendidos, por cuanto las entidades bancarias suelen exigir la firma de ambos cónyuges —no sólo la del cónyuge empresario— para la concesión de la financiación solicitada por el mismo.

cen una profesión o actividad expuesta a potenciales e importantes demandas y exigencias de responsabilidad civil, como es el caso, v.g., de arquitectos, médicos y administradores de sociedades.

En todos estos casos parece claro que lo que se quiere conseguir al pactar el régimen de separación de bienes es esa limitación de la responsabilidad para que quede expuesto a ella tan solo el patrimonio del cónyuge que ejerce esa profesión o actividad; de tal manera que si ese riesgo potencial de exigencia de responsabilidad se llegase a convertir en real, las consecuencias no alcancen ni afecten al otro cónyuge y con ello no se ponga en peligro la estabilidad económica de la familia.

3.<sup>a</sup>) Supuesto algo distinto al contemplado en el primer caso del apartado anterior es el de *modificación del régimen económico*: Esto es, el del matrimonio ya contraído y que «constante matrimonio» modifica su anterior régimen económico consorcial o cualquier otro régimen de comunidad, liquidando dicho régimen y adjudicando al cónyuge no empresario la mayor parte del patrimonio familiar, habitualmente los bienes inmuebles, y dejando a nombre del cónyuge empresario tan solo el patrimonio empresarial.

Con ello se quiere conseguir poner límites a los efectos y consecuencias del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil, alcanzando con esta compartimentación del patrimonio de la familia el efecto de que tan solo quede sujeto a las consecuencias de esa actividad empresarial el patrimonio afecto a la misma, dejando a salvo el resto del patrimonio y con ello preservando la estabilidad económica de la familia.

Esta modificación del régimen económico matrimonial, por lo demás, frecuente en la práctica, es en principio plenamente válida y eficaz. Ya hemos visto antes que la mutabilidad del régimen era uno de los principios fundamentales en los que se inspira la regulación legal. Hemos visto también que el legislador se preocupa de declarar expresamente que esa modificación del régimen anterior no ha de perjudicar en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, tal y como recoge el artículo 12 de la Ley. Sin embargo, aunque esto está muy claro en términos legales y teóricos, es forzoso reconocer que esas mutaciones de régimen que hacen tránsito a la separación de bienes son utilizadas en algunas ocasiones en la práctica para operar traslaciones patrimoniales en perjuicio fraudulento de los acreedores frente a las que no siempre cabe una reacción eficaz<sup>24</sup>. Aunque la intención o finalidad perseguida por los otorgantes, y más en estos casos, no suelen manifestarla, es aquí donde los notarios tenemos que extremar el cumplimiento de nuestros deberes deontológicos, evitando cualquier forma de cooperación en el fraude pretendido y, si es preciso, denegar la autorización de esa escritura de capitulaciones matrimoniales fraudulenta.

#### 4.<sup>a</sup>) *Existencia de hijos de anterior matrimonio o hijos extramatrimoniales por parte de uno o de ambos contrayentes y supuestos de familias «recompuestas»*

Aludíamos al principio de esta Ponencia a los importantes cambios sociológicos que se han producido en la sociedad en general y en particular, por lo que ahora nos importa, en la sociedad aragonesa. Esa ruptura con los valores tradicionales del matrimonio y de la familia ha hecho que se produzca un notable incremento de situaciones como las que ahora nos ocupamos. Ante el inicio de esa vida matrimonial, en ocasiones ya no se parte de cero, sino que se trae la experiencia de una realidad anterior ya vivida. Esta realidad se con-

(24) MONTES PENADES, V.L.: Comentario del Código Civil, t. II. Ministerio de Justicia, 1991, página 852.

creta en un cada vez mayor número de matrimonios en los que uno de los dos o ambos contrayentes ya han pasado por un primer matrimonio fracasado, dando lugar así a lo que parte de la doctrina ha llamado «familias recompuestas» y, bajo otra perspectiva, familias «divididas» o «múltiples».

Junto a esa situación de segundas y posteriores nupcias de personas divorciadas, cabe incluir aquí también las nuevas nupcias de personas viudas y las nupcias contraídas por personas solteras pero ya con descendencia extramatrimonial.

Como ya hemos expuesto en otra ocasión<sup>25</sup>, el nexo común en muchos de estos supuestos es precisamente la existencia de hijos por parte de uno o de ambos contrayentes. Ante esa realidad suele ser frecuente el deseo de evitar en la medida de lo posible el peligro de confusión de patrimonios, diferenciando con claridad el patrimonio que aporta cada uno de ellos, fruto de su vida anterior, y el patrimonio que se adquiere durante el nuevo matrimonio y, dentro de éste, los bienes del marido y de la mujer. Todo ello, para de esta forma independizar y no mezclar el «status» económico y de intereses de los hijos anteriores con los del nuevo matrimonio y los posibles hijos del mismo<sup>26</sup>.

### 5.ª) *Matrimonios tardíos*

Un supuesto parecido a los que acabamos de ver sería el de los matrimonios tardíos, esto es, el de matrimonios contraídos por personas de edad notablemente superior a la normal para casarse. En estos casos suele ser frecuente que esas personas, con una vida independiente durante años y un patrimonio personal ya formado, aspiren a mantener esa situación económica anterior al margen de las consecuencias que puedan derivarse de ese matrimonio, sin perjuicio del nuevo rumbo que dan a su vida en el aspecto personal<sup>27</sup>.

### 6.ª) *Separación de bienes en contemplación de una posible crisis o fracaso matrimonial futuro*

Considerado en abstracto, es forzoso reconocer que las estadísticas sobre el fracaso matrimonial son reveladoras del incremento constante desde hace varias décadas del número de separaciones matrimoniales y divorcios. Ello hace que, conciente o inconscientemente, se halla instalado en el pensamiento de muchas personas que se deciden a casarse la idea o el temor de que el matrimonio ya no es «para siempre» —como ha sido toda la vida—, sino que aparece en el horizonte temporal la posibilidad de una ruptura, de un fracaso matrimonial<sup>28</sup>.

Considerado en concreto, este supuesto nos sitúa ante la consideración de las capitulaciones matrimoniales no ya sólo como medio idóneo para organizar la economía familiar, sino también para establecer por anticipado reglas para su futura liquidación. Esto es, para pactar o prever las consecuencias de una crisis matrimonial. Como señalan LAMARCA, FARNOS, AZAGRA y ARTIGOT, se utilizan las capitulaciones matrimoniales no ya

---

(25) MARTÍNEZ CORTÉS, J: op.cit., página 299.

(26) LACRUZ MANTECÓN señala también que en estos casos de segundos matrimonios la motivación buscada puede ser simplemente la de la simplicidad de la liquidación del régimen de separación, sobre todo si la liquidación del anterior régimen consorcial fue compleja y tormentosa.

(27) No está demás recordar, como ya hemos apuntado anteriormente —nota 5—, que el Código Civil Portugués impone como carácter preceptivo el régimen de separación de bienes a los matrimonios contraídos por personas de edad superior a los sesenta años (art. 1720).

(28) Lo que GARRIDO DE PALMA llama «mentalidad divorcista».

para la función de construir o forjar la estructura patrimonial de la familia, sino que se amplía su función a su desconstrucción (sic) o derribo<sup>29</sup>.

Estos supuestos, podemos añadir según la experiencia obtenida en nuestros despachos, muchas veces coinciden con los vistos anteriormente de capitulaciones otorgadas por personas que contraen segundas y ulteriores nupcias y que, visto lo sucedido en su anterior matrimonio, ahora no se quieren limitar a pactar como régimen económico el de separación de bienes, sino que van más allá en el diseño del marco patrimonial familiar pactando ya por anticipado determinadas reglas a seguir en el caso de liquidación del régimen elegido.

La posibilidad que ahora contemplamos aparece recogida de forma expresa en el Código de Familia de Cataluña, en su artículo 15, al admitir los pactos lícitos que se consideren convenientes, «incluso en previsión de una ruptura matrimonial»<sup>30</sup>.

En Aragón, la Ley 2/2003, de 12 de febrero, nada dice de forma expresa, pero, sin duda alguna, entendemos que esos pactos, reales en la práctica, son perfectamente válidos y admisibles al amparo de lo dispuesto en la citada ley cuando establece que los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes... sin más límites que los del principio «standum est chartae». Además, en las sesiones de trabajo de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil se contemplaron esos pactos de liquidación futura del régimen y se entendió que eran admisibles y válidos dentro del marco general de libertad de autorregulación que reconoce nuestro Derecho en los términos que acabamos de transcribir.

En todo caso y para concluir esta cuestión, hemos de subrayar de una parte que los pactos posibles están sujetos a los límites generales del «standum est chartae», y de otra parte que nuestro Derecho aragonés, en el artículo 3 de la Ley 2/2003, inmediatamente después de proclamar el principio de libertad de regulación, en el mismo artículo, se ha ocupado de señalar qué artículos tienen carácter imperativo y por tanto indisponible; con lo cual la sombra de duda e incertidumbre que hemos visto tanto preocupa a los autores catalanes creemos que es mucho menor en Derecho aragonés.

### **7.ª) Matrimonios en situación de crisis: rotos o en trance de ruptura**

El supuesto que ahora contemplamos difiere del anterior. Acabamos de referirnos a la separación de bienes pactada por los contrayentes ante la duda o temor de que su matrimonio no tenga en el futuro el éxito deseado y que se llegue a una situación sin salida, de fracaso y ruptura. Ahora, en cambio, nos encontramos directamente ante un matrimonio en situación de crisis conyugal. La crisis matrimonial no se contempla «ex ante», sino «ex post».

Como podemos observar, entre un supuesto y otro, es lo cierto que un número relati-

(29) LAMARCA, FARNÓS, AZAGRA y ARGIGOT: op. cit., pág. 13.

(30) Es interesante destacar al respecto que la doctrina catalana no ha acogido con excesivo entusiasmo la nueva regulación, sino que consideran que el legislador ha creado incertidumbre en la dinámica del régimen de separación de bienes y en la estructura patrimonial del matrimonio y que esa ampliación de la autonomía privada es de consecuencias inciertas, porque no delimita los «pactos lícitos», en previsión de una ruptura matrimonial; quedando en los matrimonios probar hasta dónde llega la discrecionalidad judicial en la admisión de pactos que modalicen, excluyan o limiten el contenido de otros preceptos legales. En este sentido LAMARCA, FARNÓS, AZAGRA y ARGIGOT: op.cit, página 13-14.

Estos mismos autores encuentran en esta reacción social a un cambio normativo una posible explicación del gran incremento en el número de capitulaciones otorgadas en Cataluña en los últimos años.

vamente considerable de los nuevos capítulos matrimoniales están vinculados de una u otra manera a esas crisis matrimoniales<sup>31</sup>.

Centrándonos ya en la hipótesis actual, ya hemos visto que en esas dos posibilidades de separación proyectada o separación ya existente «de facto», realmente no se está configurando un verdadero y auténtico régimen económico en contemplación a una vida matrimonial compartida, en situación normal de convivencia, sino que estamos ante unos capítulos «de derribo», otorgados ante un matrimonio roto o en trance de ruptura.

A través de estos capítulos los cónyuges regulan esa situación de separación inminente o ya real, bien con ánimo de permanecer indefinidamente separados de hecho, bien como anticipo previo a la proyectada separación judicial. En todo caso, en estas capitulaciones no sólo se procede a liquidar su anterior estatuto patrimonial y pactar el régimen de separación —entendido como ya hemos visto anteriormente como un «no régimen», como un simple sistema de emergencia y no como un verdadero y auténtico régimen económico matrimonial, pues falta esa comunidad de vida que le sirve de fundamento—, que también y con importancia destacada se convienen diversos pactos de contenido no patrimonial y económico, sino de carácter eminentemente personal. Se trata de poner fin de forma ordenada a las consecuencias de toda índole, personal, familiar y económica, de la que se ha sido hasta entonces su vida común.

#### **8.ª) Separación de bienes como instrumento de ingeniería fiscal**

Dejamos para este último lugar un supuesto que hemos tenido ocasión de ver en diversas ocasiones en la vida real.

En estos casos, que tienen algún parentesco con los vistos al principio de este capítulo, la elección del régimen de separación de bienes cobra y adquiere un carácter marcadamente instrumental. Realmente, los cónyuges en estos casos que ahora comentamos no buscan como finalidad última la sujeción a este régimen por sí mismo, sino que a través de ella lo que buscan y tratan de conseguir es aminorar dentro de la legalidad y en la medida de lo posible la carga impositiva del matrimonio.

Normalmente estos casos, no muy frecuentes todavía en la práctica, suelen corresponder a matrimonios con un nivel socio-económico medio o alto, quienes adoptan la decisión de variar su régimen económico matrimonial de acuerdo con el asesoramiento y consejo facilitado por su asesor fiscal, en función de la conveniencia que en un determinado momento temporal y atendida la legislación fiscal vigente en el mismo les reporta ese cambio de régimen. Naturalmente y guiados por ese mismo criterio de conveniencia y oportunidad fiscal, nada impide y de hecho suele ser así, que si las coordenadas normativo-fiscales cambian esos cónyuges vuelvan a variar otra vez su régimen, con la misma finalidad ya dicha de alcanzar un ahorro impositivo.

Tras este breve examen del abanico de supuestos que acabamos de ver, hemos de concluir que, dada la riqueza y variedad de casos que la vida real nos plantea, la elección del régimen de separación de bienes obedece a una pluralidad de razones diversas, como hemos señalado. Si hemos de destacar algunas de ellas por su frecuencia e importancia, nos quedaríamos, entre las clásicas y tradicionales, con el deseo de alcanzar una legítima limita-

---

(31) Es forzoso reiterar aquí el resultado del estudio estadístico realizado por Miguel LACRUZ MANTECÓN con ocasión de esta Ponencia, del que resulta que, hoy por hoy, la fuente principal del régimen de separación se encuentra y es consecuencia de los procedimientos de separación personal.

ción de responsabilidad frente a terceros; y entre las más modernas, las que ponen en relación directa ese incremento de los matrimonios casados en régimen de separación de bienes con la consideración y contemplación de las crisis matrimoniales: bien por admitir y prever su posibilidad futura, bien por estar incursos en ellas o bien por contraerse el matrimonio por personas que ya han pasado por una situación anterior de ruptura.

### III. APROXIMACIÓN TEORICA AL REGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. NOTAS ESTRUCTURALES

A lo largo de esta Ponencia ya hemos tenido oportunidad de ir destacando en varios momentos las principales notas que caracterizan este régimen separatista; singularmente, cuando nos hemos referido a las ventajas e inconvenientes que el mismo presenta, así como a las razones o supuestos en los que puede resultar idóneo pactar este régimen económico, extrayéndolos de la realidad observada en nuestros despachos profesionales. Esto nos permite ahora dar por conocidos y sabidos esos datos ya vistos y limitarnos a efectuar tan solo un breve resumen o caracterización teórica del régimen de separación de bienes<sup>32</sup>.

#### A) Autonomía patrimonial

La primera nota que caracteriza al régimen de separación de bienes es precisamente la de la autonomía patrimonial de los cónyuges. Así se señala por toda la doctrina que se ha ocupado de esta materia. Cada uno de los cónyuges conserva sus propios bienes y tiene su propio patrimonio personal e individual, de suerte que por el mero hecho de contraer matrimonio no se produce ningún tipo de unión o comunicación entre los patrimonios privativos de los cónyuges.

Con todo, esta última afirmación siendo cierta, que lo es, por sí sola no es suficiente para definir y tipificar el contenido de este régimen; basta pensar en que tampoco en los regímenes de comunidad limitada, como el de gananciales o el consorcial, se produce una interacción o comunicación de los patrimonios privativos. La diferencia sustancial hay que encontrarla en que, además de mantener separados los patrimonios privativos, en el régimen de separación de bienes no se origina ni se crea una tercera masa patrimonial, común de los esposos, que haya que de compartir su existencia y relacionarse con los respectivos patrimonios privativos de los cónyuges con los que coexiste.

La nota tipificadora, por tanto, es de carácter negativo: La falta de un tercer patrimonio de carácter común e, incluso, de cualquier participación actual de cada esposo en los resultados económicos o actividad lucrativa del otro<sup>33</sup>.

Afirmada esa nota de autonomía patrimonial entre los cónyuges y aclarada la misma en el sentido que acabamos de ver, hay que añadir seguidamente que el régimen de separación de bienes se configura como un verdadero y auténtico régimen económico. Recha-

(32) Puede verse un estudio semejante, aunque más extenso, al que ahora nos ocupa en MARTÍNEZ CORTEZ, op.cit. pág. 287 y ss.

(33) Cuestión distinta son los posibles derechos de carácter sucesorio que los ordenamientos legales reconocen al cónyuge viudo, para asegurar su situación ante la desaparición de su cónyuge, y como forma de superar en parte las críticas que en ocasiones se hacen al régimen de separación de bienes como un régimen injusto al permitir en vida de ambos posibles desequilibrios patrimoniales importantes entre los cónyuges y no asegurar el futuro económico del cónyuge que sobreviva de los dos.

zamos de esta forma las opiniones vertidas por una parte de la doctrina francesa en el sentido de que el régimen de separación de bienes es una ausencia de régimen, un no-régimen económico; porque de ser cierta esa afirmación la situación de los cónyuges casados en régimen de separación de bienes sería exactamente la misma en el aspecto patrimonial a la que tendrían ellos mismos si no estuviesen casados, lo cual no es exacto ni cierto, ni en la realidad ni tampoco en el campo de las normas legales, como vamos a ver.

A pesar de que se dice que en este régimen el matrimonio no produce efecto alguno en la esfera económica de los cónyuges casados bajo dicho régimen, lo cierto es que el carácter «matrimonial» que se predica del mismo, derivado de la comunidad de vida que el matrimonio implica y constituye, impide que la pretendida y alegada independencia económica y autonomía patrimonial entre los esposos sea total y absoluta. La comunidad permanente de vida hace necesario no ya la adopción o sujeción a un estatuto-base regulador, que es el régimen económico, sino que, además, implica la necesidad de resolver la cuestión de cómo atender y hacer frente a las cargas económicas que se generan en la familia, introduciendo de esta manera un elemento asociativo que impide de por sí una absoluta independencia patrimonial<sup>34</sup>.

Resumimos así esta primera nota estructural del régimen económico de separación de bienes, afirmando que la autonomía patrimonial existe y puede predicarse como tal nota fundamental, pero bien entendida como una independencia económica basada en la no existencia de una tercera masa patrimonial común y que esa independencia y autonomía patrimonial no es enteramente absoluta, dado el carácter matrimonial del régimen y las consecuencias derivadas de la comunidad de vida.

## **B) La exclusividad en la gestión, disfrute y disposición**

La segunda nota estructural caracterizadora del régimen de separación de bienes deriva como corolario de la primera. Si afirmamos la independencia y autonomía económica de los cónyuges, la consecuencia lógica de ella es que el cónyuge titular de los bienes ostenta no ya sólo dicha titularidad plena y exclusiva, sino que, además, le corresponde también con carácter de exclusividad el disfrute, la administración y disposición de sus propios bienes. Como decía LACRUZ, los esposos gobiernan libremente sus propios bienes, obtienen para sí ingresos y gastan y adquieren con independencia<sup>35</sup>.

Sin embargo esta segunda nota, que tan nítida y claramente se percibe y afirma en el plano teórico y doctrinal, queda también afectada y limitada por el carácter matrimonial del régimen económico. Al igual que sucedía cuando nos hemos referido a la autonomía patrimonial, también aquí la exclusividad en la gestión administración y disposición sufren limitaciones y excepciones establecidas por la ley en aras del interés familiar. El legislador es consciente de que el matrimonio y la familia, en el aspecto que ahora nos interesa, es mucho más que una simple cuestión de intereses económicos, sino que primordialmente el matrimonio, fundado en principios de igualdad e independencia y, a la vez, colaboración conyugal, tiene unos fines propios de carácter extrapatrimonial que adquieren rango prevalente y que, en consecuencia, afectan e inciden en los puros esquemas de carácter económico o patrimonial introduciendo en ellos alteraciones en su régimen jurídico.

---

(34) Además, la comunidad de vida matrimonial tiene también consecuencias en el régimen legal de determinados bienes, como la vivienda familiar, a pesar de no alterarse ni cambiar formalmente la titularidad de la misma, como tendremos ocasión de ver con amplitud en otro capítulo.

(35) LACRUZ: op. cit., página 388.

Esto es especialmente claro y relevante en la regulación establecida para la vivienda familiar, cuyo estudio veremos más adelante, dado que el hogar se nos presenta como base física sobre la que, con independencia de quién sea su titular, se edifica y construye esa comunidad de vida matrimonial y familiar. De ahí que esas razones vitales y existenciales prevalezcan sobre la pura teoría de la propiedad individual, que queda afectada y condicionada en interés de la familia.

### **C) La responsabilidad independiente por deudas**

Como tercera nota estructural y configuradora del régimen de separación de bienes, se cita la existencia de una responsabilidad autónoma e independiente de cada cónyuge frente a sus respectivos acreedores.

Sería el reverso desde el punto de vista del pasivo de la nota de independencia y autonomía patrimonial en cuanto a la titularidad de los bienes, que ya hemos visto.

También hemos tenido ocasión de poner de relieve y destacar que esa responsabilidad autónoma, de manera que no afecte al patrimonio del otro cónyuge ni ponga en peligro la estabilidad económica de la familia, es una de las ventajas de este régimen separatista y una de las razones que deciden a una parte importante de cónyuges a elegir como régimen económico de su matrimonio éste de separación de bienes<sup>36</sup>.

A través de esta técnica de compartimentación de los patrimonios respectivos, cada cónyuge responde personalmente con su entero y propio patrimonio de las obligaciones por él contraídas, pero permanece al margen por completo de las correspondientes a su pareja. La responsabilidad es, pues, individual y exclusiva del cónyuge deudor, como fiel reflejo y con la amplitud proclamada en el artículo 1.911 del Código Civil.

Al igual que hemos comentado al referirnos a la independencia y autonomía patrimonial en la titularidad de los bienes, también aquí hemos de dejar constancia de que la existencia de una comunidad de vida y dado el carácter «matrimonial» del régimen, hacen que la independencia y autonomía de responsabilidades sufra también limitaciones y excepciones, singularmente en cuanto a la satisfacción de las necesidades familiares y levantamiento de las cargas del matrimonio.

Mencionar, por último, que cuando esta separación de bienes es consecuencia de una modificación del régimen «constante matrimonial», ya hemos reseñado que en ningún caso perjudicará los derechos adquiridos por terceros.

## **IV. EL REGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES EN LA LEY 2/2003, DE REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL Y DE VIUDEDAD**

Al inicio de esta Ponencia hemos tenido ya ocasión de referirnos a la absoluta novedad que representa en el Derecho aragonés la regulación en un texto legal del régimen de separación de bienes.

Hemos tenido también ocasión de referirnos a las causas o motivaciones por las que

---

(36) Nos remitimos a lo ya visto en las páginas 100 y 101 de esta Ponencia.

ese legislador aragonés de principios del siglo XXI se ha decidido a afrontar esa regulación, rompiendo de esta forma una tradición de siglos<sup>37</sup>.

Ahora pasamos a estudiar esa nueva regulación.

### **A) Introducción**

A modo de introducción hemos de señalar que la Ley se ocupa del régimen de separación de bienes dedicándole el Título III, que comprende los artículos veintiuno a veintisiete de la Ley.

Antes de iniciar el estudio detallado de esos artículos queremos destacar como notas o caracteres de la nueva regulación los siguientes:

- a) Carácter completo de la regulación.
- b) Carácter subsidiario de la misma.

Explicaremos brevemente ambas notas introductorias.

a) En una primera aproximación esta regulación pudiera parecer a algunos escasa e insuficiente. Sin embargo, no es así; en esos siete artículos se contiene todo lo necesario para configurar la regulación legal del régimen económico matrimonial.

Estamos ante un régimen completo y autosuficiente. El propio legislador tiene clara conciencia de ello cuando en el Preámbulo de la Ley declara expresamente que esas previsiones legales se bastan a sí mismas, cerrando el paso a la aplicación supletoria del Código Civil. De esta manera, aunque el Código Civil, como Derecho general del Estado, sigue siendo supletorio del Derecho civil de Aragón, sin embargo, ello no es así en los casos en que la Ley 2/2003 incluye normas propias por entender que el hipotético recurso al Código Civil era más claramente perturbador. Uno de estos supuestos de exclusión es justamente el que ahora nos ocupa, tal y como acabamos de ver.

b) Como segunda nota introductora, hemos destacado el carácter subsidiario de la regulación legal.

A lo largo de esta Ponencia nos hemos referido ya en varias ocasiones al papel decisivo que juega la autonomía de la voluntad, el poder de autorregulación de los cónyuges. Son ellos los que libremente acuerdan este régimen para su matrimonio y los que configuran y modalizan su contenido, siempre sin desfigurar las características esenciales del mismo. El legislador reconoce explícitamente este destacado papel de la voluntad de los otorgantes y esta libertad de regulación, con carácter general, en los artículos 3 y 11 de las Disposiciones Generales y en particular, para el régimen de separación de bienes, en los artículos 21 y 22, a los que seguidamente nos vamos a referir.

---

(37) Reiteramos lo ya expuesto anteriormente en la Introducción de esta Ponencia, que justifica sobradamente, según nuestra opinión, la decisión tomada por el legislador. Como también señala el Preámbulo de la Ley, estamos ante una nueva formulación legal de las normas que han de regir las relaciones patrimoniales familiares, cuyo contenido ha sido pensado de nuevo en su totalidad, contrastándolo con los principios constitucionales, las aspiraciones reconocibles de los aragoneses y aragonesas, las enseñanzas de su aplicación por los jueces, la experiencia de los profesionales del Derecho y las sugerencias de la doctrina especializada.

## B) Ámbito de aplicación

Afirmada la necesidad de que todo matrimonio tenga un régimen económico regulador de sus relaciones económicas, como acabamos de señalar la Ley deja en completa libertad a los contrayentes para la elección del mismo.

Esta primacía de la voluntad aparece explícitamente recogida ya en el primero de los artículos que la Ley dedica al régimen de separación de bienes. En efecto, el artículo 21 afirma de modo claro y rotundo que: «El régimen económico del matrimonio será el de separación de bienes: a) cuando así lo hayan acordado los cónyuges en capitulaciones matrimoniales».

Son los cónyuges y sólo ellos quienes tienen ese poder de decisión para optar por un régimen u otro<sup>38</sup>. Este primer apartado del artículo 21 consagra así como primera gran fuente de nacimiento y aplicación del régimen de separación de bienes, la que surge de la voluntad de los cónyuges; esto es, el régimen de separación que surge como régimen libremente pactado por ellos en capitulaciones matrimoniales.

Además, el artículo reconoce también el papel de las capitulaciones matrimoniales como el instrumento idóneo para los particulares recojan en él sus pactos y determinaciones en orden a regular su régimen económico matrimonial.

Fijada así como primera y principal fuente de aplicación del régimen de separación de bienes la voluntad de los cónyuges plasmada y recogida en capitulaciones matrimoniales, el artículo 21, en su apartado b) dispone que también se regirá el matrimonio por el régimen de separación de bienes: «En todo caso de exclusión o disolución del consorcio conyugal, si los cónyuges no han pactado otra cosa».

Este artículo 21-b) contempla dos supuestos: Uno, sería el de los cónyuges que otorgan capitulaciones matrimoniales limitándose a excluir el régimen legal supletorio de Aragón, esto es, el consorcio conyugal, pero sin pronunciarse a favor de otro régimen para que rijan las consecuencias económicas de su matrimonio. De esta forma, el supuesto nos sitúa ante una supletoriedad de segundo grado, por cuanto la vigencia y aplicación del régimen de separación de bienes tiene precisamente como base o presupuesto la voluntad contraria a que se aplique el régimen legal supletorio de primer grado, el consorcio conyugal.

Ciertamente, el supuesto así contemplado creemos que no se dará con frecuencia en la práctica, pues parece ilógico que quienes excluyen voluntariamente el régimen legal supletorio no sean conscientes de la necesidad de optar por otro régimen, y más todavía, siendo conscientes de esa necesidad, que no decidan cuál haya de ser el régimen que desean para su matrimonio. A mayor abundamiento, no debemos olvidar que al otorgarse necesariamente las capitulaciones matrimoniales en escritura pública, como exige el artículo 13.2.º de la Ley, la intervención y el asesoramiento notarial hace difícil ese supuesto de pura

---

(38) Ello nos lleva a plantearnos, teniendo en cuenta la trascendencia y el carácter marcadamente personal de la materia, si esas capitulaciones tendrán que ser otorgadas necesariamente por los cónyuges personalmente, o cabría la posibilidad de ser otorgadas por un tercero en nombre y representación de uno de los cónyuges. La cuestión no aparece resuelta legalmente ni tampoco en la doctrina. El citado carácter personal y la experiencia profesional de muchos años en los despachos notariales parece llevarnos a concluir que el otorgamiento debe ser personal de los cónyuges; sin embargo, y a pesar de todo ello, nos inclinamos a considerar que, no habiendo impedimento legal alguno, nada obsta a que puedan ser otorgadas las capitulaciones por medio de un representante. Eso sí, tiene que estar provisto de un poder específico y concreto, de tal manera que su actuación quede reducida a la de un «nuntius» y sin poder introducir ni variar ninguno de los pactos o estipulaciones capitulares contempladas en su poder de representación.

y simple exclusión del régimen legal sin opción simultánea a favor de otro régimen voluntario.

El segundo supuesto que contempla el artículo 21-b, que ahora comentamos, es el de disolución del consorcio conyugal sin que los cónyuges hayan pactado otro régimen. En efecto, la ley contempla varios casos en los que cesa y se disuelve el consorcio conyugal constante matrimonio; en concreto, en el artículo 43-2.º, al tratar del supuesto específico de la ejecución de bienes comunes por deudas privativas, concediendo al cónyuge no deudor la posibilidad de optar en ese caso por la disolución del consorcio y división de las cosas comunes, y, con carácter más amplio, en el artículo 66-1.º al establecer como regla que cuando el consorcio se disuelva constante matrimonio existirá entre los cónyuges separación de bienes, salvo que pacten otro régimen<sup>39</sup>.

Vistos así los supuestos de este artículo 21-b) podemos señalar con carácter general de los mismos lo siguiente: Que tienen de común su carácter subsidiario; en todos ellos la aplicación del régimen de separación de bienes sólo tiene lugar ante el silencio o la falta de voluntad de los cónyuges, nunca en contra de esa voluntad. La separación de bienes nunca se impone con carácter imperativo al margen o en contra de esa voluntad, sino sólo y únicamente en defecto de la voluntad de las partes. Tampoco tienen, en modo alguno, carácter sancionador, pues si fuese así no podrían quedar esas previsiones legales a expensas de la decisión a tomar por los cónyuges, sino que serían normas indisponibles, mientras que, tal y como acabamos de ver, las normas de la Ley tienen marcadamente carácter dispositivo y sólo se aplican como hemos dicho con carácter subsidiario. Y como segunda consideración común a los supuestos del artículo 21-b, que en ambos casos la solución legal adoptada trata de aplicar el principio de menor intervención o injerencia en la vida matrimonial, por entender que la familiar es asunto estrictamente privado de sus miembros. Solamente cuando los interesados crean una laguna con su silencio o falta de manifestación de voluntad, la Ley se ve obligada a colmar esa laguna y en aras de la seguridad del tráfico y de la protección de terceros impone a ese matrimonio el régimen económico que, en principio menos altera el «status» de los cónyuges: el régimen de separación de bienes, que podemos calificar así como el de mínima intervención en la esfera matrimonial y familiar.

### **C) Régimen jurídico**

En coherencia con el carácter paccionado del régimen de separación de bienes y aplicando a este caso la afirmación del artículo 11 de la Ley de que el régimen económico del matrimonio se ordenará por las capitulaciones que otorguen los cónyuges, el artículo 22 dispone que «el régimen económico de separación de bienes se regirá en primer término por lo convenido por los cónyuges en los capítulos que lo establezcan».

Se consagra de esta forma, como no podía ser de otra manera y como primer criterio de ordenación legal el pleno respeto a lo pactado en las capitulaciones. Y esa libertad de

---

(39) Aunque no está el momento de analizar de forma detenida estos artículos, sí que podemos señalar que el supuesto del artículo 43 nos sitúa ante un verdadero régimen económico, mientras que los supuestos del artículo 66 más frecuentes serán los derivados de los casos de separación judicial de los cónyuges. Ya vimos en términos estadísticos que esa era la causa más frecuente de separación de bienes, aunque no propiamente de un verdadero régimen económico al faltar precisamente, por la ruptura, la base matrimonial. Obsérvese el matiz de que el artículo 66, para estos casos, no dice que el régimen económico será el de separación de bienes, sino tan solo que existirá separación de bienes; sin duda consciente de que esos no es un verdadero régimen económico en sentido propio, sino tan solo la solución final y mínima posible a las relaciones económicas de los que hasta ese momento constituían un matrimonio, a fin de atender las cargas pendientes del mismo.

regulación ya hemos tenido oportunidad de decir que se hacía extensiva no sólo a la elección de este régimen separatista, sino también a la fijación y ordenación de su contenido, pudiendo pactar al respecto cualesquiera estipulaciones siempre que no desnaturalicen los caracteres esenciales de este régimen y sin más límites que los propios del principio «*standum est chartae*».

El respeto legal a lo pactado es de tal grado que el legislador se resiste a pasar al segundo criterio de ordenación, que veremos seguidamente, sin antes comprobar no ya solo que determinadas consecuencias no han sido previstas expresamente mediante pactos capitulares, sino que tampoco pueden deducirse de los mismos. Entonces y sólo entonces se abre paso a ese segundo criterio de ordenación del régimen, que viene constituido por las normas contenidas en el Título III de la Ley, tal y como se indica en el Preámbulo.

En consecuencia, en defecto de pactos o estipulaciones convenidas por los cónyuges en los capítulos matrimoniales el legislador ha previsto unas normas legales que se aplicarán como supletorias de la voluntad de los cónyuges. La existencia de esta regulación propia constituye, como ya hemos analizado, una absoluta novedad en el Derecho aragonés y, como también hemos visto, un claro acierto del legislador atendidas las muchas razones de conveniencia y oportunidad que lo justifican<sup>40</sup>.

Descendiendo en esa escala jerárquica, el artículo 22 finaliza diciendo que, si tampoco es suficiente la regulación legal contenida en ese Título III, subsidiariamente se aplicarán análogicamente las normas del consorcio conyugal en tanto lo permita su naturaleza.

Con esta norma de remisión al régimen legal aragonés el legislador ha querido afirmar de forma indubitada el carácter completo de la regulación y que el sistema queda cerrado aplicando los principios propios de nuestro Derecho, excluyendo, por tanto, la aplicación supletoria del Código Civil. Por si no quedase suficientemente claro lo dicho, el propio legislador lo ha declarado expresamente en el Preámbulo al decir que las previsiones legales contenidas en el Título III se bastan así mismas, cerrando el paso a esa aplicación supletoria del Código Civil.

Lo expuesto en este apartado creemos que tiene una gran importancia: Desde un punto de vista teórico, por cuanto el legislador aragonés en este caso no ha estimado oportuna la aplicación supletoria del Código Civil, por entender que la regulación contenida en el mismo no es la más adecuada ni deseable, según su criterio<sup>41</sup>.

Desde un punto de vista práctico, es también muy importante el proclamado carácter completo y cerrado del sistema aragonés, por cuanto la experiencia demuestra que son numerosas en la práctica las escrituras de capitulaciones matrimoniales ya otorgadas durante años en las que no se especifica cuál era el régimen normativo aplicable a esa separación de bienes en defecto de lo convenido. Creemos que esa laguna ahora queda cubierta por la Ley en el sentido de que serán las disposiciones aragonesas las que deberán aplicarse y no, en cambio, las del Código Civil.

Para finalizar este apartado acerca del régimen jurídico aplicable, señalar que, además de lo visto, también serán de aplicación al régimen de separación de bienes las normas que integran las Disposiciones Generales de la Ley, muchas de las cuales tienen por expresa indi-

(40) Reiteramos aquí, una vez más, lo ya visto en la Introducción de esta Ponencia.

(41) Se cierra así el paso a la aplicación en Aragón de terminados artículos del Código, como el 1438, que tantas cuestiones y discusiones teóricas ha ocasionado acerca de su conveniencia y oportunidad.

cación legal carácter imperativo, y por tanto quedan fuera del alcance del poder de autorregulación que tienen los cónyuges a la hora de pactar y configurar su régimen económico.

## D) Contenido

Anteriormente, cuando realizamos una aproximación teórica al régimen de separación de bienes<sup>42</sup>, hemos visto las notas estructurales de este régimen: autonomía patrimonial; exclusividad en la gestión, disfrute y disposición; y la responsabilidad independiente por deudas. Aplicando ese esquema teórico, comprobamos que los restantes artículos del Título II están estructurados siguiendo ese mismo esquema.

El artículo 23 en su número 1, contiene las dos primeras notas características y consustanciales a la definición de lo que es un régimen de separación de bienes: la existencia de titularidades separadas y la gestión autónoma por cada cónyuge de su propio patrimonio.

El mismo artículo 23, en su número 2, se refiere, a su vez, a otro tema diferente cual es el de la compatibilidad de este régimen de separación de bienes con el derecho de viudedad aragonés. Aunque de esta cuestión nos ocuparemos con amplitud más adelante, aquí queremos tan solo decir que el legislador ha querido disipar cualquier posible duda al respecto afirmando expresamente esa compatibilidad.

### D.1) Separación y titularidad de los bienes

El artículo 23-1 nos dice a este respecto lo siguiente:

«En el régimen de separación de bienes pertenecerán a cada cónyuge los que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título».

Como podemos ver, este régimen de separación de bienes nos sitúa ante dos patrimonios independientes y autónomos, sin que existe a la vez una tercera masa patrimonial común surgida como efecto y consecuencia del matrimonio contraído. Por ello, todos los bienes existentes en el matrimonio son propios o privativos del marido o de la mujer, al no existir entre ellos ninguna forma o tipo de comunidad conyugal.

Como señala DELGADO ECHEVERRÍA «el principio fundamental de un régimen de separación, por lo que hace a la composición y dinámica de los patrimonios del marido y de la mujer es extraordinariamente simple: el matrimonio no produce directamente ningún efecto en la consistencia de ambos patrimonios, que continúan sometidos a las normas o principios comunes al patrimonio general de cualquier persona. No se producen transferencias de las titularidades que ostente cada cónyuge en el momento del matrimonio a otra masa diferente que no existe; después, los incrementos patrimoniales tanto si provienen del exterior (salarios, donaciones, adquisiciones por causa de muerte), como del interior (frutos y rentas del capital), forman parte del patrimonio del que proceden (incrementos «ad intra») o del que es titular el sujeto (incrementos «ad extra»), sin pasar a un tercer patrimonio (a la manera del ganancial, que no existe aquí) ni derivar al del otro cónyuges»<sup>43</sup>.

Pero lo dicho no impide en modo alguno la posibilidad de que los cónyuges puedan libremente adquirir conjuntamente un bien o derecho, en cuyo caso estaremos ante una

---

(42) Ver páginas 105 y ss.

(43) DELGADO ECHEVERRÍA. J.: op. cit., pág. 147.

comunidad de bienes ordinaria, regida por las normas contenidas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, y nunca ante una comunidad matrimonial, que no existe por definición.

### **D.2) Inaplicación del principio de subrogación real**

En coherencia con el principio o regla enunciada en el anterior apartado, entendemos y afirmamos que el hecho adquisitivo determina con carácter necesario el cónyuge que asume la titularidad sobre los bienes adquiridos.

Por esa razón, el artículo 24-1.º de la Ley afirma con toda claridad que «la titularidad de los bienes corresponderá a quien determine el título de su adquisición».

Esto quiere decir que la procedencia de los fondos invertidos en la adquisición no tiene ninguna relevancia a la hora de determinar la titularidad de los bienes adquiridos.

De este modo, las posibles aportaciones de fondos que haya podido efectuar un cónyuge al otro para que este último realice una adquisición quedan al margen de la titularidad, en una relación interna que habrá de regirse por las normas generales de reintegros y reembolsos entre patrimonios distintos.

Lo que llevamos dicho significa que, según creemos, siguiendo a LACRUZ y DELGADO, no se aplica en el régimen de separación de bienes la subrogación real, dado que no existe un patrimonio común que pueda ejercer una «vis atractiva» y en consecuencia el necesario equilibrio entre las masas patrimoniales no necesita en modo alguno la aplicación de la subrogación real como mecanismo equilibrador y de preservación de las masas privativas<sup>44</sup>.

### **D-3) La prueba de la pertenencia de los bienes**

Acabamos de ver que la atribución de la titularidad de los bienes en un régimen de separación es clara, tal y como se reconoce en el artículo 23 de la Ley: cada cónyuge conserva la titularidad de los bienes que tuviese al tiempo de contraer matrimonio y de los que adquiere después por cualquier título.

Además, el artículo 24-1.º también aporta luz y claridad al respecto cuando disipa cualquier duda atribuyendo la titularidad de los bienes al adquirente de los mismos.

Los problemas surgen, sin embargo, a la hora de probar esa titularidad, en ocasiones muchos años después de haberse efectuado la adquisición. No se trata, por tanto, de un problema teórico, sino más bien de una cuestión de hecho. Como decía LACRUZ, «en una situación de íntima convivencia, colaboración desinteresada e indiferencia y probable confusión de mobiliario, dinero aportado e ingresos, como la creada por el matrimonio, puede dar lugar a complicaciones insolubles»<sup>45</sup>.

Los cónyuges, por mas independencia y autonomía patrimonial que les reconozca la Ley, no son unos extraños y la comunidad de vida que origina el matrimonio hace que esa separación teórica que caracteriza el régimen quede en la práctica notablemente restringida, como ya hemos apuntado anteriormente.

---

(44) Una exposición más detallada de esta cuestión puede verse en MARTÍNEZ CORTÉS, op. cit., pág. 209 y ss.

(45) LACRUZ: Elementos..., página 390.

Para hacer frente y resolver esas cuestiones probatorias los cónyuges tienen a su alcance y pueden utilizar todos los medios de prueba establecidos por el ordenamiento, como cualquier otro sujeto de Derecho.

Esa tarea probatoria normalmente será fácil o relativamente fácil tratándose de bienes inmuebles o de bienes muebles que por su especial valor económico y su perfecta identificación están dotados de un título adquisitivo propio y específico.

Pero junto a esos casos de titularidad fácilmente demostrable, la dinámica de la vida conyugal presenta y da origen a otros muchos casos en los que sucede lo contrario. Así sucederá frecuentemente con bienes muebles, enseres y demás elementos de la economía doméstica y familiar, que son poseídos en común, otras veces adquiridos sin dejar prueba de la titularidad y otras en las que esa prueba ha desaparecido. Como señala SIMLER en la doctrina francesa, en la vida matrimonial suele ser norma general la falta de rigor contable, lo que facilita la aparición de supuestos de titularidades dudosas.

Ante esas situaciones, frecuentes y habituales en la práctica, el legislador se ha preocupado de resolverlas introduciendo una norma específica y una excepción, como son las contenidas en el artículo 24-2.º y el artículo 24-3.º, respectivamente.

a) *La presunción legal del artículo 24-2.º de la Ley*

El artículo 24-2.º dispone que «cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges corresponde la titularidad de algún bien o derecho o en que proporción, se entenderá que pertenece a ambos por mitades indivisas».

El análisis de este precepto nos sugiere las siguientes cuestiones:

1. La primera cuestión planteada es la aparente contradicción que significa la introducción en el marco de un régimen económico de separación de bienes de una norma contraria esa independencia patrimonial al establecer una presunción de comunidad entre los cónyuges<sup>46</sup>.

Sin embargo, entendemos que esa crítica carece de fundamento y de razón de ser. La presunción contenida en este artículo nada tiene que ver con la que habitualmente existe en los regímenes de comunidad, como la del artículo 35 de la Ley de Régimen económico matrimonio y de viudedad, pues en esas presunciones de comunidad se parte de la existencia de una tercera masa patrimonial, la común o consorcial, que goza de una «vis atractiva», mientras que en los regímenes separatistas, por definición, no existe esa tercera masa patrimonial. En consecuencia, a través de esta presunción no surge un patrimonio común diferenciado, sino que surge «ex lege» un condominio ordinario sobre determinados bienes, lo cual es perfectamente compatible y coherente con la independencia patrimonial propia del régimen de separación de bienes.

2. La finalidad pretendida por la norma.

El punto de partida de esta norma se encuentra en la situación de incertidumbre planteada acerca de quién sea el cónyuge titular de un bien, ante la imposibilidad de acreditar a cuál de ellos pertenece ese bien o derecho.

---

(46) En el sentido expresado, REBOLLEDO VARELA, con referencia al art. 1441 del Código Civil, señala que la presunción de propiedad es ajena al régimen de separación de bienes, donde el principio fundamental que lo informa es el de la separación patrimonios. REBOLLEDO VARELA: Separación de bienes en el matrimonio, Madrid 1983, pág. 103.

Ante esa situación de hecho, la finalidad del artículo hay que buscarla y encontrarla en resolver un problema de prueba, o para decirlo más precisamente un problema derivado de la falta de prueba aplicando las normas generales.

De lo que acabamos de decir resulta el carácter de norma residual y subsidiaria, que sirve de cierre al sistema cuando la incertidumbre creada acerca de la titularidad de un bien o derecho no ha podido ser despejada a través de los mecanismos o medios generales de prueba.

De lo expuesto resulta también con claridad que la presunción contenida en este artículo tiene carácter «*iuris tantum*», admite toda clase de prueba en contrario. Así, para desvirtuarla basta con probar por cualquier medio el hecho adquisitivo, sin que sea necesario probar la pertenencia de los fondos invertidos, dado que, como hemos visto, no tiene aplicación el principio de subrogación real.

### 3. El fundamento de la norma.

Partiendo de la existencia de la norma que comentamos, es preciso ahora preguntarnos dónde se encuentra la razón justificativa, el fundamento de la misma.

Creemos que ese fundamento no puede encontrarse simplemente en la situación de convivencia, en la comunidad de vida que el matrimonio implica. Entendemos que esa convivencia y comunidad de vida es, mas bien, la situación de hecho, el supuesto fáctico de la norma. Partiendo del mismo, el legislador dicta esa norma cuyo fundamento es preciso encontrar.

Para responder a la cuestión planteada, debemos situarnos en el terreno de los principios que deben regular las relaciones entre cónyuges, y señaladamente, entre ellos, el principio de igualdad, del que nos hemos ocupado ya al principio de esta Ponencia, y que, como ya vimos, encuentra su reconocimiento al máximo nivel constitucional y, específicamente, en la Ley 2/2003, en su artículo 1.

Basándonos, así, en el citado principio de igualdad y aplicándolo al tema que nos ocupa, podemos afirmar que ante la incertidumbre surgida entre los cónyuges acerca de la titularidad de un determinado bien o derecho, por no ser posible la prueba del hecho adquisitivo del mismo, es forzoso dar un trato igual a los dos cónyuges, y en consecuencia, repartir también en igual medida el riesgo derivado de la ausencia de prueba.

Encontramos así el fundamento de esta regla de proindivisión en ese principio de igualdad jurídica, que impone una igualdad de trato y de derechos a ambos cónyuges, y que se convierte, según vimos, en criterio obligado y necesario de interpretación de la normativa matrimonial.

### 4. Eficacia de la norma.

Hasta aquí hemos visto el significado, finalidad y fundamento de la norma. Ahora vamos a referirnos a la eficacia de la misma, distinguiendo la esfera interna, de las relaciones entre cónyuges, y la esfera externa, o frente a terceros.

En la esfera interna la eficacia inter partes de la norma resuelve la incertidumbre planteada acerca de un determinado bien en un doble aspecto: uno, en cuanto a la titularidad del mismo, y dos, en cuanto a la proporción o cuota atribuida.

Respecto a la titularidad del bien o derecho, el artículo 24-2.º y ante la falta de prueba en contrario, atribuye dicha titularidad a ambos cónyuges. En consecuencia, dado el carác-

ter de presunción *iuris tantum*, si alguno de los esposos pretende que el bien o derecho le pertenece en exclusiva, será a él a quien corresponda la obligación y carga de la prueba de su pretensión. En otro caso, ante la falta de prueba, entrará en juego la presunción legal que comentamos y la titularidad quedará atribuida a los dos cónyuges. Como se observa, la ley no establece «a priori» un sistema de copropiedad destruible por prueba en contrario, sino que la presunción sólo opera y es aplicable «a posteriori» en defecto de toda otra prueba.

Efectuada la atribución de titularidad a favor de ambos cónyuges, la presunción también se pronuncia en cuanto a la proporción o cuota correspondiente a cada uno de ellos. Y consecuentemente con los aludidos principios de justicia y de igualdad, la solución no puede ser otra que la atribución a ambos por mitades indivisas, esto es, una cuota igual. De esta forma, mediante esta solución salomónica, nacerá sobre el bien o derecho un condominio ordinario, sujeto a las reglas generales del Derecho patrimonial, entre ellas, la relativa al derecho a pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común; esta acción, por lo demás, deberá ejercitarse individualmente, cosa por cosa.

En la esfera externa, frente a terceros, la presunción del artículo 24-2.º, implica la posibilidad de que esos terceros la hagan valer frente a los cónyuges. De esta forma, los acreedores personales de uno de los cónyuges podrán embargar su cuota correspondiente en ese bien o derecho cuya propiedad exclusiva no puede demostrar el cónyuge no deudor.

Por último, además de estos efectos sustantivos, la doctrina está conforme en que la presunción despliega también sus efectos en el ámbito procesal, con inversión de la causa de la prueba. Por ello, corresponderá a ese cónyuge no deudor desmontar tal presunción presentando un título acreditativo de su adquisición exclusiva o acreditando ese hecho adquisitivo por todos los medios de prueba admitidos en Derecho.

#### b) *La excepción del artículo 24-3.º*

El artículo 24-3.º dice: «Se exceptúan de lo establecido en el apartado anterior los bienes muebles de uso personal o que estén directamente destinados al desarrollo de la actividad o profesión de uno de los cónyuges que no sean de extraordinario valor, que se presumirá que pertenecen a éste».

Establecida la presunción «*iuris tantum*» de titularidad conjunta que acabamos de ver, con el alcance y efectos estudiados, el legislador establece una excepción a la misma. La excepción está fundamentada en el carácter personal de dichos bienes, ya por tratarse de bienes de uso personal, ya por estar directamente destinados al desarrollo de la actividad o profesión de uno de los cónyuges.

Pero, además de este elemento subjetivo de la especial vinculación personal de dichos bienes con uno sólo de los cónyuges, la ley condiciona la excepción también a unos elementos de carácter objetivo, como son el hecho de que ha de tratarse de bienes muebles y que, además, no sean de extraordinario valor. Las razones de esta doble exigencia parecen encontrarse, aparte de la ya citada especial vinculación subjetiva, en que sean bienes cuya adjudicación exclusiva, como excepción a la ley general de copropiedad, no altere de forma sustancial los mencionados principios de justicia e igualdad entre los cónyuges.

Cumplidas todas esas exigencias, subjetivas y objetivas, el artículo establece que se presumirá que esos bienes pertenecen exclusivamente a ese cónyuge con quien los bienes están vinculados. No se aplica, por tanto, la presunción del artículo 24.2.º. Pero, al igual que suce-

día con esta última presunción, entendemos que también la del 24-3 tiene el mismo carácter de presunción «*iuris tantum*», y por ello susceptible de prueba en contrario.

Por lo demás, esta excepción que ahora comentamos guarda relación finalista con otros preceptos de la Ley que se refieren a los bienes de uso personal o profesional, como son los del artículo 84, relativo a las ventajas, y el artículo 85, relativo al derecho de preferente adjudicación.

c) *La posible admisión de cláusulas o presunciones convencionales de propiedad*<sup>47</sup>

Estudiada la presunción legal de propiedad del artículo 24.2.º y su correlativa excepción del artículo 24.3.º, ahora planteamos la posibilidad de admitir presunciones o cláusulas convencionales de propiedad.

Hemos repetido a lo largo de esta Ponencia que la libertad de estipulación y de autorregulación de que gozan los cónyuges, sin más límite que los generales del principio «*standum est chartae*», les permite no sólo la elección conjunta de cuál va a ser el régimen económico de su matrimonio, sino también pactar cualesquiera estipulaciones que modalicen ese régimen, a fin de adaptarlo y acondicionarlo a las particulares circunstancias de esos cónyuges, modificando en lo menester su regulación legal, siempre que no se llegue en esa modificación a desnaturalizar las características esenciales que lo configuran y definen como tal régimen.

Al amparo de esa libertad de capitulación y de ese poder de autodeterminación de los cónyuges para la libre configuración del régimen económico de su matrimonio, la doctrina se ha planteado la validez y admisibilidad de estas cláusulas a través de las cuales los otorgantes tratan de clarificar de antemano la titularidad sobre los bienes cuando ésta pueda resultar dudosa o incierta, evitando los consiguientes problemas y despejando esas dudas.

Dentro de este apartado se suelen distinguir en la práctica y por la doctrina las siguientes:

- Un primer grupo de cláusulas o presunciones «declarativas» de la propiedad.
- Un segundo grupo de cláusulas conocidas como «atributivas» de la propiedad.

Sobre las primeras, esto es, las cláusulas o presunciones declarativas, podemos decir que están plenamente y expresamente admitidas en Francia (art. 1.538.2 C. Civil) y en Portugal (art. 1736 C.Civil). En nuestro país nada dice la legislación al respecto, aunque sí se dan con alguna frecuencia en la práctica notarial. Ante ese silencio legal, una parte de la doctrina, mayoritaria, se inclina a favor de su validez y admisibilidad; por el contrario, otro sector doctrinal la rechaza, fundamentalmente por el carácter de orden público de las normas sobre la prueba.

Nosotros nos inclinamos también a favor de la tesis mayoritaria y, en consecuencia, por la validez y eficacia de estas cláusulas con efectos de presunción «*iuris tantum*» y, por tanto, con posibilidad de prueba en contrario, todo ello al amparo de esa libertad de estipulación y configuración del régimen, y por no estar expresamente prohibidas por el ordenamiento. En cuanto a sus efectos, entendemos que esa cláusula puede hacerse valer fren-

(47) Un estudio más amplio y detenido de esta materia puede verse en MARTÍNEZ CORTÉS: op. cit., página 319 y ss.

te a la presunción legal del art. 24.2.º de la Ley, y en consecuencia, creemos que su admisión puede inhibir la aplicación del precepto legal en las relaciones inter partes.

En cuanto al segundo grupo de cláusulas, cláusulas atributivas de la propiedad, su admisibilidad parece mucho menos clara. Si en verdad van más allá de una declaración con efectos meramente probatorios e intentan convertirse en auténticas y verdaderas cláusulas de atribución de la propiedad, predeterminando a priori la titularidad de un cónyuge sobre determinados bienes, presentes o futuros, según la doctrina más segura tienen tan solo un efecto o valor como confesión de privatividad, no como verdadera «atribución». Estaríamos ante un reconocimiento «a priori» y de modo preventivo efectuado por un cónyuge de que los bienes o derechos que el otro cónyuge tenga a su nombre o cuya titularidad ostente pertenecen al mismo, atribuyendo a esta confesión o reconocimiento validez inter partes, pero negando su oponibilidad frente a terceros.

#### **D.4) La gestión de los bienes propios**

En el análisis del contenido del régimen de separación de bienes proclamado en el artículo 23 de la Ley, hasta ahora sólo hemos visto lo referente a la primera nota estructural del régimen de separación de bienes, es decir, la independencia y autonomía patrimonial, la existencia de titularidades separadas y la ausencia de una masa patrimonial común.

Ese mismo artículo, en el mismo número 23-1.º «in fine» proclama que «asimismo, corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes». Estamos, según vemos, ante la proclamación legal del principio de exclusividad en la gestión, disfrute y disposición de sus bienes propios que corresponde al cónyuge titular.

La independencia y autonomía en la titularidad conlleva de forma correlativa un derecho equivalente a gestionar y disponer de ese patrimonio con la misma independencia.

Esta gestión separada y autónoma adquiere así una doble proyección o manifestación: De una parte, implica la afirmación positiva de que cada conyuge tiene la más completa y absoluta libertad para realizar por sí solo, con relación a sus bienes, toda clase de actos, incluso los más decisivos y trascendentales. De otra parte, implica la afirmación negativa de que el otro cónyuge, no titular de los bienes, carece por completo de legitimación y no se halla autorizado para intervenir en los negocios o asuntos de su consorte, no pudiendo intervenir ni inmiscuirse en la gestión, administración y disposición que de su propio patrimonio hace este último. Dicho de otra manera, el cónyuge no titular de los bienes no tiene ni ostenta ningún poder de control de los bienes o actos de su consorte, por lo que no tiene que prestar ningún consentimiento ni autorización a los actos, incluso lo más graves, que el otro otorgue<sup>48</sup>. En suma, la autonomía de gestión que ostenta el cónyuge titular prohíbe radicalmente cualquier injerencia de un cónyuge en los actos del otro.

Sin embargo, este esquema teórico, nítido y claro, sufre en la vida real frecuentes alteraciones, de tal modo que se plantean numerosas situaciones en las que, sin título aparente que lo justifique, un cónyuge se inmiscuye en la gestión del patrimonio del otro consorte. Como señalaba LACRUZ, del mismo modo que viviendo juntos inevitablemente se mezclan y confunden sus patrimonios, también es difícil separar la gestión de los bienes. En sentido análogo, en la doctrina francesa CORNU señala que en la vida real

---

(48) Mencionar aquí la excepción que representa el derecho expectante de viudedad, pero que no deriva propiamente del régimen económico sino que tiene carácter matrimonial e independiente de cuál sea el régimen.

puede ocurrir que uno de los cónyuges no tenga el tiempo, la salud o las aptitudes necesarias para ocuparse de sus propios asuntos y que el otro, para suplirle o por tendencia natural, se ve llevado a ocuparse incluso de los asuntos de su consorte. En definitiva, la comunidad de vida matrimonial crea situaciones particulares en número indefinido, en función de las necesidades y los medios, las actividades y el temperamento de cada esposo<sup>49</sup>.

Como hemos visto el abanico de situaciones posibles en la vida real es amplio. Por eso, vamos a realizar a continuación un breve análisis de los supuestos genéricos más frecuentes y del régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos.

a) *Gestión personal de cada patrimonio por el cónyuge titular del mismo*

Este es el supuesto «típico», correspondiente al esquema teórico del régimen de separación de bienes y que ya hemos expuesto al inicio de este apartado relativo a la gestión de los bienes. En definitiva, como señala DELGADO ECHEVERRÍA, el fenómeno se reconduce y diluye en el de la capacidad de obrar, la autonomía de la voluntad y la responsabilidad por los propios actos del conyuge titular de los bienes<sup>50</sup>.

La única particularidad viene dada por la naturaleza matrimonial y familiar de las relaciones, que conllevará las limitaciones establecidas en las disposiciones generales de la Ley en favor del interés de la familia.

b) *Gestión por un cónyuge del patrimonio del otro*

Frente al supuesto académico-teórico de la gestión personal por el cónyuge titular, al que acabamos de referirnos, la vida real nos presenta, como ya hemos apuntado, numerosos casos en los que, por una variedad de razones muy diversas, un cónyuge se hace cargo de la gestión del patrimonio de su consorte. Nos situamos así ante un segundo gran grupo, que es el de gestión delegada del patrimonio de un cónyuge, que engloba dentro de sí supuestos diferentes que podemos clasificar en los siguientes apartados:

1. *Gestión por un cónyuge con mandato expreso del otro*

Este es el genuino supuesto de gestión verdaderamente delegada. Se refiere al mismo de forma expresa el artículo 25 de la Ley, que dice: «Cada cónyuge podrá en cualquier tiempo conferir al otro mandato expreso para la administración de sus bienes, así como revocarlo, condicionarlo o restringirlo».

Para examinar este supuesto hay que partir como principio fundamental del art. 71 del Código Civil, a cuyo tenor ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro a menos que le haya sido concedida. Como sabemos, este artículo del Código Civil procede de la reforma del año 1975 (Ley de 2 de Mayo), con el fin de resaltar de forma expresa y destacar el cambio radical que esa reforma suponía con relación a la situación anterior, en la cual el marido era el representante legal de su mujer.

En la actualidad y desde la citada reforma de 1975, está abolida toda representación legal de un cónyuge por otro. Tal y como hemos ido viendo a lo largo de la Ponencia, ambos

(49) La cita de CORNÚ está tomada de LACRUZ: Elementos..., pág. 395.

(50) DELGADO ECHEVERRÍA, J.: op. cit., página 265-266.

cónyuges son iguales en derechos y obligaciones (art. 1. Ley de Régimen Económico Matrimonial y de Viudedad) y el matrimonio se contrae con plena igualdad jurídica.

Partimos así de un marco normativo en el que ninguno de los cónyuges tiene restringida su capacidad de obrar por el hecho de serlo, ni tampoco tiene atribuida la representación legal del otro. En consecuencia, hay que afirmar que esa representación sólo existirá si ha sido conferida voluntariamente<sup>51</sup>.

Haciéndose eco de ese punto de partida, el artículo 25 de la Ley se limita a reconocer y afirmar la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges puede voluntariamente, en cualquier tiempo, conferir mandato expreso para la administración de sus bienes, así como revocarlo, condicionarlo o restringirlo.

El análisis de este artículo nos sugiere los siguientes comentarios:

— Estamos ante un caso de representación voluntaria, de lo que derivan importantes consecuencias. La primera de ellas que destacamos es el carácter unilateral del otorgamiento de ese mandato representativo. El cónyuge poderdante es el dueño del negocio y decide por su exclusiva voluntad otorgar ese mandato<sup>52</sup>. La segunda, que ese otorgamiento puede producirse en cualquier tiempo, como dice expresamente el artículo 25. Ello significa que no hay un momento concreto de la vida matrimonial en el que deba otorgarse el mandato; no tiene porqué ser al inicio de esa vida común, sino que puede ser, repetimos, en cualquier momento a lo largo de la misma. En cuanto a la forma, entendemos que ese mandato representativo puede otorgarse bien en una escritura específicamente otorgada con esa exclusiva finalidad, bien como una cláusula más dentro de la escritura de capitulaciones matrimoniales en la que se pacta ese régimen de separación de bienes. Pero en ese último caso, otorgamiento dentro de la escritura de capítulos, seguimos defendiendo que continua siendo un acto unilateral, y que no adquiere por ello y sin más el carácter de pacto capitular, ni tampoco pierde el mandato así otorgado el carácter de revocable en cualquier momento.

— Se trata de un mandato otorgado en un marco especial de relación interpersonal, como es el caso de la comunidad de vida que el matrimonio comporta y constituye.

Esta nota de intimidad y de carácter familiar hace que el mandatario no pueda nombrar sustituto si no se le ha facultado expresamente para ello, como dice el artículo 9 de la Ley. Ese especial carácter «intuitu personae», enmarcado dentro del ámbito personalísimo del matrimonio, justifica sobradamente, según nuestra opinión, la decisión del legislador de impedir la sustitución del poder salvo que se le haya otorgado facultad para ello<sup>53</sup>.

— El cónyuge otorgante del poder continua ostentando, como titular de los bienes y dueño del negocio, la integridad de sus facultades de gestión, administración y disposición que le son propias como tal titular.

— Como consecuencia de lo que acabamos de exponer y tal y como reconoce expresamente el artículo 25 de la Ley, ese cónyuge titular puede libremente y por su sola voluntad

---

(51) Destacar aquí la supresión de la expresión «voluntariamente», en el art. 71 C.Civil, frente al antiguo art. 63. Ello parece deberse a la existencia de supuestos excepcionales en los que el marido o la mujer representan al otro cónyuge no voluntariamente (vigr. en los supuestos de ausencia o incapacidad).

(52) El régimen jurídico y los efectos de este mandato se regirán por las normas generales establecidas en el Código Civil, salvo lo que más adelante diremos acerca de la posibilidad o no de sustitución.

(53) Respecto de este artículo 9, señalar que aunque finalmente quedó incluido dentro de las Disposiciones Generales a todo régimen económico matrimonial, por considerarlo más conveniente, inicialmente, en los trabajos de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, el artículo se incluía únicamente en las normas de régimen de separación de bienes.

decidir en cualquier momento sobre la continuidad o revocación del mandato otorgado, y en caso afirmativo, condicionarlo o restringirlo. En definitiva a él exclusivamente corresponde la decisión no sólo de otorgarlo, sino la de mantenerlo en los mismos términos en que ha sido concedido o con modificaciones, condiciones o restricciones, y, por supuesto, también la de extinguirlo mediante la correspondiente revocación.

— Supuesto diferente al contemplado en el artículo es el del pacto capitular en el que se atribuye la gestión y administración de ambos patrimonios a uno solo de los cónyuges. Esto es, la posibilidad de pactar un régimen de separación de bienes en el que uno de los cónyuges queda privado voluntariamente de la facultad de decidir sobre la gestión de su propio patrimonio.

Como hemos dicho, es un caso netamente diferenciado del que hasta ahora hemos visto. En esta ocasión ya no estamos como sucedía en el anterior ante un acto unilateral del cónyuge poderdante, sino ante un pacto, es decir, un acto bilateral contenido en las capitulaciones.

Entendemos que un pacto así altera y desnaturaliza de modo radical las características propias de un régimen de separación de bienes, una de cuyas notas estructurales es precisamente la independencia y autonomía en la gestión del propio patrimonio, de forma que si se admitiese ese pacto ya no estaríamos ante un auténtico y verdadero régimen de separación, sino ante un régimen matrimonial atípico, próximo al régimen dotal.

Además de esa desnaturalización del régimen separatista, un pacto capitular como el expresado entendemos que atenta directamente contra el principio de igualdad que rige las bases del matrimonio, según hemos tenido ocasión de ver.

Por todo ello, nos inclinamos por negar la validez de un pacto semejante. Somos conscientes, sin embargo, de que un sector minoritario de la doctrina defiende esa validez y admite la posibilidad de este pacto en base al principio de libertad de configuración del régimen matrimonial, entendiéndolo que el cónyuge que deliberadamente renuncia a la gestión de su propio patrimonio está ejerciendo un derecho legítimo que le corresponde, máxime si se pacta expresamente la libre revocabilidad del pacto. A pesar de ello, seguimos creyendo que las objeciones antes apuntadas continúan en pie y son de entidad suficiente para negar la validez de este pacto capitular, si no queremos desnaturalizar las características propias de un régimen de separación de bienes pactado por los cónyuges libremente y en pie de igualdad, como exige la esencia misma del matrimonio.

## 2. Gestión sin mandato expreso

Junto al supuesto que acabamos de ver en el que el cónyuge titular de los bienes limita voluntariamente su independencia y autonomía de gestión de su patrimonio autorizando de forma expresa a su consorte para que actúe con eficacia jurídica en ese patrimonio que, por definición, no le pertenece, en la vida normal de muchos matrimonios se dan situaciones en que esa injerencia se produce «de facto», de tal manera que, aun careciendo de título justificativo para hacerlo, un cónyuge se inmiscuye en los asuntos del otro. Caben, a su vez, dentro de este gran apartado, diversas situaciones: Una, que la gestión ajena se produzca con el conocimiento y aceptación del cónyuge titular, supuesto de injerencia deseada y admitida. Dos, injerencia producida con el conocimiento y sin oposición de titular, supuesto de injerencia tolerada. Tres, injerencia de un cónyuge sin conocimiento del consorte titular del patrimonio.

Todo este abanico de posibles situaciones tienen en común el hecho de la injerencia de un cónyuge en la gestión del patrimonio del otro sin que este cónyuge titular se oponga a ello, ya sea conociendo esa situación, ya ignorándola<sup>54</sup>.

Estas situaciones, frecuentes en la práctica y en la vida real, sin duda porque los esposos no son en realidad dos personas extrañas entre sí, son aceptadas en muchas ocasiones como socialmente adecuadas, al margen de que legalmente no aparezcan protegidas y amparadas por un título jurídico legitimador<sup>55</sup>.

Un cuarto supuesto, que formalmente cabe incluir dentro de este gran grupo de gestión sin mandato expreso, pero que se diferencia netamente de los anteriormente reseñados es el de gestión por un cónyuge contra la voluntad de su consorte titular de los bienes gestionados. En este caso no es que carezca de título jurídico, sino que también se carece de cualquier clase de justificante familiar o social que ampare esta verdadera conculcación del derecho de su consorte.

Desde el punto de vista del texto legal, todos los supuestos aparecen regulados en el artículo 26 de la Ley, que dice:

**«Artículo 26. Gestión sin mandato expreso.**

1. Cuando uno de los cónyuges administra o gestiona bienes o intereses del otro sin su oposición tiene las obligaciones y responsabilidades de un mandatario, pero no está obligado a rendir cuentas del destino de los frutos percibidos, salvo que se demuestre que los ha empleado en su propio beneficio. El propietario de los bienes puede recuperar la administración a su voluntad.

2. El cónyuge que administre bienes del otro contra su voluntad responderá de los daños y perjuicios que ocasione, descontados los lucros que el propietario haya obtenido por la gestión».

Partiendo de esta constatación de la realidad social, pasamos ahora a referirnos a cada una de las situaciones enunciadas.

— *Gestión por un cónyuge con conocimiento del titular y sin oposición a ella*

Quedarían englobados aquí los dos primeros casos de los cuatro expuestos. Como decía LACRUZ, el Derecho asimila ese «dejar hacer» a un mandato tácito<sup>56</sup>.

Como acabamos de ver, el artículo 26-1.º de la Ley establece para estos casos, con una visión pragmática y realista, una remisión a las reglas del mandato al disponer que el cónyuge gestor pero no titular del patrimonio tiene en estos casos «las mismas obligaciones y responsabilidades de un mandatario», entre ellas, como es lógico la de rendir cuentas. Ahora bien, dado ese carácter familiar de la relación entre los esposos, que el legislador tiene

---

(54) Hay que observar que esta injerencia, desde el punto de vista cuantitativo o de extensión, muchas veces será general y respecto de todo el patrimonio del cónyuge, como una especie de asunción de hecho de las facultades del titular; pero puede no ser así y abarcar tan solo una parte, empresa o actividad específica de ese patrimonio, manteniendo el cónyuge titular la gestión de los demás bienes que integran el mismo.

(55) Creemos que, en buena parte, esa aceptación social de las conductas que comentamos obedece todavía al arrastre histórico de la desigualdad y desequilibrio que se ha vivido en el seno del matrimonio entre marido y mujer, pues no se nos oculta que normalmente el cónyuge que se inmiscuye y toma a su cargo la gestión del patrimonio de su consorte suele ser el marido.

(56) Obsérvese que una solución legal idéntica se recoge en el artículo 61-2.º de la Ley para el caso, dentro del consorcio conyugal, de que uno de los cónyuges administre bienes privativos de su consorte con su consentimiento o sin su oposición.

presente, establece por ello una derogación del régimen normal y ordinario de la rendición de cuentas en el mandato al disponer que el cónyuge gestor no titular «no está obligado a rendir cuentas del destino de los frutos percibidos, salvo que se demuestre que los ha empleado en su propio beneficio».

La razón de ser de esta excepción radica en la ya expresada naturaleza familiar de la relación existente entre quien puede exigir la rendición de cuentas y quien debe hacerla y presentarla. De ella se extrae la presunción de que los frutos percibidos y consumidos han sido destinados a las necesidades y atenciones familiares, de ahí que, según esta excepción, no haya que rendir cuentas de ellos<sup>57</sup>.

Por lo demás, de los mismos términos literales empleados por el legislador resulta el carácter «iuris tantum» de la presunción, al recoger de forma expresa la posibilidad de prueba en contrario tendente a demostrar que no se ha dado a esos frutos percibidos el destino familiar que justifica este especial régimen de exoneración de la rendición de cuentas, sino que han sido utilizados en su propio beneficio por dicho cónyuge gestor. En consecuencia, cabe que se den en la práctica supuestos de coexistencia de ese doble régimen: uno, los frutos amparados por la presunción legal, que estarán exentos de la rendición de cuentas, y dos, los restantes frutos, percibidos y utilizados en su propio beneficio por el cónyuge gestor, respecto de los cuales se mantiene y aplica el régimen ordinario y normal del mandato y que, por tanto, deben ser objeto de rendición de cuentas.

En otro orden de cosas, y para acabar este apartado, entendemos que la norma legal del art. 26.1.º, con su remisión a las reglas del mandato, tiene que ser matizada en cuanto al alcance de sus efectos. Esto es, que esa equiparación de régimen jurídico, esa asimilación al mandato, queda limitada única y exclusivamente en cuanto a las facultades y actos de administración y gestión, quedando excluidas las facultades de disposición, ya que respecto de esos bienes el cónyuge gestor es una persona absolutamente ajena, recayendo y permaneciendo esas facultades dispositivas exclusivamente en el cónyuge titular.

Sólo y únicamente podría el cónyuge gestor disponer de esos bienes que integran el patrimonio de su cónyuge si éste le ha dotado del correspondiente mandato expreso, conforme establece y dispone el art. 1.713 del Código Civil, y, por hipótesis, en los casos que estamos estudiando se trata todos ellos de supuestos de gestión sin mandato expreso.

— *Gestión de por un cónyuge del patrimonio de su consorte sin conocimiento del titular*

Dentro del abanico de supuestos posibles de gestión ajena sin mandato expreso del cónyuge titular del patrimonio, nos corresponde ahora ocuparnos de este tercer supuesto de injerencia en la gestión y administración no conocida por el cónyuge titular.

Se trata de una serie de situaciones intermedias entre las ya vistas, en las cuales de forma expresa o tácita esa administración cuenta con el conocimiento y, al menos, la no oposición del titular, y las situaciones que veremos más adelante en las que el cónyuge titular expresa esa oposición a la injerencia de su cónyuge.

Esto es, no existe ni puede apreciarse mandato, pero tampoco voluntad en contra de

(57) Nótese, sin embargo, los matices de redacción de este precepto en relación al art. 1439 del Código Civil. Mientras en este último artículo solo exonera de la obligación de rendir cuentas al destinar esos fondos al levantamiento de las cargas del matrimonio, en cambio el art. 26-1.º de la Ley 2/2003, de REMV, únicamente obliga a la rendición de cuentas si se demuestra que los ha empleado en su propio beneficio. Con ello parece dar a entender un régimen más favorable al cónyuge gestor que el establecido en el Código Civil, máxime si se parte en el Código Civil de un concepto estricto de cargas del matrimonio.

esa injerencia en la administración. En la vida real los supuestos posibles pueden ser de muy diversa naturaleza: v.gr. ausencia física, privación de conocimiento o enfermedad. Todos ellos tienen de común que el cónyuge titular del patrimonio no es que no quiera, sino que no puede, pronunciarse al respecto. Ante esas situaciones de hecho, algunas de ellas verdaderamente imprevisibles, el cónyuge no titular no es que quiera o desee invadir la esfera de competencias de su consorte, sino que se ve en la precisión de hacerlo, incluso como una obligación derivada de su condición de consorte, con el fin de que el interés de su cónyuge y, por extensión, el interés familiar, no se vean perjudicados por esa falta o imposibilidad de gestión por parte del titular<sup>58</sup>.

En todos estos variados casos de injerencia en la administración no conocida por el cónyuge titular del patrimonio, la mayor parte de la doctrina considera que estas situaciones que contemplamos vienen amparadas y legitimadas por la «negotiorum gestio», gestión de negocios ajenos sin mandato, que se asimila con el mandato tácito en sus consecuencias y efectos. De esa manera se considera y valora la conducta del cónyuge que se ingiere en la administración del patrimonio del otro «como si» hubiera mediado ese mandato, más aún teniendo en cuenta la vinculación personal existente entre los cónyuges.

Esa misma solución de remisión al mandato es la solución legal adoptada por el art. 26-1.º de la Ley, al quedar encuadrados estos supuestos en el marco más amplio de la gestión sin mandato expreso que contempla y regula ese artículo.

Vista la solución legal, nos remitimos a lo ya expuesto en el apartado anterior en cuanto al estudio y análisis del citado artículo 26-1.º que damos aquí por reproducido para evitar repeticiones innecesarias

— *Gestión por un cónyuge contra la voluntad de su consorte*

Dentro del gran grupo de la gestión sin mandato expreso, enumerábamos antes como cuarto supuesto el que ahora vamos a estudiar: el de gestión por un cónyuge del patrimonio de su consorte contra la voluntad de éste.

Estamos ante una situación radicalmente distinta a los supuestos ya vistos, en los que había una voluntad favorable, una situación de mera tolerancia, o, tan sólo un desconocimiento, pero nunca una oposición expresa. Aquí, en cambio, el cónyuge titular conoce la injerencia del otro pero no consiente la misma y manifiesta expresamente su oposición a esa violación de su independencia y autonomía patrimonial.

La actuación de ese cónyuge que se inmiscuye e irroga unas facultades que no le corresponden ni le han sido concedidas atenta directamente contra el derecho a la autonomía de gestión que ostenta cada cónyuge en cuanto a su respectivo patrimonio y que proscribire y veta la intromisión ilegítima de un cónyuge en los asuntos del otro.

El cónyuge infractor carece de título alguno que justifique y legitime su actuación; ésta no se halla amparada ni por precepto legal alguno, ni por los principios generales del régimen familiar, personal o económico, ni tampoco por exigencias de justicia. Estamos, lisa y llanamente, ante un acto ilícito, una vulneración del derecho del cónyuge titular a administrar por sí mismo y con exclusividad de su patrimonio.

Esta gestión «prohibente dominio», como acto ilícito que es, carece de toda protección

---

(58) En este sentido, DELGADO ECHEVARRÍA, señala que esa injerencia puede venir justificada y creemos que hasta exigida por la potestad conyugal de amparo, implícita en los deberes conyugales de ayuda y socorro mutuo (DELGADO: op. cit., página 318).

legal, queda fuera del ámbito del Derecho y produce el efecto de generar la responsabilidad del cónyuge que así actúa. Estamos ante un acto ilícito civil, con la subsiguiente obligación de responder de los daños y perjuicios causados, pero descontando los lucros y beneficios que para el cónyuge gestionado haya podido reportar esa injerencia en su esfera patrimonial, evitando de esta forma un enriquecimiento injusto.

La LREMV, en su artículo 26-2.º, consagra expresamente esta misma sanción ante esa actuación ilícita, disponiendo que: «... 2. El cónyuge que administre bienes del otro contra su voluntad responderá de los daños y perjuicios que ocasione, descontados los lucros que el propietario haya obtenido por la gestión»<sup>59</sup>.

#### **D.5) La responsabilidad por deudas**

Al referirnos anteriormente a las notas estructurales que configuran el régimen de separación de bienes nos referíamos como tercera nota a la existencia de una responsabilidad autónoma e independiente de cada cónyuge frente a sus respectivos acreedores.

La ley 2/2003, de REMV, siguiendo ese mismo esquema conceptual, después de referirse al ámbito de aplicación, régimen jurídico y entrar en el contenido del régimen de separación de bienes, se ha ocupado de la titularidad y pertenencia de los bienes (nota estructural de independencia y autonomía en cuantía al activo), de la gestión de los bienes (nota estructural de exclusividad en la gestión, disfrute y disposición); y lo hace ahora de la responsabilidad por deudas (nota estructural de independencia y autonomía en cuanto al pasivo).

El significado de esta tercera nota estructural de separación de responsabilidades ya vimos que constituye en el planteamiento teórico-legal del régimen una de las ventajas primordiales de este régimen separatista, en cuanto permite en principio afrontar con independencia las posibles responsabilidades derivadas de una actividad económica-empresarial o de una actividad profesional potencialmente originadoras de importantes responsabilidades frente a terceros.

Como ya estudiamos, a través de esta técnica de compartimentación de los patrimonios respectivos, cada cónyuge asume como propias y responde con exclusividad de las obligaciones por él contraídas, como recoge el artículo 27 de la Ley. Con ello, a través de esa responsabilidad personal y exclusiva del cónyuge deudor, queda a salvo el patrimonio del otro cónyuge y de esta forma no se pone en peligro la estabilidad económica ni el futuro de la economía familiar.

Pero esa regla general de la responsabilidad propia y exclusiva de cada cónyuge, sufre también excepciones derivadas de la comunidad de vida que el matrimonio constituye y del carácter «matrimonial» del régimen. Por eso, nada impide que puedan existir deudas comunes de ambos cónyuges, entre ellas, especialmente, las derivadas de las necesidades familiares, cuyo estudio más detenido realizaremos cuando nos refiramos al capítulo «Separación de bienes y vida en común». Bástenos ahora mencionar estas deudas como excepción a la regla general de independencia en cuanto a las deudas, tal y como expresamente reconoce el art. 27 con su remisión al art. 7 de la Ley.

Bajo otro punto de vista, esta nota de independencia y autonomía en la responsabilidad de los cónyuges se pone en relación inmediata con la protección de los acreedores de

---

(59) Esta misma solución legal se recoge en sede de consorcio conyugal, en el art. 61-3.º de la Ley, para el caso de administración por un cónyuge del patrimonio privativo del otro en contra de su voluntad.

los mismos. Y ya hemos tenido ocasión de estudiar, al referirnos a las ventajas e inconvenientes de este régimen separatista y a los supuestos de posible conveniencia, cómo, a la vez que buscada como ventajosa esa limitación o compartimentación de la responsabilidad, es también constante el peligro o sospecha de perjuicio a los acreedores<sup>60</sup>.

En estrecha relación con esa sospecha de fraude a los acreedores se planteó en el seno de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil la conveniencia y oportunidad de introducir en el texto de la Ley un artículo semejante al art. 1.442 C. Civil, que, como sabemos, en la reforma del año 1.981 introdujo en ese cuerpo legal la antigua presunción muciana, pero con una finalidad totalmente distinta a la que tuvo en su origen en el Derecho romano. No es este el momento y lugar para hacer una exposición detenida de la cuestión<sup>61</sup>.

Aquí queremos señalar únicamente que, tras un extenso debate, en el seno de la Comisión se consideró oportuno no incluir en nuestro Derecho un precepto análogo a dicho artículo del Código Civil por considerar que se trata de un precepto extraño y ajeno a nuestro Derecho histórico, con escasa relevancia en la práctica, que contraría radicalmente los principios básicos del régimen de separación de bienes y por plantear graves dudas de inconstitucionalidad. En consecuencia, el silencio sobre el tema de la Ley aragonesa 2/2003, de REMV, es un silencio consciente por razones expuestas.

Sin embargo, poco tiempo después la nueva Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de Julio, ha venido a alterar la situación desde el punto de vista legal, pues introduce una regulación semejante en su nuevo artículo 78, que en lo pertinente, dice:

«**Artículo 78.** Presunción de donaciones y pacto de sobre vivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio.

1. Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso.

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

Dado el alcance nacional de la citada Ley Concursal, nos encontramos al final con el resultado, que consideramos negativo y poco satisfactorio para el Derecho Aragonés, de que por la vía de una Ley adjetiva y procesal se modifica y contraria la decisión tomada por nuestro legislador.

## **E) Separación de bienes y vida en común**

A lo largo de esta Ponencia hemos puesto de relieve en varias ocasiones que la idea inicial de que en el régimen de separación de bienes los cónyuges gozan de esa teórica inde-

---

(60) Damos aquí por reiterado lo ya dicho a propósito de la modificación constante matrimonio del régimen económico para pasar a ser el de separación de bienes acerca de que no ha de perjudicar en ningún caso los derechos adquiridos por terceros —art. 12 LREMV— y la posibilidad de impugnación de esas capitulaciones en caso de sospecha de fraude.

(61) Puede verse un análisis amplio de la materia en MARTÍNEZ CORTÉS, op. cit., pág. 389 y ss.

pendencia y autonomía patrimonial, tanto activa como pasiva, se ve muchas veces alterada por el hecho de la comunidad de vida matrimonial, haciendo surgir numerosas matices y excepciones a ese esquema teórico de absoluta independencia.

Como señala DELGADO ECHEVERRÍA, no deja de ser paradójico que la descripción del contenido positivo de este régimen se reconduce al estudio de esas excepciones y matices al concepto inicial del régimen: que el matrimonio no produce —en principio— ningún efecto en la esfera patrimonial de los cónyuges.

Esa dialéctica «regla general-excepción» encuentra así su raíz y fundamento en el ya mencionado carácter «matrimonial» de todo régimen, también del régimen de separación de bienes.

La comunidad de vida que el matrimonio constituye da origen así a una serie de Disposiciones Generales, contenidas en el Título I de la Ley 2/2003, que son aplicables por ese hecho a todos los matrimonios, con independencia y cualquiera que sea su régimen económico matrimonial.

Vamos a continuación a referirnos, siquiera sea brevemente, a las más destacadas de ellas, resaltando en especial lo que implican de alteración del contenido propio y normal del régimen de separación de bienes.

### **E.1) *El uso común de los bienes***

La existencia de una comunidad de vida entre los cónyuges y con los demás miembros que componen la familia hace que surjan unas necesidades de orden material, a las que es preciso dar adecuada respuesta.

En paralelo al plano de igualdad en derechos y obligaciones en que se sitúan ambos cónyuges, tantas veces visto ya a nivel constitucional y en el art. 1 de la LREMV, el art. 5 de la misma Ley parte como criterio básico de que el deber de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares corresponde a ambos cónyuges.

El mismo art. 5-1.º enumera después las diversas formas y medios de cumplir con ese deber al establecer que: «... 1.- Ambos cónyuges tienen el deber de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares con la atención directa al hogar y a los hijos, la dedicación de sus bienes al uso familiar, la remuneración de su trabajo, los rendimientos de sus capitales y otros ingresos y, en último término, con su patrimonio»<sup>62</sup>.

Vemos, pues, que entre los medios o formas de contribuir los cónyuges a esas necesidades familiares se encuentra, en lo que ahora nos interesa, «la dedicación de sus bienes al uso familiar».

Partimos de que la comunidad matrimonial y familiar se edifica y construye teniendo

---

(62) Con relación a esta contribución a las necesidades familiares, queremos observar y destacar que, considerando como uno de los medios posibles la atención directa al hogar y a los hijos, sin embargo el legislador aragonés no ha querido conscientemente introducir en el régimen de separación de bienes una norma semejante a la del art. 1438 del Código Civil o la del art. 41 del Código de Familia de Cataluña, que establecen, además, el derecho a obtener una compensación económica por razón de ese trabajo realizado, como ya hemos apuntado.

Es interesante añadir, por referencia al Derecho catalán que LAMARCA, FARNÓS, AZAGRA y ARTIGOT consideran ese cambio normativo introducido en el año 1.983 como una de las causas que han contribuido especialmente al incremento de capítulos matrimoniales en Cataluña al plantearse la posibilidad de pactos que excluyan o limiten la compensación por ese trabajo (op. cit., pág. 12 y ss).

como base física y soporte el hogar. Por esta razón, se trata de proteger el derecho al hogar de cada cónyuge, cualquiera que sea su propietario o titular de derechos patrimoniales sobre el mismo. Se hacen prevalecer, como veremos, esas razones vitales, existenciales y familiares sobre la fría lógica del derecho de propiedad.

Si ponemos en relación los artículos 39 y 47 de la Constitución, se puede concluir que existe un derecho constitucional de los cónyuges a tener un hogar común, como correlativo a la obligación legal de vivir juntos establecida en el art. 1 LREMV. En efecto, si toda persona tiene derecho a un alojamiento digno y adecuado, ello es todavía más imprescindible en relación con las personas casadas.

Afirmada así la importancia decisiva, personal y social, de la vivienda como hogar, como base física para la consecución de los fines propios de la familia, es natural que el legislador trate de asegurar y garantizar la estabilidad y permanencia de ese hogar común, haciendo prevalecer el superior interés familiar común en detrimento de los individuales de los cónyuges.

#### a) *La vivienda familiar*<sup>63</sup>

El aspecto puramente patrimonial de la vivienda no presenta alteración por razón del uso familiar de la misma. La vivienda seguirá perteneciendo a quien, conforme a las normas generales del Derecho patrimonial, ostente su titularidad.

La especialidad de la vivienda viene dada por su aspecto de hogar familiar. Es ese destino específico el que la hace merecedora de protección y de un estatuto propio, con independencia de quién sea el titular y cuál sea el título jurídico por el que los esposos pueden disponer de la misma.

La caracterización como tal vivienda familiar viene dada por la concurrencia en ella de unos requisitos de carácter objetivo y subjetivo.

Son esos requisitos los siguientes:

##### 1. Habitabilidad.

Para que merezca tal consideración, la vivienda debe reunir objetivamente las condiciones mínimas para que en su interior puedan desarrollarse esas relaciones familiares en condiciones de dignidad y decoro. Ha de darse en ella, por tanto, una aptitud objetiva, lo que excluye a todas aquellas construcciones, edificaciones o lugares que no reúnen esas condiciones mínimas.

Además de esa aptitud objetiva para ser habitada, la vivienda familiar ha de tener también un grado de determinación y fijeza, no sólo física sino también jurídica, que individualice ese bien, que permita su identificación y localización, tanto por los integrantes de la familia como para los terceros.

##### 2. Habitualidad.

Junto a la nota de aptitud e idoneidad material y determinación que acabamos de ver, la caracterización de la vivienda como familiar exige también la nota de la habitualidad.

---

(63) Un estudio más amplio y detallado de esta materia puede verse en MARTÍNEZ CORTÉS: op. cit., pág. 351 y ss.

Es preciso que la vivienda sea efectivamente el lugar de residencia permanente e intencionado de la familia en su conjunto. De manera semejante al concepto de domicilio que nos da el art. 40 del Código Civil, vivienda familiar sería aquella donde los componentes de la familia ejercen sus derechos y cumplen sus obligaciones familiares y donde se desarrollan las relaciones personales de sus componentes; donde tienen lugar los actos ordinarios de la vida familiar.

En esta nota se aprecia la necesidad de que concurran no sólo el factor objetivo de la fijación de ese lugar como punto determinado de referencia personal, sino también un requisito subjetivo, como es el factor intencional, un «animus», intención o voluntad de permanencia en el mismo, centrando allí la vida personal y familiar. Requiere, por tanto, un acto de destinación o afectación de la vivienda a ese fin como sede familiar, que no necesariamente será expreso sino las más de las veces tácito, derivado de hechos concluyentes como suele ser el traslado allí de los muebles y enseres de la familia y la permanencia continuada en el mismo.

Sobre esta cuestión hay que decir que la fijación y determinación del domicilio familiar corresponde efectuarla a ambos cónyuges de común acuerdo, tal y como establece el art. 2-1.º de la Ley REMV<sup>64</sup>.

La atribución de esta decisión a ambos cónyuges es coherente, por lo demás, con la igualdad entre los cónyuges y, más aún, con el carácter de marco íntimo y personal que tiene la vivienda familiar<sup>65</sup>.

#### b) *Los bienes domésticos*

Con ser importante y básica para la vida familiar la vivienda, en cuanto soporte o sede física para el desarrollo de esa vida en común, no lo es todo, no se basta en sí misma para alcanzar ese objetivo y ese carácter familiar. Ya hemos visto al referirnos a la vivienda que requería la nota de habitabilidad, en cuanto que objetivamente considerada la vivienda debe reunir las características necesarias que otorguen a ese espacio físico la susceptibilidad de desarrollar en el mismo la vida en común de los esposos y de los miembros integrantes de la familia. Pero hace falta más, es necesario que ese espacio físico objetivamente suficiente esté provisto de un acondicionamiento interior que lo convierta y transforme en una vivienda, que le otorgue ese calor de hogar que permita que en su interior tenga lugar el desarrollo efectivo de la vida cotidiana de sus miembros. Por tanto, este amueblamiento o dotación de la vivienda con los muebles y enseres necesarios para que puedan ser satisfechas las necesidades vitales y ordinarias de alimentación, cobijo y descanso, también es merecedor de un tratamiento diferenciado y específico por el Derecho, al igual que la vivienda en sí, dada su dimensión familiar y su afectación al cumplimiento de esas necesidades e intereses conyugales y familiares.

Afirmada así la protección y consideración específica que la Ley concede también a los bienes domésticos, cabe preguntarse por la extensión o amplitud que tiene esta expresión. Aunque el artículo 5 de la LRMV alude, sin más, a la dedicación de los bienes al uso familiar, sin hacer distinción alguna, sin embargo, el art. 8 de la Ley ya delimita más el ámbito

(64) Este artículo recoge también la presunción como domicilio familiar de aquel donde los cónyuges conviven habitualmente. Creemos ver en esta presunción el reconocimiento de las notas vistas de habitualidad e intencionalidad o destinación como tal sede familiar.

(65) Esta nota de habitualidad viene, además, expresamente recogida por la Ley 2/2003, de REMV, al referirse en el artículo 8 a la vivienda «habitual» de una familia.

objetivo de la norma al referirse al «mobiliario ordinario» de la familia<sup>66</sup>. Partiendo de esta expresión hay que rechazar ya desde el inicio una posible interpretación que equipare mobiliario ordinario con la expresión más general de bienes muebles; creemos que esta última engloba y comprende a la más restringida de muebles de uso ordinario. Por ello es preciso concretar la significación y extensión de estos últimos y caracterizarlos por dos notas: Como decía LACRUZ, para que haya «uso ordinario» los bienes muebles habrán de ser objetivamente usables, esto es, susceptibles de ser utilizados, y además, «usuales», lo que viene a ser semejante a la nota de habitualidad que hemos visto al referirnos a la vivienda. Estas dos notas de bienes muebles usables y usuales creemos que permiten extraer de ellas unas consecuencias de interés: Primera, que la especial consideración que la Ley otorga a estos bienes de uso ordinario familiar viene atribuida no en razón de la titularidad de esos bienes, de la que nos ocuparemos a continuación, sino única y exclusivamente en función de su afectación familiar, esto es, de su aptitud para satisfacer a través de los mismos las necesidades del grupo familiar. Segunda, que permiten excluir, por tanto, de este ámbito especial de protección a los bienes y objetos de carácter artístico o de extraordinario valor, por no responder a esa susceptibilidad de ser utilizados como medio de satisfacer las necesidades de la familia. Tercera, que también quedan excluidos los bienes, objetos y enseres de estricto uso personal, así como los instrumentos o utensilios necesarios para el trabajo profesional de cualquiera de los cónyuges por no tener directamente ese carácter común o familiar<sup>67</sup>.

En conclusión, hemos de decir que, en nuestra opinión, los bienes de uso ordinario o mobiliario ordinario que gozan de la especial protección de la Ley son aquellos bienes no inmuebles afectos al uso y ornamentación de la vivienda familiar con independencia de quién sea su propietario.

Por último, en cuanto a la titularidad de los bienes, ya sea a título de dominio ya lo sea a título de arrendamiento, acabamos de ver que no es relevante para la atribución de esa consideración especial por la Ley; lo verdaderamente importante es la mencionada afectación familiar, que conllevará una alteración decisiva en su régimen jurídico y, en concreto, en cuanto a su circulación y disposición como tendremos ocasión de ver más adelante. Ahora nos interesa tan sólo decir que la titularidad de dichos bienes no sufre alteración alguna y, en consecuencia, seguirán perteneciendo en exclusiva a aquél de los cónyuges a quien pertenezcan los mismos, aunque su uso y disfrute sea compartido por la familia por haber sido puestos dichos bienes a su disposición<sup>68</sup>.

## **E.2) La aportación de esos bienes**

El uso común por la familia de bienes perteneciente con carácter exclusivo a uno de los cónyuges, al que nos acabamos de referir en el apartado anterior, plantea varias cuestiones de interés en cuanto a su régimen jurídico. Una de ellas es la relativa a los actos de disposición de dichos bienes, en cuanto que, como veremos, esas facultades dispositivas quedan modificadas y limitadas en beneficio del interés de la familia. Otra, de la que nos ocupa-

---

(66) La expresión es semejante a la que utiliza el artículo 1320-1.º del Código Civil, que se refiere a los «muebles de uso ordinario de la familia».

(67) Hay que recordar que a lo largo de la Ley son varios los artículos que se refieren y establecen un régimen particular diferenciado para esos bienes, de carácter personal: v.g. art. 24, 3; art. 84, 1.º y art. 85, 2.º b).

(68) Otra cuestión diferente es la de si esos bienes debieran ser siempre comunes de ambos cónyuges, incluso en régimen de separación de bienes, dando lugar así a una copropiedad de los bienes domésticos, tal y como defiende un sector minoritario de la doctrina.

mos a continuación, es la referente a qué sucede en orden a la depreciación o reposición de esos bienes cuyo uso se ha aportado como forma de contribución a las cargas y necesidades familiares.

Partiendo de la amplia libertad de que gozan los cónyuges para establecer maneras o modos de contribuir a esas cargas y necesidades familiares, afirmamos que esa mera y simple puesta a disposición para el uso común y disfrute de los miembros de la familia constituye ya de por sí una forma de contribución, aunque los bienes no se deterioren o consuman a consecuencia de ese uso común. Esto es así no sólo tratándose de bienes fructíferos, sino también cuando el bien aportado es improductivo, bien por no ser apto para producir esos frutos, bien porque, aun siendo susceptible de producirlos, sin embargo, por circunstancias diversas, en ese momento no los produce<sup>69</sup>.

El problema surge cuando se trata de bienes que se deterioran o gastan por el uso y, también, en los casos de pérdida o destrucción de los mismos. En estos casos, en los que los bienes aportados en uso desaparecen, se consumen o destruyen, la cuestión es si el titular tiene derecho a percibir por ello del otro cónyuge una indemnización o resarcimiento de su valor o un derecho a subrogarse en la titularidad del bien adquirido para sustituir al que se deterioró, consumió o perdió.

Un sector doctrinal entiende que el cónyuge aportante tiene ese derecho a ser reintegrado y a percibir esa indemnización, a cargo del otro cónyuge y en la misma proporción en que corresponda a ese cónyuge contribuir a las cargas del matrimonio. Indemnización que se puede reclamar en los bienes que han sustituido a los bienes aportados cuando esos nuevos bienes deban reputarse a adquiridos con dichas contribuciones<sup>70</sup>.

Frente a este criterio, creemos más exacto y válido dudar de la procedencia de esa indemnización, por cuanto, de existir, no se vería el sacrificio realizado por el cónyuge titular. Por ello, según este criterio, el derecho al reembolso sólo existiría cuando del conjunto de aportaciones a las cargas efectuadas por el cónyuge titular resulta que excede de aquello a lo que venía obligado<sup>71</sup>.

Consecuentemente con este segundo criterio, entendemos que tratándose de bienes que no se consumen por el uso, aunque se deterioren parcialmente a consecuencia del mismo, el cónyuge aportante debe soportar ese deterioro como su forma de contribución a las cargas y necesidades de la familia. Si, por el contrario, se trata de bienes consumibles o que se destruyen o sufren graves deterioros por el uso, como norma general creemos que tampoco cabe indemnización o resarcimiento por ellos, por las mismas razones apuntadas, sin que tampoco juegue el principio de subrogación real en los nuevos bienes que han venido a sustituir a los consumidos o deteriorados.

Esta solución que defendemos creemos que es también la acogida y que se deriva del texto del artículo 5 de la LRMV, al recoger de forma explícita esa dedicación de los bienes como una forma de contribución a la satisfacción de las necesidades familiares. De acoger la opinión contraria, no se ve dónde estaría o en que consistiría entonces esa contribución.

---

(69) Pensemos, v.gr., en una casa perteneciente a un cónyuge que se usa por la familia como residencia vacacional. A través de ese uso se está satisfaciendo una necesidad familiar sin coste alguno para la economía doméstica de ese grupo. De esa forma, con el ahorro conseguido se está produciendo indirectamente una contribución dineraria a esa economía familiar, equivalente a la cantidad que habría que gastar para disponer y disfrutar la familia de un bien semejante al aportado por el cónyuge propietario.

(70) En este sentido, LACRUZ: Elementos..., pág. 303.

(71) En este sentido, ÁLVAREZ OLALLA..., pág. 112-113.

Asimismo, la opinión que expresamos permite también y encaja perfectamente con la posibilidad de que mientras esos bienes estén dedicados a la familia los gastos que recaigan sobre los mismos, como pueden ser los de mantenimiento y reparaciones necesarias, puedan internamente repetirse y reintegrarse sobre el patrimonio del otro, bien en la cuantía y proporción fijada en las capitulaciones matrimoniales, bien, a falta de pacto en contrario, por mitad entre ambos cónyuges. A esta última solución pueden llegarse, entendemos que fácilmente, por aplicación de las normas del consorcio conyugal de los artículos 36.1 y 39 de la Ley en virtud de la norma de cierre del artículo 22 de la Ley<sup>72</sup>.

### E.3) *La disposición de esos bienes*

Decíamos al inicio del apartado anterior que el uso común por la familia de bienes pertenecientes con carácter exclusivo a uno de los cónyuges plantea varias cuestiones de interés en cuanto a su régimen jurídico, siendo una de ellas la ya vista acerca del eventual o posible derecho del cónyuge titular a una indemnización o resarcimiento por causa de pérdida, depreciación o deterioro del bien que se ha dedicado al uso familiar; cuestión que hemos resuelto, a nuestro entender, en sentido negativo por considerar ese uso común una forma de contribución a la satisfacción de las necesidades familiares.

La otra cuestión que plantea ese uso o destino familiar de los bienes y que entonces quedó simplemente apuntada, es la relativa a la disposición de esos bienes.

Como ya señalábamos allí, las facultades dispositivas del cónyuge titular de esos bienes —que, en teoría, le corresponden íntegramente y con carácter de exclusividad—, quedan modificadas y limitadas en beneficio y protección de ese interés familiar.

Pero el tema en cuestión merece un mayor desarrollo y un estudio detallado, que hacemos a continuación.

a) La *finalidad* de la norma ha quedado ya apuntada. En aras de la primacía del interés familiar se limita el poder de cada cónyuge sobre sus propios bienes, porque el mantenimiento de los esquemas teóricos del Derecho patrimonial podría poner en peligro el interés de la familia. Se produce así una corrección por vía legal de los derechos propios del titular de los bienes, haciendo prevalecer el «derecho al hogar» sobre la fría lógica de los derechos dominicales del propietario.

b) En cuanto al *ámbito objetivo* de la norma, el artículo 8 de la Ley es muy claro: comprende tanto la vivienda habitual como el mobiliario ordinario de la misma. Nos remitimos a lo ya dicho al estudiar ambos. No se limita a la casa como continente o soporte físico en cuyo interior se desarrolla esa vida en común, sino que se extiende también a los bienes domésticos, en el sentido ya visto, porque sólo a través de ellos, de su acondicionamiento interior, la casa como tal adquiere ese calor de hogar que la convierte en verdadera y propia vivienda familiar. Dicho esto, no desconocemos que en la práctica la mayor trascendencia de la norma es la relativa a la vivienda familiar, al impedir otorgar cualquier acto de disposición o de exclusión de la misma sin la necesaria intervención de ambos cónyuges, en los términos que veremos a continuación.

---

(72) Recordemos lo ya dicho al referirnos anteriormente al régimen jurídico de la separación de bienes y la inclusión en el mismo de esa remisión final a las normas del consorcio conyugal «en tanto lo permita su naturaleza». Creemos decididamente que aquí esa naturaleza del régimen no se desvirtúa y lo permite sobradamente, dado que la identidad de razón entre los preceptos citados —art. 36.1 y 39 de la Ley— y el supuesto que comentamos nos parece evidente.

c) En orden al *contenido* de la norma que comentamos cabe decir lo siguiente:

Lo que la Ley limita es la facultad del cónyuge titular del bien para disponer de su derecho sobre el mismo, ya se trate de un derecho real, ya simplemente de un derecho personal; aunque, normalmente, siempre pensamos en la transmisión del dominio sobre dicho bien como supuesto más típico y habitual. Se quiere con ello proteger a la familia contra los peligros que pudiera correr por la actuación de un cónyuge irreflexivo o malintencionado; salvar el alojamiento familiar y los muebles que lo alhajan y guarnecen de la arbitrariedad o mala voluntad del cónyuge que teóricamente puede disponer de ellos, ya sea a título de dueño ya como arrendatario.

Pero la Ley no limita tan sólo la disposición de esos bienes, sino que también sujeta a este régimen restrictivo el simple hecho de sustraerlos al uso común. Esto es, aunque no se disponga en forma alguna de la titularidad del bien en cuestión, lo que se limita es la decisión del cónyuge titular de alterar ese «status» fáctico que ha hecho de esa vivienda o de esos bienes de uso común la base física, el hogar familiar<sup>73</sup>.

Creemos también que la limitación dispositiva establecida en este artículo comprende, sin duda, la constitución de hipoteca sobre esa vivienda familiar sin el asentimiento del cónyuge no titular de la misma.

Más dudas plantea decidir si cabe o no el ejercicio de la acción de división de cosa común sobre un bien que constituye un elemento esencial para el desenvolvimiento de la vida familiar. Aunque una parte de la doctrina se inclina por entender que no cabe ese ejercicio sin el asentimiento del cónyuge no titular, creemos que puede matizarse esa opinión y, por tanto, pedirse la división si el cónyuge adjudicatario en exclusiva de ese bien lo continúa adscribiendo al uso y disfrute familiar; no se olvide que es ese uso y disfrute lo que la norma trata de proteger, no la titularidad, y en el caso que planteamos el uso y disfrute familiar permanece inalterado.

d) La *naturaleza de la intervención* del cónyuge no titular del bien para la disposición del mismo o la sustracción al uso común merece ser aclarada y comentada. La Ley, en su artículo 8-1.º, habla de la necesidad de consentimiento del otro cónyuge<sup>74</sup>. Pero creemos que sólo será verdadero y auténtico consentimiento si el bien en cuestión perteneciera a ambos cónyuges, en cuyo caso estaríamos ante un acto de codisposición. Si, por el contrario, partimos como supuesto fáctico de la titularidad exclusiva de uno de los cónyuges, creemos que la manifestación de voluntad del cónyuge no titular no es un auténtico consentimiento dispositivo, sino un requisito adicional del negocio en cuestión, que no puede considerarse un complemento de capacidad, pues no está limitada. Con palabras de LACRUZ es un asentimiento, dado que el que «asiente» no es parte en el negocio<sup>75</sup>.

e) Hechas estas afirmaciones sobre la intervención del cónyuge no titular, hay que destacar, siguiendo lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley, los siguientes puntos:

(73) De esta forma se rectifica también el planteamiento tradicional que confiaba en muchas ocasiones tan solo a las instituciones sucesorias la tutela económica del cónyuge menos favorecido. A través de esta norma se mejora su situación y posición también durante el período matrimonial, haciéndole partícipe del nivel de vida de su consorte y sin quedar ni él ni la familia sometidos e indefensos ante las decisiones del cónyuge titular de los bienes.

(74) La explicación a la terminología utilizada por la Ley en el art. 8 la podemos encontrar en que este artículo se encuentra en el Título I dedicado a las «Disposiciones Generales», aplicable a todo matrimonio, con independencia de cuál sea su régimen económico matrimonial.

(75) LACRUZ. Elementos..., pág. 206.

— El consentimiento —asentimiento— del cónyuge no propietario puede ser suplido por la autorización judicial. Se sigue de esta forma la misma técnica aplicada en los casos de falta de consentimiento de uno de los cónyuges en los casos en que legalmente es necesario el consentimiento de ambos.

—La falta de ese consentimiento —asentimiento— o de la preceptiva autorización judicial supletoria, permite y legitima al cónyuge no titular para instar judicialmente la nulidad de los actos de disposición realizados por el otro sin el debido consentimiento o autorización. El plazo para el ejercicio de esa instancia judicial es el de cuatro años contados desde que los conoció o pudo razonablemente conocerlos y, en todo caso, desde la disolución del matrimonio o la separación conyugal.

— Sin perjuicio de lo establecido en los dos primeros números de este artículo 8, en aras de la protección de la familia, el mismo artículo 8, en su último número, contiene una norma de gran importancia práctica consistente en que no procederá la anulación de los actos dispositivos sobre bienes incluidos en el ámbito de protección familiar establecido en el artículo sin cumplir las exigencias del mismo cuando el disponente manifestó que no constituía vivienda o mobiliario familiar. Se da preferencia de esta forma a la seguridad del tráfico, aunque sea con una base tan endeble como es la simple manifestación del cónyuge disponente, todo ello sin perjuicio de las consecuencias y repercusiones que en el ámbito interno sean procedentes.

f) Entendemos, por último, que la exigencia de ese requisito adicional tiene carácter imperativo, dada la finalidad pretendida de protección a la familia, lo que la coloca fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad de los cónyuges. Por ello, creemos que se trata de un derecho irrenunciable por el cónyuge no titular, tanto si esa pretendida renuncia se efectúa en capitulaciones matrimoniales como si se realiza fuera de capítulos de forma unilateral. Este mismo criterio que defendemos del carácter imperativo de la norma legal aparece, además, recogido en el art. 3.2 de la Ley al incluir este artículo 8 como una de las normas imperativas sustraídas al poder de autorregulación de los cónyuges.

#### **E.4) *La contribución a las necesidades familiares***

Cuando anteriormente nos referíamos a la responsabilidad independiente por deudas como tercera nota estructural del régimen de separación ya hemos apuntado que esa regla general de responsabilidad propia y exclusiva de cada cónyuge sufre la excepción de las deudas comunes derivadas de las necesidades familiares. Una vez más, comprobamos que el carácter de auténtico régimen económico «matrimonial» introduce importantes variaciones en el esquema teórico conceptual del mismo.

La Ley de REMV, en su artículo 27, acoge plenamente este criterio al remitirse al artículo 7 de la misma Ley, que, a su vez, establece la responsabilidad solidaria de marido y mujer frente a terceros de buena fe por las obligaciones contraídas por uno de ellos para atender a la satisfacción de las necesidades familiares.

Esta contribución a las necesidades familiares es una obligación común a todo matrimonio con independencia de cuál sea su régimen económico, como se reconoce en la Ley al incluirla dentro del Título I, de las «Disposiciones Generales». Su estudio detenido excede del marco limitado de esta Ponencia, concretada al régimen de separación de bienes. No obstante, podemos hacer aquí la siguiente síntesis acerca de esa obligación de contribución.

a) El *fundamento* de la obligación se encuentra, como acabamos de señalar, en el carácter matrimonial de todo régimen, en la comunidad de vida de la que surgen obligaciones recíprocas de colaboración, ayuda mutua y solidaridad familiar. Es por tanto, consustancial al matrimonio<sup>76</sup>.

b) La *naturaleza* de la obligación viene enmarcada por las siguientes notas:

— Se trata de una auténtica relación jurídica obligacional, con independencia de su contenido finalista de protección del interés familiar. Es un deber de contribución económica, jurídicamente exigible en defecto de cumplimiento voluntario.

— Es una obligación recíproca de ambos cónyuges, asumiendo cada uno de ellos la doble condición de sujeto obligado y sujeto acreedor.

— La obligación tiene carácter relativo y variable, en el sentido de que, aunque es general a todo matrimonio, sin embargo, no es un concepto unívoco e igual para todas las familias, sino que depende del «status» de cada familia en concreto. Además, es una obligación relativa en cuanto a su duración, que es indeterminada e indefinida en el tiempo, y en cuanto a su importe, que, como decimos, es por esencia variable en función de las circunstancias particulares de cada familia.

— Se trata de una obligación personalísima e indisponible. Viene atribuida a la persona de cada uno de los cónyuges precisamente por esa condición, por ese vínculo subjetivo de cónyuge y miembro de ese grupo familiar.

c) En cuanto al *cumplimiento* de este deber de contribución podemos señalar lo siguiente:

— Que el principio básico en cuanto al modo de cumplimiento de ese deber es el de libertad de los cónyuges para fijar con carácter preferencial el esquema económico de contribución a esas necesidades familiares. Una vez más, el legislador descansa en los cónyuges y en su libertad de pacto para dar respuesta a esa cuestión: son los esposos los que conocen mejor y en profundidad las circunstancias concretas y específicas de su matrimonio y, en consecuencia, la mejor manera de hacer frente a sus necesidades familiares.

El legislador aragonés admite expresamente, en el artículo 5-2 de la Ley, esa libertad de pacto para determinar la contribución de cada cónyuge, a diferencia de otros ordenamientos en que se niega su admisibilidad<sup>77</sup>.

— Partiendo de esa admisibilidad de pactar la manera de cumplir ese deber de contribución a las necesidades familiares, creemos que ante el silencio legal no es imperativo que conste en documento público: estamos ante una regulación o pacto dirigido más a la esfera interna «ad intra», de regulación inter partes, que a la esfera «ad extra». Otra cosa es que sea más clara, segura y ventajosa su constancia en documento público, pero dejando bien claro que no se trata de ningún requisito necesario para su validez y eficacia.

— En orden al contenido posible de esos pactos se plantea la cuestión de si son válidos los pactos de exoneración de uno de los cónyuges, de tal modo que quede excluido de ese deber de contribución. El tema es polémico, entendiéndose un sector doctrinal que una cláusula de ese tenor sería nula por atentar al principio de igualdad entre los cónyuges,

(76) Recordemos, en el mismo sentido, la exigencia expresa contenida en el artículo 1-2 de la Ley.

(77) En nuestro país tanto el Código civil (art. 1438), como las legislaciones forales (Cataluña, art. 5-CF; Baleares (art. 4 C.Dc); Navarra (Ley 103 b), son también partidarios de esa libertad de regulación de los cónyuges.

En cambio, en el Derecho Comparado la respuesta no es unánime: A favor, el Derecho francés (art. 214 C.Civ); en contra, el D.º Italiano (art. 160 C.Civ), y el D.º Portugués (art. 1676-1.º C.Civ).

mientras que otros autores, con mayor o menor seguridad, parecen inclinarse por la validez de estas cláusulas, al menos en las relaciones internas entre los cónyuges<sup>78</sup>.

Por nuestra parte, nos inclinamos por admitir la validez «inter partes», en la esfera interna de la relación conyugal, aunque el problema se sitúa en su eficacia frente a terceros: al respecto, creemos que esa cláusula no puede oponerse ni paralizar la pretensión de un acreedor que tiene su amparo y defensa en el proclamado principio legal de que corresponde a ambos cónyuges solidariamente afrontar esas cargas del matrimonio, dotando así de una mayor solvencia y credibilidad económica al grupo familiar.

Nos planteamos ahora la validez de los pactos de contribución no proporcional, es decir, aquellos pactos entre cónyuges fijando diferentes modalidades o combinaciones posibles para contribuir a ese levantamiento de las cargas familiares<sup>79</sup>.

Entendemos y defendemos que esos pactos son perfectamente válidos y eficaces y exigibles, tanto en la esfera interna de las relaciones inter partes como en la esfera externa o frente a terceros.

— Una vez visto brevemente el decisivo papel que también aquí reserva la Ley a la autonomía de la voluntad, al establecer como primer y preferente criterio lo libremente convenido por los cónyuges, ahora pasamos a referirnos al sistema establecido en la Ley, que, como se deduce de lo dicho, tiene carácter subsidiario o supletorio de esa voluntad para cuando los consortes no se han dado una respuesta propia y original para su caso<sup>80</sup>.

Los baremos a utilizar para determinar la contribución de cada cónyuge, como señala el art. 5.2, son los medios económicos de cada uno, así como sus aptitudes para el trabajo y para la atención al hogar y a los hijos.

Como vemos, se parte en primer término como criterio de la capacidad económica personal, pero junto a ella, seguidamente, la Ley contempla sus aptitudes para el trabajo, es decir, la aptitud para generar ingresos profesionales, y finalmente, la aptitud para la atención al hogar y a los hijos, como forma de participación de uno de los cónyuges, hasta ahora mayoritariamente la mujer, en esa labor colectiva de levantar y sostener la familia por ellos creada. Cada cónyuge participa y aporta, en la medida que le es posible, su capacidad económica y sus aptitudes personales.

Centrándonos ahora en concreto en los medios económicos, el artículo 5.1.º explicita varias formas que incluyen desde los supuestos normales de aportación de rentas e ingresos hasta formas especiales de contribución como son el uso familiar de sus bienes y en último término, el propio patrimonio personal. Respecto de la aportación de ingresos y rendimientos, tanto de trabajo como de capital, no plantea en principio mayores problemas de interpretación. Decir tan sólo que en muchas familias será normalmente ésta, junto al trabajo para la casa y la atención al hogar y los hijos, la aportación ordinaria para atender esas necesidades familiares. Añadir únicamente que en el binomio «rentas-capital», nos inclinamos por la tesis que defiende como criterio que si uno de los cónyuges no genera ingresos o rentas y tiene, en cambio, un capital constituido por bienes improductivos, ese cón-

---

(78) Puede verse una exposición de las diferentes opiniones doctrinales en MARTÍNEZ CORTÉS: op. cit., pág. 369 y ss.

(79) Pensemos, v.gr, entre otros posibles, en pactos que limitan contribución de uno de los esposos a una cantidad periódica fija e invariable; o limitarla a una porción o porcentaje de los ingresos de cada uno de ellos; o limitarla a un porcentaje de los ingresos de unos de los cónyuges y obligándose el otro consorte a cubrir el resto que falte hasta completar el importe total de esas necesidades familiares.

(80) Para una exposición más detallada, véase: MARTÍNEZ CORTÉS: op. cit., pág. 372 y ss.

yuge que no genera ingresos o los genera insuficientes no estará abocado y obligado a vender parte de sus bienes para hacer frente a la obligación de contribuir. Esa venta, total o parcial, del patrimonio improductivo sólo vendrá obligada con carácter subsidiario, esto es, en caso de necesidad: cuando no sea posible afrontar las necesidades de la familia con los ingresos y rentas suyas y los del otro consorte.

La tesis que defendemos y que acabamos de exponer, aparte de ser en nuestra opinión la más coherente con la defensa y conservación del patrimonio familiar, creemos que es también la recogida en el artículo 5.1 de la Ley cuando al referirse a los medios o formas de contribución recoge expresamente como uno de ellos el patrimonio, pero sólo «en último término».

Sobre la dedicación de los bienes al uso común de la familia y su afectación a las necesidades familiares, ya hemos tenido ocasión de estudiarla al referirnos a las consecuencias que la vida en común comporta respecto al régimen propio de separación de bienes y alteraciones que produce en cuanto a las notas típicas del mismo, por ello ahora nos remitimos a lo ya dicho. Reiterar tan sólo, como idea central que ahora nos interesa, su aptitud e idoneidad como forma de subvenir al deber de contribución a las necesidades familiares.

En cuanto a la contribución con el propio patrimonio personal a la satisfacción de las necesidades familiares, o, con expresión clásica, al levantamiento de las cargas del matrimonio, ya acabamos de ver, al referirnos al binomio «rentas-capital», que es un medio o forma de aportación de carácter residual o subsidiario, como recoge con expresión gráfica el texto legal cuando se refiere a él «en último término». Quiere esto decir que se prefiere por la Ley agotar las posibilidades que brindan los otros medios o recursos de que dispone la familia para satisfacer esas necesidades y que sólo cuando no haya otro remedio, por insuficiencia de los otros recursos o porque las circunstancias lo aconsejen por razones de conveniencia o de oportunidad, habrá que acudir a la enajenación total o parcial del patrimonio familiar. Mientras esto no suceda, la Ley se inclina por la conservación e integridad de dicho patrimonio, sin que el cónyuge que sí aporta ingresos o rentas pueda exigir a su consorte que proceda a la enajenación, aunque sea parcial, de su patrimonio. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio del derecho a ser reembolsado al finalizar el régimen, para evitar así un enriquecimiento injusto<sup>81</sup>.

Al lado del abanico de medios económicos que la Ley recoge como medios o formas de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares y que acabamos de ver, la misma Ley, en el art. 5, se refiere a otras formas de contribuir a ese deber como son la atención directa al hogar y a los hijos y las aptitudes y capacidades para el trabajo de los cónyuges.

La Ley pone de esta manera en un plano de igualdad y rango el trabajo, ya sea profesional y remunerado, ya sea trabajo doméstico. Ambas manifestaciones de la aptitud y capacidad de los cónyuges son medios idóneos para entender cumplida la obligación de los cónyuges de satisfacer las necesidades familiares: a través del trabajo externo, ya sea por cuenta propia, ejerciendo una actividad profesional o empresarial, ya sea por cuenta ajena, bajo una relación de dependencia y remunerado, se obtienen unos recursos económicos necesarios para subvenir y atender esas necesidades. Al lado de ello, a través del trabajo

---

(81) Este criterio legal, que defendemos y compartimos, aparece también recogido de forma expresa en el Código de Familia de Cataluña, art. 5-1.º, al establecer que la aportación «en proporción a sus patrimonios» solo se produce «si éstos (los ingresos) no son suficientes». Otra cosa es la relatividad del concepto «suficientes», pues está directamente relacionado con las concretas y particulares circunstancias de esa familia, marcadas por su situación económica y su posición social.

en la casa o para la casa, aparte de la atención personal y directa de los cónyuges o de uno de ellos a esas necesidades, se obtiene también un rendimiento económico por la vía del ahorro que ese trabajo doméstico produce para la economía familiar, dado que se evita de esa manera tener que encargarlo a otra persona, con la consiguiente retribución.

Afirmado eso, hemos de destacar como punto de partida básico la plena y absoluta libertad de los cónyuges para configurar a su libre arbitrio y conforme a sus ideas y criterios la vida interna de la familia, creando de esta forma un ámbito o esfera de intimidad familiar sustraído por completo al poder de intervención del Estado. Son los esposos los que con entera libertad y de común acuerdo deciden la respuesta más idónea en su caso particular a las cuestiones de cómo hacer frente a las crecientes necesidades económicas que conlleva la vida familiar y cómo atender, con el cuidado y el esmero que se merecen, las necesidades vitales de los miembros que componen esa familia en concreto.

Fruto de esta reflexión conyugal pueden plantearse una pluralidad de respuestas posibles: desde las cada vez más frecuentes de ambos cónyuges trabajando fuera del hogar y compartiendo también, en mayor o menor grado, las labores de la casa; a las situaciones más tradicionales, aunque en claro descenso, de un cónyuge trabajando fuera del hogar y el otro, tradicionalmente la mujer, que toma a su cuidado y casi con carácter de exclusividad la atención directa y el cuidado de la familia<sup>82</sup>.

Sea cual fuera la opción libremente elegida por los cónyuges, hay que decir que en todas ellas se da cumplimiento al deber de los cónyuges de contribuir al sostenimiento de la familia. Tanto el trabajo fuera de casa —pero «para la casa»—, como el trabajo en el hogar —e igualmente «para la casa»—, son medios idóneos y recursos para satisfacer las necesidades familiares. En un caso, aportando ingresos líquidos, en otro, satisfaciendo directamente esas necesidades y ahorrando gastos.

d) *Inexistencia de un derecho a obtener compensación por el trabajo para la casa*

Una vez vistas las diferentes maneras o formas de cumplir ese deber de los cónyuges de dar satisfacción a las necesidades familiares, incluyendo en esas diversas formas posibles el trabajo doméstico, o, con palabras de la Ley, la atención directa al hogar y los hijos, queremos resaltar dentro de la regulación introducida por la Ley de REMV una nota de carácter negativo. Esta nota consiste en que, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 1.438 del Código Civil, en nuestra Ley ese trabajo para la casa no da derecho a obtener una compensación a la extinción del régimen de separación de bienes.

Recordamos brevemente que ese artículo del Código Civil viene a dotar de una atención especial y una doble valoración al trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, por cuanto, de una parte lo computa como contribución a las cargas del matrimonio, y, de otra, lo prima añadiéndole un derecho a obtener por él una compensación económica a la extinción del régimen<sup>83</sup>. Algo parecido existe también en el Derecho catalán

---

(82) No podemos insistir ni extendernos más en el tema. Sólo añadir la referencia a lo dicho al inicio de la Ponencia acerca de los decisivos cambios sociológicos experimentados por la familia en las últimas décadas, entre ellos el acceso casi generalizado de la mujer al mundo del trabajo fuera del ámbito de la familia, con todas las importantes consecuencias de diversa índole que de ella se derivan. Por lo demás, queda fuera del marco de nuestro estudio el análisis de las causas de este fenómeno, entre las que no podemos dejar de referirnos por su especial importancia a la creciente carestía del acceso a la propiedad de la vivienda familiar, que exige en gran número de familias el trabajo de ambos cónyuges fuera del hogar para poder obtener los recursos necesarios.

(83) Puede verse una exposición de las diferentes posiciones doctrinales acerca del alcance y significado de este derecho de compensación por el trabajo doméstico establecido en el art. 1438 del C. Civil en MARTÍNEZ CORTÉS: op. cit., pág. 382 y ss.

cuando en el Art. 41 del Código de Familia establece también una compensación económica por razón de trabajo, pero sólo en los casos de separación judicial, divorcio o nulidad.

Se trata en ambos casos de normas inspiradas en el Derecho anglosajón, fundamentalmente en el de los Estados Unidos, para permitir al juez decidir con criterios de justicia material y de protección al cónyuge considerado débil en los casos de crisis matrimonial (sistema seguido en Cataluña) o, en general, en todos los casos de extinción del régimen de separación (sistema seguido por el Código Civil, según la opinión mayoritaria), suavizando de esta forma la supuesta injusticia del régimen de separación de bienes para el cónyuge que se dedica a la casa y no participa en las ganancias obtenidas por su consorte.

Sin embargo, estas reformas «bienintencionadas», son desde el punto de vista jurídico bastante problemáticas y de difícil encaje en el esquema teórico-conceptual de un régimen de separación de bienes, creando incertidumbre en la dinámica de ese régimen separatista y en la estructura patrimonial del matrimonio. Por señalar tan solo algunas cuestiones que plantea ese derecho a obtener una compensación económica, destacaremos las siguientes: 1) Nada se dice acerca de que esa compensación deba ser «equitativa» y deba existir un correlativo enriquecimiento del otro cónyuge, o, por el contrario, se trata en todo caso de un sueldo o salario diferido<sup>84</sup>; y 2) Tampoco se dice nada acerca del carácter imperativo o dispositivo de dicha norma, entendiendo la mejor doctrina que es dispositiva, tanto con carácter previo como en un momento posterior a la disolución.

Esta posibilidad de renuncia a la compensación, de una parte, deja en manos de los matrimonios probar hasta dónde llega la discrecionalidad judicial en la admisión de pactos que excluyan o limiten la compensación por razón de trabajo y, de otra parte, ha dado incentivos a los particulares para diseñar un marco patrimonial más previsible y seguro, al margen del establecido legalmente<sup>85</sup>.

A la vista de todo lo expuesto, dado el carácter atípico y extraño de una norma semejante en la configuración legal del régimen de separación de bienes, así como los graves problemas de interpretación que plantea y la incertidumbre e inseguridad económico-jurídica que produce en el marco elegido por los esposos para su matrimonio, el legislador aragonés ha optado, con buen criterio, por no incluir en su regulación del régimen de separación de bienes ese derecho a obtener compensación por el trabajo para la casa, lo que se convierte en una importante diferencia con las otras legislaciones citadas<sup>86</sup>.

## F) Separación de bienes y derecho de viudedad

Sabemos bien que en Aragón y conforme a nuestro Derecho propio la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del primero que fallezca.

Como señala el Preámbulo de la Ley, en su punto o apartado X, con esa frase, que sir-

(84) Sí recogía, en cambio, esta exigencia de un correlativo enriquecimiento el Proyecto de reforma del Código Civil del año 1.979.

(85) Esta posibilidad de limitar o excluir la compensación por el trabajo en la casa, como reacción al cambio normativo, es una de las razones que justifican en parte el importante incremento del número de capitulaciones en Cataluña en los últimos años, según señalan LAMARCA, FARNÓS, AZAGRA y ARTIGOT en el trabajo tantas veces citado, pág. 12 y ss.

(86) Insistir, una vez más, en que el Código Civil no tiene carácter supletorio de la regulación contenida en la Ley 2/2003, cuyas normas se bastan a sí mismas. Por ello, tampoco por esta vía cabe aplicar la norma del art. 1438 del C. Civil en Aragón.

ve de inicio a la regulación legal de este derecho en el artículo 89-1.º, queda recogida y expresada la esencia del mismo y sus rasgos definitorios, tal y como lo conocemos desde su origen histórico en la época de los Fueros. Se reconoce así con toda claridad ese carácter de derecho de Familia y no de derecho sucesorio, al indicar que se adquiere con la celebración del matrimonio, aunque se mantenga «expectante» durante el mismo. Esta construcción legal, como añade el Preámbulo, es coherente con una concepción igualitaria y participativa de la comunidad de vida conyugal, en la que ambos consortes comparten todas las decisiones económicas que inciden sobre la familia; y en particular, las más importantes, entre ellas las relativas a la enajenación de bienes inmuebles de uno de ellos sobre los que el otro está llamado a tener usufructo.

Afirmado de esta manera el derecho de viudedad como una emanación de esa concepción de la comunidad de vida conyugal bajo una perspectiva igualitaria y a la vez participada por ambos en la dirección y gobierno de la vida familiar y en la toma de decisiones, tal y como recogen los artículos 1 y 4 de la Ley, se ve con nitidez que este derecho de viudedad no está en función del concreto régimen económico que regula las relaciones patrimoniales de los cónyuges, sino que encuentra su fundamento y razón de ser directamente en la comunidad de vida que surge desde el instante mismo del matrimonio. De ahí la insistencia del legislador, en los artículos 10 y 89, en reiterar que el usufructo de viudedad se atribuye a cada cónyuge desde la celebración del matrimonio, aunque de momento se manifieste tan sólo en su fase de derecho expectante.

Por todo ello y en lo que ahora nos interesa destacar, no se plantea obstáculo ni contradicción alguna entre régimen económico de separación de bienes y derecho de viudedad. Como hemos insistido en varias ocasiones a lo largo de esta Ponencia, el régimen de separación de bienes es un régimen económico «matrimonial», que tiene como base y soporte esa comunidad de vida surgida entre marido y mujer; por tanto, nada impide que de esa comunidad vital, entendida en un plano de igualdad de derechos y obligaciones y de colaboración en las tareas de dirección y gobierno de la familia y en las decisiones sobre la economía familiar, surja este derecho de usufructo vidual recíproco a favor de ambos cónyuges.

Podemos afirmar, en consecuencia, que el derecho de viudedad es independiente del concreto régimen económico de cada matrimonio y es compatible con cualquiera de ellos, tal y como se deduce implícitamente del artículo 10 de la Ley al incluirlo dentro de las «Disposiciones Generales» a todo matrimonio, y de forma explícita en el artículo 89-3.º al afirmar esa compatibilidad con cualquier régimen económico matrimonial.

Descendiendo ya a la regulación del régimen de separación de bienes, nos sugiere las siguientes ideas en relación con el derecho de viudedad:

1.ª) Que el artículo 23.2.º no es sino una derivación en concreto de las normas generales ya vistas del artículo 10 y del artículo 89, en cuanto afirma la compatibilidad entre este régimen de separación de bienes que estudiamos y el derecho de viudedad nacido desde y por la celebración del matrimonio.

Se disipan de esta forma las posibles dudas que pudieran suscitarse anteriormente al respecto, (v.gr. voto particular del Presidente del T.S.J.A. en la Sentencia de 30 de octubre de 1996).

2) Que, asimismo, la regulación del art. 23.2.º reconoce, como no podía ser de otra forma, la posibilidad de renuncia expresa a ese derecho de viudedad si los cónyuges así lo desean.

Aunque no es éste el momento de estudiar esa renuncia posible, decir tan sólo que la Ley 2/2003 es amplia y generosa en la admisión de pactos al respecto, basta remitirnos al contenido del artículo 90, en el que caben múltiples posibilidades, entre otras: pactos anteriores o posteriores a la celebración del matrimonio; pactos simétricos o asimétricos, para los dos cónyuges o para uno solo de ellos; pactos de exclusión o de limitación; de renuncia total o parcial.

La práctica notarial conoce bien la profusa variedad de pactos que habitualmente se recogen en las capitulaciones matrimoniales en orden al reconocimiento o la renuncia del derecho de viudedad, y en la que no nos es posible detenernos para su estudio detallado. Por ello, y para concluir este punto, queremos destacar únicamente la admisión expresa por la nueva Ley, en el artículo 90.2.º del pacto de exclusión o de renuncia limitada del derecho expectante de viudedad, pero conservando para su caso el de usufructo viudal. Esta novedad nos parece positiva y destacable por su afán clarificador, poniendo así fin a múltiples cláusulas de estilo anteriores en las que, con mejor o peor fortuna, se ideaban formulas de apoderamiento o renuncia anticipada, con el único objeto de permitir al cónyuge titular disponer libremente y sin trabas de sus bienes, pero conservando el derecho de viudedad sobre los restantes bienes no dispuestos y que le sigan perteneciendo al tiempo de su fallecimiento<sup>87</sup>.

3.º) Por último, y unida a la anterior, la regulación legal, al admitir expresamente la compatibilidad del régimen de separación de bienes y el derecho de viudedad, significa también reconocer que la disposición de los bienes propios en Aragón es menos independiente y autónoma, pese a las características y notas propias y tipificadoras del régimen de separación de bienes, por cuanto que habrá que contar siempre con el derecho expectante del otro cónyuge, en los términos exigidos por la Ley en los artículos 98 y siguientes<sup>88</sup>.

No queremos desconocer con esto último la existencia de un cierto sector doctrinal y práctico que muestra su disconformidad con esta solución legal, proponiendo por ello la desaparición de la fase de derecho expectante. Sin embargo, como ya hemos apuntado, esa forma de entender la comunidad de vida matrimonial, en la que ambos cónyuges comparten verdaderamente la toma de decisiones en general y en particular las decisiones económicas que tienen incidencia en el ámbito familiar, como lo es la disposición de bienes inmuebles, aunque sean privativos, es coherente con el significado profundo y esencial de la vida familiar, así, como con el criterio y las ideas de la opinión mayoritaria, no sólo en la doctrina sino también en la práctica.

### G) Disolución y liquidación

El régimen de separación de bienes, como cualquier otro régimen económico matrimonial, viene delimitado en su existencia por unas coordenadas temporales: de igual forma que tiene un inicio, una fecha a partir de la cual comienza su vigencia, rigiendo desde entonces las relaciones económicas de los cónyuges, tiene también un final, una fecha que marca la terminación de esa vigencia.

---

(87) Conviene recordar, como hace el Preámbulo —apartado XI— de la Ley, para resolver las dudas de interpretación que se plantean en algunos casos que la Compilación de 1967 entendía que la renuncia al derecho expectante, como las otras causas de extinción del mismo, comprendía, naturalmente, la extinción del derecho de viudedad en su conjunto.

(88) Esto, sin olvidar lo dispuesto en el artículo 8 para la vivienda familiar y el mobiliario ordinario, cuyo estudio detenido ya hemos realizado.

Ahora nos interesa, precisamente, ocuparnos de la situación que se produce cuando se llega a este término final de un régimen separatista.

Las causas por las que se llega a ese momento son semejantes a las que la Ley contempla para la extinción del consorcio conyugal en el artículo 62 y que pasamos a enumerar y comentar brevemente:

- a) Por voluntad de ambos cónyuges expresada en capitulaciones matrimoniales.
- b) Cuando se disuelva el matrimonio.
- c) Cuando sea declarado nulo.
- d) Cuando judicialmente se conceda la separación de los cónyuges.

La primera de las causas, la extinción por voluntad de los cónyuges, es de una claridad meridiana. Si la primacía de la voluntad de los cónyuges es determinante a la hora de optar por un determinado régimen económico para su matrimonio y para configurar su contenido (recordemos los artículos 11, 13 y 21 de la Ley), esa misma libertad y poder de ordenación se tiene que dar a la hora de poder decidir la extinción del mismo, por las razones o motivos que estimen convenientes.

Las otras tres causas, frente a la primera, tienen de común que parten del supuesto fáctico de la desaparición de la comunidad de vida que el matrimonio comporta, con lo cual carece de sentido la continuidad de un régimen económico entendido como tal, como verdadero régimen matrimonial<sup>89</sup>.

Una vez visto el elenco de causas posibles a través de las cuales se puede llegar a ese final del régimen de separación de bienes la cuestión que se plantea es si procede o no efectuar una liquidación de ese régimen, tal y como sucede en los regímenes comunitarios.

En teoría y considerado en abstracto parece que dada esa independencia y autonomía en la titularidad de los bienes y en las responsabilidades y la ausencia de una tercera masa patrimonial de carácter común, no ha lugar ni procede una liquidación de ese régimen de separación. Esta es la opinión defendida históricamente en el siglo XIX y principios del XX y más recientemente en la doctrina francesa por LIPINSKI<sup>90</sup>.

Sin embargo ese planteamiento tan nítido y simple que tipifica el régimen separatista raramente se da en la vida real. Como hemos repetido en varias ocasiones a lo largo de la Ponencia, la vida común de los esposos conlleva una comunidad vital de intereses y la existencia inevitable de una serie de relaciones económicas entre ellos, en las que habitualmente se suele prescindir de un rigor contable. Todo ello hace que cuando el régimen separatista se extingue por cualquier causa de las ya mencionadas habrá necesidad de proceder a unas operaciones de liquidación. Ésta ha sido la evolución seguida por la doctrina, que desde la negativa inicial apuntada se inclina en nuestros días mayoritariamente por la necesidad de liquidación también en sede de régimen de separación de bienes.

Partiendo así de esa realidad sociológica es forzoso, por tanto, proceder a liquidar las consecuencias económicas de esa situación vivida. Como señala el mismo LIPINSKY esas operaciones liquidativas en el régimen de separación de bienes tienen como objeto y fina-

---

(89) Reiteramos lo ya visto en esta Ponencia en cuanto a que no consideramos verdadero régimen económico a las medidas que se dictan tras una separación matrimonial para atender a lo que quede de cargas familiares tras ese fracaso matrimonial.

(90) LIPINSKY. «La liquidation dans le regimen de separation de biens». Th. París II, 1998.

lidad «restaurar» el espíritu separatista del régimen, disociando los intereses pecuniarios confundidos y mezclados de los esposos.

Naturalmente, la ausencia de una tercera masa patrimonial común, hará innecesaria la formación del correspondiente inventario, pues como decía LACRUZ la finalidad de éste es tener un conocimiento exacto de todas las partidas del activo o pasivo de la masa común. Dicho esto, sin embargo, puede matizarse lo dicho señalando que sí existirá una cierta especie de inventario para deslindar y delimitar los bienes integrantes de los respectivos patrimonios privativos de los esposos.

En este sentido, la existencia de una norma como la presunción establecida en el artículo 24 de la Ley parece dar a entender con claridad que se ha procedido a separar y disociar los patrimonios propios de los cónyuges y es en esa labor de separación donde se ha llegado a esa situación de imposibilidad de acreditar a cuál de los cónyuges corresponde la titularidad de un bien o derecho<sup>91</sup>.

Al margen de esa labor de fijación de los respectivos patrimonios que acabamos de mencionar, las operaciones de liquidación de un régimen separatista quedan restringidas a la restitución entre los cónyuges de las cantidades que cada uno adeuda al otro: así, por contribuciones atrasadas a las cargas del matrimonio y que fueron suplidas por el otro o por gastos de uno abonados por su consorte, o por sumas que se prestaron, etc. Todo ello hará necesario realizar las compensaciones que procedan entre los patrimonios del marido y la mujer<sup>92</sup>.

En todos esos casos citados la relación que nace entre los cónyuges como consecuencia de la liquidación practicada tiene el carácter de una relación obligatoria ordinaria, sometida a las reglas y normas generales del Derecho de Obligaciones, aunque haya surgido y nacido durante el matrimonio y sin que por ello adquiera una naturaleza o condición especial.

Por último, entendemos, siguiendo a LACRUZ, que la deuda que resulte de esta liquidación deberá ser satisfecha con las revalorizaciones pertinentes.

---

(91) Esta tesis que propugnamos encuentra también apoyo en el art. 91 del Código Civil, que no hace distinción alguna entre los diversos regímenes económicos.

(92) Hay que aclarar y afirmar que durante la vigencia del régimen de separación nada impide que los cónyuges efectúen periódicamente o con carácter esporádico regularizaciones de las cuentas entre ellos, sin tener que esperar necesariamente a la extinción del régimen.

De esta forma, sólo cuando no se hayan producido esas regularizaciones intermedias de cuentas, que será lo más frecuente, habrá que estar a la que se verifique a la extinción del régimen.

**Intervención de D. Miguel LACRUZ MANTECÓN<sup>1</sup>****RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES****I. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y AUTORREGULACIÓN PRIVADA FAMILIAR<sup>1</sup>**

Dada la necesidad para todo matrimonio del conjunto normativo que denominamos régimen económico matrimonial, que, como decía LACRUZ<sup>2</sup>, celebrado el matrimonio le sigue como la sombra sigue al cuerpo, podemos inicialmente destacar la relación entre el mismo y la autorregulación privada de la vida familiar, ya que ésta deriva del primero de los principios que, según DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>3</sup>, rigen en la materia, el principio de libertad de estipulación, junto con los de igualdad y mutabilidad, sin perjuicio de reconocer sus conexiones con estos dos últimos.

En efecto, corolario de este principio lo es el reconocimiento a la autonomía de la voluntad de los cónyuges del poder de autodeterminación o autorregulación para generar un conjunto normativo que regule y discipline las relaciones económicas nacidas del matrimonio.

Resulta necesario destacar asimismo la relación de esta idea de autorregulación con el principio tan caro a nuestro Derecho aragonés como lo es el de la primacía de la voluntad en la regulación de las relaciones civiles manifestada en el aforismo «*Standum est chartae*».

Pues bien, como se verá en esta exposición, una de la principales opciones de los cónyuges a la hora de regular sus relaciones económicas manifestada en capitulaciones matrimoniales va a ser la de la separación de bienes como régimen aplicable a su matrimonio.

No era ésta la orientación típica de los capítulos matrimoniales aragoneses, en los que la elección de régimen matrimonial parece tener carácter puramente secundario, con un frecuente acatamiento del régimen de fuero, siendo cuestiones más relevantes las del inventario de bienes aportados al matrimonio por los contrayentes o familiares, y pactos de carácter familiar o sucesorio, como destaca BAYOD LÓPEZ<sup>4</sup>. Pero sí parece ser la actual, como esta misma autora nos dice: «En el momento presente, si nos tuviéramos que referir a la tipicidad social sobre la forma de capitular en Aragón, llegaríamos a la conclusión de que los capítulos típicos actuales... se acuerda por regla general el régimen económico de separación...». Lo que no es tan seguro, sin embargo, es que *entendidos como determinación de un auténtico régimen matrimonial*, y subrayo esto último, cumplan las finalidades un tanto espúreas que se les viene atribuyendo, y que veremos más adelante.

---

(1) La presente ponencia corresponde al texto escrito remitido por D. Miguel Lacruz Mantecón, que no pudo asistir a la sesión de los Encuentros del Foro de Derecho Aragonés por encontrarse ese día en San Sebastián formando parte de un Tribunal de Oposiciones.

(2) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil, IV, vol. 1.º*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1990, pág. 273.

(3) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, vol. IV*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 148.

(4) BAYOD LÓPEZ, Carmen, *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1995.

## II. EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES Y LA LEY ARAGONESA DE R.E.M.

### A) Razones para su regulación normativa

Tenemos primero que resaltar la novedad de la introducción en Derecho aragonés de una regulación del régimen de separación de bienes, así como preguntarnos acerca de su finalidad.

La ley aragonesa de 12 de febrero de 2003, de régimen económico matrimonial y viudedad, a la par que introduce en sus arts. 21 a 27 una regulación del régimen de separación de bienes, destaca en su Preámbulo la novedad de esta regulación y declara asimismo la finalidad de la misma, que estaría en cerrar el paso a la aplicación supletoria del Código civil estableciendo un sistema autosuficiente que hiciera innecesaria dicha aplicación. La expresa declaración del legislador exime de buscar otras explicaciones.

Esto nos avisa, igualmente, que pese a que en este Preámbulo se indican como razones de la nueva ley las de la renovación del cuerpo legal del Derecho civil de Aragón, sin que se produzca una ruptura sustancial con el pasado, sí que existe en nuestro legislador la intención de configurar, en las materias de Derecho civil aragonés, textos legislativos completos, códigos, en suma. Esto sí que es una novedad, e implica un cambio respecto del pasado.

El resultado en la ley 2/2003 es, para lo que a esta ponencia interesa, el Título III de la misma que bajo la rúbrica «Del régimen de separación de bienes» recoge en siete breves artículos, los número 21 a 27, y cuya transcripción omitimos, por ser sobradamente conocidos, la regulación de:

- el nacimiento o aplicación del régimen (21)
- la determinación de las normas aplicables al mismo (22)
- el contenido o masas patrimoniales (23)
- la titularidad de los bienes (24)
- la gestión de los bienes, con o sin mandato (25 y 26)
- la responsabilidad por deudas (27)

No obstante lo que acabo de decir, quizá sea interesante, en la idea de recalcar la autosuficiencia que se pretende para todo el texto normativo, transcribir el artículo 22: *El régimen económico de separación de bienes se regirá en primer término por lo convenido por los cónyuges en los capítulos que lo establezcan; en su defecto, por las normas establecidas en el presente Título para este régimen y, subsidiariamente, por las normas del consorcio conyugal en tanto lo permita su naturaleza.*

Esta aplicabilidad supletoria de las normas sobre el consorcio merece ser destacada.

Asimismo debe destacarse, como luego se verá, la aplicabilidad de las normas generales del Título I, en cuanto que vienen previstas para todo matrimonio.

### B) La frecuencia social del régimen

Podemos a continuación preguntarnos acerca de la frecuencia social de dicho régimen, para considerar si ésta justifica una propia regulación.

Para ello debemos señalar en primer lugar los **casos en que rige este régimen y no el legal de consorcio conyugal**. El asunto lo resuelve el **art. 21** de la ley, recogiendo la solución común de nacimiento del régimen por acuerdo de los cónyuges en capitulaciones matrimoniales y «en todo caso de exclusión o disolución del consorcio conyugal, si los cónyuges no han pactado otro régimen», es decir, en el supuesto de que se excluya el consorcio en pacto capitular pero no se sustituya por otro régimen, y en los supuestos de disolución del consorcio constante matrimonio consecutivos a crisis económicas o personales —dejando aparte casos menos comunes como la declaración de ausencia o incapacitación— supuestos a que hace referencia el **art. 66**. También, aunque potestativamente para el cónyuge no deudor, en el caso de ejecución por deudas privativas del **art. 43.2**, lo que reitera el art. 66. Puede ser interesante destacar la enmienda<sup>5</sup> presentada por el P.A.R. —y rechazada— en la que se preveía el nacimiento del régimen en el supuesto de falta de liquidación del consorcio anterior y contracción de ulterior matrimonio, éste se entendería contraído en régimen de separación de bienes.

Volviendo al tema de la frecuencia del régimen de separación en nuestra región, habrá que tener en cuenta, en primer lugar, los supuestos hoy más frecuentes, que desdichada o afortunadamente —puesto que no hay que prejuzgar este hecho sociológico— son los de separación consecencial a un procedimiento de separación personal de los cónyuges, puesto que este caso parece más relevante que el de separación consecencial a crisis económicas. Al respecto, y según cifras de la Memoria judicial correspondiente al 2002 del Tribunal Superior de Justicia, el número de **procedimientos de separación conyugal** registrados (no el de sentencias dictadas, por razón del «cierre contable» de la Memoria) es para la ciudad de Zaragoza, de **1.307**, y para todo Aragón de **1.759**.

Así que, al menos sobre este número hay que contar los matrimonios cuyo régimen será el de separación, seguramente sin probabilidades de estabilidad, es decir, provisionalmente hasta el momento en que se disuelva el matrimonio si alguno o los dos cónyuges deciden promover el divorcio —o nulidad canónica— de su matrimonio. Pero en cualquier caso, se trata de un número considerable, especialmente por lo que a continuación se verá.

El otro supuesto de nacimiento del régimen, el pacto capitular, es más difícil de precisar, e interfiere con el supuesto anterior en los casos en que los cónyuges que se separan hubieran pactado con anterioridad, incluso antes de la boda, dicho régimen. Además la mutabilidad del régimen en cualquier momento constante matrimonio hace que todas las cifras sean provisionales, como parecen serlo actualmente, y conforme a lo visto, los matrimonios. De todos modos, vale la pena examinar el número de capitulaciones de separación de bienes pactadas en el Registro civil de Zaragoza, durante los matrimonios inscritos en el año 2002.

Conviene advertir que se trata del año de la inscripción, cualquiera que fuese la fecha de su celebración, al no haber plazo fijado para la misma.

El número total de **inscripciones de matrimonio** practicadas en el pasado 2002 fue de **3.559**.

Al no existir posibilidad de una consulta informática por parte de legos en la materia, a falta de una utilidad al respecto ya programada, se procede al examen de los libros-papel encuadernados y de hojas móviles, en total unos veinte tomos. Se examinan las indicaciones marginales acerca de la existencia de

---

(5) Enmienda n.º 115, BOA n.º 258 de 27 de septiembre de 2002, pág. 10932.

capitulaciones matrimoniales, régimen económico matrimonial pactado y fecha de otorgamiento, si ante o postnupcial<sup>6</sup>.

Hay que advertir que cuando las capitulaciones matrimoniales se otorgan con finalidad distinta del establecimiento o cambio de régimen económico matrimonial, o si además de éste contienen otros extremos, nada aparece en el Registro, al no haberse previsto en el programa informático un asiento que recoja posibilidades distintas de lo relativo a régimen económico matrimonial. Con olvidos tan graves, para Aragón, como la renuncia al derecho expectante de viudedad. Según me informó un funcionario del Registro, se ha dado ya la oportuna noticia a los responsables del programa informático.

El **número total de capitulaciones** otorgadas por los cónyuges cuyo matrimonio se inscribe en el año 2002 y que constan en el Registro por afectar a régimen económico matrimonial —por la circunstancia antes descrita— a fecha de la consulta (29 de octubre de 2003) fue de **381**.

De éstas, la mayoría, por no decir la práctica totalidad, optan por el régimen de **separación de bienes: 373**, frente a 7 capitulaciones que optan por el régimen legal aragonés, y 1, que lo hace por otros (por el régimen de comunidad universal de la legislación del Brasil, concretamente).

Puede ser interesante transcribir las distintas denominaciones por las que se designa el régimen legal aragonés, pues no hay dos iguales (estamos en el año 2002, con anterioridad a la actual ley):

- *régimen de la Compilación*
- *de comunidad de muebles y ganancias aragonés*
- *consorcial aragonés*
- *legal de Aragón o de consorciales*
- *de la Compilación de Derecho civil de Aragón*
- *de la legislación foral aragonesa*
- *de consorcial.*

Cabe también destacar que examinando el lugar de nacimiento de los contrayentes, y con valor meramente presuntivo, ya que —como todos sabemos— no hay propiamente en la generalidad de los casos una afirmación registral de vecindad civil, parece que sólo tres de estos casos podrían ser de distinta vecindad civil, pareciendo los cuatro restantes de vecindad aragonesa ambos contrayentes.

Por lo que respecta a las capitulaciones dirigidas a obtener el régimen de separación de bienes, puede ser interesante observar qué número de ellas se otorgan antes y cuál después de la celebración del matrimonio.

El recuento da **61 capitulaciones postnupciales** frente a **312 prenupciales**. Además, de estas 61 postnupciales, 24 se otorgan dentro de los dos meses

(6) Puede ser éste el lugar para agradecer la autorización dada para el examen de los libros por el magistrado Onecha Santamaría, así como la colaboración de funcionarios como Ricardo Bueno.

siguientes a la boda. Este plazo de dos meses es arbitrario, pero pretende señalar un tiempo en el que la proximidad a la boda del otorgamiento de capítulos puede indicar el que se está remediando el olvido del otorgamiento prenupcial, y no conseguir otras finalidades.

En cualquier caso, vemos que el otorgamiento prenupcial es habitual. No se ha estudiado el plazo que media entre el otorgamiento y la posterior celebración matrimonial, cabe únicamente señalar que se produce una notable proximidad a la fecha de la boda, no siendo extraño el caso del otorgamiento el día anterior a la boda (25 casos), lo que puede explicarse por motivo del desplazamiento de uno de los contrayentes para la ceremonia.

Estas cifras sólo permiten, evidentemente, conocer la frecuencia capitular más inmediata al matrimonio. Nada nos dicen acerca del total de regímenes de separación pactados varios años después de la boda. Para determinar el real alcance del régimen de separación pactado habría que considerar, sobre el n.º total de matrimonios no disueltos ni separados a una fecha determinada, el n.º de capitulaciones otorgadas en dicha fecha, lo que sin recursos informáticos o mucho tiempo no nos es posible llevar a cabo. Pero sí tenemos unos resultados claros en cuanto a que las capitulaciones matrimoniales se otorgan, mayoritariamente, para optar por un régimen de separación.

Esto nos lleva también a considerar lo siguiente: pese a que las capitulaciones se pactan, mayoritariamente, para establecer regímenes de separación, **la fuente principal, hoy por hoy, del régimen de separación en los matrimonios, es de naturaleza legal (más concretamente, judicial, al basarse en decisiones de este tipo), esto es, por consecuencia de procedimientos de separación personal**, ya hemos visto las cifras, y parece difícil que las capitulares alcanzasen tal magnitud. Lo que ocurre es que estos regímenes de separación, pese a ser más numerosos, son menos estables, menos duraderos, al disolverse por divorcio muchos de estos matrimonios separados.

Pero también es destacable la tendencia creciente de número de capitulaciones matrimoniales otorgadas, que por lo dicho va a ser de regímenes de separación pactados. Vale la pena examinar a continuación la estadística notarial de capitulaciones matrimoniales.

Un estudio publicado en InDret<sup>7</sup> ([www.indret.com](http://www.indret.com)) en octubre del presente año 2003, sobre cifras del Anuario de la Dirección General de los Registros, plantea el aumento del número de otorgamientos de capitulaciones matrimoniales en toda España, aumento que se inicia hacia el año 1975, tímidamente, pero que a partir de 1993 se hace imparable. Compárese las 11.695 capitulaciones otorgadas en 1980 con las 24.432 de 1990, o con las 54.208 de 2000 o las 64.135 de 2001.

Los autores ciñen las consecuencias de este estudio para Cataluña, especialmente porque las cifras no corren parejas en esta autonomía sino que, al contrario, son muy bajas hasta que el Código de familia de 1998 permite el pacto en capitulaciones sobre consecuencias de futuras rupturas matrimoniales, momento en que experimentan notable aumento. Las consecuencias para los autores es que la función de las capitulaciones, para Cataluña, es preponderantemente la de ser unos «capítulos de derribo», ligados a una ruptura matrimonial, posible o ya proyectada.

---

(7) *Separación de bienes y autonomía familiar en Cataluña ¿Un modelo pacífico sujeto a cambio?*, de Lamarca, Farnós, Azagra y Artigot, en [www.indret.com](http://www.indret.com).

Pasemos ahora a Aragón, primero examinando las cifras y luego deduciendo algunas conclusiones. Según estadísticas del anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado, tendríamos las siguientes:

1981	664
1986	678
1991	1.059
1996	1.319
2000	2.167
2001	2.343
2002	2.667

Hay que advertir que el 70% de estas capitulaciones corresponden a la provincia de Zaragoza.

En cuanto a las conclusiones, y si nos atenemos a lo antes visto de que las capitulaciones matrimoniales cuando optan por un régimen matrimonial lo hacen por el de separación, quizá deban ser tratadas más detenidamente, ya que entendemos que se trata de un tema relacionado con las finalidades perseguidas por los cónyuges que eligen este régimen.

### C) La separación de bienes: razones para una elección

Podemos pasar a continuación a considerar las **finalidades** que mediante el establecimiento de este régimen se persiguen, esto con valor de mera proyección, puesto que estamos en el ámbito de las motivaciones privadas, difíciles de comprobar.

Para los **supuestos de imposición del régimen a consecuencia de una crisis personal de los cónyuges**, crisis de convivencia, la finalidad parece bastante clara: partiendo de un régimen de comunidad como legal o electivo, la separación de bienes parece **la respuesta más adecuada a una ruptura de la convivencia**, en la que la familia deja de ser, al menos para uno de los cónyuges, una unidad de convivencia y, a efectos económicos, de consumo. Claro que esto no es tan necesario en aquellos matrimonios que ya hubiesen pactado un régimen de separación *ab initio* o en preparación de la ruptura. En estos casos la separación de bienes impuesta por la ley no hace sino asegurarse de que a la ruptura de la convivencia le acompaña un régimen más adecuado que los de comunidad. Pero en cualquier caso esto no supone una diferencia real con el supuesto de que la separación de bienes sea producto de capítulos prenupciales.

Quizá **la diferencia con la auténtica opción de un matrimonio por este régimen** haya que verla en el plano más pedestre y real de la vida diaria. Es decir, el régimen de separación de bienes no se libra, como ningún otro, como señala MARTÍNEZ CORTÉS<sup>8</sup>, de la aplicación de las normas de «régimen económico-matrimonial primario», las disposiciones que con carácter general recoge el Código, y hoy también la Ley aragonesa, para aplicarlas a la economía de todo matrimonio. Pues bien, estas normas están, en gran parte, basadas en una vida en común, en la convivencia matrimonial. Rota ésta no es que estas normas decaigan,

(8) MARTÍNEZ CORTÉS, Jesús, *Instituciones de Derecho privado. Tomo IV-Familia*, vol. 2.º, Civitas, Madrid, 2002, pág. 291.

es que carecen de supuesto de hecho al que ser aplicadas. Vayamos a los supuestos de los artículos 4, 5 y 6 de la Ley de r.e.m., y pensemos qué decisiones sobre la economía familiar, qué atención directa o mediante uso de los bienes por la familia o qué información le son atribuibles o exigibles al cónyuge separado que no convive con los hijos; parece que ninguna, y ello no porque no existan deberes del mismo hacia sus hijos o cónyuge, pero no como «núcleo familiar», sino como personas cuyas necesidades son atendidas conforme a las medidas aprobadas en la sentencia de separación.

Es decir, que lo que verdaderamente da al régimen de separación de bienes su carácter de régimen económico matrimonial es la existencia de un matrimonio en situación de normal convivencia y constituyendo, por tanto, una familia, con la consiguiente aplicación de las normas primarias previstas para tal situación. No habiendo ya convivencia, la separación de bienes adquiere en verdad el carácter de no-régimen que para ella predicaba un sector de la doctrina francesa. Distinguía en este sentido LACRUZ<sup>9</sup> que lo importante en estos casos es que la ley (el Código civil, en concreto el art. 95, esto se escribe sobre Derecho común) procede a la disolución del régimen económico matrimonial, «adoptándose en su lugar unas medidas para atender a lo que pueda quedar de cargas familiares en una relación de lejanía», y que «Disolución del régimen económico es algo opuesto a establecimiento del régimen de separación. Se trata en definitiva de actuación de lo que se ha llamado el **principio del menor efecto, entendiéndolo este autor, refiriéndose a separaciones pactadas que en estos casos no estamos propiamente ante un régimen matrimonial, sino ante «...un sistema de emergencia, un sucedáneo que, aun cuando formalmente era un régimen de separación, materialmente representaba el especial *modus vivendi* económico de un matrimonio cuyos cónyuges se hallaban físicamente separados».**

Estas consideraciones parecen igualmente aplicables a los cónyuges que pactan un régimen de separación de bienes de forma simultánea a la ruptura de su convivencia, en mi opinión, aunque la ausencia de medidas aprobadas judicialmente constituye un fuerte obstáculo a esta aplicación.

Con esto podemos perfectamente diferenciar los casos en los que el régimen de separación constituye una opción preferible para los cónyuges como modo de regir su vida económica, por múltiples razones (diferencia de fortuna entre uno y otro, dedicación de uno de los cónyuges a actividades empresariales, o incluso cierta ideología radicalmente igualitaria en el matrimonio que rechazaría cualquier incremento patrimonial a costa de las ganancias del cónyuge), de aquellos otros casos en los que o bien los cónyuges preparan o ya han efectuado una ruptura de hecho, o bien la ley remedia la ruptura judicialmente decretada; y en ambos casos, la separación se escoge como conjunto de medidas apropiadas para dicha situación, no como propio régimen económico matrimonial.

En el primero de los supuestos, y entrando en examen de las razones para la elección de este régimen, la idea de una supuesta independencia patrimonial de los cónyuges en el matrimonio, desaparecido ya hace poco pero mucho tiempo el gobierno marital de la sociedad conyugal y dada la condición del régimen de separación como auténtico régimen matrimonial, contrapesado por las obligaciones y responsabilidades impuestas como régimen económico-matrimonial primario, no es tal, como destaca MARTÍNEZ CORTÉS<sup>10</sup>. Sí

(9) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., pág. 531 y pág. 541.

(10) MARTÍNEZ CORTÉS, *Instituciones...*, cit., pág. 293.

que puede considerarse más simple o sencillo en su funcionamiento que uno de comunidad, lo que puede hacerlo preferible.

Desde luego, dado el citado carácter de auténtico régimen matrimonial, y el no perjuicio de terceros por su modificación, para el caso de pacto capitular que extinguiendo el consorcio pase a la separación de bienes, la idea de la separación de bienes como **medio de limitación de responsabilidad** de uno de los cónyuges, generalmente el marido empresario, ha perdido valor. Pero esto, creo yo, no porque no implique una cierta limitación de responsabilidad, que **sí la implica** si existe *ab initio* por la sencilla razón de que no pueden atacarse unos bienes comunes que no existen y dejar a salvo las ganancias del otro cónyuge, sino por dos razones: porque el **modus operandi bancario** ha exigido, para garantía de las deudas cuando el prestatario era casado, la firma de ambos cónyuges, y porque lo que se perseguía al pasar de un régimen de comunidad a otro de separación no era una limitación de responsabilidad, sino un **alzamiento de bienes** correlativo a la extinción y liquidación de la comunidad. Volviendo a la idea de limitación de la responsabilidad, reseñar que este régimen resulta atractivo para los profesionales de riesgo, evidentemente no el físico, sino el de su posible responsabilidad.

Otra de las finalidades perseguidas, especialmente cuando los contrayentes o al menos uno de ellos tenía considerable patrimonio, sobre todo si era de origen familiar, estaba en evitar la confusión de patrimonios, previendo que no hubiese hijos comunes. Claro que aquí se pone de relieve uno de los inconvenientes de este régimen, como es que no proporciona ganancias al cónyuge más desfavorecido (eventualmente podrá, según se disuelva el matrimonio, obtener compensaciones, pero siempre en vía judicial a falta de acuerdo. Llama de todos modos la atención la ausencia en nuestra ley de una norma similar a la del art. 1438 del Código civil, exclusión voluntariamente buscada, posiblemente en la idea de eliminación de la aplicación de esta norma incluso supletoriamente).

Esta finalidad se relaciona con el pacto de este régimen en caso de **existencia de hijos de anteriores matrimonios**, supuesto en el que parece más necesaria la independencia de los patrimonios de cada cónyuge con el objeto de dedicar el consorte con hijos anteriores, o cada uno si ambos los tienen, dicho patrimonio a los propios hijos. Hay que señalar que socialmente se aprecia más alta frecuencia del régimen en los **segundos matrimonios**, y ya señalaba LACRUZ<sup>11</sup> cómo en Francia la clientela tradicional del régimen de separación lo era la de quienes contraen segundas nupcias, especialmente con hijos de las anteriores, los matrimonios tardíos y, en general, los industriales y burguesía opulenta. Claro que la motivación en el caso de estos segundos matrimonios puede ser, simplemente, la de la simplicidad de la liquidación del régimen, sobre todo si la liquidación del anterior consorcio fue tormentosa.

Finalmente, aunque ya ha sido señalada, hay que contar hoy entre las finalidades la **evolución social de la concepción del matrimonio y la previsibilidad de su disolución**, que hacen preferible para los más informados, o pesimistas (se dice que un pesimista es un optimista informado) la opción por un régimen que no plantea especiales problemas de liquidación. Claro que esta matización nos permite diferenciar estos regímenes de separación de los que son pactados en el curso de una separación o proyectada o ya existente *de facto*. En estos casos ya hemos visto que no podemos considerar que estemos ante un auténtico régimen económico-matrimonial más que de nombre. Las capitulaciones en que

---

(11) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., pág. 530.

se pactan son los denominados «**capítulos de derribo**», que incluyen además otras declaraciones y pactos, incluso de carácter personal, y cuyo nombre señala claramente su finalidad.

Si tuviéramos que dar una opinión personal, parece que habría que resaltar, como finalidades mayoritariamente perseguidas, dos de las indicadas: la de constituir un régimen matrimonial de concepción más simple que uno de comunidad, y prever la posibilidad de crisis personal, o —con las matizaciones vistas— la de constituir un conjunto de reglas que permitan resolver los problemas derivados de una ruptura de la convivencia conyugal, ya sea de hecho o judicialmente decretada.

**Intervención de D. José Luis SORO DOMINGO**

### **EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES**

El objeto de mi intervención comprende la responsabilidad de los cónyuges por las deudas contraídas y la protección de los terceros acreedores en el régimen de separación de bienes.

La independencia patrimonial y de gestión entre cónyuges, inherente al régimen de separación de bienes, tiene su reflejo, desde la óptica del pasivo, en la autonomía de responsabilidades: el régimen de separación de bienes significa tanto separación de bienes como separación de deudas.

En efecto, la regla general en materia de responsabilidad frente a los acreedores es que de las obligaciones contraídas por cada cónyuge casado en régimen de separación responde exclusivamente éste con sus propios bienes.

Esta regla general de separación de responsabilidades está proclamada en el artículo 27 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad: el régimen de separación de bienes atribuye a cada cónyuge la responsabilidad exclusiva de las obligaciones por él contraídas, salvo en los casos previstos en el artículo 7.

En consecuencia, para hacer efectivos sus créditos, los acreedores únicamente pueden dirigirse contra el patrimonio del cónyuge que ha contraído la deuda, pero carecen de acción contra el patrimonio del otro cónyuge, salvo que éste haya asumido la deuda voluntariamente de forma solidaria, mancomunada o subsidiaria, conforme a las normas generales del Derecho de obligaciones y en los mismos términos en que podría haberla asumido cualquier otra persona ajena al matrimonio.

Como hemos adelantado, el mismo precepto que proclama la regla general en materia de responsabilidad por deudas alude a la primera de las excepciones a esta regla general: los casos previstos en el artículo 7, esto es, las deudas contraídas para la satisfacción de las necesidades familiares.

El citado artículo 7, inserto en las normas primarias y aplicable, por tanto, a todos los regímenes económicos matrimoniales, dispone que marido y mujer responden solidariamente, frente a terceros de buena fe, de las obligaciones contraídas por uno de ellos para atender a la satisfacción de las necesidades familiares.

Por tanto, de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges para atender a la satisfacción de las necesidades familiares no responderá únicamente el cónyuge que contrajo la obligación, sino que responderán ambos cónyuges solidariamente.

Esta primera excepción a la regla general de separación de responsabilidades tiene su fundamento en la comunidad de vida que, conforme al artículo 1 de la Ley, constituye el matrimonio, así como en el deber correlativo de ambos cónyuges de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares que impone el artículo 5 de la misma.

Hay que destacar que, conforme a lo prevenido en el artículo 3 de La Ley, tanto la norma contenida en el artículo 5 como la prevista en el artículo 7 son imperativas y, por tanto, los cónyuges, conforme a lo preceptuado en el artículo 3 de la Compilación, no pueden

pactar en contrario: estas normas constituyen un límite a la libertad civil proclamada en el principio *Standum Est Chartae*.

Pero, ¿qué hay que entender por necesidades familiares?

Una primera orientación la brinda la letra a) del artículo 36.1 de la Ley, que establece las obligaciones que, en el consorcio conyugal, son de cargo del patrimonio común aunque hayan sido contraídas por uno solo de los cónyuges y a las que, en defecto de bienes comunes, ambos cónyuges deben contribuir con sus bienes privativos: las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluso la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que convivan con el matrimonio.

Así pues, habría que entender que las necesidades familiares están constituidas no sólo por las atenciones legítimas de la familia, sino también por las particulares de cada cónyuge.

En todo caso, el concepto de necesidades familiares no es un concepto absoluto, esto es, rígido e idéntico para todas las familias, sino que constituye un concepto relativo: las necesidades familiares dependerán en cada caso concreto, no tanto de la periodicidad o no del gasto, sino, más bien, de su adecuación y proporcionalidad respecto de los recursos económicos y el nivel de vida de la familia.

No obstante, aunque es un concepto relativo, al tratarse de una excepción a la regla general de separación de responsabilidades, la determinación en cada caso concreto de si un gasto está incluido o no en la satisfacción de las necesidades familiares deberá hacerse con arreglo a criterios restrictivos.

Estaría incluido en el concepto de necesidades familiares el pago del alquiler de la vivienda habitual. Pero voy a plantear otro supuesto: la vivienda familiar es propiedad de uno solo de los cónyuges y está gravada con una hipoteca en garantía de un préstamo; el cónyuge titular de la vivienda carece de recursos económicos para hacer frente a la cuota del préstamo; ¿sería la cuota del préstamo un supuesto de necesidades familiares a efectos de responsabilidad solidaria conyugal? Considero que no: el banco no podría dirigirse solidariamente contra ambos cónyuges, sino únicamente contra el cónyuge prestatario.

Cuestión diferente es que el cónyuge deudor que no puede hacer frente al pago de la cuota del préstamo hipotecario pueda exigir el pago al otro (en la relación interna entre cónyuges, no con eficacia frente a terceros), pero no en virtud del artículo 7 de la Ley, sino en aplicación de su artículo 1: en cumplimiento de las obligaciones de los cónyuges de ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia.

Como hemos dicho, la responsabilidad de los cónyuges por las obligaciones contraídas por uno de ellos para atender a la satisfacción de las necesidades familiares es, frente a los terceros, solidaria. Pero en la relación interna, y conforme a lo previsto en el artículo 5 de la Ley, los cónyuges deberán contribuir a la misma en la proporción pactada y, en defecto de pacto, teniendo en cuenta los medios económicos y las aptitudes para el trabajo y para la atención al hogar y los hijos de cada uno de ellos.

El Código Civil, en sede de separación de bienes, contiene también unas normas equivalentes en relación a la llamada potestad doméstica ordinaria, pero prevé una solución jurídica diferente, menos acorde con la comunidad de vida que constituye el matrimonio y, además, menos favorable para los acreedores.

Así, el artículo 1440 del Código Civil dispone que las obligaciones contraídas por cada

cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad y añade 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 del mismo Código.

El artículo 1438 se refiere a la obligación de ambos cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio —conforme a lo pactado o en proporción a sus recursos económicos— pero no establece ninguna regla de responsabilidad frente a terceros.

Es el artículo 1319, incluido en el régimen primario, el que proclama la regla de responsabilidad frente a los terceros: cualquiera de los cónyuges puede realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma y, de las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad, responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contrajo la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge.

Así pues, conforme a lo previsto en los artículos 1440 y 1319 del Código Civil, de las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responden ambos cónyuges, pero no de forma solidaria como dispone el artículo 7 de la Ley aragonesa, sino que la responsabilidad del cónyuge no contratante es subsidiaria.

Una segunda excepción a la regla general de separación de responsabilidades en Derecho aragonés tiene su fundamento, no en la comunidad de vida que constituye el matrimonio, sino en la protección de los terceros acreedores.

Es el supuesto de deudas contraídas por ambos cónyuges conjuntamente y que no tengan por objeto la satisfacción de las necesidades familiares.

En el Título III de la Ley, relativo al régimen de separación de bienes, no se consigna ninguna regla específica con relación a las obligaciones contraídas por ambos cónyuges conjuntamente.

Al no existir norma expresa que establezca la solidaridad y dado que, conforme a lo dispuesto en los artículos 1137 y siguientes del Código Civil, la solidaridad no se presume, podría argumentarse que la responsabilidad de los cónyuges por deudas contraídas conjuntamente es mancomunada.

Sin embargo, aplicando subsidiariamente, conforme a lo previsto en el artículo 22 de la Ley, las normas del consorcio conyugal en un caso como éste, en el que su naturaleza lo permite, se puede llegar a la conclusión de que la responsabilidad de los cónyuges en el régimen de separación por deudas contraídas conjuntamente no es mancomunada, sino solidaria, aunque no tengan por objeto la satisfacción de las necesidades familiares.

Así, en sede de consorcio conyugal, el artículo 37 dispone, en su apartado 3, que de las deudas contraídas por ambos cónyuges responden siempre los bienes comunes junto a sus privativos.

No percibo obstáculo alguno para la aplicación de este precepto de forma subsidiaria en el régimen de separación de bienes, de modo que puede concluirse que la responsabilidad por las deudas contraídas conjuntamente será solidaria.

Nos hemos referido hasta ahora a la responsabilidad de los cónyuges por las deudas. Vamos a analizar a continuación un aspecto complementario del anterior: la protección de los acreedores en el régimen de separación de bienes.

Si la independencia patrimonial y de gestión constituye una ventaja práctica para los

cónyuges, la autonomía de responsabilidades supone, por el contrario, una evidente desventaja para los terceros que contratan con aquéllos, por cuanto ven reducido el ámbito patrimonial contra el que pueden dirigirse para hacer efectivos sus créditos: salvo en los casos de obligaciones contraídas por ambos cónyuges o por uno solo para atender a la satisfacción de las necesidades familiares, los acreedores únicamente podrán dirigirse contra el patrimonio del cónyuge que contrajo la deuda.

Sin embargo, uno de los principios fundamentales que informan la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad es, precisamente, la protección de los terceros de buena fe, íntimamente ligada a la publicidad registral de las capitulaciones.

El principal medio de protección del que disponen los terceros de buena fe está constituido por la inoponibilidad de las estipulaciones capitulares.

La regla general de inoponibilidad se proclama en el artículo 16, a cuyo tenor las estipulaciones capitulares sobre régimen económico matrimonial son inoponibles a los terceros de buena fe y esta buena fe no se presume cuando el otorgamiento de los capítulos matrimoniales conste en el Registro Civil.

La Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad no contiene ulteriores normas sobre publicidad registral (salvo la novedosa previsión contenida en el apartado 3 del artículo 11) por una razón evidente: el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las reglas relativas a la ordenación de los registros e instrumentos públicos y, en consecuencia, la Comunidad Autónoma de Aragón carece de competencia legislativa en esta materia.

Es de aplicación directa, por tanto, en cuanto competencia exclusiva del Estado, el artículo 1333 del Código Civil, que prevé la mención en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil de los capítulos, pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico, así como la toma de razón en el Registro de la Propiedad si afectan a inmuebles.

Pues bien, una vez que los cónyuges han otorgado los capítulos en escritura pública, cumpliendo de esta forma el requisito *ad solemnitatem* exigido por el artículo 13 de la Ley, los capítulos son plenamente válidos y, en principio, eficaces entre los cónyuges.

Sin embargo, los capítulos únicamente serán eficaces frente a los terceros una vez que consten en el Registro Civil y, en su caso, en el Registro de la Propiedad. Los capítulos serán ineficaces —inoponibles— respecto de los acreedores que hayan adquirido su crédito con anterioridad a la constancia registral de los capítulos, sin perjuicio de la eficacia de los mismos con relación a los acreedores que hayan adquirido su crédito con posterioridad.

Entiendo que el régimen de publicidad de la separación de bienes y sus efectos frente a terceros debe ser el mismo en los supuestos de capitulaciones matrimoniales y en los de sentencias de separación conyugal, por cuanto la Ley no establece ninguna distinción al respecto.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Huesca, en Sentencia de 16 de noviembre de 1998, relativa a un convenio regulador aprobado en sentencia de separación en el que se adjudicaba a la esposa una finca que fue posteriormente embargada por un acreedor, interponiendo la esposa tercería de dominio, contiene una doctrina que no comparto.

Así, la citada resolución declara que «*A partir de la firmeza de la resolución judicial, la esposa era propietaria de la finca igual que si se hubiera pactado la separación de bienes y la liquidación*

*de la comunidad en escritura pública», a lo que no hay nada que oponer, pero añade que «es indiferente que la resolución judicial no se hubiera inscrito todavía en el Registro Civil cuando se practicó el embargo, por cuanto la adquisición del dominio a favor de la ahora tercerista ya se había consumado desde la firmeza de la sentencia, de forma que este efecto jurídico no exigía el cumplimiento de otros requisitos formales. La protección de terceros de buena fe que dispensa el Registro Civil no alcanza, pues, a los acreedores embargantes» y añade que «tampoco tiene trascendencia alguna que la tercerista no hubiera inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad». En consecuencia, la tercería de dominio prospera.*

Los principales problemas de protección a los terceros se plantean en los supuestos en los que el consorcio conyugal es sustituido por el régimen de separación de bienes constante el matrimonio.

El artículo 12 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad dispone, con carácter general, que la modificación del régimen económico del matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.

Además, la citada Ley contiene normas específicas relativas a diferentes supuestos de modificación del régimen económico matrimonial.

Así, respecto a las estipulaciones cuya eficacia está sometida a condición o término o dotadas de efectos retroactivos, el artículo 15 dispone, en su apartado 3, que no perjudicarán los derechos adquiridos por terceros.

Y, en relación a los efectos retroactivos por decisión judicial, el artículo 65 establece que, en los casos de nulidad, separación o divorcio y en los de disolución de la comunidad conyugal por decisión judicial, el Juez podrá retrotraer los efectos de la disolución hasta el momento de admisión a trámite de la demanda, pero quedarán a salvo los derechos adquiridos por terceros.

En todos estos preceptos se proclama, por tanto, que la modificación del régimen económico matrimonial no perjudicará los derechos ya adquiridos por terceros.

En consecuencia, cuando la alteración del régimen económico no conste en el Registro Civil y, en su caso, en el Registro de la Propiedad, el tercero de buena fe se encuentra plenamente protegido, de modo que no pueden oponerse al mismo las consecuencias jurídicas del nuevo régimen económico. La posición jurídica del tercero de buena fe no se ve alterada por el otorgamiento de capitulaciones sin publicidad registral.

Pero las consecuencias jurídicas de la modificación del régimen, y, especialmente, de la sustitución del consorcio conyugal por el régimen de separación, son diferentes si se ha procedido o no a la división del patrimonio consorcial.

En los supuestos en que los cónyuges se limitan a pactar el régimen de separación con la subsiguiente disolución del consorcio, pero sin practicar la división del patrimonio consorcial, los acreedores, tanto comunes como privativos, están protegidos por las normas relativas a la comunidad que continúa tras la disolución.

Así, conforme a lo previsto en el artículo 70, hasta la división los acreedores comunes pueden dirigirse contra los bienes comunes, si bien deben proceder contra ambos cónyuges o sus herederos, y los acreedores privativos de los cónyuges o de sus herederos no pueden dirigirse contra bienes concretos de la comunidad disuelta y no dividida, pero sí contra los derechos que le correspondan al deudor sobre los mismos en la liquidación de aquélla.

En los supuestos en los que, además de pactar la disolución del consorcio y el establecimiento del régimen de separación de bienes, se procede a la división del patrimonio consorcial, tampoco se plantean problemas en relación a las deudas comunes originadas durante el consorcio.

Así, conforme a lo previsto en el artículo 86, la división no modifica la responsabilidad por deudas que correspondía a los patrimonios privativos o al común y el cónyuge no deudor, o sus herederos, responden solidariamente de las deudas comunes, si bien exclusivamente con los bienes que les hayan sido adjudicados.

El verdadero problema se plantea, por tanto, a los acreedores privativos cuando se haya disuelto el consorcio y dividido el patrimonio consorcial, pero el cónyuge deudor ha recibido bienes insuficientes para hacer frente a sus deudas privativas.

¿Qué medidas de protección brinda el ordenamiento jurídico al acreedor privativo tras la división del patrimonio consorcial?

Una primera medida es preventiva, anterior a la propia división: los acreedores pueden oponerse a que se lleve a efecto la misma hasta que se les pague o garantice el importe de sus créditos y, además, pueden intervenir a su costa en la división para evitar que se haga en fraude de sus derechos.

Estas medidas no están recogidas expresamente en la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad. Sin embargo, conforme a lo previsto en el artículo 88 de la misma, las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria son de aplicación supletoria, en tanto lo permita su naturaleza, a la liquidación y división del consorcio conyugal. De modo que resultaría de aplicación supletoria lo prevenido en el artículo 55 de la Ley de Sucesiones.

Un segundo grupo de medidas de protección de los acreedores está integrado por aquellas que son posteriores a la división del patrimonio consorcial.

La primera de estas medidas protectoras de los terceros es, sencillamente, la inoponibilidad, no tanto de la disolución del consorcio conyugal y el establecimiento del régimen de separación de bienes, sino, más bien, de las adjudicaciones de bienes consorciales a favor del cónyuge no deudor.

Ordinariamente, la vía procesal para hacer valer la inoponibilidad por parte del acreedor será, por vía de oposición, en la tercería de dominio, regulada en los artículos 593 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En un procedimiento de ejecución seguido contra el cónyuge deudor, el acreedor ejecutante embarga un bien que fue adjudicado al cónyuge no deudor en la división del patrimonio consorcial. El cónyuge titular del bien trabado interpone demanda de tercería de dominio a fin de que se alce el embargo por ser el bien de su propiedad, en virtud de la adjudicación verificada, con anterioridad a la fecha de la traba. El acreedor ejecutante se opone a la demanda de tercería alegando que las capitulaciones (y, especialmente, la adjudicación del bien) le son inoponibles.

En este sentido, la jurisprudencia ha declarado que el cónyuge no deudor no es tercerista a efectos de estar legitimado para ejercitar una tercería de dominio si las capitulaciones se otorgaron después de haber surgido la deuda, puesto que su vinculación con el deudor es evidente y manifiesta.

Pero también puede hacerse valer la inoponibilidad por vía de acción, demandando

conjuntamente a ambos cónyuges e, incluso, deduciendo demanda a fin de que se declare judicialmente que las capitulaciones matrimoniales no son oponibles al actor.

En ninguno de estos supuestos es necesario instar la nulidad de las capitulaciones, ya que las mismas serán plenamente válidas y eficaces entre los cónyuges y respecto de los acreedores cuyo crédito haya nacido con posterioridad a la constancia registral de los capítulos; únicamente serán ineficaces respecto de los acreedores cuyos créditos hayan nacido con anterioridad.

Además, la inoponibilidad es independiente de cualquier concepto de fraude: no es una cuestión de fraude de acreedores, sino de publicidad registral de las estipulaciones capitulares.

En los casos en que las capitulaciones hayan sido otorgadas en fraude de los acreedores y éstos no puedan hacer efectivos sus créditos de otro modo, por carecer el cónyuge deudor de bienes suficientes, podrá ejercitarse la acción rescisoria o pauliana, que constituye la segunda medida de protección de los acreedores posterior a la división del patrimonio consorcial.

La acción pauliana está regulada en los artículos 1111 y 1291 y siguientes del Código Civil, aplicables supletoriamente en Derecho aragonés. El primero de estos preceptos dispone que los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho. El segundo establece, en su número tercero, que son rescindibles los contratos celebrados en fraude de acreedores cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba.

Los requisitos que han de concurrir para el ejercicio de la acción pauliana son los que se exponen a continuación.

En primer lugar, se requiere la existencia de un derecho de crédito adquirido por un tercero con anterioridad al otorgamiento de la escritura de capitulaciones matrimoniales. Puede tratarse, incluso, de deudas aún no exigibles pero cuya inminencia o probabilidad haya sido determinante de la operación de vaciado patrimonial (por ejemplo, supuestos de póliza para el descuento de letras de cambio).

En segundo lugar, ha de concurrir una transmisión de bienes por parte del deudor a un tercero (en este caso, el cónyuge) que impida la efectividad del crédito.

En tercer lugar, es necesario el carácter fraudulento de la transmisión efectuada o *consilium fraudis*, esto es, la finalidad de los otorgantes de reducir su solvencia en perjuicio de los acreedores.

En concreto, la jurisprudencia predica el carácter fraudulento de las disoluciones de consorcios conyugales en las que, más que una ordenada liquidación de las mismas que contemple su activo y su pasivo, el efecto que se procura no es otro que el reparto y adjudicación directa del activo, haciendo caso omiso del pasivo, y sin adoptar las oportunas reservas para su cobertura. Son los supuestos típicos en los que un cónyuge se adjudica todos los bienes inmuebles y al otro se asignan partidas del activo de incierta existencia o escaso valor.

Y, en último lugar, conforme a lo previsto en el artículo 1294 del Código Civil, se exige que el acreedor no tenga otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio sufrido. Esto es, la acción pauliana es subsidiaria, de modo que no puede ejercitarse cuando el

acreedor, por tener bienes suficientes el deudor, puede hacer efectivo su crédito de otra manera.

Pero no es preciso obtener la declaración de insolvencia en un procedimiento judicial previo si del conjunto de la prueba practicada en el procedimiento de rescisión queda acreditado no sólo el fraude de acreedores, sino, además, que el actor no puede cobrar de otro modo lo que se le debe.

Por último, una tercera medida protectora de los acreedores la proporciona no el Derecho Civil, sino el Derecho Penal: la sentencia judicial que, en su caso, condene a los cónyuges como autores de un delito de alzamiento de bienes tipificado en el artículo 257 del Código Penal, no se limitará a imponer la pena correspondiente (prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses), sino que, además, podrá acordar la nulidad de las capitulaciones otorgadas en fraude de acreedores.

Para concluir mi exposición voy a referirme a la llamada presunción muciana y, en concreto, a su aplicabilidad en Derecho aragonés.

La presunción muciana se formula en el artículo 1442 del Código Civil: cuando un cónyuge es declarado en quiebra o concurso, y salvo que exista separación judicial o de hecho, se presume, en beneficio de los acreedores y salvo prueba en contrario, que los bienes adquiridos a título oneroso por el otro cónyuge durante el año anterior a la declaración o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra fueron donados en su mitad por el quebrado o concursado.

El artículo 78 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), que entrará en vigor el día 1 de septiembre de 2004, incorpora una nueva presunción muciana, aplicable en los casos de declaración de concurso de persona casada en régimen de separación de bienes.

Sin embargo, los efectos de esta nueva presunción difieren de los previstos en la presunción formulada en el Código Civil.

Como hemos dicho, conforme a lo previsto en el artículo 1442 del Código Civil, se presume donada la mitad de los bienes adquiridos por el otro cónyuge. El artículo 78 de la Ley Concursal distingue dos supuestos: en primer lugar, si se puede probar que la contraprestación satisfecha para la adquisición de los bienes a título oneroso procede del patrimonio del concursado, se presume donada la contraprestación; en segundo lugar, si no se puede probar la procedencia de la contraprestación, se presume que la mitad de la misma fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso.

Como ocurre en el régimen previsto en el Código Civil, ambas presunciones concursales son *iuris tantum*, esto es, admiten prueba en contrario, y no rigen cuando los cónyuges están separados judicialmente o de hecho.

La primera duda que se plantea es si el artículo 1442 del Código Civil ha sido derogado por el artículo 78 de la Ley Concursal.

El artículo 1442 del Código Civil no está incluido en el elenco de preceptos derogados contenido en la disposición derogatoria única de la Ley Concursal (si bien sí se derogan expresamente otros artículos del mismo, como los artículos 1912 a 1920, relativos al concurso de acreedores). Sin embargo, el apartado 4 de la disposición derogatoria de la Ley Concursal deroga cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la misma.

Y el artículo 1442 del Código Civil es incompatible con lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley Concursal, que regula idéntico supuesto fáctico pero determina consecuencias jurídicas diferentes: o se presume donada la mitad de los bienes (Código Civil) o se presume donada la contraprestación satisfecha o la mitad de la misma (Ley Concursal), pero no pueden coexistir en vigor ambas presunciones, que son incompatibles.

Por lo expuesto, podría concluirse que el artículo 1442 del Código Civil será derogado a la entrada en vigor de la Ley Concursal.

Ahora bien, lo importante a nuestros efectos no es dilucidar si el citado artículo 1442 ha sido derogado o no por el artículo 78 de la Ley Concursal, sino determinar si la presunción contenida en estos preceptos es aplicable en Derecho aragonés.

Pues bien, antes de la entrada en vigor de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, la aplicabilidad del artículo 1442 del Código Civil podía plantear dudas.

Con carácter general, el apartado 3 del artículo 149 de la Constitución dispone, en su inciso final, que el Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas. Y, en materia de Derecho civil aragonés, el apartado 2 del artículo 1 de la Compilación dispone que el Derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio sólo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan.

A la vista de estos preceptos, podría considerarse que, en defecto de normas aragonesas, procedía la aplicación supletoria de la presunción contenida en el artículo 1442 del Código Civil.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley aragonesa, es indudable que el artículo 1442 del Código Civil no es de aplicación en nuestro Derecho. En este sentido, el artículo 22 de la Ley dispone que el régimen de separación de bienes se rige por lo convenido por los cónyuges en los capítulos que lo establezcan, en su defecto, por las normas establecidas en el Título III para este régimen y, subsidiariamente, por las normas del consorcio conyugal en cuanto lo permita su naturaleza.

Por tanto, no sólo no existe laguna que colmar mediante la aplicación del Derecho estatal supletorio, sino que, además, en materia de régimen de separación de bienes la aplicación de la regulación del Código Civil como Derecho supletorio está expresa e intencionalmente vedada por el legislador aragonés.

Hay que concluir, por tanto, que, tras la entrada en vigor de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, el artículo 1442 del Código Civil no puede ser aplicado en Derecho aragonés.

Ahora bien, ¿es aplicable el artículo 78 de la Ley Concursal?

Podría argumentarse a favor de su aplicación que la Ley Concursal es una Ley especial. Y efectivamente lo es. Pero considero que no estamos ante una cuestión de especialidad de la Ley, sino de naturaleza de la misma y de distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Aragón.

La Ley Concursal formula normas de diferente naturaleza: contiene normas mercantiles, normas procesales y normas civiles. Es evidente que el artículo 78 constituye una norma de naturaleza civil.

Pues bien, conforme a lo previsto en el artículo 149.1.6.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup> de la Constitución (pre-

ceptos que invoca la propia Ley como título competencial en su Disposición Final Trigésimo Segunda) el Estado tiene competencia exclusiva sobre legislación mercantil y también sobre legislación procesal y civil, sin perjuicio, en los dos últimos casos, de las competencias de las Comunidades Autónomas.

Y conforme a lo previsto en el artículo 35.1.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón, la Comunidad Autónoma ostenta la competencia exclusiva sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado, así como del procesal civil derivado de las peculiaridades de su Derecho sustantivo.

A la vista de este nítido deslinde competencial, es evidente que las normas de naturaleza mercantil y procesal contenidas en la Ley Concursal son de plena aplicación en Aragón, puesto que constituyen materia de exclusiva competencia estatal (sin perjuicio de la posible existencia de normas procesales aragonesas en los términos expuestos por el Tribunal Constitucional).

Sin embargo, las normas civiles de la Ley Concursal sólo serán aplicables directamente en nuestro Derecho si tienen por objeto materias de competencia exclusiva estatal y, en otro caso, únicamente serán aplicables como Derecho supletorio conforme a lo previsto en el artículo 1.º de la Compilación.

Y la aplicación de la norma civil relativa a la presunción muciana en la separación de bienes está proscrita por el artículo 22 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad.

En definitiva, si desde la entrada en vigor de la citada Ley no era de aplicación el artículo 1442 del Código Civil, no existe razón alguna para que sea aplicable el artículo 78 de la Ley Concursal, que tiene la misma naturaleza y regula el mismo supuesto.

El principio de protección de los acreedores no debe llevarnos a quebrar las reglas de distribución competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Aragón ni a renunciar a nuestra competencia legislativa.

## COLOQUIO

Moderador: D. Carlos CARNICER DÍEZ

Muchísimas gracias a los ponentes. Por favor, dado lo avanzado de la hora, yo rogaría concreción y la mayor brevedad posible en las preguntas o en las consideraciones a realizar, recordando que deben indicar el nombre y apellido de los intervinientes para recoger luego en las Actas de forma adecuada las intervenciones. Se abre por tanto el coloquio.

*David Arbués Aísa. Abogado*

José Luis. No he entendido seguramente muy bien el argumento por el cual llegabas a decir que podía haber solidaridad en una deuda adquirida conjuntamente si esa conjunción no nace del título, no nace del negocio jurídico del que venga la deuda y venga de la Ley.

Te voy a poner un supuesto muy claro. A lo mejor es un poco de laboratorio: unos cónyuges en separación de bienes que compran un piso y que aplazan el pago voluntariamente con el vendedor, que suscriben unas letras de cambio independientes las del marido y de la mujer. Ahí están «juntos» pero no están «conjuntos». Es decir, ¿cómo cabe que en separación de bienes se adquiera conjuntamente una deuda si esa conjunción no nace del negocio jurídico? No entiendo cómo puede haber ahí solidaridad.

*José Luis Soro Domingo. Coponente*

Puedo estar equivocado o puedo no haberme explicado bien. Lo que planteaba es que, en mi opinión, este supuesto en que dos cónyuges casados en régimen de separación de bienes contraen una deuda conjuntamente, como he dicho no está previsto expresamente en el Título Tercero de la Ley que regula el régimen de separación. Sí que está previsto este supuesto en sede de consorcio conyugal...

*David Arbués Aísa. Abogado*

Intervención inaudible.

*José Luis Soro Domingo. Coponente*

Aquí hay un vínculo que es la comunidad de vida del matrimonio. Yo lo que planteo es que es un supuesto en el que evidentemente se puede partir de la mancomunidad de la deuda. La deuda es mancomunada porque no existe norma que establezca la solidaridad. Parece que esto es lo que planteas. Yo lo que planteo es que considero que sí que hay una norma que establece la solidaridad que es de aplicación supletoria, con arreglo al artículo 22, de la norma específicamente prevista en sede de consorcio conyugal que establece que, en los casos de deudas contraídas conjuntamente, responderán los bienes comunes y los bienes privativos. Planteo esta solución de aplicación supletoria de una norma del consorcio conyugal.

*Carlos Carnicer Díez. Moderador*

¿Alguien más?

**Honorio Romero Herrero. Notario**

No merece la ponencia, las intervenciones de Jesús y de José Luis, que nos quedemos aquí con el debate cortado.

Han apuntado un montón de problemas, un montón de cuestiones para reflexionar y para pensar. Yo he hablado varias veces con Jesús Martínez Cortés. Me gustaría hacer dos reflexiones: una que tengo clara, pero puedo estar equivocado, y otra que tengo confusa, no lo sé, la argumentación de José Luis Soro me ha parecido impecable pero no sé por qué razón del sexto sentido que nunca acabas de captar muchas veces para la argumentación, pues creo que no es así, pero la argumentación me ha convencido.

— En primer lugar, el tema de los poderes entre cónyuges en régimen de separación.

Primero, me gustaría hacer la precisión de que estamos en el ámbito civil, pero también está el ámbito del Código de Comercio. Cuando uno de los cónyuges es comerciante, independientemente de que sea régimen de consorciales o régimen de separación, las normas de apoderamiento son las del artículo 6 y siguientes del Código de Comercio.

Segundo, en el régimen de revocación del poder, está el artículo 102 del Código Civil conforme al cual, admitida la demanda de separación, se entienden revocados todos los poderes concedidos recíprocamente entre los cónyuges. Por lo tanto, independientemente del régimen económico-matrimonial el poder que se han concedido recíprocamente los cónyuges está revocado. Y esto lo remito al planteamiento que hacía Jesús Martínez Cortés del poder contenido como pacto capitular en escritura de capitulaciones matrimoniales donde recíprocamente los cónyuges se confieren poderes o generales o especiales. Jesús planteaba la duda de si esa estipulación capitular o ese poder recíprocamente concedido en las capitulaciones matrimoniales se puede revocar luego unilateralmente por uno de ellos. Este es un tema que se planteó, según recuerdo, cuando hacíamos oposiciones entre notarios, en el año 1981, con la reforma de 13 de mayo. Había dos estudios, uno de Alfredo Sánchez Lorenzo sobre el artículo 1318 del Código Civil y otro de Juan Álvarez Sala, también sobre el pacto capitular. Los dos planteaban esta cuestión como una duda muy discutible. Sin embargo, yo, después de muchas vueltas sobre el tema, creo que es un poder mutuo y recíproco y, por lo tanto, cualquiera de los cónyuges puede revocar este poder independientemente. Las capitulaciones matrimoniales no son más que la fórmula. No hay ninguna distinción entre que se realice bajo la forma de capitulaciones matrimoniales o que los dos cónyuges comparezcan en la notaría y se otorguen un poder mutuo y recíproco para poder hacer toda la clase de negocios jurídicos que se concedan. En este último caso uno de ellos puede revocar el poder al otro, y en la estipulación capitular, igual.

Ya digo que es muy discutible. Se discutió mucho. Yo digo mi opinión. Creo que se puede revocar por uno de ellos. Porque no olvidemos que, aunque sea una estipulación capitular, lo que contiene es una relación de mandato, una relación en virtud de la cual uno de los cónyuges concede al otro la facultad para hacer determinados negocios jurídicos. ¿Qué es recíproca? Es lo que quieras, pacto capitular..., pero es un mandato recíproco. Es una de las teorías, te digo mi tesis.

— Segunda cuestión, la que ha planteado José Luis Soro. Yo estos días estaba a vueltas con la Ley concursal. Llevo una ración bastante grande y Jesús me comentaba el tema de la presunción muciana... Yo le comentaba aquí ahora al Justicia que la argumentación de José Luis Soro me parece impecable, pero no sé por qué sexto sentido me parece que no puede ser así.

La Ley Concursal es una ley que tenemos que digerir muy poco a poco, es una ley compleja, como muy bien has dicho, contempla asuntos civiles, asuntos mercantiles, procesales, los penales los remite, la unidad de jurisdicción..., todo. Creo que es una ley que debemos de asimilar muy gota a gota. Es una ley con la que pasa como con la Ley de 13 de mayo de 1981. Pero mi opinión en cuanto a la presunción muciana, yo creo que no llevas razón. No te sé argumentar en contra, pero creo que si la ley lo que pretende es unidad procedimental y unidad sustantiva, me parece que es una excepción demasiado fuerte que ahora en cuanto a los regímenes económico-matrimoniales, cada legislación especial vaya con sus propias normas a intentar separar de ese patrimonio afecto al concurso normas derivadas de sus propios regímenes económico-matrimoniales. No lo sé. Ya te digo que no te sé argumentar. Es un problema precioso. Tú lo has echado al campo. Yo lo vuelvo a echar otra vez. No sé si alguno con más inspiración puede aportar argumentos más lucidos, pero es complicado. Yo creo que no va a resultar así. En una ley donde se trata de unificar la suspensión de pagos, todos los temas de la quiebra, de la quita, de la espera, del concurso de acreedores, todo lo unifica sustantivamente y todo lo unifica en el ámbito procedimental y que por otra parte distingue entre bienes afectos a la actividad empresarial y bienes no afectos a la actividad empresarial, creo que va a ser difícil mantener ese criterio. La argumentación, te digo, enhorabuena. Me has lanzado un reto, y ya estudiaremos en contra o a favor, lo que salga.

Gracias, perdón por la extensión y enhorabuena.

**Jesús Martínez Cortés. Ponente**

Contesto a la primera cuestión de Honorio Romero. Yo no estoy de acuerdo contigo en ninguna de las dos cosas.

No estoy de acuerdo en cuanto al primer aspecto porque yo discrepo de ti en que entiendo que la estipulación capitular no es un poder recíproco. Tú sabes muy bien que en el poder, si doy facultades para que alguien actúe en mi nombre, yo sigo conservando esas facultades. En la estipulación capitular estoy renunciando a seguir administrando mi propio patrimonio. ¿Me explico? Entonces, si eso es así, si es un poder recíproco no hay problema, Pero eso no es de lo que estamos hablando.

La estipulación capitular que yo planteo como dudosa implica la renuncia, la abdicación de uno de los cónyuges a las facultades que por ley, por derecho, le corresponden para administrar de forma separada y autónoma su propio patrimonio. Entonces, eso afecta a un montón de cosas, afecta al principio de igualdad. Y te repito, para desmontar tu argumentación, que si abdica de esa facultad no es que la delegue y él la siga conservando como cuando el poderdante dice: yo doy poderes pero sigo siendo dueño del negocio.

Entonces, si hay una abdicación de facultades, ya no puedes hablar de poder. El artículo 102 del Código Civil no me vale. El artículo 102 me vale precisamente para argumentar que la pérdida de la *affectio maritalis*, es decir, la ruptura de la convivencia matrimonial es justamente la razón que sirve al Código Civil para entender revocados todos los poderes dados. Poderes, pero aquí estamos diciendo que eso no es un poder.

Ya he dicho que es un tema discutible. Lo hablaremos en su momento.

Segundo, en cuanto a la presunción muciana, la argumentación ha sido brillantísima. Yo la conocía de la ponencia y me ha parecido extraordinaria. Apuntar en apoyo de esta tesis dos cosas más:

El legislador aragonés se planteó en la Comisión Aragonesa de Derecho Civil si regular este tema o no. Ciertamente hubo debate. Al final, la opinión mayoritaria fue que no queríamos esta presunción muciana porque era un cuerpo extraño a nuestro Derecho civil.

Pero, a mayor abundamiento, tanto el artículo 1442 del Código Civil como el artículo 78 de la Ley Concursal son artículos inconstitucionales porque van en contra del principio de igualdad del artículo 14 CE ya que se aplican sólo a cónyuges en régimen de separación de bienes. Es una discriminación por razón de matrimonio.

Y, por supuesto, lo que está clarísimo es que no pueden por la vía de una ley imponer un contenido sustantivo que el legislador aragonés expresamente ha querido rechazar. Para eso, si queréis, os podéis leer las Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

**Honorio Romero Herrero. Notario**

Con respecto a la presunción muciana, me rindo y lo dejamos para otra ocasión.

Con respecto a los poderes en capitulaciones matrimoniales, no me rindo.

**Jesús Martínez Cortés. Ponente**

Es que no es un poder, Honorio.

**Honorio Romero Herrero. Notario**

No, no, no. Estoy de acuerdo. Pero cuando los cónyuges en capitulaciones matrimoniales se conceden facultades para actuar uno en representación del patrimonio del otro, le llamemos como le llamemos, eso es una relación de mandato. Alfredo Sánchez Lorenzo, en el estudio que hace del 1318 del Código Civil, dice que esa renuncia no es válida porque implica —precisamente, lo que utilizabas como argumento él lo utiliza como argumento suyo— un ataque al principio de igualdad de los cónyuges, que uno no puede renunciar a la administración de su patrimonio, le puede conceder facultades al otro, pero la administración de su patrimonio, como facultad inherente a la facultad de la propiedad, es una obligación. La propiedad implica derechos y obligaciones y entre esas obligaciones está la de administrar, la de gestionar, la de disponer..., y esas facultades las puede ejercer personalmente o las puede conceder a otro. El hecho de que las conceda en capitulaciones matrimoniales a su cónyuge no puede implicar ninguna renuncia, no puede renunciar porque implica que en la actuación del otro el responsable es él.

**Jesús Martínez Cortés. Ponente**

Por eso he dicho yo, Honorio, que eso desnaturalizaría la esencia misma del régimen. Dentro de esos principios y notas estructurales que yo enunciaba al principio decía que precisamente estaba la titularidad autónoma y la exclusividad en la gestión, etc. Yo he dicho que no admito esa posibilidad del pacto capitular de abdicación de responsabilidad.

**Honorio Romero Herrero. Notario**

¿No lo admites?

**Jesús Martínez Cortés. Ponente**

No lo admito.

*Honorio Romero Herrero. Notario*

¿Pues entonces?

*Jesús Martínez Cortés. Ponente*

Pero hay gente que sí lo admite.

*Honorio Romero Herrero. Notario*

Pues entonces estamos diciendo lo mismo.

*Jesús Martínez Cortés. Ponente*

Yo entiendo que no es posible porque desnaturalizaría el régimen de separación de bienes. Ahora, si tú me lo planteas como un doble poder, entonces está clarísimo. Pero el tema no es ese.

*Honorio Romero Herrero. Notario*

Jesús, este pacto no es sólo en régimen de separación de bienes, es en régimen de separación de bienes, en régimen de gananciales, en régimen de consorciales... Cualquier estipulación en capitulaciones matrimoniales —porque las capitulaciones no son más que la forma— no implica más que un pacto en virtud del cual se conceden un poder recíproco. Si no le quieres llamar poder, dí que uno de los cónyuges puede actuar en nombre del otro para obligar con esa facultad el patrimonio del que le ha concedido el poder. Eso no puede renunciarse salvo en los casos en que el Tribunal Supremo admite el poder irrevocable.

*Jesús Martínez Cortés. Ponente*

Luego estás de acuerdo conmigo.

*Honorio Romero Herrero. Notario*

Sí. Pero estoy diciendo primero que ese pacto capitular no lo admito, no se puede...

*Jesús Martínez Cortés. Ponente*

Y yo tampoco.

*Honorio Romero Herrero. Notario*

... y segundo, que cuando se contiene, lo contemplo como un poder recíproco y que como tal poder recíproco lo puede revocar uno al otro cuando le dé la gana.

*Jesús Martínez Cortés. Ponente*

Estamos de acuerdo.

*Honorio Romero Herrero. Notario*

Luego, primero, si se muere uno, se ha extinguido. Si estamos en el ámbito mercantil, con la muerte de uno no se ha extinguido, por el art. 280 del Código de Comercio, el fallecimiento del poderdante no extingue el apoderamiento.

**Jesús Martínez Cortés. Ponente**

Resumiendo, Honorio, creo que estamos de acuerdo en que si es auténticamente lo que yo planteo, es imposible porque desnaturaliza el régimen de separación y no es admisible.

En cambio, si lo planteas en el terreno de la representación voluntaria, como un doble poder, pues totalmente de acuerdo en que se extingue, naturalmente. Pero ese no es el problema que yo planteaba.

**Fernando García Vicente. Justicia de Aragón**

Quiero entrar en el tema de la presunción muciana. Yo creo que la norma de la Ley Concursal es una norma que persigue una finalidad que está bien, que es dar posibilidad de perseguir el fraude más de lo que teníamos ahora. Establece una presunción *iuris tantum*, no una presunción *iuris et de iure* y por eso permite la posibilidad de proteger a la víctima de un fraude frente al defraudador, lo cual es bueno.

Ante este conflicto de intereses que hay, en el que me parece que se ha elegido una postura que era la acertada, ¿cuál debe ser la postura nuestra? Yo, lo que has dicho, no tengo argumentos convincentes para deciros que no. Sin embargo, yo creo que cuando una cosa está bien y se puede tratar de interpretar la norma de forma que se llegue a la mejor solución posible, deberíamos esforzarnos todos por hacer una interpretación que permitiera llegar a esa mejor solución posible.

Yo no sé si la cuestión se podría abordar desde otra perspectiva, por ejemplo que es un tema mercantil o que tiene un cierto componente procesal, no sé, a lo mejor por ahí se le podría dar la vuelta, pero habría que pensarlo más, no me atrevo a hacer una aseveración así, a bote pronto. En todo caso, si se llega a la conclusión de que dado el tema competencial no es aplicable en Aragón, si esta ley regula la cuestión de una forma que entendemos muchos que es mejor que la regulación actual, lo que habría que plantearse es, a lo mejor, modificar en este punto nuestra Ley. Porque yo, desde luego, todo lo que sea combatir al fraude, estoy en ello.

**José Luis Soro Domingo. Coponente**

No he dicho al final por cuestión de premura de tiempo algo que quería decir. Quería leer expresamente el final de la Disposición Final Trigésimosegunda de la Ley, que es la que determina el título competencial. Se dice que se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado —los apartados que he dicho, 6.º y 8.º del artículo 149.1 CE—, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. Es decir, la propia Ley Concursal prevé que puedan existir particularidades en el derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. Y en Aragón creo que existe esta particularidad consistente en que el régimen de separación de bienes se autointegra por sí mismo y no debemos recurrir al derecho supletorio.

La duda me surge, fundamentalmente, por una cuestión. Yo puedo estar equivocado, pero veo evidente que el artículo 1442 del Código Civil no era de aplicación desde el 23 de abril, desde la entrada en vigor de la ley aragonesa. No entiendo por qué, si el 1442 no era aplicable, tenemos que admitir como aplicable el artículo 78 de la Ley Concursal. No lo entiendo. Es el mismo precepto en distinta ley, pero yo creo que la naturaleza civil de la presunción es evidente. En todo caso, me imagino que los Tribunales finalmente aplicarán la presunción. Es una cuestión que se puede quedar en el ámbito doctrinal.

**Fernando García Vicente. Justicia de Aragón**

Una precisión. ¿A ti te parece mejor regulado el derecho de las víctimas frente a los defraudadores en la nueva ley que en la nuestra?

**José Luis Soro Domingo. Coponente**

Creo que he terminado mi intervención diciendo que la protección de los acreedores y, sobre todo, la lucha contra el fraude es fundamental, y la separación de bienes, la disolución del consorcio y la adjudicación de bienes, es un vehículo muy propicio. Claro que es buena la nueva ley, pero no nos debe llevar a una especie de renuncia de nuestras competencias en materia legislativa.

Otra cuestión es que la Comisión Aragonesa de Derecho Civil —no sé si puede hacerlo *de motu proprio* o no—, o las Cortes aragonesas o algún Grupo Parlamentario de las Cortes de Aragón se planteen esta cuestión —y no sólo en esta materia porque la Ley Concursal plantea muchísimos otros problemas civiles (art. 77...)— y consideren adecuar estas particularidades a nuestro derecho sustantivo y que sean las Cortes de Aragón las que decidan aplicar en Aragón la presunción muciana o lo que se quiera aplicar.

Pero que desde las Cortes Generales por vía de una ley que no es sólo civil, pero que contiene normas civiles, se modifique nuestro derecho... Es decir, nuestro derecho creo que era claro a partir del día 23 de abril. ¿El día 1 de septiembre cambiará con la entrada en vigor de la ley y será aplicable la presunción? Otra cosa es que lo decidiéramos los aragoneses, pero yo pienso que aunque desde luego la finalidad de luchar contra el fraude nos debe impulsar, yo pienso que ello debe ser sin hacer esta dejación de nuestras competencias legislativas.

**Fernando García Vicente. Justicia de Aragón**

Yo en esto estoy de acuerdo. Yo creo que somos muchos los que estamos en esto de acuerdo. A lo mejor esta ley nos obliga a replantearnos algunas cosas porque hay que seguir avanzando.

**Honorio Romero Herrero. Notario**

Me gustaría tener aquí la Ley Concursal, porque no la recuerdo, pero quizás estemos discutiendo aquí algo que lo resuelve la propia ley por otro camino, que son —hablo de memoria y mi memoria es bastante mala, cada vez peor— los negocios jurídicos celebrados por el concursado en un período anterior, cuáles se presume que se pueden impugnar y sobre todo en relación con qué personas se han celebrado, con los familiares... A lo mejor por ese camino lo está resolviendo la Ley y nos estamos volviendo locos ahora. Gracias.

**Carlos Carnicer Díez. Moderador**

Si no hay más intervenciones, yo aprovecho que está el Justicia de Aragón, que es eficaz promotor y defensor de la legislación aragonesa, y que están aquí todas las instituciones que representan a los juristas aragoneses, y cubriendo omisiones que he tenido al principio —recordaré desde el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, pasando por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, el Colegio de Procuradores, todos los Colegios Profesionales—. Yo creo que lo que distingue en este mundo modernísimo y globalizado a las regiones, lo que las distingue de verdad no es ya sólo el derecho al que todas las Comu-

nidades nos aferramos como elemento de civilización, sino el derecho como elemento de competencia.

Recuerdo que el Estado de los Estados Unidos en el que reside el mayor número de empresas y las empresas más dinámicas de todos los Estados Unidos no es el Estado que tiene una fiscalidad menor. Al revés, la tiene mayor que todos los demás Estados. Pero, sin embargo, tiene los Tribunales más competentes, los abogados más competentes y el derecho más ágil y garantista de los acreedores de todos los Estados Unidos de América. Por tanto, bienvenida la iniciativa de revisar nuestros textos. No pasa nada porque las leyes sean nuevas. Lo que las leyes tienen que ser es buenas, no importa que sean viejas o nuevas. Y con este espíritu termino felicitando a todos vosotros y agradeciándoos vuestra participación y a los ponentes su magnífica ponencia. Buenas tardes y muchas gracias.