

GESTION Y PASIVO DE LA COMUNIDAD CONYUGAL ARAGONESA

PONENTE:

Joaquín Rams Albesa

Catedrático de Derecho Civil

COLABORADORES:

Rosa M.^a Bandrés Sánchez-Cruzat

Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

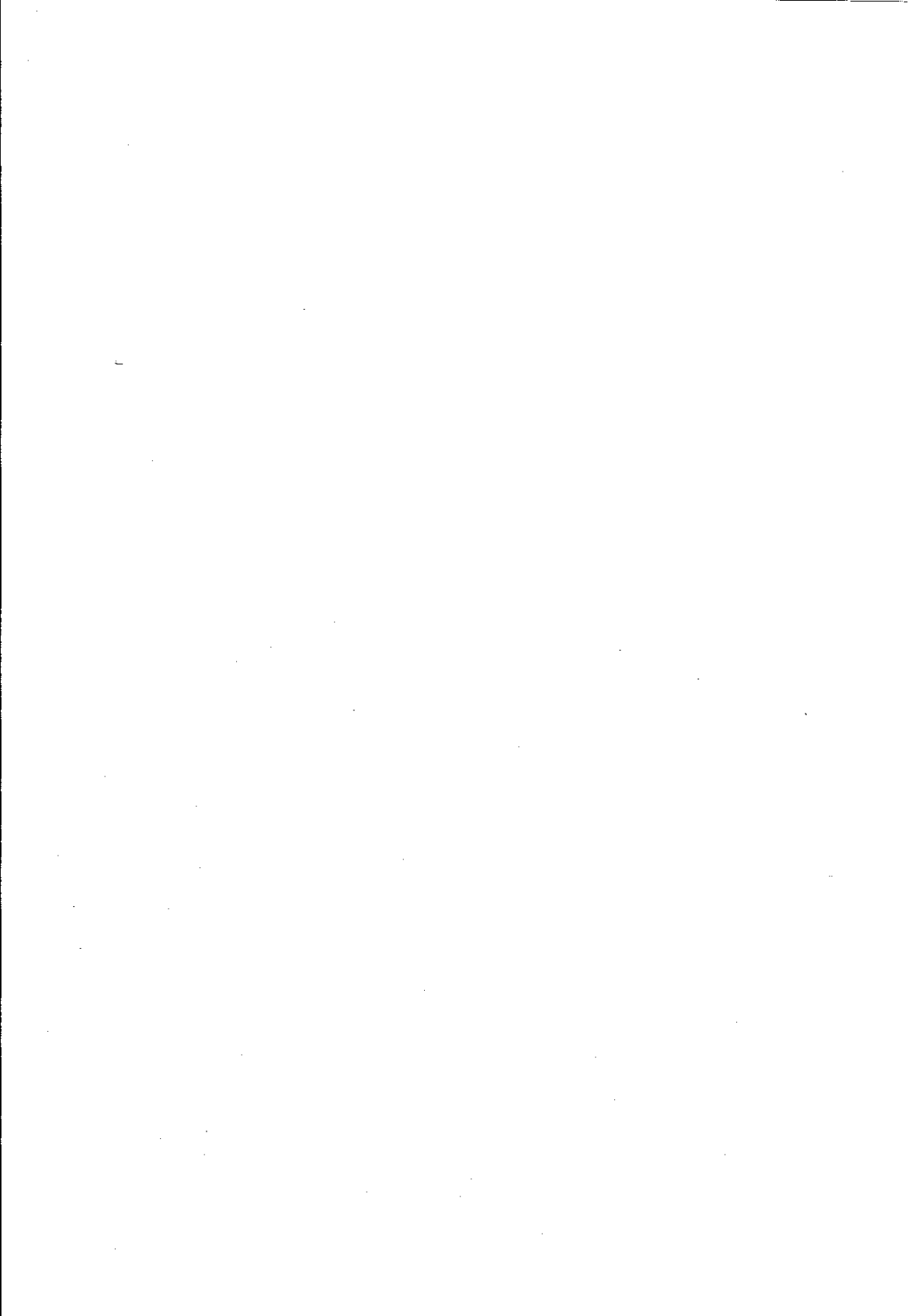
Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo

Abogado

MODERADOR:

Francisco Curiel Lorente

Registrador de la Propiedad



GESTION Y PASIVO DE LA COMUNIDAD CONYUGAL ARAGONESA *

por

Joaquín RAMS ALBESA
Catedrático de Derecho Civil

«Empezar a hablar de un tema tan abstruso como éste plantea siempre muchas dificultades. Primero, porque a este tema, uno está acostumbrado a enfrentarse con pluma y papel, y en segundo lugar porque el sistema conversacional con gentes de la tierra, que conocen y viven este Derecho, a uno le asusta bastante. Agradezco muchísimo el que hayan pensado en mí, porque realmente ésta es la tercera vez que hablo en público, y no tan numeroso, en esta ciudad, desde mi licenciatura. Lo que sí realmente me ha acongojado es entrar en esta casa, que para mí representa muchas cosas: aquí he aprendido el valor de lo que es la libertad, en una época en que no la había; aquí he aprendido que existe la posibilidad de discrepar, lo cual en los años cincuenta y sesenta era demasiado; aquí he conocido también a quienes fueron mi maestro y mis mejores amigos.

El tema de hoy tiene dos vertientes: una bastante bien manejada, con las discrepancias debidas, que se refiere al aspecto de los ajenos al Consorcio, sus garantías y sus situaciones de transmisión y de gestión de los bienes; y otra, *ad intra*, que está bastante menos estudiada porque se presta mucho menos a través de las técnicas con que nos hemos venido enfrentando con los textos compilados, cual es la exégesis de artículos. En la exégesis de artículos brilla con particular soltura la posición de todos aquellos que se relacionan con el entramado del Consorcio, y sin embargo éste queda muy apagado, tan es así, que a veces nos creemos que el sistema secuencial con el que están ordenados todos los regímenes, no el nuestro en particular, obedecía a este tipo de secuencia. Tal vez la sorpresa mayor se deba a una errata —las maravillas que puede crear una errata—. Como ustedes saben, en el artículo 1.375 del Código Civil hay una errata flagrante. Literalmente el precepto dice: «Que en defecto de pacto en Capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde a...». Este «disposiciones» ha sido una errata fructífera; tanto así que en el momento en que se encargó al profesor Lacruz de hacer la edición de las erratas, para enviarlas al «Boletín», por encargo del propio Ministerio, en una charla desenfadada decidimos mantenerla, porque daba mucho más juego que la propia literalidad. «Disposiciones» venía a ser mucho más que «disposición», tanto que era la forma de vivir el régimen, la forma de enfrentarse matrimonialmente al propio régimen y por supuesto lo que suplía la disposición de bienes, tanto a título oneroso como gratuito. Eso que allí es errata, en el artículo 48-1.º de nuestra Compilación es contenido cierto y directo, si bien «aprovechando, según esa frase vulgar en Castilla, que el Pisuerga pasa por Valladolid...», se unieron las decisiones sobre la economía familiar en un texto que muy bien no pega. El texto primero de la gestión da, a quien siendo técnico lo lee, un poco de preocupación, si no conoce los trabajos de la Comisión; si los conoce, queda muy tranquilo para saber que la economía familiar debería figurar en un artículo que indicase la totalidad del régimen.

La economía del régimen, la economía familiar, es el motor interno del régimen económico matrimonial. Tiene muchos inconvenientes como ocurre a cualquier cuestión de principio inspirador. La economía familiar se toma con acuerdos conjuntos de los cónyuges, se vive como tal pero no tiene en el aspecto externo ninguna manifestación. Ningún acto que sea contrario a los acuerdos internos de la economía familiar, y como acuerdos internos no documentados, no reglamentados, no incorporados a documento público alguno, no afectan ni poco, ni mucho, ni nada, a los terceros. Lo que ocurre es que ha incorporado algo que en la sociedad de gananciales puede ser sólo acercamiento, que no es un problema de deber de información, sino que es la obligación de vivir de consuno un régimen, que es mucho

* Transcripción realizada por el abogado D. Rafael Merino Gavín.

más y que además supone que, al saltárselo, ésa sí que es una causa razonable y no la no información reiterada, porque a veces hay informaciones que no se dan y sin embargo forman parte del contexto, sí es un elemento para pedir la disolución.

El problema de la economía familiar me ha hecho ver el régimen desde un punto de vista interno, que es el que traslado aquí, porque los regímenes económico-matrimoniales desde el punto de vista de la titularidad, de las habilitaciones y de los defectos de titularidad y habilitaciones que son evidentes, están bastante bien estudiados. Desde las ponencias para el régimen de gananciales, que algunas son muy aplicables a nosotros, iniciadas por los Colegios Notariales, han servido de desbroce general y esas cosas están claras, sin embargo el elemento interno sigue siendo un desconocido. Si miramos desde el punto de vista interno, es evidente que el activo no es un conjunto de bienes que se van asignando a cada masa y que esa masa forma parte de una especie de titularidad, y que esa titularidad es la que predetermina ciertos movimientos económicos. Desde el aspecto interno se pone de manifiesto algo que se echa en falta después de hacer la liquidación. Las reglas de pertenencia al activo suponen todo un condicionante de qué masa es la que recibe determinados bienes, pero sólo de cara a la gestión. Un bien adquirido con dineros consorciales, puede entrar en una masa privativa, gestionarse por el titular de la masa privativa, y sin embargo, en el momento de la liquidación tiene que figurar como reintegro de su coste inicial actualizado o el propio bien, porque es algo que no es un problema de liquidación económica, como si de entre extraños se tratase. Dígase lo mismo de las otras masas.

Es decir, desde el punto de vista interno y desde el punto de vista de la existencia de una economía familiar, presupone que el activo es una forma de determinar quién está habilitado-legitimado para gestionar y responsabilizar determinados bienes en función de la masa en que estén. El pasivo entonces no es la lectura de doble contabilidad del activo, sino el régimen de cargas generadas por la convivencia de la economía familiar más la gestión, por quien le corresponda, de cada una de las tres masas que necesariamente están presentes en el conjunto. Así, desde el punto de vista de la economía familiar, la gestión es la que marca realmente cuáles son las situaciones de pasivo, y en el régimen aragonés más que en ningún otro, porque los acuerdos familiares, como veremos después, pueden predeterminar ciertas situaciones que no están nada claras en la lectura vertical descendente de los artículos.

Gestionar tiene unas connotaciones y ha tenido una interpretación de la que no nos hemos deshecho. Las reformas de 1975 y 1985 para el Código Civil, las de 1967 y 1985 para nuestra Compilación, no han podido ver algo que nuestros profesionales del Derecho han incorporado al sistema. Casi toda la gestión anterior a las reformas y, por inercia, después de las reformas —y creo que esa inercia es la que hay que variar— parten de la posibilidad de que cualquier desplazamiento entre masas o que cualquier cuestión que no responda literalmente a las normas establecidas para el pasivo, el activo y la gestión, puede esconder detrás un fraude para terceros. Esto lo pusieron de moda los franceses, los comentaristas y exégetas del Código de Napoleón, y lo hemos copiado tal cual; teniendo un poco de curiosidad por esta materia, yo me preocupé hace unos años de mirar cuántas anulaciones de actos se habían realizado por fraude de acreedores en zonas por donde se predicaba que la economía consorcial estaba en manos de un solo cónyuge y que el otro recibía sólo liquidadamente la mitad, y que se recibía antes o había una permuta o cualquier otra actividad, constituía fraude y era igual en los sitios donde se podía que en donde no se podía. Prácticamente ninguna. Presumir el fraude, incluso intelectualmente, me parece que es jugar con trampa, y cuando se juega con trampa, las normas pueden decir todo lo que queramos que digan, son muy elásticas. Si prescindimos de esta materia, nos encontraremos que el esquema de la economía familiar responde a muchos supuestos que se dan en la vivencia de nuestro Derecho. Si no hay economía familiar no tiene demasiado sentido hablar de usufructo vital, de verdad, mucho menos de comunidad continuada, y desde luego es horripilante hablar de testamento mancomunado, si no estamos viviendo una economía familiar. En la economía familiar nadie niega que el titular de las masas privativas la pueda gestionar, tampoco

se niega, tal y como está estructurada hoy nuestra Compilación, que ambos cónyuges a dos tienen lo que se llama cargas familiares, algo más amplio que la vieja potestad doméstica y más restringido que una gestión universal, pero lo que sí está claro es que sí es relevante a los efectos de vivir el régimen como el titular de una masa privativa la administra. Como el sistema de las tres masas se comunican en materia de gestión, no en materia de contabilidad, no en materia de responsabilidad, y no en materia de deudas.

La crítica y el análisis que han recibido los regímenes comunitarios tienen mucho de contenido profesional. Es decir, cada estamento profesional ha ido viendo cuáles eran los problemas con que se enfrentaba y han propiciado una visión *ad extra*. Sin embargo, los destinatarios reales del régimen son el marido y la mujer y no los terceros. Los demás tienen una situación refleja de esas normas y no una situación de directa aplicación; para mí esa fórmula es muy importante.

El artículo 48 de la Compilación, lo que para mí es un defecto asumible de la reforma de 1985, porque ésta no me desagradó pero tampoco me entusiasma. A la vista de cómo se había construido la Compilación de 1967, quienes hemos tenido la fortuna de poder consultar directamente los apuntes del Seminario para la Compilación del Derecho de Aragón, vemos que este trabajo previo no se realizó en la reforma de 1985, y el defecto más grave de ésta no es lo que dicen sus textos, sino que está en algo que me parece muy poco aragonés; nos hemos sentido los aragoneses tan orgullosos de que la sociedad de gananciales se haya inspirado en nuestra legislación, que no se nos ha ocurrido cosa mejor que inspirarnos en la sociedad de gananciales para resolver los problemas que planteaba nuestra Compilación, a los efectos de la aplicación de la libertad profesional y de la igualdad de los cónyuges. Además, si algo en la reforma del 81 dejaba mucho que desear, a mi modo de ver, es el encauzarla por la vía constitucional. Que yo sepa, y a mi criterio, ser libres o ser iguales no es algo que nos dé la Constitución. La Constitución nos puede liberar de trabas que nos han hecho desiguales o menos libres, pero la libertad y la igualdad de la Constitución, y de los demás textos referidos al matrimonio y a la familia, no obliga ni de cerca ni de lejos a determinadas medidas que yo comparto. No podemos decir que el lenguaje del Código Civil —Sociedad de Gananciales— sea la aplicación directa de un mandato constitucional. Nuestros vecinos del Norte han conocido, nada menos que hasta el año 1985, una comunidad señoreada por el marido, y siguen diciendo que son ellos el país de la libertad, de la igualdad y de la fraternidad (seguro que no están dispuestos a admitir que han sido segregacionistas de ningún modo). El problema no es de constitucionalidad o de inconstitucionalidad, el problema es de vivencia, y lo que llegaba es con retraso. Los matrimonios, o al menos la mayoría, vivían esa igualdad y esa libertad, gestionaban, salvo cuando aparecían como otorgantes de instrumentos públicos, y gobernaban con la mayor libertad. Recuerdo que siendo yo estudiante, acudí a una de las sesiones del Seminario, y me quedé muy sorprendido cuando me enteré de que se predicaba que el marido era dueño y señor de los muebles y de los bienes comunes. Esto me causó tal sorpresa porque en mi pueblo ninguna mujer muy aragonesa hubiese pasado por decir que no era ella tan señora y tan dueña de los muebles y de los bienes comunes como el marido. Es más, teniendo el marido en el monte desde el lunes hasta que terminase la tarea, gestionaba, vendía, reparaba y administraba todo el patrimonio que quedaba en su mano; el marido labraba (que no es gestionar precisamente).

En el artículo 48 de la Compilación, no he entendido yo muy bien nunca, por qué se queda en una administración conjunta, salvo si no es por mimetismo, porque después resulta que las reglas de responsabilidad pueden interpretarse en líneas distintas. Ojo, una cosa es que la disposición en Aragón haya sido siempre con un consentimiento, asentimiento o intervención, que de todo hay; porque, entre otras cosas, aquellos pactos en los que había que disponer de bienes de cierto valor, había que renunciar, como mínimo, al derecho expectante de viudedad, y si alguien discute en serio sobre este derecho expectante de viudedad, se dará cuenta de que es una argucia para intervenir en la disposición de los bienes. No hay ninguna expectativa razonable en el resto del ordenamiento jurídico aragonés que haya que renunciarla antes. Luego el sistema es aprovechar una función para conseguir un resul-

tado bien distinto, cual es la participación y la noticia. No comparto en absoluto que la no intervención, ni de poco, ni de cerca, ni antes, no ahora, del cónyuge en la disposición de los bienes privativos, haga nulo el acto en que se interviene. En las disposiciones de la masa común, en este momento, sí la harían nula, porque no tenemos un elemento para decir que son disjuntas así en hipótesis inicial, ya que la regla de la administración conjunta creo que juega a dos vertientes: una como regla y otra como principio, es decir, que cuando no hay una habilitación específica en la norma para que intervenga uno de los cónyuges, se impone el común. Pero en este término, al introducir y aplicar la economía familiar, hay un error claro, y es que no se pueden tomar decisiones sobre la economía familiar de ningún modo por un cónyuge con el consentimiento del otro. Se podrá disponer y se podrá administrar, pero tomar decisiones sobre la economía familiar es algo que sólo puede tomar uno. La economía familiar sí es dual.

En el inciso segundo de este artículo 48, párrafo 1.º de la Compilación, falta la evidente conexión a todo el fenómeno que después se regula. El problema lo conocen ustedes bien. Cuando alguien quiere reaprovechar textos anteriores, quiere explicitarlos y quiere mantenerlos de determinada manera, acaba diciendo menos de lo que quiere o más de lo que quiere, casi nunca se coloca en el justo medio; ejemplo que les sirvo: el inciso segundo del artículo 51 de nuestro texto compilado, cuando se refiere a la vivienda habitual, dice dos cosas de imposibilidad: una, que se consiente, lo cual sí es un bien privativo no se consiente de ningún modo, en todo caso se asentirá, y se cita el mobiliario, cuando el mobiliario, entre nosotros, pues tanto al inicio por predicar la comunidad de muebles que no tengan el predicamento de sitios, como por el régimen de las ventajas, es evidente que los muebles son comunes; luego ésta es una situación de éstas típicas en las que hay una incorporación a un texto, donde se acaba diciendo bastante más de lo que se deseaba decir.

El consentimiento a que se refieren tanto el artículo 48 como el 51 de nuestra Compilación, no es tal más que para los bienes comunes, en donde se participa como titular, o al menos como titular aparente, dada la clasificación en la que hemos dicho que el activo es el que distribuye titularidades y habilitaciones. Aquí me gustaría que ustedes no tomaran titular por dueño, porque aquí sí hay veces donde existen problemas clarísimos de no dueño que sí es titular. El fenómeno del tratamiento desde dentro del sistema, da lugar a situaciones paradójicas que no lo son desde fuera. Aquí puede haber consentimiento, asentimiento y mera noticia. El asentimiento puede ser anterior, como decisión de la economía familiar, puede ser coetáneo y también puede ser posterior, incluso en algunos casos puede ser expreso o puede ser tácito. Por lo tanto, no se trata de un verdadero consentimiento, sino de un conocimiento. Se me ha planteado el problema de qué ocurre cuando alguien renuncia al derecho expectante de viudedad para una enajenación, si esto ha de tener valor de cumplimiento de los acuerdos de la economía familiar, si tiene valor de asentimiento o en qué consiente. Pongamos el ejemplo de la vivienda familiar; en este asunto primero nos han trasladado al ámbito del Derecho Civil un problema que es de Derecho Público y de economía. No me parece nada sensato trasladar el tratamiento de la vivienda e inflacionar de trato específico de la vivienda a normas que no tienen que ver directa o indirectamente con la adquisición de ese bien. Lo que sí tiene que ver desde nuestro punto de vista es el domicilio y su fijación, si es cuestión de dos. Sin embargo de la vivienda no necesariamente. Imaginemos que alguien es dueño de un inmueble que lo hereda de su padre; establecen en el piso principal derecha su domicilio; dando gracias al cielo resulta que se encuentran libres de inquilinos y en aquel momento deciden hacer una división horizontal para vender y el dueño, uno de los cónyuges, decide vender ese principal porque quiere subir al cuarto derecha o al quinto izquierda. No veo, desde ningún punto de vista, a qué viene el consentimiento, el asentimiento ni nada que se le parezca, porque la idea de domicilio no es un hábitat determinado, sino algo más que eso: un mundo de relación, un mundo de cercanías, un mundo de transporte, un mundo de escolarización de los hijos y un mundo mucho más complejo que el Fisco. Si alguien quiere cambiar y es el titular, ¿alguien va a adquirir bajo la condena pendiente de una anulabilidad totalmente anómala que se va a plantear y que además no

se sabe muy bien desde cuándo empieza su cómputo? Y es que el cómputo también plantea problemas: desde que se escrituró —si comparece y consiente en la venta—, pero sólo a los efectos de la viudedad, ya veremos si consintió, asintió o calló. Con todo esto, lo que quiero decir es que la vivienda se coloca como paradigma cuando no es el paradigma, sino una fuente de conflictos, y además conflictos graves. El 80% de los españoles son propietarios tan sólo de la vivienda en *iter* de adquisición y de un coche, éste es su patrimonio familiar. Bueno, aquí hay alguien, si es privativa, que desde el mismo momento, por el hecho de casarse, no tiene una masa propia que administrar, ni que gestionar, ni de que disponer y que depende del buen acuerdo del otro. Pues sinceramente yo creo que esto no puede ser de esta forma, esto debe ser afinado bastante más y que el problema del domicilio es uno y el de la vivienda es otro.

Segunda hipótesis: no cambian de piso, sino que alguien quiere capital y vende su piso y crea un derecho de uso o habitación por un tiempo limitado, porque requiriendo capital para su negocio, decide hacer eso. Si no hay cambio de domicilio, ante la expectativa de que ése será un cambio de domicilio diferido (en el caso de la habitación, posible y en el caso del uso puede ser perpetuo, mientras vivan), ¿ha de faltar esa intervención? Creo que no, ni siquiera si lo es en régimen de alquiler sin Ley Boyer, es decir, sin plazo, indefinido; creo que eso hay que reconducirlo al domicilio y entonces hay que dejar que las gestiones de las masa sean tan vivaces como lo son en todo lo demás, si no estamos empezando a colocar cónyuges y familias de otras categorías, pese a predicar que todo esto se hace en nombre de la libertad y la igualdad, lo cual es bastante preocupante.

La gestión plantea problemas técnicos, pero hay un dato que supone una claridad del sistema en la que a mí me hubiese apetecido mucho que el legislador hubiese separado la economía familiar, para que se viese que ésta no se limita a las masas comunes, porque colocada en el artículo 38 de la Compilación, podemos tener la tentación doctrinaria de decir que eso sirve en la economía, en las decisiones en que los bienes son comunes, pero no en los privativos, cuando nuestro sistema de testamento mancomunado y de ejercicio de la viudedad en sus etapas preparatorias, que son las que nos dan reflejo de patrimonio, se interviene tanto en los bienes privativos de uno como de otro; por tanto, la idea de la economía familiar también hay que hacerla extensiva al artículo 51 de la Compilación.

¿Qué ocurre con la gestión vista desde el prisma anterior? Que creo que algunas cuestiones internas se desentrañan, por ejemplo, no resultando tan embarazoso hablar de las atenciones particulares de cada uno de los cónyuges, porque parece que son reflejo de la economía familiar que se vive, y, al hablar de las atenciones legítimas de la familia, en los textos del seminario se ve claramente que se ponía «atenciones normales» (se cambió a «legítimas» por cuestión de estilo, y curiosamente, en una nota manuscrita del profesor Lacruz dice «... y para salvar la opinión de la Comisión de Códigos en Madrid», porque había muy pocas referencias a la familia legítima en la época). Tan es así, que con esa línea puede entenderse y valorarse lo que son los réditos e intereses normales, cosa que si no parece que se trate del *quantum* (si uno obtiene dinero a interés alto o tiene que acudir al usurero de turno, ocurre que entonces no es consorcial, sino que es privativo, es decir, que aquél que va mal económicamente hablando, tendrá que pechar con los réditos, y el que va bien de economía y tiene intereses preferentes, no (porque «normales» se refería exactamente con el mismo valor, es decir, aquello que está en el giro, en el tráfico y en las actividades propias, sin más). Por lo tanto se refiere tanto al *quantum*, es decir, a aquél que no contraviene, como a aquél que se mueve dentro de la línea de la economía familiar y no obtiene créditos fuera de esa línea, porque es exactamente la misma ratio que la del apartado 5.º, igual que para el capital se trata para los intereses (con la diferencia que los intereses entran, salvo excepción, todos) y por eso el adjetivo es normal, porque los ingresos de la masa común, no se parte de liquidaciones de cada una de las operaciones que hacen las masas, no hay ingresos netos, sino que entra lo que se produce y sabe lo que cuesta producirlo y por lo tanto no hay un sistema de enriquecimiento de la masa común sólo por rendimientos netos de las actividades o de los bienes.

La literatura jurídica en torno a las atenciones que reciben los bienes privativos, se ha fijado mucho en lo del «diligente usufructuario». Este diligente usufructuario tiene muchas lecturas y creo que casi todas son válidas desde el punto de vista de los resultados prácticos. Ahora bien, siempre que partamos de una base: ni la economía familiar, menos la masa común, es usufructuaria de los bienes privados, ni los titulares de bienes particulares se convierten, por el hecho de tener un régimen consorcial, en meros usufructuarios. Son dueños, y en la medida que el ejercicio de su dominio coincide con las actividades de costes y gastos que valen para un usufructuario en mejoras, reparaciones ordinarias, en algunas extraordinarias, corren de cargo de la comunidad y en la medida que la mejora es de pura ostentación, ornato, de mejora por la vía del valor —ya que nuestra comunidad es de bienes y no de valores—, y por lo tanto cualquier incremento de valor para el que se obtengan créditos y si sólo va encaminada a la obtención de una mayor valoración de los privativos y no pareja a un incremento de los rendimientos en favor de la masa, es una carga privativa clarísima.

A mí siempre me ha parecido un acierto que en el artículo 41 de la Compilación, no figuren como cargas y deudas comunes, la atención del patrimonio común. Es decir, este catálogo del artículo 41 no nos da, sencillamente, todas las cargas y deudas comunes, sino todas aquellas cargas y deudas comunes que deben valorarse desde su resultado, como es en materia de capital, desde su gestión normal, ordinaria o legal, o desde los acuerdos de la familia más la ley, como ocurre en materia de alimentos e hijos. Así pues, aquí hay dos tratamientos: los que tienen límites, impuestos por la Ley, y los que no los tienen. Los que se imponen por la Ley o tienen límites entran en el catálogo, y los que son producto natural del sistema no entran, con lo cual queda mucho más claro.

Quedan tres aspectos que sólo querría señalar:

Primero.—Si es cierto, que lo es, que los bienes comunes son de titularidad conjunta en Aragón, y si quedaba alguna duda, es claro que cuando en los sistemas de pasivo se ponen los sistemas de responsabilidad que podemos estudiar en los artículos 42 y 43 de la Compilación, eso ya no ofrece ninguna duda, aunque ofrezcan muchas dudas para las situaciones de habilitación y de responsabilidad; sin embargo, por lo que se refiere al sistema interno no ofrecen duda.

Por último, en cuanto a los efectos de nuestro traído y llevado artículo 46-1.º, que se ha convertido en pieza clave del sistema, yo querría dejar dos puntualizaciones:

—En primer lugar, si valoramos en sus justos términos las palabras «siempre» y «corresponde», creo que todas las demás cuestiones que se plantean son puramente procesales, es más, algunos puros inventos procesales, y digo esto porque, con todo el respeto que me merece el poder judicial, creo que el Derecho material debe aplicarse, tenga o no que retorcerse el cuello a la Ley procesal, porque si no, constitucionalmente, alguien queda indefenso.

—En segundo lugar, si somos capaces de colocar en el mismo saco, porque en el mismo saco debemos colocarlos, a los acreedores del consorcio y al cónyuge no deudor (porque con el cónyuge deudor estamos volviendo a lo que avisaba al principio: el sistema es que puede ser un potencial partícipe en un sistema de fraude), el problema es que si se arremete a más de la mitad, los acreedores comunes y los acreedores del otro cónyuge están siendo burlados por un artilugio procesal, y eso sí que puede ser más fácilmente entendido. Saquemos a un cónyuge si tanto problema nos plantea, porque en el artículo 1.373 del Código Civil, que es de donde hemos heredado el problema, allí sólo se habla del cónyuge, y aquí se coloca a los acreedores por deudas comunes, es decir, aquí se puso la venda y el parche antes de la pedrada, y por lo tanto, que se nos aplique lo que el Tribunal Supremo ha entendido que es de aplicación al 1.373, al artículo 46-1.º, a mí me intranquiliza mucho. No creo que esté de más el formular una norma aragonesa en esta materia. Lo que yo no tengo duda es que si el Justicia de Aragón estuviese aquí, apoyaría mi postura, y así, si tuviésemos un procedimiento judicial seguido, no al privilegio, sino al derecho de manifestación, esto ya estaría resuelto.»

GESTION Y PASIVO DE LA COMUNIDAD CONYUGAL ARAGONESA EN SUS FUENTES Y EN LOS PROTOCOLOS NOTARIALES DEL SIGLO XVII *

por

Rosa M.^a BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

Profesora Titular de Universidad. Magistrada del T.S.J.A.

SUMARIO

1. Prólogo de la Compilación de los Fueros de Aragón. — 2. Prólogo a las Observancias. — 3. Breve examen sobre el contenido de Fueros y Observancias. a) Obligaciones comunes a ambos cónyuges. b) Obligaciones contraídas por el esposo. c) Obligaciones contraídas por la esposa. — 4. Régimen paccionado. a) Deudas contraídas constante matrimonio. b) Deudas contraídas con anterioridad a la celebración del matrimonio. — Cargas de la comunidad conyugal. a) En los Fueros. b) En las Observancias. c) Régimen paccionado. — Apéndice documental. Activo de la comunidad. Pasivo de la comunidad.

Voy a centrar mi intervención sobre la gestión y el pasivo de la comunidad en dos aspectos sobre las Fuentes del derecho histórico aragonés. Uno muy breve, que no es sino una reflexión sobre los Prólogos de las dos Fuentes más significativas, y el otro menos breve, sobre sus contenidos.

1. PROLOGO DE LA COMPILACION DE LOS FUEROS DE ARAGON

Señala el Prólogo de los Fueros de Aragón, compilados en Huesca, que Jaime I, concluido el tiempo de las armas, da comienzo el de la paz, ... y reúne Corte General, para examinar, de forma muy sutil, el derecho escrito procedente de sus antepasados, ... añadiendo, quitando, sustituyendo, explicando los Fueros de Aragón. Y decide así compilar en un solo texto, los fueros que le presentan los aragoneses, justificándolo por considerar que no se encontraba ninguna escritura cierta o auténtica de los fueros de Aragón⁽¹⁾, en tanto que los foristas, codiciosos de aparecer sabios entre las gentes, escondían envidiosamente algunos libros de los fueros, por lo que debía de juzgarse «de corazón».

Para evitar esta situación, que era considerada mala, es por lo que el 6 de enero de 1247, promulga en Huesca, la colección compilada de fueros y encarga a todos los bailes, justicias, zalmedinas, jurados, alcaldes, jueces y a todos aquellos que administran justicia como también a todos los súbditos, que los utilicen exclusivamente en todos los pleitos. A partir de esa fecha, ya no puede juzgarse «de corazón» sino con arreglo al Libro, libro cuyo contenido responde al de un ordenamiento judicial por lo que pudiéramos llamarlo «Libro de los juicios» al igual que el visigodo⁽²⁾. Aceptándolo así, tendríamos ante nosotros el texto de la primera ley procesal, originariamente aragonesa, cuyo contenido se refleja en la Compilación vigente, por cuanto que de sus ciento cincuenta y tres artículos, en veintidós de ellos, hay hasta cuarenta y una referencias a los órganos judiciales: al juez, juzgados de Primera instancia y Tribunales.

* Se publica en texto de la intervención enviado por su autora.

(1) SAWALL Y PENÉN: *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, tomo I, Zaragoza. 1866, pág. VII. Idem, edición facsímil, Zaragoza, 1991.

(2) LALINDE ABADÍA, Jesús: *Los Fueros de Aragón*, Zaragoza, 1975.

Se dice, pues, que todas las justicias deben juzgar, tal y como lo manda el fuero, y si por ventura éste no bastare, ordena se juzgue por el sentido natural —per naturales sesos de buenos omnes e leales— o por la equidad —vel equitatem— según el Manuscrito 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid⁽³⁾.

2. PROLOGO DE LAS OBSERVANCIAS

Si incompleta quedó la Compilación de Fueros, al no recogerse todos los existentes, según referencia del propio monarca, lo mismo ocurrió con la compilación de las Observancias, auspiciadas por Alfonso V, pero llevadas a cabo bajo la autoridad de su esposa la Reina gobernadora, Doña María. En el Prólogo que a las mismas realiza Antich de Bages⁽⁴⁾, se dice que algunos de los jurisperitos que confeccionaron las observancias, procuraron que no ingresaran en ellas muchas observancias antiguas. Esto no obstaba para que continuaran vigentes. La razón que daban es que si se compilaban todas, los jurisperitos nuevos vendrían a saber en poco tiempo tanto como los viejos, y no los respetarían. En cambio, conservando parte de las observancias inéditas, en su cabeza, siempre serían respetados por los jóvenes, que irían a aprender de ellos las no publicadas.

Por lo que, para alcanzar un conocimiento completo del derecho privado histórico aragonés, no queda más remedio que acudir a las Fuentes documentales.

3. BREVE EXAMEN SOBRE EL CONTENIDO DE FUEROS Y OBSERVANCIAS

La familia medieval, como institución jurídica, destinataria de las normas plasmadas en la Compilación de Huesca o Fueros de Aragón, era el producto de las influencias del derecho canónico, judío, visigodo o franco, y en menor instancia del romano.

Por lo que afecta a la gestión y pasivo de la comunidad conyugal aragonesa, la influencia visigoda se manifiesta: en el régimen de comunidad absoluta de bienes, por la práctica de la contratación conjunta; en la protección hacia la familia cognaticia, basada en vínculos naturales, con desconocimiento, en ese momento, del instituto de la adopción; en la ausencia de la patria potestad por la autoridad conjunta de los padres; en la falta de capacidad plena del hijo, que aunque mayor de edad sigue viviendo con los padres; y en el rechazo del principio romano «*ultra vires hereditates*» (art. 44 CDC).

En la sociedad matrimonial, el pasivo de la comunidad viene integrado por: deudas contraídas antes del matrimonio y deudas contraídas constante matrimonio; éstas generan:

- a) Obligaciones comunes.
- b) Obligaciones del esposo.
- c) Obligaciones de la esposa.

a) Obligaciones comunes

Según la regulación en Fueros y Observancias se distinguen:

1. Las contraídas por ambos cónyuges.
2. Las contraídas por el esposo con el consentimiento de la esposa. Y
3. Las contraídas por el esposo y no consentidas por la esposa.

Todos los bienes muebles, tanto del marido como de la esposa, están obligados al pago de las deudas y si éstos fueren insuficientes, los débitos tendrán que ser pagados con los frutos de los bienes inmuebles comunes, según determina el Fuero 2.º «*De contractibus coniugum*».

⁽³⁾ TILANDER, Gunnar: Lund, 1937, pp. 3-7. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, R. M.: *Textos de Historia del Derecho*, Ed. Mira, Zaragoza, 1988.

⁽⁴⁾ LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Metodología del Derecho Privado de Aragón», ADA, 1945, pp. 103-135.

Responsabilidad «inter partes».

Las deudas contraídas sólo por el marido y consentidas por la esposa tácitamente, obligarán únicamente los bienes muebles, siempre que el marido administre la casa como un buen padre de familia. Pero, si la esposa hubiera dado expresamente su consentimiento, se podrán gastar para el pago de las deudas tanto los muebles como los inmuebles o sitios, sean del esposo o de la esposa. Según el fuero 2.º «De contractibus coniugum» y la observancia 64 «De iure dotium».

Las deudas contraídas sólo por el marido y no consentidas por la esposa, siempre que fueran para atender las necesidades de la casa, tales como comer y beber, siempre que el marido sea un buen administrador, la esposa pagará «una parte» de la deuda, pero no dice la observancia 29 «De iure dotium», que sea la mitad. No perderá el derecho expectante de viudedad, si hubiere que pagarla con los sitios.

Conlleva responsabilidad «erga omnes».

Si los bienes comunes resultaran insuficientes para pagar las deudas del marido, la mujer podrá enajenar la dote, según la observancia 39 «De iure dotium»; para ello será preciso que esos bienes hubieran sido obligados de manera especial a otra persona por el marido, o hubieran sido embargados judicialmente a instancia de los acreedores, en caso contrario muerto el marido la mujer tendrá y poseerá los bienes que le fueron asignados como dote y no podrán ser embargados por deudas o indemnizaciones del marido, según la observancia 56 «De iure dotium».

Las relaciones internas del matrimonio (Obs. 26) se llevarán a cabo de acuerdo con las decisiones que tomen los propios cónyuges, fijando los bienes más adecuados para hacer frente a las obligaciones contraídas, dejando a salvo, siempre que sea posible, la dote (Obs. 52 y 56 «De iure dotium»), las ventajas (Fueros 7 y 9 «De homicidio» y Obs. 9 «De iure dotium») y el derecho expectante de viudedad (Obs. 2.ª «Ne vir sine uxore» y 26 «De iure dotium»).

b) Deudas y obligaciones contraídas por el esposo

Cuando el esposo premoriente ha sujetado a obligación un bien mueble, la mujer queda obligada a pagar la mitad de la deuda, aunque no se haya obligado, siempre que quisiere tener la mitad sobre el bien mueble, en caso contrario no tendrá nada, puesto que renuncia a todo derecho sobre el mueble (Obs. 31 «De iure dotium»).

La misma situación se produce en otros casos regulados por las observancias que llevan el mismo título. Cuando el esposo premoriente había comprado algunos bienes muebles o inmuebles, sin haber satisfecho el precio (Obs. 28). Cuando ha gastado, en las necesidades de la casa tales como comer y beber o en otras, el dinero que ha recibido en préstamo o en cereal (Obs. 29), o bien cuando el esposo lleve un pleito para exigir el cumplimiento de unas deudas. Si es por otro motivo, la esposa no está obligada salvo decisión conjunta en contrario (Obs. 30).

Tienen también la consideración de deudas del esposo los gastos de sepultura (Obs. 6 «De secundis nuptiis») y siempre o en toda circunstancia en que se demuestre que es un mal administrador (Obs. 29 y 64 «De iure dotium» a contrario sensu).

c) Deudas contraídas por la esposa

No se regulan. Y no se regulan porque las Observancias reiteran hasta la saciedad que el esposo es el «dueño», o es el «dueño y señor», o es el «dueño, señor y administrador» de los bienes muebles «que le son comunes con su mujer» (Obs. 32, 33 y 36 «De iure dotium») y puede venderlos, exceptuando cuando se halle enfermo y muera de esa enfermedad, en cuyo caso la venta, si ya la hubiere realizado y hubiere sido en perjuicio de su mujer, no será válida (Obs. 1.ª «Ne vir sine uxore» y la 1.ª «De rerum amotarum»).

El marido es el administrador de los inmuebles o sitios y puede enajenarlos dejando a salvo el derecho de viudedad de su esposa, que quedará salvaguardado si no hubiera dado

su consentimiento para la venta, en caso contrario el consentimiento expreso equivale o conlleva la renuncia al derecho (Obs. 26 «De iure dotium» y 2.^a «Ne vir sine uxore»).

Asimismo, la administración de los bienes comunes queda reservada al marido, presumiéndose que en los gastos domésticos será un buen administrador (Obs. 29 «De iure dotium»), y administrará la casa como un buen padre de familia (Fuero 2.º «De contractibus coniugum»).

En su ausencia las facultades de administración, posesión y gobierno de los bienes comunes y propios del esposo corresponden a la esposa, que será la que asuma la responsabilidad, excepto si se le nombra por parte del esposo un procurador con poder especial para ello (Obs. 27 «De iure dotium»).

Así pues, la responsabilidad de la esposa según la regulación de las Observancias queda reducida a llevar la administración y demás en ausencia de su esposo, con la excepción citada, o al estado de viudedad, donde se despliegan todas sus facultades.

Mientras tanto, todas las deudas, incluso las del gobierno de la casa, las derivadas de los gastos domésticos de comer y beber, son responsabilidad del marido por ser éste el que lleva la dirección de la vida familiar.

4. REGIMEN PACCIONADO

a) Deudas contraídas constante matrimonio

No muestran mucho interés los futuros cónyuges por regular en sus capítulos matrimoniales su régimen sobre las deudas contraídas antes de celebrado el matrimonio o durante la vigencia de éste. Por el contrario las deudas «que les son debidas a los contrayentes» tienen unas referencias muy concretas y abundantes.

De un total de 363 protocolos notariales estudiados, con ocasión de hacer la Tesis Doctoral sobre Capitulaciones matrimoniales de Zaragoza en los años 1600 a 1711⁽⁵⁾, únicamente en 45 de ellos hay pactos relativos al pago de deudas, y de ellos sólo en 34 se habla de las contraídas «constante matrimonio».

La fórmula utilizada en los protocolos dice textualmente que «las deudas hechas constante matrimonio se paguen de los bienes adquiridos y ganados a título oneroso si los hubiere, a medias y por iguales partes, y no habiéndolos de los bienes propios y hacienda del marido» (Protocolo n.º 6 de Jerónimo Montaner de 1627, matrimonio concertado entre Pedro Bertrán y Ursula Bellén).

En ocasiones también se dice «Sin que resulte obligada la futura esposa, aunque en ellas esté obligada» (N.º 5, Pedro Jerónimo Martínez de Aztarbe de 1603; José de la Casa y María Hernández).

El lenguaje utilizado en el siglo XVII, y principios del XVIII, no es siempre uniforme, junto a la expresión de bienes propios se mencionan también y de forma indiferenciada a los bienes aumentados, en clara referencia al derecho navarro (conquistados) y los bienes ganados, de referencia castellana (gananciales).

Los pactos contenidos en las capitulaciones matrimoniales se apartan con timidez de lo regulado en fueros y observancias, y esta tendencia se manifiesta respecto de la mujer, al permitir que queden libres sus bienes privativos, su dote, sus ventajas y su derecho expectante de viudedad tanto frente a las relaciones internas del consorcio, cuanto frente a las externas, por las deudas contraídas solidaria o mancomunadamente por ambos esposos.

En la capitulación de Miguel Manrique de Luna y Francisca Pérez de Nuevos y Abarca se declara que «los bienes adquiridos constante matrimonio, título oneroso, sean comunes

(5) BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUJAT, R. M.: *Estudio histórico-jurídico de las Capitulaciones Matrimoniales de Aragón en el siglo XVII (1600-1707)*, Tesis doctoral inédita, Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1979.

y divisibles, pagando primero de dichos bienes las deudas que constante matrimonio fueran **contraídas»** (N.º 3 de José Villanueva, de 1679). Coincide con la doctrina de Molino, para quien lo primero que debe extraerse de la masa de bienes, antes de proceder a la división, son precisamente las deudas, opinión contraria a la detentada por Juan Francisco de la Ripa para quien primero deben extraerse las dotes y los capitales respectivos de los cónyuges, en segundo lugar las deudas y a posteriori las ventajas forales. (Tesis doctoral R. M. Bandrés, inédita).

b) Deudas contraídas con anterioridad a la celebración del matrimonio

Sobre el pago de las deudas contraídas por los cónyuges, con anterioridad a la celebración del matrimonio guardan silencio los fueros y su regulación se halla únicamente en las observancias.

La solución que aportan para hacer frente al pago de las deudas contraídas por los futuros cónyuges, antes de celebrado el matrimonio e incluso antes de los esponsales, se recoge en las observancias 16 y 20 «De iure dotium» y en la 2.ª «De rerum amotarum» del libro V.

Sus contenidos hacen referencia a las responsabilidades «inter partes».

Si se trata de las contraídas por la esposa, se estima que deben pagarse con los bienes muebles comunes, que son tanto los de la esposa como los del varón, con quien después ha contraído matrimonio (Obs. 2.ª «De rerum amotarum»).

Y si se trata de las contraídas por el esposo, la esposa está obligada a pagar las deudas e indemnizaciones, e incluso a abandonar los bienes. Al pago de las cuales se les da tal prioridad que la Obs. 16 «De iure dotium», llega a decir, que deberán pagarse las deudas antes que proveer a la propia subsistencia, puesto, que no permite deducir los gastos necesarios para vivir.

Si el pago no se realiza por los cónyuges espontáneamente, puede llegarse al embargo y venta de los bienes necesarios del acervo común (obs. 2.ª «De rerum amotarum»).

Si no existieren bienes comunes o éstos resultaren insuficientes para cubrir las deudas del esposo, será responsabilidad de la esposa el saldarlas, llegando a tener que desamparar los bienes, lo que conlleva la renuncia a todo derecho sobre ellos.

Por otro lado, el consentimiento mutuo se hace necesario por cuanto la observancia 20 «De iure dotium», no permite a la esposa por sí sola, y sin contar con el marido, hacer el finiquito de las cuentas de lo que le adeuden terceras personas, antes de contraer matrimonio. En suma, con arreglo al contenido expuesto, según las observancias, las deudas se hacen efectivas sobre los bienes muebles comunes exclusivamente. No respondiendo el patrimonio privativo, ni los sitios.

En los protocolos notariales cabe distinguir dos aspectos diferentes:

- Deudas debidas por los cónyuges.
- Deudas que les son debidas a los cónyuges.

Los pactos establecidos por los futuros cónyuges, sobre el pago de las deudas contraídas con anterioridad al matrimonio son aquellos en los que 1.º se declara que se paguen de los bienes propios de cada uno de los cónyuges que las hubiere hecho y las debiere. Hay doce capítulos matrimoniales. Y 2.º que se paguen las deudas de la esposa de los bienes propios del esposo (una C. M.) o de los bienes de ambos cónyuges (una C. M.).

CARGAS DE LA COMUNIDAD CONYUGAL

- a) En los Fueros.
- b) En las Observancias.
- c) En el Régimen Paccionado.

Regula la Compilación del derecho civil de Aragón en su art. 41 las cargas de la comunidad señalando que las «atenciones legítimas de la familia y las particulares a cada cónyuge...».

a) En los fueros

Remontándonos al derecho histórico, observamos, que las primeras manifestaciones las encontramos ya, en la selección de fueros que hizo Jaime I en 1247. No puede hablarse, de que se hiciera una selección clara y precisa, ni de que se hayan recogido referencias expresas relativas a las atenciones legítimas de la familia y de las particulares de cada cónyuge, sino que por el contrario, apartándose de principios generales, que quizá no los hubiera, se recogen de forma bastante casuística, situaciones, que no cabe duda, debido a su importancia, para la familia necesitaron de regulación estricta.

La responsabilidad es «inter partes». Esta casuística se refiere:

- A las cargas que debe o no soportar la comunidad conyugal o el cónyuge viudo.
- A las cargas que debe soportar la comunidad conyugal por los gastos hechos por el fallecimiento de la esposa, o por socorrer a los padres necesitados sean de uno u otro cónyuge.
- A las cargas que debe soportar el cónyuge viudo por atender la provisión tanto de los hijos comunes como del hijastro o hijo de anterior matrimonio.
- Por el contrario, no son cargas de la comunidad los alimentos de los hijos extramatrimoniales.

Determina el fuero 1.º «De secundis nuptiis», que son cargas de la comunidad los gastos hechos como consecuencia del fallecimiento de la esposa, desde el día en que murió hasta el día en que recibió sepultura.

Los gastos hechos durante la enfermedad, no se mencionan en el Fuero, por tanto, presumiblemente se pagarán del acervo común de ambos cónyuges, y si había dudas respecto al tiempo que media entre el fallecimiento y el momento de recibir sepultura, que podría ser privativos, el Fuero señala expresamente que son cargas de la comunidad.

Sin embargo, no señala de dónde se abonarán los mismos gastos hechos por el esposo. Al quedar fuera de la regulación la recogió las observancias, la 6ª «De secundis nuptiis», que dice que los gastos de sepultura corren a cargo de los bienes del difunto.

El Fuero 1.º «De alimentis» no sólo supone un recordatorio, sino también impone el peso de la obligación al hijo o a la hija de socorrer al padre o a la madre necesitados, teniendo aquellos medios económicos. Los hijos que no cumplan voluntariamente con esta obligación para con sus padres señala el fuero que podrán ser obligados a ello. El contenido del fuero es breve, tanto que no señala, que podría hacerlo, como debe proveerse a cubrir esas necesidades de los padres. Deja libertad para fijar si será conviviendo en la misma casa, en otra propia, dándoles todo lo necesario para comer y beber, calzar y vestir, asistirles en su enfermedad, etc. La ayuda será en todo caso de acuerdo con su status y poder. No se señala, ciertamente si será la comunidad conyugal, la que soporte esta obligación o si será el bien privativo del cónyuge al que le corresponda. Los cónyuges decidirán de mutuo acuerdo, cuál de los patrimonios deberá soportarla.

Al cónyuge viudo se le recuerda, que debe seguir ejerciendo su autoridad sobre los hijos comunes del matrimonio, tras el fallecimiento de su consorte. El Fuero 2.º «De alimentis» (de 1390), indica que el cónyuge viudo debe proveer convenientemente a los hijos comunes del premuerto, dándoles alimento, bebida, vestido y calzado, provisión que puede ser arbitrada por el juez, faltando el cónyuge a las obligaciones que tiene contraídas, siempre y cuando el esposo o esposa fallecidos no hubieren dispuesto otra cosa en su testamento. También debe atenderse convenientemente al hijastro o hijo del anterior matrimonio, en iguales condiciones que al hijo común, según señala el fuero 3.º «De alimentis» (de 1398), ampliando así las cargas u obligaciones del cónyuge viudo.

Sin embargo, los hijos extramatrimoniales, sueltos, nacidos de soltero o soltera, no constituyen carga de la comunidad, puesto que no se les deben alimentos, ni éstos tienen derecho a reclamar nada, puesto que recibirán únicamente lo que espontánea y voluntariamente deseen darles sus progenitores. Tampoco tienen ningún derecho a conseguir nada de sus progenitores los hijos nacidos de unión adulterina o de religiosos, con arreglo al fuero único «De natis ex damnato coitu».

Se recogen dos fueros (de 1247) donde se confiere derecho a la infanzona viuda para poder empeñar, las tres heredades en que fue dotada por su esposo, o una parte de ellas, si se da la circunstancia de que no tiene de qué vivir (fuero 2.º «De iure dotium»). Permite pues, el fuero que la dote del marido sea gastada en subvenir las necesidades de la esposa viuda, si ésta tuviere necesidad, necesidad que ha de ser manifiesta y ha de afectar a los alimentos.

Y finalmente, el fuero 2.º «De contractibus coniugum» donde se dice que el pago de las deudas del marido, obliga los bienes comunes, e incluso los frutos de dichos bienes, si la esposa no ha dado su consentimiento, firmado el documento; No autoriza el fuero a vender las posesiones del marido o de la esposa, porque éstas no sólo están obligadas al sustento de ella y de su familia, sino también están sujetas al derecho expectante de viudedad.

Si se da la circunstancia de que la esposa haya firmado espontáneamente la carta de pago, hay que gastar en el abono de la deuda tanto los bienes muebles como los sitios de ambos cónyuges.

Vuelve a señalarse, en este fuero de 1247, la necesidad del consentimiento mutuo, para llevar la administración de la sociedad conyugal.

b) En las Observancias

Las Observancias 6.º «De secundis nuptiis» y las 15, 16, 18, 63 y 64 «De iure dotium» del libro V, contienen normas sobre la disolución de la comunidad conyugal, por las que el cónyuge sobreviviente debe participar en el pago de las deudas o compromisos adquiridos en vida. Cabe diferenciar entre los de la esposa, el esposo y ambos conjuntamente.

Obligaciones del cónyuge sobreviviente.—Una de las observancias más significativas, de las citadas más arriba es la n.º 64 «De iure dotium» por cuanto señala las obligaciones del cónyuge sobreviviente respecto al pago de las deudas. Dice que aún después de hechos los inventarios, deberán pagar las deudas a las que se hayan obligado a responder con instrumentos, ambos cónyuges o uno de ellos, si es que el otro no estando obligado consintió en aquella obligación, con los bienes muebles comunes, puesto que con ese consentimiento los bienes del que consiente —al menos los comunes con el otro cónyuge— quedan obligados, y sigue... más las otras deudas comunes, o las de uno solo, en las que el otro consintió, deben deducirse de todo el acervo de bienes de los cónyuges». Las «otras» deudas a las que hace referencia la observancia, tienen que ser las deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos, hechas sin instrumento o carta de pago.

El consentimiento dado por ambos cónyuges para la liquidación de las deudas es el punto de mayor importancia en la regulación de la observancia (recogido también, como se ha visto en el fuero 2.º «De contractibus coniugum»).

Otra obligación del cónyuge sobreviviente es la regulada en la observancia 6 «De secundis nuptiis» cuando señala que los gastos de sepultura deben hacerse a cargo de los bienes del difunto. También se pagan de los bienes comunes siempre que en el acervo queden tantos bienes que pueda darse al sobreviviente tanto cuanto se había recaudado para la sepultura del difunto (ya vimos el contenido del fuero 1.º «De secundis nuptiis»).

También el sobreviviente, podrá casar, perfectamente, según la Obs. 20 «De iure dotium» al hijo o a la hija que quedó por casarse, que deberá recibir, como axobar o por razón de

matrimonio, de los bienes comunes de sus padres, tanto cuanto el padre o la madre hubieren dado a los demás hijos cuando contrajeron matrimonio.

Constituye una carga del cónyuge sobreviviente el dotar al hijo o a la hija, pudiendo darle «algo más» o «algo menos» de lo que recibieron sus hermanos, y que será de acuerdo con el haber y poder de la casa, texto que se recoge también en la Obs. 12 «De donationibus» (libro IV), donde se amplía el contenido «A todos los hijos o hijas que queden por contraer matrimonio». El cónyuge sobreviviente queda así obligado a reservar de los bienes comunes cantidades semejantes para todos y cada uno de los hijos que queden por casar.

Son obligaciones de la viuda: Pagar las deudas e indemnizaciones del marido, contraídas después del matrimonio, no estando obligada a desamparar los bienes si con ellos no puede vivir, pero una vez deducido lo que le es necesario para vivir está obligada a desamparar los bienes. Observancia 16 «De iure dotium».

Asimismo, si la viuda percibe en el fundo o viña de su cónyuge, los frutos pendientes embargados del año en que han nacido, debe satisfacer con parte de los mismos a los acreedores; pero si no los recogió antes de que fueran amparados, no debe pagarlos. Observancia 18 «De iure dotium».

Por último, la Obs. 29 del mismo título señala que si puede probarse que el marido gastó el dinero recibido en préstamo, en las necesidades de la casa, tales como beber, comer o en otra cosa —lo cual se presume, de no ser el marido un mal administrador— una vez muerto, su esposa deberá pagar una parte de aquella deuda, a pesar de no haberse obligado con su marido. «A contrario sensu» si se prueba que el préstamo se gastó en asunto distinto a las necesidades de la casa, la esposa puede ser obligada a pagar todo, y la deuda tendrá que hacerse efectiva con los bienes comunes.

El marido como administrador de los bienes es también el que se ocupa de los gastos domésticos: es decir, de comer o beber, como bien claramente lo señala la observancia.

c) Régimen Paccionado: Deudas anteriores al matrimonio

Deudas que les son debidas a los contrayentes con anterioridad a la celebración de su matrimonio.

En íntima conexión con el pasivo de la sociedad conyugal lo está el activo con el fin de poder hacer frente holgadamente, a las responsabilidades propias del consorcio.

El activo aparece integrado por todos aquellos bienes que los cónyuges llevan a su matrimonio y que representan una ganancia para la sociedad conyugal, y como dice la fórmula utilizada habitualmente en los protocolos notariales del siglo XVII y principios del XVIII, llevan «todos y cualesquiera bienes, así muebles como sitios, donde quiere habidos y por haber, a él o ella pertenecientes por cualquier causa, título, derecho, sucesión y acciones, de las cuales los bienes muebles se designan y especifican con sus propios nombres y especies, y los sitios se confrontan y asignan según fuero».

El activo, aparece integrado por un cúmulo de bienes o derechos «que les deben a los contrayentes», pero que todavía, en el momento de hacer la capitulación matrimonial, no han pasado, a incrementar la masa consorcial. Son bienes que consisten en cantidades de dinero de contado, créditos, albaranes, censales, comandas, treudos, cédulas, cartas de encomienda, legados establecidos para casar huérfanas o doncellas, o por los parientes de los cónyuges, y bienes semovientes y en especie.

Son los derechos adquiridos sobre:

—El oficio y título de Secretario y Escribano de la Casa de Ganaderos y su jurisdicción, de la que tiene derecho por dos vidas.

—La sucesión de un Libro de los del Matadero de la ciudad de Zaragoza.

—La sucesión de los estados y casas de Aranda y Morata, Baronía de Espés y Alfajarín en Aragón y el Marquesado de Valanzuela en Andalucía.

—Los derechos y acciones que le pertenecen de un proceso pendiente por la Corte del Justicia de Aragón, contra bienes sitios en la villa de Mediana.

—Por servicios hechos al Rey.

—Por los servicios de Médico en el lugar de Monegrillo.

—Por los servicios a su amo, que es Notario, durante el tiempo que ha servido en su casa.

—Por la receta de curar Tirosos del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza.

—Y por una corredería de Ampolla.

APENDICE DOCUMENTAL

ACTIVO DE LA COMUNIDAD

Derechos

Capitulación matrimonial de 3 de marzo de 1681, concertada entre Jerónimo del Río y María Villaiva, ante el notario Diego Jerónimo Montaner.

Aporta el contrayente el dicho oficio y título de Secretario y escribano principal de la Casa de Ganaderos y su jurisdicción, de la que tiene hecha merced por dos vidas.

C. M. de 16 de mayo de 1660, concertada entre Juan Francisco de Ustegui y Francisca María de la Cueva, ante el notario Juan Isidoro Andrés.

Aporta el contrayente la futura sucesión de un Libro de los del Matadero de la ciudad de Zaragoza y en el «Interim» que no lo poseyera, le han hecho merced del salario de dicho libro y oficio, que alcanzará la suma de 150 libras jaquesas.

C. M. de 28 de abril de 1700, concertada entre Cristóbal de Alagón y Espés, Conde de Sástago, y María Francisca de Moncayo y Palafox, ante el notario Pedro José Andrés.

Aporta el futuro contrayente a su patrimonio todos los derechos, procesos, instancias y acciones que ha tenido y tiene a las sucesiones de los estados y casas de Aranda y Mozota, Baronía de Espés y Alfajarín en Aragón y el Marquesado de Valanzuela en Andalucía, que los unos y los otros están litigando.

Idem supra.

Aporta María Francisca de Moncayo y Palafox, la Baronía de Esquer y Fuencalderas y sus lugares, términos y pardinias de que se compone dicha baronía, con sus jurisdicciones y derechos dominicales universos... y trae todas y cualesquiere heredades... y los molinos, hornos, panaderías, graneros, carnicerías, deudas, tabernas, mesones, probentos, derechos y emolumentos que le perteneciere a su dominio y señorío temporal.

C. M. de 21 de mayo de 1707, de José Manuel Lucientes y Ana María Salvador de Castro, concertada ante el notario Juan Isidoro Andrés.

Trae el contrayente a su matrimonio todos sus créditos, derechos, instancias y acciones que le pertenecen por su proceso pendiente por la Corte del Justicia de Aragón y escribanía de Manuel Cuello, contra bienes sitios de la villa de Mediana.

C. M. de 9 de noviembre de 1606, concertada entre Juan Rodríguez y Orosia Rapún, ante el notario Mateo de Villanueva.

Trae el contrayente 960 sueldos jaqueses que por vida, en cada año, le tiene hecha gracia y merced, por servicios hechos a su Magestad el Rey.

C. M. de 14 de noviembre de 1639, concertada entre Gregorio López y Catalina Aparicio, Vda. de Francisco Berges, ante el notario Miguel Antonio Villanueva.

Aporta la contrayente la receta de curar a los tirosos del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de la Ciudad de Zaragoza.

C. M. de 29 de diciembre de 1605, entre Juan Casalvo y Ana del Puche, ante el notario Mateo de Villanueva.

Aporta la contrayente una corredería de ampolla en la presente ciudad de Zaragoza con todos sus derechos y pertenencias.

C. M. de 16 de julio de 1625, entre Miguel de la Puente e Isabel Polonia Castilla, ante el notario Lupercio Andrés.

Aporta el contrayente dos cañerías de agua corriente, manantes de la fuente de Mediana a la dicha villa de Fuentes, con todos sus derechos y pertenencias de aquélla.

Dote

C. M. de 9 de febrero de 1630, concertada entre Gabriel Tortuarte y Susana Pastor, Vda. relicta de Domingo Beltrán, ante el notario Pedro Sánchez del Castellar.

Aporta la contrayente 360 libras jaquesas que el citado Sr. Marqués de la Villa de Osera, Señor de la Baronía de Quinto y Figueruelas y de la villa de Estopiñán, confiesa tenerle en su poder de aquello que llevó en dote, con su primer marido, Domingo Beltrán.

Salarios

C. M. de 6 de enero de 1703 entre Martín de Gabás y Frago y Teresa de Sola y Peralta ante el notario Felipe de Villanueva.

Aporta la contrayente 50 libras jaquesas que don José de Villanueva, hijodalgo, ciudadano, notario del municipio de Zaragoza y domiciliado en ella, su amo, le ofreció y mandó por razón de los salarios que le debe del tiempo que ha servido.

C. M. de 10 de enero de 1707, concertada entre Pedro Bastán y Rosa de Arias, ante el notario Juan Isidoro Andrés.

Aporta el contrayente 150 libras jaquesas que le está debiendo el dicho lugar de Monegrillo de su salario y consulta de médico.

Dinero de contado

C. M. de 5 de octubre de 1607, concertada entre Juan Francisco Bruselas y María de Artieda, ante el notario Pedro Jerónimo Martínez de Azarbe.

Aporta la contrayente 8.000 sueldos jaqueses en dinero de contado, deudas que le deben, bienes muebles y alajes de casa.

C. M. de 29 de enero de 1605, de Tomás Toledo y Margarita Rodrigo, concertada ante el notario Mateo Villanueva.

Aporta ella 10.000 sueldos dineros jaqueses en deudas que le deben en dinero de contado, bienes muebles y alajes de casa.

C. M. de 4 de octubre de 1660, concertada entre Miguel Buró y Margarita Bancaret, Vda. de Francisco Ximénez, ante el notario Juan Isidoro Andrés.

Aporta el futuro contrayente 4.000 libras jaquesas que la Real Hacienda de su Magestad le debe, por unos asientos que hizo de carruaje en el ejército del Principado de Cataluña, como consta por cédulas.

Aporta Margarita Bancaret en dinero de contado, bienes muebles, alajes de casa, deudas que le deben y otras cosas, la suma de 600 libras j.

C. M. de 15 de noviembre de 1602, de Gaspar Rodrigo y Ana Beatriz Gurrea, concertada ante el notario Pedro Jerónimo Martínez de Azarbe.

Aporta el contrayente, en bienes muebles, alajes de casa y deudas que le deben, la suma y cantidad de 4.000 sueldos jaqueses.

C. M. de 29 de diciembre de 1605, concertada entre Francisco Montesinos y Catalina Despés y Solá, Vda. relicta de Victorián de Aybar, ante el notario Pedro Jerónimo Martínez de Azarbe.

Aporta la contrayente deudas que le deben por valor de 9.000 s. j.

C. M. de 7 de abril de 1606, concertada entre Jimeno de Aznar y Ana de Azlor, Vda. relicta de Gerónimo del Pueyo, ante el notario Pedro Jerónimo Martínez de Azarbe.

Aporta la futura esposa 4.000 s. j. en deudas que le deben.

Comanda (hay cinco C. M.)

C. M. de 21 de enero de 1670, entre Pedro Secanilla y Sada y Marcela de Vera y Gómez, ante el notario Diego Miguel Andrés.

Aporta el contrayente 1.400 libras de renta de una comanda de mayor cantidad en que don José Bolea, vecino de la Villa de Ejea, está obligado. Item, 640 libras j., resto de una comanda de mayor cantidad en que Baltasar Salinas, vecino de la villa de Ejea, está obligado.

PASIVO DE LA COMUNIDAD

Capitulación matrimonial de 20 de marzo de 1639, concertada entre Antón Delison y Jerónima Berniz, ante el notario Miguel Antonio Villanueva.

Aporta la contrayente seis viñas situadas en Cogullada, todas ellas con las cargas y obligaciones que tienen.

C. M. de 10 de noviembre de 1639, concertada entre Domingo de Aleaga y Juana Miranda, ante el notario Miguel Antonio Villanueva.

Aporta el contrayente numerosas casas y campos situados en Utebo y Monzalbarba, con las cargas y obligaciones de las heredades que tuvieren.

C. M. de 6 de octubre de 1679, concertada entre Miguel Manrique de Luna y Francisca Pérez de Nuevos y Abarca, ante el notario José Villanueva.

Trae el contrayente una casa y un huerto en Pastriz, empeñados en poder de don José Tudela, y entra en el precio de las 20.000 libras j.

C. M. de 27 de junio de 1700, concertada entre Cayetano de Suelves y Aranguren y Manuela de Leris, Vda. de Félix López de Funes, ante el notario Pedro José Andrés.

Trae la contrayente en dinero, comandas y en diferentes alhajes empeñadas 10.880 libras jaquesas.

C. M. de 11 de mayo de 1664, concertada entre José Villar y Josefa Lanzarote, ante el notario Domingo Antonio Montaner.

Aporta la contrayente unas casas suyas, en la Parroquia de San Nicolás, que confrontan con casas de Domingo Aparicio Ibaigüen, con casas de Mosén Domingo Hernández, Maestro que fue de la Capilla del Pilar y con calle pública del Sr. San Nicolás, con cargo de ocho sueldos jaqueses de treudo perpetuo pagadero al convento de las monjas del Santo Sepulcro, sin otro cargo alguno.

C. M. de 9 de mayo de 1681, concertada entre José Ortiz y Josefa Rabal, Vda. de Hernando de Naya, ante el notario Diego Jerónimo Montaner.

Aporta la futura esposa una casa que le pertenece por haber dado sobre ella la cantidad de 600 libras jaquesas por empeño.

C. M. de 25 de agosto de 1690, concertada entre José Navarro y Josefa Rabal, Vda. de José Ortiz, ante el notario Diego Jerónimo Montaner.

Aporta la contrayente unas casas situadas en Zaragoza, Parroquia de Santa Cruz y calle Mayor, que confrontan con casa del Conde de Atarés, con casas de María Diez de Aux y Concha Galle; valoradas en 1.750 libras, incluida en ella 348 libras jaquesas que son las propiedades de los treudos que sobre dichas casas se pagan.

Créditos (hay dos C. M.)

C. M. de 6 de octubre de 1679, entre Miguel Manrique de Luna y Francisca Pérez de Nuevos y Abarca, ante el notario José Villanueva.

Aporta el contrayente un crédito de 8.600 libras j. sobre el estado de Sástago, que le pertenece por las adotes de la que fue Josefa Manrique de Luna, su abuela.

Cédula (hay tres C. M.)

C. M. de 21 de enero de 1670, concertada entre Pedro Secanilla y Sada y Marcela de Vera y Gómez, ante el notario Diego Miguel Andrés.

Aporta el contrayente 4.500 libras j. de una cédula del Rey Nuestro Sr. por la cual consta que el dicho Sr. Regente don Miguel Secanilla, su padre, hizo de préstamo a su Magestad, de que hay tomada razón de su recibo, en el Consejo de su Magestad.

Censales (hay once protocolos más)

C. M. de 13 de agosto de 1627, concertada entre Jacinto Salinas y Gracia Mugueta, ante el notario Diego Jerónimo Montaner.

Aporta ella 10.000 s.j. en propiedad de censales, con 500 s. j. de pensión, de aquéllos, correspondientes cargados e impuestos sobre diversas haciendas, en diferentes personas, cuyos cargamientos y las inclusiones por donde aquéllos le pertenecen, quiso aquí traer y hubo por calendarado.

C. M. de 21 de enero de 1670, de Pedro Secanilla y Sada y Marcela de Vera y Gómez, ante el notario Diego Miguel Andrés.

Aporta el contrayente, en joyas de oro, plata labrada, ropa blanca, tapicerías de invierno, colgaduras de verano, dos estrados, camas colgadas, sillas de todos géneros, pinturas muy buenas, diversos escritorios, un coche, carro, dos mulas, con todos sus aderezos, un aca de paseo, una carroza nueva, deudas sueltas cobrables, pensiones vencidas que le deben de dichos censales y todas las demás alajes de casa, hasta la suma y cantidad de 9.500 libras j.

Albaranes

C. M. de 28 de mayo de 1603, de Guillén Secundi y Paula Navarro, Vda. de Juan de Rubielos, concertado ante el notario Pedro Jerónimo Martínez de Aztarbe.

Aporta el contrayente en deudas que le deben por albaranes y comandas, la suma de 48.000 s. j.

Testamento

En once C. M. aportan bienes que les pertenecen cobrar por los testamentos de padres, tíos, y que han sido dados para cuando tomen estado.

INTERVENCION DE D. JAVIER SANCHO-ARROYO Y LOPEZ RIOBOO *

Abogado y Miembro del Consejo de Estudios del Derecho Aragonés

«Quiero, en primer lugar, agradecer, igual que han hecho mis ilustres predecesores, a todas las instituciones convocantes de este Foro de Derecho Aragonés, la oportunidad de participar en él, para someter a la reflexión de todos una serie de consideraciones que posiblemente serán muy pedestres, porque como muy bien ha expuesto el profesor Rams, cuando los profesionales nos asomamos a la exégesis de los preceptos de las normas, instintivamente tendemos a hacerlo desde el punto de vista de las materias que nos preocupan; yo, por lo tanto, voy a permitirme la licencia de hablar desde el punto de vista del abogado que se enfrenta a estos preceptos de la Compilación sobre todo en cuanto que vienen avocados a resolver un desacuerdo, un conflicto, una situación anómala y por tanto que va a ser necesario plantear una cuestión concreta ante un Organó Jurisdiccional.

Se ha hablado en primer lugar de la gestión de la comunidad; en cuanto a la gestión de la comunidad, el principio que se introdujo cuando se reformó la Compilación en 1985, fue el de cogestión, de gestión conjunta, que implica que normalmente todos estos actos de gestión se han de desarrollar conjuntamente por ambos cónyuges, o por el uno con el consentimiento, o el asentimiento, según los casos, del otro. Evidentemente, hay casos en los que este consentimiento conjunto no se pueda obtener, o la actuación o el asentimiento; los redactores de la Compilación optaron por judicializar la decisión en estos casos, atribuir a los órganos jurisdiccionales la solución de ese problema. Así el artículo 49, en su párrafo 1.º, al hablar de desacuerdo en la gestión, atribuye la decisión definitiva a la Junta de Parientes o al Juez de Primera Instancia del domicilio familiar de forma alternativa. Bien es cierto que en los casos en que no exista acuerdo para la resolución de esta alternativa, será siempre el Juez el que resuelva.

En el caso contemplado en el artículo 50 de la Compilación de que cuando uno de los cónyuges se encuentre imposibilitado para prestar el consentimiento, naturalmente hace falta integrar la voluntad del otro cónyuge, y es entonces el Juez quien, sin mayores precisiones, debe resolver.

En cuanto al problema que plantea la gestión de determinados bienes privativos, cuando hace falta el consentimiento del otro cónyuge para disponer de derechos sobre vivienda habitual, mobiliario ordinario de la misma o para sustraerlos al uso común, la Compilación defiere al Juez sin mayores especificaciones. En principio se podría pensar, y concretamente en la sesión anterior de este Foro de Derecho Aragonés hubo voces muy autorizadas que así lo entendieron, que cuando la Compilación habla del Juez, se debería entender que ese juez es el de Paz, puesto que atendiendo al origen de estas normas, cabía pensar que fuera el juez que vive en la localidad, que conoce a la familia, que conoce sus problemas, que conoce sus puntos de vista, quien estuviera llamado a prestar ese consentimiento, cosa que difícilmente se puede producir en un Juzgado de Primera Instancia de una población donde los juzgados, para empezar, están saturados y donde la verdad es que nadie se conoce. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina viene entendiendo que la resolución de estos conflictos debe ser desarrollada en el ámbito de la llamada jurisdicción voluntaria; pero esta apreciación no deja de plantear problemas. En apoyo de esa postura se ha citado la disposición transitoria décima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que cuando modificó el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, dispuso: «mientras no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan: primero para otorgar las autorizaciones judiciales previstas en la presente Ley, segundo para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente». Yo no sé qué habrá podido ocurrir

* Transcripción realizada por el abogado D. Rafael Merino Gavín.

en los territorios de Derecho Común con respecto a la aplicación de esta disposición transitoria, pero aquí en Aragón creo que ha sido muy escasa, quizá, en primer término, porque una disposición transitoria incluida en una Ley de reforma del Código Civil, de entrada no hay por qué pensar que es directamente aplicable en Aragón, aunque hay unas evidentes identidades de razón que podrían justificar la aplicación, incluso por la vía de la analogía, pero en todo caso, el análisis de esta norma en relación con la propia naturaleza de lo que es la Jurisdicción voluntaria, creo que también pone de manifiesto una serie de problemas graves que no permitiría intentar la aplicación indiscriminada de las normas de la Jurisdicción voluntaria a todos los supuestos en los que se prevé la intervención judicial. Permítaseme añadir que el hecho de acudir a la Jurisdicción voluntaria excluye la posibilidad de que estos conflictos los resuelvan los jueces de paz, ya que esta jurisdicción la tienen atribuida en exclusiva, según dispone el artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Juzgados de Primera Instancia, nunca los Jueces de Paz.

Como dice Almagro Nosete, por citar la obra más reciente de Derecho Procesal, la Jurisdicción voluntaria consiste en una serie de actos legitimados por la autoridad pública, que se residenciaron como quehacer apendicular entre las funciones judiciales, por razón de las cualidades y en definitiva por las garantías ofrecidas por el oficio judicial, y en atención a la naturaleza básicamente jurídico-privada de los efectos de aquéllos, sin perjuicio del control público necesario. Para Almagro, la Jurisdicción voluntaria es una función administrativa, más que puramente judicial, que podría perfectamente ser desarrollada por otros funcionarios y no precisamente los judiciales. El mismo autor señala el carácter unilateral que tienen las actuaciones de Jurisdicción voluntaria. El mismo artículo 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es el que empieza a regular esta cuestión, dice que si en un problema en el que no hay partes, en el que no se promueve cuestión alguna, no hay empeñada contienda entre partes, se podrá resolver por la vía de la Jurisdicción voluntaria, pero si hay cuestión conocida y partes procesales, entonces el problema ya no es apto para resolverse a través de la vía de la Jurisdicción voluntaria. Si existen dos partes entre las que hay una controversia, el juez al que se le someta estará propiamente llamado a resolverla, no a dictar una resolución más bien de corte administrativo. Es más, si se iniciara un procedimiento como el de Jurisdicción voluntaria, pero ocultando inicialmente que existe una controversia de partes, si la parte contraria compareciera ante el Juzgado, con arreglo a lo que dispone el artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habría que dar por terminado el expediente, se convierte en contencioso, y se debería continuar el procedimiento por los trámites del juicio declarativo que corresponda según la cuantía.

Estas consideraciones nos llevan a tener que hacer una cuidadosa distinción entre los distintos supuestos en los que el juzgado está llamado a resolver esa ausencia de actuación conjunta, de consentimiento o de asentimiento, por parte de uno de los cónyuges. En concreto, el caso de desacuerdo en la gestión, no parece que pueda resolverse por la vía de la Jurisdicción voluntaria, porque el propio término «desacuerdo» está evidenciando una discrepancia, una contienda entre partes. En el caso contemplado en el artículo 50 de la Compilación, de que el cónyuge se halle simplemente impedido para prestar el consentimiento, sí puede, por lo menos inicialmente, pensarse en recurrir a un procedimiento de Jurisdicción voluntaria para integrar ese consentimiento que falta; si bien esto debe ser entendido de forma que si una vez que el cónyuge pudiera prestar su consentimiento, disintiera, al tratarse de Jurisdicción voluntaria, efectivamente podría siempre empeñar el procedimiento judicial correspondiente.

En cuanto a la autorización supletoria del consentimiento que contempla el artículo 51 de la Compilación, habrá que distinguir si verdaderamente nos encontramos ante un desacuerdo entre los cónyuges sobre el destino que haya de darse a unos bienes privativos de uno de ellos, pero sujetos al uso común, en cuyo caso, si hay un desacuerdo, vale lo dicho anteriormente, para el caso de desacuerdo en la gestión, y de no ser así, si simplemente el otro cónyuge lo que ha hecho es guardar silencio, es no consentir o no asentir, se podría, en principio, recurrir a un procedimiento de Jurisdicción voluntaria, pero siempre con la re-

serva de que si ese silencio, esa falta de asentimiento, se convierte en oposición, evidentemente entrará en juego el artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el expediente se hará contencioso con todas sus consecuencias. Ahora bien, aun con todo, esa posible aplicación de los procedimientos de Jurisdicción voluntaria, me parece que tampoco es clara, aun en todos aquellos casos en que pudieran considerarse, en principio, técnicamente admisibles.

Volviendo a la construcción de Almagro, vemos que este autor comienza el estudio de la Jurisdicción voluntaria analizando su estructura en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que incluye en primer lugar unas disposiciones generales —artículos 1.811 a 1824—, y después una enumeración de los distintos procedimientos establecidos en función del objeto perseguido en cada caso. Entre todos estos específicos procedimientos que regula la Ley de Enjuiciamiento, no encontramos ninguno específicamente previsto para la prestación de este consentimiento supletorio por parte del juzgado. Además, esto es lógico, porque cuando se articuló de esta manera la Jurisdicción voluntaria, no hacía falta ningún consentimiento, el marido era el administrador, era el gestor en todos los regímenes de comunidad, por lo tanto no había que entrar en estas cuestiones. Ocurre que si bien las normas civiles se han ido modificando para introducir el principio de igualdad necesario, las leyes de procedimiento, por contra, han permanecido inalterables y nadie se ha preocupado de establecer un procedimiento idóneo para estos supuestos. Insisto que esto es necesario, no sólo en Derecho Aragonés, sino en todos los regímenes de comunidad.

Esta inexistencia de cauce procesal específico para resolver estas cuestiones, plantea un problema de primer orden si simplemente se dice que se podrá recurrir a las normas de la Jurisdicción voluntaria para resolver estos problemas, porque las normas generales de la Jurisdicción voluntaria no constituyen, siguiendo con Almagro, un cuerpo orgánico, sino que es una enumeración de principios y criterios legales, que tienen un valor normativo supletorio, a falta de regulación específica concreta, en el supuesto legal de que se trate, y siempre que no se opongan a las que son propias de cada conjunto de negocios. La regulación genérica, por tanto, dice Almagro, no autoriza a concebir la Jurisdicción voluntaria como una actividad abierta a cualquier petición, en régimen de posibles casos a considerar de acuerdo con un sistema de *numerus apertus*. Los casos de Jurisdicción voluntaria han de venir establecidos directamente por ley. Ahora bien, el mismo autor aventura de todos los modos que cabe pensar que cuando de la naturaleza estricta de las normas jurídicas aplicables, resulte necesaria la intervención judicial sin estar empeñada contienda, esto es condición *sine qua non*, la actividad judicial se rija con estas normas generales, pero en estos supuestos no se estaría en presencia de una generalización de los casos, sino de una aplicación analógica de las normas para integrar su contenido. Las normas generales se entienden, pues, aplicables supletoriamente, según los casos y, cuando ello sea posible, a los supuestos contemplados por la Ley de Enjuiciamiento Civil, en primer lugar, a los supuestos que expresamente resulten de otras leyes o cuerpos legales, y también a los que requerian, inequívocamente, de la intervención judicial, en forma de Jurisdicción voluntaria, y no tengan asignado procedimiento.

Pese a todas estas dificultades parece que el principio de unicidad del ordenamiento, unido al de tutela judicial efectiva, deben constituir base suficiente para que, establecida en las leyes la necesidad de integración de un acto concreto, mediante una decisión judicial, esté obligando al órgano jurisdiccional ante el que se plantee la cuestión, a dar una respuesta adecuada a la pretensión que se le formule. Pienso que por ello, sí sería posible esta aplicación de las normas generales de la Jurisdicción voluntaria, o incluso la aplicación analógica de uno de sus capítulos del procedimiento para la venta de bienes de menores incapacitados, que podría tener una cierta relación con la cuestión que se mantiene, dejando a salvo la más que probable inadecuación de ese procedimiento en los tiempos actuales, por la necesidad de venta en subasta, etc., y la necesidad también de su modificación. No obstante, lo que sí parece claro es que todos estos problemas parecen aconsejar el establecimiento de una norma procesal autonómica, especialmente para regular aquellos casos de desacuer-

do en la gestión, que no parece que tengan cabida dentro de la Jurisdicción voluntaria y que, si hemos de regir por las normas de la Jurisdicción contenciosa, difícilmente podrán dar una satisfacción razonable a las pretensiones que se planteen. Pensemos, por ejemplo, un matrimonio propietario de un coche que sufre una terrible avería y que queda irremisiblemente destinado a la chatarra y que uno de los cónyuges pretende comprar un «Seat Ibiza» y el otro un «Mercedes 300» —grave desacuerdo—. Hay que plantearlo ante el juzgado, ¿por la vía del declarativo de menor cuantía...? —trámite que puede durar tres, cuatro, cinco años...—. Evidentemente, eso no iba a dar una solución al problema planteado, y la tutela judicial que se dispensara a ese matrimonio en conflicto, no iba a tener la efectividad que está exigiendo el artículo 24 de la Carta Magna, que, al hablar de tutela judicial efectiva, está introduciendo un adjetivo que está lejos de ser un mero adorno retórico, está exigiendo mucho más que eso.

La posibilidad de dictar una norma procesal autonómica, parece fuera de toda duda, a la luz de los artículos 149, 1-6 de la Constitución y del 35, 1-4 del Estatuto de Autonomía de Aragón. Por otra parte he de señalar que, a mi modo de ver, la Compilación ya contiene normas procesales como el artículo 49 —antes ya lo hemos visto—, que tiene una doble regla de atribución de competencia.

Como ha anticipado Joaquín Rams, quiero hacer unas consideraciones, también, a propósito de uno de los artículos sobre los que tan brillantísimamente ha disertado: el artículo 46 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón. Este es un precepto que contiene una gran riqueza de cuestiones. Se refiere a las deudas privativas de uno de los cónyuges contraídas después del matrimonio. Comienza sentando el principio básico de que cada cónyuge responde con sus bienes privativos de las deudas que contrajo pero, continúa diciendo, que siendo estos bienes insuficientes, estas deudas privativas gravan también los bienes comunes. A continuación, sigue estableciendo excepciones la Compilación: «... a salvo siempre el valor que en él corresponde al otro cónyuge, así como los preferentes derechos de los acreedores por deudas comunes». Este último inciso supone establecer un verdadero sistema de prelación de créditos dentro de la propia Compilación. A mi modo de ver, prelación de créditos a la que naturalmente hay que encontrar el medio para hacerla efectiva en el ámbito de un procedimiento judicial. La afección de los bienes comunes por deudas privativas, como efectivamente establece la Compilación, yo creo que lo hace con carácter subsidiario. Habiendo bienes privativos, sobre ellos debe realizarse la ejecución. Sólo en caso de insuficiencia de estos bienes, o en caso, *a fortiori*, de inexistencia de estos bienes, los acreedores podrían agredir el patrimonio común. Ahora bien, en primer lugar hay que considerar esa preferencia de los acreedores comunes y también hay que excluir de responsabilidad la parte de la masa consorcial que sea suficiente para satisfacer el derecho que tiene el cónyuge no deudor. En la práctica estos derechos, en especial el del cónyuge no deudor, se ha pretendido hacer valer por medio de tercerías de dominio, que sistemáticamente han venido fracasando, y se han rechazado con apoyo en la configuración que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido dando al ejercicio de la acción de tercera. Esta doctrina ha sido abundantemente criticada, porque sus líneas maestras se están manteniendo realmente por inercia, arrancando de una situación ya muy antigua y superada. Incluso si se hace referencia a la contemplación de la sociedad de gananciales podría considerarse de dudosa corrección, pero repito que hoy en día han quedado claramente desfasadas. Los motivos de rechazo de las tercerías eran:

—No considerar tercero, a efectos del ejercicio de la acción, al cónyuge que interpone la tercería. Hoy en día no puede decirse que éste es un tercero, porque siguiendo la tesis del Tribunal Supremo se dice que no es tercero porque hasta que no se produce la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, no se puede atribuir el dominio exclusivo y excluyente que se exige para el ejercicio de una acción como la de tercería, «cuasi reivindicatoria». Así, el Tribunal Supremo ha venido rechazando las tercerías porque el consorcio está vivo y no existe esa liquidación ni esa atribución exclusiva y excluyente de la propiedad. Con arreglo a la configuración actual de la sociedad de gananciales parece difícil que haya

de exigirse esa espera hasta el momento de la disolución y liquidación, y en el consorcio aragonés, pienso que todavía menos.

De todas las formas, personalmente pienso que la tercería tampoco es el medio idóneo, no por esa razón, sino porque el artículo 46 de la Compilación lo que plantea es una gran riqueza de cuestiones que verdaderamente desbordan el contenido que puede tener una tercería de dominio. El objeto de la tercería es el levantamiento de un embargo, pura y simplemente. Sí, tiene un requisito previo que es la declaración, quizá implícita, de la atribución de la propiedad de los bienes al tercerista, pero la consecuencia final es el levantamiento del embargo.

A mi entender, si se ha venido argumentando acerca de la viabilidad y adecuación de la tercería de dominio para resolver estos problemas, es porque ese tipo de juicio supone el remedio típico para paralizar una ejecución en marcha, para paralizar la vía de apremio. Pero, sin embargo, entiendo que el que sea el remedio típico no quiere decir que sea el único. Insisto que el contenido del artículo 46 da mucho juego, desborda muy ampliamente el contenido de la tercería: cuando un cónyuge aragonés se considera perjudicado por el embargo de bienes comunes, como consecuencia de una deuda privativa de su consorte, lógicamente debe impetrar la tutela judicial para salvaguardar su derecho y, según mi criterio, con arreglo a este artículo 46, lo que debe pretender en concreto del Juzgado es lo siguiente, y por este orden:

—Primero, la declaración de que la deuda que ha dado lugar al embargo es privativa del otro cónyuge.

—Segundo, que se declare el carácter consorcial de los bienes embargados que se quieren excluir de la traba, o sobre los que se quiere limitar la traba.

—Tercero, en su caso deberá también aducir y demostrar la existencia de bienes privativos, para que esa especie de derecho de excusión, o esa prioridad en la afección al pago de la deuda de los bienes privativos, tenga verdadera aplicación.

En cuanto a la existencia de estas deudas, entiendo que la alegación y la prueba de su existencia, verdaderamente corresponde al cónyuge que se está defendiendo, al cónyuge no deudor, porque arrojar esta carga sobre el acreedor, creo que sería carga de la prueba de un hecho negativo que no parece lógica con arreglo a los criterios inspirados en el artículo 1.214 del Código Civil.

—A continuación, suponiendo que hay bienes peculiares del cónyuge contra el que se ha dirigido la ejecución, se tendrá que alegar y demostrar la suficiencia de estos bienes, lo cual exigirá, según mi criterio, la práctica de una prueba pericial. Si se consigue este objetivo, el cónyuge que ha adoptado esta iniciativa procesal puede perfectamente instar el alzamiento de la traba, puesto que si hay bienes suficientes para hacer pago al acreedor privativo, puede pedir que se levante la traba de los bienes comunes, al menos aunque sea para deferirlos en un momento posterior a la vía de apremio de estos bienes, porque no hay que olvidar que se habla del embargo en los textos de derecho sustantivo, como si fuera algo definitivo, y no es así. Una cosa es el embargo, con un contenido claramente cautelar del derecho del acreedor, y otra cosa es la realización de los bienes embargados por la vía de apremio. La apertura de la vía de apremio es lo que de verdad significa la ejecución de esos bienes.

En caso de que no existan bienes privativos o de que no sean suficientes, entiendo que ese consorte que se está oponiendo a la actividad ejecutiva estaría plenamente legitimado para pedir que se establezca la existencia del pasivo consorcial, para que se determine por parte del Juzgado la existencia de esos acreedores comunes a los que el artículo 46 reconoce un derecho preferente en todo caso. Creo que no sería necesario que fueran los propios acreedores por deudas comunes los que insinuaran de alguna forma sus créditos, o los que tomaran esta iniciativa. El cónyuge no deudor, como integrante del consorcio, tiene un evidente interés en que se reconozca la existencia de estos créditos y la preferencia y detracción de la masa consorcial de bienes suficientes para su satisfacción.

En último término, realizado todo lo anterior, habría que proceder a extraer de esa masa consorcial, a estos efectos, bienes suficientes para dejar a salvo el valor que corresponda en el consorcio al cónyuge no deudor. Como puede verse, el contenido es amplísimo y yo creo que esto difícilmente podría conseguirse a través de un juicio de tercería. No obstante, yo entiendo que sí hay cauce procesal, aunque verdaderamente es tan estrecho que difícilmente pueden tener cabida en él todas estas cuestiones. Pienso que, de todas maneras, la vía adecuada sería la promoción de un incidente en la ejecución, de previo y especial pronunciamiento. Al ser de previo y especial pronunciamiento, se tendría que seguir en la propia pieza, paralizando el curso de los autos principales, así lo dice el artículo 744 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con lo cual, esa finalidad suspensiva que se perseguía con la tercería de dominio, se consigue de esta forma; por otro lado, no hay que olvidar que una tercería de dominio no deja de ser más que un juicio incidental. En el marco de la regulación de los juicios incidentales de la Ley de Enjuiciamiento, sería verdaderamente difícil el poder articular todas estas pretensiones, hacer todas las alegaciones, practicar la prueba pertinente y, en definitiva, que el derecho de defensa de la parte pudiera desenvolverse en toda su plenitud. Además, al no tramitarse el incidente en pieza separada, no cabría conceder el término extraordinario de prueba, y tendríamos que estar a la mayor o menor generosidad del órgano jurisdiccional para hacer uso de la facultad que para mejor proveer le confiere el artículo 340 de la Ley Procesal. En definitiva, creo que no es un buen sistema depender de una facultad discrecional de la que se puede hacer o no uso, y desde luego, sin que frente a su no uso el justiciable pueda alegar absolutamente nada. Por ello entiendo que haría falta una norma procesal aragonesa que articulase un cauce adecuado para dar cumplida satisfacción a toda la riqueza de cuestiones que plantea el artículo 46 de nuestra Compilación.»

COLOQUIO

Moderador: D. Francisco CURIEL LORENTE

Toma la palabra el moderador de la sesión y abre la fase de debate.

Primera intervención a cargo del moderador de la sesión:

«Ya he leído sus opiniones sobre la aplicación o no del artículo 1.373 del Código Civil en Aragón, pero me gustaría que las desarrollasen un poco más, es decir, si piensan efectivamente si el 1.373 es de aplicación o no al régimen consorcial aragonés y, caso de optar por la solución positiva —yo, en único precedente que conozco, optó por una solución negativa—, querría saber la opinión que les merece este tipo de solución.»

Toma la palabra D. Joaquín Rams para contestar:

«Pienso que en esta sala están presentes autores de las dos tendencias, la prueba es que está claro que se puede opinar. Jesús Delgado dice que dado que la sociedad de gananciales está inspirada en la norma y ha dado un pasito más que es la disolución, pues que ése es uno de los caminos. Yo, pese a la identidad escolar que a los dos nos une, pienso que no, porque, a mi criterio, la liquidación es suficiente, ya que en nuestro derecho expresamente se puede liquidar, constante el régimen, sin ningún tipo de problemas; la disolución tiene otros efectos que pueden ser indeseados, por ejemplo: que se esté aplicando a deudas privativas del que más esté aportando al consorcio, esto sería como decir "ni contigo ni sin ti tienen remedio mis penas", porque encima que se iba a volar el patrimonio común, encima la liquidación con disolución y pasar al régimen de separación inmediato, pues es un viaje muy complicado y para el que se requieren "muy pocas alforjas". El problema es, primero, que si la norma dice *siempre*, y yo no creo que sea una norma imperativa, pero sí es una norma imperativa para los jueces. Si dice siempre es siempre, y cuando no se concede siempre hay desamparo judicial, y para mí eso es terminante. Cuando el juez dice: vuelva por el declarativo ordinario, la respuesta sería ¿a qué?, ¿usted quiere que gaste más en procedimientos para ver la ruina que acaba de crearme, para ver que no queda nada? La verdad es que me parece una solución "frívola".

En segundo lugar, "demuestre usted, cónyuge, que se opone". Bueno, pues en nuestro caso no, y en esto estoy en una relativa discrepancia con Javier Sancho-Arroyo. Si se trata, y en esto estamos todos de acuerdo, de que primero hay que ir por los privativos y luego por los comunes, porque al fin y al cabo la deuda es privativa y el sistema de gestión orienta directamente cada una de las masas a una de las determinadas atenciones, lo que sí está claro es que la norma respeta el artículo 1.911, y le deja paso a los bienes comunes, porque entiende que en éstos los hay que son responsabilidad del cónyuge deudor; hay que tener bien presente que la comunidad no es deudora, quienes son deudores son los cónyuges, cada uno de ellos o de consuno, la comunidad no tiene personalidad jurídica, y aunque hablemos de deudas o cargas comunes, la entradilla del artículo 41 es más expresiva, así podemos afirmar que deudas comunes no existen, son deudas del común y de responsabilidad común, que en algunos casos son de responsabilidad solidaria y en otros no. El problema es del 1.373 del Código Civil, que es bastante más complicado que nuestro sistema, porque aquí la prueba para el acreedor es más leve, dado que hay una presunción de responsabilidad provisional mucho más amplia, y el artículo 41 de la Compilación de Aragón, pese a las dos adendas del 85 sobre los hijos, que creo que lo han oscurecido, ya que el asunto merecía una norma y no quedarse en meterlo dentro de una norma que era sólo de responsabilidades definitivas, intraconsorcial, porque estos adjetivos, "normal, ordinario, legal", sólo son para ver si da lugar a reembolso íntegro, o no, cuando la norma de responsabilidad provisional aragonesa es generosísima; tanto, que se puede decir que en materia de pasivo vivimos un régimen muy cercano al de la administración disjunta, que es la que creo que vale la pena vivir para cónyuges iguales y libres, porque la traducción contraria a ir de

la mano ambos a dos contrayendo deudas, no está ni planteada. Cuando los dos contraen a la vez lo que tiene el acreedor son "2.911", y le da igual tirar por la derecha que por la izquierda, tiene las tres masas a su disposición, y por lo tanto señala a donde tenga que señalar, y allá ellos. Este es un planteamiento que no se hacen todos los que están pensando desde afuera, el problema es que esto hay que leerlo *ad intra* de una vez. Si así se hace, lo que está clarísimo es que dadas las habilitaciones para que haya responsabilidad del consorcio, en Aragón es amplísima, hace falta que sea muy privativa la deuda para que dé lugar al artículo 46, y de una vez está claro que no tienen, ni destinación común, ni utilidad usufructuaria común, ni están relacionadas con el ejercicio, la profesión, etc. Es decir, que al fin y al cabo, las deudas privativas de un catálogo de gastos muy curioso, acabarán siendo: "hacerse un chalet en finca privativa con desacuerdo de la familia, poner una grifería de no sé qué a una finca privativa..." y alguna otra cuestión de este tipo, ya que las demás por ahí no entran.

En el 1.373 ocurre que el problema es que nuestros vecinos y connacionales se han emperado en contar reglamentariamente, pasito a pasito, y aplicar las normas que dan lugar al 1.373 a nuestro artículo 46; y esto es beneficioso para los cónyuges no deudores, si lograsen este amparo; dado que no lo logran, es exactamente igual de malo que el 1.373, en cuyo caso, se dan resultados catastróficos en ambos supuestos. Pero para los acreedores no es tan problemático el artículo 46. Lo que pasa es que como se está estudiando ganancias en vez de Compilación, no se están enterando de que los artículos 42 y 43 están abriendo el campo lo suficientemente como para decir que los supuestos del 46 son "habas contadas" y clarísimamente privativos del cónyuge que las contrae, entonces, a mi modo de ver no hay tantos problemas.»

Toma de nuevo la palabra el moderador e insiste:

«Entonces dime una cosa: suponiendo que optemos por la solución negativa, aplicar el 1.373, ya que aquí se admiten las liquidaciones parciales, a mí me parece que el 1.373, sin embargo, pese a los inconvenientes que tenga, sí que resuelve un problema: si se liquida la sociedad conyugal, a partir de ese momento ya podremos repartir luego lo que sobre para pagar la deuda. Pero en el Derecho aragonés, o sea, aplicando el artículo 46 y no jugando el 1.373, en la escala de créditos que hay que aflorar, la mitad del otro cónyuge, la de los acreedores comunes, a mí sí no es por la vía de una segregación parcial del consorcio —es decir, sacamos este bien fuera del consorcio con consentimiento de ambos—; una vez segregado, vamos a imputar el valor del cónyuge, el valor de los bienes comunes y de ahí, el resto será para el ejecutante por deudas privativas. Como no sea éste el sistema, explíqueme cómo sin liquidar una sociedad conyugal se sacan a subasta unos bienes y cómo se reparten. Es decir, si hay que respetar ahí una mitad del cónyuge, si hay que respetar deudas de acreedores comunes, ¿qué se ejecuta?, ¿qué se reparte?... Y esto dejando aparte los problemas procesales. Para mí éste es el auténtico problema.»

Contesta Javier Sánchez-Arroyo:

«Yo pienso que sí, que puede ser mediante una segregación. Una vez realizadas esas operaciones, bueno, pues, decir que esto es lo que queda para satisfacer los intereses de este señor y actuar sobre eso.»

A lo que el moderador añade:

«Pero, salvo segregar, no podemos hacer nada, porque ¿cómo se reparte? Suponiendo un bien sin liquidación, se subasta, y en el caso de que hayamos conseguido hacer el balance...»

Corta Javier Sánchez-Arroyo para continuar diciendo:

«Es que sí sería; sería una liquidación durante la vida del consorcio.»

Nuevamente toma la palabra el moderador de la sesión:

«Exacto, esto es así porque no se quiere que el consorcio termine. Es verdad que a veces los males son superiores a los beneficios, claro está.»

Interviene Joaquín Rams Albasa:

«Una cuestión, imaginémoslo el sistema: se trata de una comunidad muy desguarnecida para el gasto correspondiente, respecto del privativo, para que sea insuficiente, etc., dada la amplitud que tenemos de comprometer el común en Aragón, con responsabilidad provisional, que es la que les interesa a los acreedores, porque la otra es un problema interno. Imaginemos que todo este montaje está francamente bien cuando es el cónyuge el que se opone, ¿y si el cónyuge apela a sus acreedores anteriores y sabiendo eso deja de pagarles todo lo que está en el artículo 41 y los moviliza?, ¿el juego a desamparar a los acreedores respecto de las masas comunes se puede admitir con la misma alegría que va a desamparar al cónyuge? Pues yo sencillamente digo, no, porque cuando sea entre terceros les va a dar entrada y no me contéis cómo, porque primero no sé suficiente procesal, pero lo que sí sé es que a la mujer o al marido se les puede desamparar con bastante tranquilidad visto lo que ocurre. Ahora bien, si alguien moviliza a los acreedores comunes, que van a ser preferentes para los bienes comunes, va a resultar que el otro va a tener que engancharse a los bienes privativos que tenga, sean suficientes o como estén. Y esto va a ser bastante claro.»

A lo que Javier Sánchez-Arroyo añade:

«A este respecto yo creo que a los acreedores los puede movilizar cualquiera, los propios cónyuges presentándose al concurso voluntario.»

Interviene el Catedrático de Derecho Civil D. Jesús Delgado Echeverría:

«Por alusiones, voy a decir algo. Siguiendo con lo último que ha dicho el profesor Rams, todavía no se ha dado el caso que el juez desampare al marido por deudas privativas de la esposa. No nos olvidemos de que todo esto es jurisprudencia y planteamiento casi visceral de los jueces, porque se decía que, naturalmente, las deudas del marido eran en beneficio de la familia y había que probar lo contrario. No se ha dado el caso, todavía, en que sea el marido el que diga: "esto no se paga con bienes comunes, ha de salvarse mi parte, porque la deuda es privativa de la mujer". En mi opinión, no creo que digan lo mismo los jueces, no creo que entonces el derecho procesal ponga tantas trabas. Sin embargo, ya la regulación del Apéndice, técnicamente muy mala en esto, tenía una solución fulminante. Lo que hacía el Registrador era decir inmediatamente que el embargo está muy bien, pero que sólo en la mitad indivisa del marido, sin más. Claro que eso implicaba una concepción de la comunidad muy deficiente, romana, por cuotas en cada uno de los bienes. Todo esto se podía superar teóricamente y se supera en la Compilación, donde ha de pasar a salvar un valor. Pero ¿cómo se salva un valor en el Registro? De ninguna manera, por supuesto. ¿Cómo se salva un valor ante el Juzgado? Lo cierto es que debería salvarse, pero la experiencia desde el año 67, era que no se podía. Cuando en el año 81 se reforma el Código Civil, el artículo 1.373 da un cauce para un problema similar, y es entonces cuando yo digo y escribo que ése es el cauce. Pasa el tiempo y resulta que ese camino no lleva a ningún sitio. Entonces, sé que he escrito, aunque no sé si he publicado, que el 1.373 no es la solución, me convenció el profesor Rams, no sé si hablando o escribiendo. También porque el propio artículo 46 aragonés da por supuesto que la comunidad puede continuar, porque prevé que habrá que tenerlo en cuenta para posteriores demandas de acreedores privativos, luego está dando por supuesto que no se ha disuelto, por lo tanto, tengo por seguro que tiene que haber otros cauces que no sean los del 1.373. Otra cosa es que también éstos existen, y en algún caso pueden ser buenos, sobre todo si los jueces que aplican Código Civil, y el Tribunal Supremo, llegaron a la conclusión de que, en efecto, el artículo 1.373 hay que tomárselo en serio.»

Interviene D. Joaquín Rams Albasa:

«Por escrito he puesto yo que si se tratase del marido no se hubiesen atrevido. En segundo lugar, el problema es que si se consumen la totalidad de los consorciales en el embate más los privativos, desde luego, más vale la disolución, porque el supuesto es de crisis económica total, y si es así, lo más práctico que se puede hacer es disolver. Pero el ejemplo del Apéndice es respecto de un dato histórico donde quizá Rosa María Bandrés podría entrar. Ahí está la venta como un acuerdo de bienes comunes cuya partición del bien enajena-

do, en un texto histórico, puede incorporarse en los privativos directamente; luego, por aquí vendría la esperanza del Apéndice de que se podría embargar uno por mitad. La idea de las masas es muy moderna, probablemente de paternidad de nuestro querido maestro. Antes, esto de las masas eran dos bloques, y la definición de privativos y consorciales casi habría que optar más por la vía que ha apuntado Rosa María, de heredados y adquiridos. Es decir, ni siquiera con la idea de sustituidos, que es muy moderna.»

Toma la palabra Rosa María Bandrés:

«Y adquiridos "constante matrimonio"; que se dice en realidad por influencia de todo lo que supuso la recepción del Derecho civil, tal como está en los documentos históricos o en las fuentes históricas. El término "ganancial" también se está utilizando constantemente.»

Interviene ahora Honorio Romero, Notario de Huesca:

«Querría aprovechar la ocasión para hacer dos preguntas; la primera es la siguiente: cuando se trata de bienes consorciales o gananciales en Derecho común podemos aplicar el planteamiento de que el marido lógicamente necesita el consentimiento de la mujer. Traslademos el caso al cónyuge comerciante en el que con el Código de Comercio, artículo 6 y siguientes, el cónyuge comerciante puede disponer de los bienes propios y de las resultas adquiridas con los mismos, así como de los bienes que están afectos al comercio. Imaginemos, pues, un constructor que tiene un bien que ha adquirido durante el matrimonio, este bien está dedicado al ejercicio de su actividad empresarial. Construye un edificio, lo divide en propiedad horizontal, construye cien pisos, y luego va a vender esos pisos. ¿El notario autoriza la venta en base al Código de Comercio sin necesidad del consentimiento de la mujer? Luego, posteriormente, habría que ver si el registrador inscribe y en última instancia habría que ver cómo califica el Juez, caso de que el registrador haya inscrito.»

La segunda pregunta se refiere al caso de extinción de un condominio: ¿es necesario el consentimiento del otro cónyuge a la renuncia del derecho expectante de viudedad?»

Contesta el profesor Rams Albesa a la primera pregunta:

«Creo que ha sido resuelta contra la opinión de algún profesional del Derecho de esta ciudad. Concretamente, los pisos dentro de la actividad de construir y vender, no están sujetos a la viudedad, sencillamente forman parte del giro y tráfico normal de la empresa y por lo tanto forman parte del ejercicio de la profesión.»

Réplica a cargo de Honorio Romero:

«Perdón, profesor, no me estoy refiriendo a la renuncia del derecho expectante de viudedad, sino un bien que tiene la calificación de consorcial —son consorciales los bienes logrador por la actividad—, si tiene que concurrir el consentimiento del otro cónyuge. Se verá más claro el caso si nos trasladamos al Derecho común, donde no hay renuncia de derecho expectante de viudedad; así el mismo supuesto del constructor, a la hora de vender, si necesita el consentimiento del otro cónyuge o no. Es decir, dentro de las resultas del comercio, ¿a qué resultas se refiere?»

Contesta Rosa María Bandrés:

«Como miembro del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, he tenido ya ocasión de dar solución a ese problema. Precisamente era un constructor el que estaba vendiendo los pisos, fallece y entonces la esposa reclama el derecho de viudedad. El problema que se plantea se resuelve señalando que no hace falta consentimiento cuando se trata de una labor profesional la que se ejercita en este caso, que es, precisamente, la de constructor. Es decir, esto es así, porque si no se crearían una serie de problemas inmensos si el constructor necesitase el consentimiento de la esposa para cada piso que vende. Ocurre, pues, que en este supuesto no hay unos derechos adquiridos por el consorte porque se trata de actividades derivadas de la profesión. Además, es que está ya recogido en la Compilación aragonesa, precisamente, en el artículo 48 en su párrafo segundo punto 1.º: "Para realizar actos de administración ordinaria del patrimonio consorcial, así como los de administración y disposición incluidos en el tráfico habitual de su profesión, arte u oficio". Es decir, está recogido ya en la Compila-

ción, cuando no está recogido en el Código Civil, por lo cual nuestro Derecho aragonés supone un avance con respecto al Derecho general del Estado.»

Insiste Honorio Romero:

«Es decir, que los Notarios nos podemos quedar con toda tranquilidad cuando nos venga un constructor. Insisto porque éste es un tema muy debatido entre Notarios y Registradores.»

Interviene ahora Jesús Martínez Cortés, Notario de Zaragoza:

«Creo recordar que hay una resolución del año 86, precisamente en sentido negativo, concretamente diciendo que hacía falta la renuncia al derecho expectante de viudedad. Si la memoria me es fiel, la resolución creo que es de abril de 1986.»

Replica Joaquín Rams Albasa:

«Tenemos una sentencia del Tribunal Supremo, a la que hemos hecho referencia de pasada, que declara nulo el acto de venta sin la renuncia expectante. Esto es un desconocimiento del Derecho foral, monumental. Claro, si la contestación de un pobre ponente como yo es para dar tranquilidad al cuerpo notarial, la buena marcha del registral y que la Jurisprudencia funcione conforme a la Ley, me están pidiendo un exceso. Aquí lo que está claro es una cosa: alguien conste un edificio para revenderlo y no es constructor, y tenemos un problema muy serio. Si no hay un acto en el que construye que la voluntad era para revender, ése es un bien común en el que se impone la administración conjunta, y la negativa, cuando es la administración dual sin excepciones, pues la negativa, diga lo que diga para los Jueces, es un veto, porque realmente con las monarquías duales siempre han acabado "a saco", porque el que sí trabaja y encima no hace, y el que no, no trabaja y además impide por la vía del veto. Y esto es un problema como para pensarse si tenemos que seguir en un régimen de cogestión, aunque sea residual, salvo que digamos qué actos se reservan para la validez, como hace el Código Civil Belga, y se trate de un catálogo de actos breve, porque si es inmenso tampoco resuelve nada.

En el giro del tráfico de los constructores, las casas son bienes afectos a la actividad empresarial, pero no son bienes sitios de la comunidad. Otra cosa sería que trabado algún bien u obligado algún bien por las cuestiones de responsabilidad derivadas de deudas comunes, tratándose del giro y tráfico, hoy tengamos que decir que los artículos 6 y siguientes del Código de Comercio, a la vista de gananciales, de nuestra reforma de la Compilación y de la reforma de la Compilación vasca, estos artículos, como digo, podemos pensar que están derogados o "que tienen música y les falta letra". Supongo que nadie va a creer que los bienes reservados o resultas del comercio, que es lo mismo, valen y no valen las licencias o no valen las prohibiciones, ya que el bloque es el mismo. No podemos decir: los bienes reservados sí valen, las licencias maritales no valen, las prohibiciones no valen... Si se quita la licencia y la prohibición de ejercicio, la reserva no ha lugar. Es decir, es un problema de responsabilidad ordinaria.»

El moderador, después de haber sido interpelado por el Notario Martínez Cortés, añade:

«La resolución del 86 a la que te referías antes, aludía a un problema de prueba. El registrador nunca sabrá si ese señor es comerciante o no. Efectivamente, la Compilación ha dado un paso más refiriéndonos al giro o tráfico. En aquella resolución se daba la razón por ese punto, porque decía que el registrador, como tiene gran limitación en la calificación, tiene muy circunscrito el campo, al contrario de lo que le ocurre al Juez.»

Contesta Martínez Cortés:

«Lo que sucede entonces es que el artículo 48 de la Compilación queda privado de toda eficacia a través de la vía del 76, ¿no?»

Le contesta el moderador:

«No, esto no es así, no queda privado de toda eficacia. Además, en una sociedad de armonía como la que estamos ahora, las mujeres están mucho más contentas de concurrir siempre a prestar consentimiento y a renunciar a su derecho expectante, porque eso, de verdad,

robustece la unidad de la familia, que en realidad es lo que se persigue con la gestión del pasivo.»

Toma la palabra Joaquín Rams Albesa, diciendo:

«Hombre, no, no nos liemos, esto sería como decir que la familia pobre permanece más unida.»

A su vez, pasa a contestar la segunda pregunta formulada por Honorio Romero:

«Aquí hay un problema. Depende de cómo sea en condominio. A mí, hay una cosa que me parece clara, no es usufructuable, salvo por la vía muy difícil de las cuotas. Es decir, el usufructo viudal está pensado para bienes y no para cuotas. Por esto, el usufructo en un condominio es un usufructo de cuota, y claro, aquí el usufructo se refiere a los bienes inmuebles. El usufructo de una cuota a mí me parece es rayano a la "discusión sobre el sexo de los ángeles", tal y como está previsto el usufructo aquí; es un usufructo que hay que interpretar con la tradición. El usufructo de un crédito, por la vía de la subrogación convertido en cosa y... a mí eso me parece muy complicado. Creo que en el usufructo de cuota no hay tal usufructo, es decir, que alguien veta toda una operación porque tiene derecho expectante al 25, al 15 o al 20% de un inmueble, porque su marido es condómino o viceversa, me parece que simplemente es una traba para sacar más dinero en la separación y en el divorcio; es decir, ahí hay un componente que no es de ejercicio del derecho conforme a la buena fe, y eso aunque esté en el Título Preliminar del Código Civil, me parece que es directamente aplicable a Aragón, porque aquí sería nada menos que Derecho natural, aunque haya desaparecido en la Compilación.»

Interviene Honorio Romero diciendo:

«Esta facultad de entorpecer se produce también en todo acto dispositivo, en cualquier compraventa, y sobre todo en cualquier permuta.»

Réplica de Rams Albesa:

«No, ¿por qué va a ser esto entorpecer?»

Honorio Romero dice:

«Si no quiere renunciar al derecho expectante, no lo renunciará en ningún caso. Otra cosa es la naturaleza jurídica del acto de la extinción del condominio.»

Rams Albesa asume la réplica diciendo:

«Si no se renuncia no se impide la venta, pese a que el Tribunal Supremo diga que es nulo.»

Interviene Honorio Romero:

«Tampoco si no se renuncia al derecho expectante se impide la extinción. El condominio se extingue, se adjudican las cuotas, y si no se ha renunciado juega el derecho expectante de la misma manera que juega en una compraventa o en una permuta.»

Rams Albesa:

«¿Sobre una cuota?, pues que lo ejerza, es mucho más divertido. Déjelo vigente, que lo ejerza cuando llegue el turno; cuando sea "disfrutaria", pues que lo ejerza sobre una cuota, que es una forma divertidísima de ejercer un usufructo. Yo es que creo que el problema más grave es que nos creemos nuestras propias trabas, y cuando esto es así empezamos a naufragar. El problema del usufructo expectante, del derecho expectante de viudedad sobre una cuota, es del mismo calibre que decir que no hay cauce procesal, el ¿no sé qué?, es decir, que no está en la realidad de las cosas.»

Toma la palabra Rosa María Bandrés:

«Voy a contestar desde otro punto de vista. Cuando accedí hace tres años y medio a la Magistratura, un compañero me dijo que "el derecho concedido por una ley, no te lo puede quitar un juez". Es un pensamiento que realmente me gusta. Por lo que atañe al asunto que estamos tratando, la renuncia al derecho expectante tiene que ser una renuncia expresa. Si la renuncia no es expresa, no cabe duda que no se ha renunciado, y entonces, cuando únicamente se trata de una cuota pequeña, podríamos actuar a través del ejercicio del dere-

cho de la moderación. Si la norma no lo dice expresamente, en algunos aspectos sí lo dice, como en el artículo 149 párrafo 2.º de la Compilación que lo señala con respecto al retracto de abolorio, al concedernos a los Tribunales la facultad de moderación. Entonces, a través del Título Primero de la Compilación, podríamos ejercitar este derecho de la moderación, aparte también del artículo 3 del Código Civil, pero habría que salvarlo de una forma que tendría que ser un caso muy concreto, muy específico, y veríamos a ver cómo se habrían desarrollado los hechos. Si no, ya lo he dicho antes, la renuncia tendría que ser expresa, la Ley lo dice así.»

Honorio Romero:

«En el caso de extinción de condominio, ¿hace falta también renuncia expresa? Es decir, ¿es necesaria la renuncia expresa cuando se pasa de la comunidad por cuotas a la participación sobre bienes concretos?»

Rosa María Bandrés:

«Yo el hecho lo estudiaría muy concretamente, pero la comunidad por cuotas puede darse, por ejemplo, en los retractos, de abolorio, de colindantes. Esa forma de actuación yo la veo en ese sentido, es decir, que la renuncia ha de ser expresa, pero el cómo se vaya a conseguir esa renuncia expresa, es otro tema. Yo exigiría renuncia expresa, independientemente del cauce que se siga.»

Honorio Romero:

«En eso estamos todos de acuerdo. Yo el argumento que digo es el siguiente: mañana cuatro señores compran una finca, están solteros y, por poner el mismo ejemplo para los cuatro, se casan todos ellos; luego hay un derecho expectante de viudedad. Si venden la totalidad de la finca los cuatro, los cuatro cónyuges tienen que renunciar al derecho expectante de viudedad —y hasta aquí parece que hay unanimidad—. Luego, ¿por qué si extinguen ese condominio y se adjudica cada uno su parte correspondiente, ahí no tienen que renunciar, cuando hay igualmente un hecho dispositivo? Es decir, la naturaleza jurídica del acto de la extinción del condominio es la determinante: si es una naturaleza traslativa, específica, determinativa, tendrá distintas repercusiones.»

Rams Albesa:

«Usted, señor Romero, se está negando a escuchar el argumento del artículo 76, párrafo 2, inciso último: "Si se niega a la renuncia con abuso de su derecho...". El problema es si es con abuso, si está ejerciendo su derecho lo está haciendo la mar de bien porque nadie le puede obligar. Aquí hay dos situaciones: primero, si el bien de que se trata puede tener un derecho de goce excluyente o no excluyente. El problema de las comunidades es que están pensadas de forma que una cosa es el derecho de goce y otra cosa es el ejercicio de la renuncia expectante, o se dice por qué o lo lógico es que le digan que está abusando de su derecho. Probablemente nos encontremos con que tampoco hay norma de aplicación.»

Honorio Romero:

«Yo planteo el caso como cuando hacemos dictámenes de posiciones, poniéndole la boina al señor. El señor dice: yo vengo a extinguir este condominio, ¿tiene que venir mi mujer?, sí o no. La pregunta es clara. Yo entiendo que depende de la naturaleza jurídica del acto, y entonces yo como Notario, ¿qué hago?»

Rams Albesa:

«Lo que sí es evidente, es que por las naturalezas jurídicas de los actos o negocios jurídicos, nunca se ha visto cómo se tienen que ejercer los derechos. Será por la naturaleza de los bienes o en función de los derechos que crean los actos o negocios jurídicos. Aquí lo que se está creando es un futuro usufructo, y éste da igual que sea por donación o por cualquier otro acto de enajenación, sea a título oneroso o no. Yo no veo el problema en la extinción del condominio. El condominio se extingue, el derecho expectante subsiste.»

Toma la palabra el moderador:

«No sé si ha quedado muy clara la posición de Honorio Romero. El distingue las dos hipótesis de los cuatro solteros que compran una finca. Luego se casan. Si venden, no cabe duda de que deben comparecer las cónyuges para renunciar al derecho expectante.»

Rams Albesa:

«No es que deban comparecer, tiene que ser citadas, porque vuelvo a decir que, si habiendo sido citadas no comparecen, ni renuncian ni dejan de renunciar. Y decir con el Tribunal Supremo que es nula la disposición en la que no se renuncia al derecho expectante, es una exageración. Simplemente, en Zaragoza, el Magistrado que lo dijo sería suspendido, porque es que no afecta a la validez de los actos.»

Réplica de Honorio Romero:

«Pero eso nadie lo discute. Lo que decíamos es que, si es necesario que se renuncie al derecho expectante, o si no, esa adquisición se hace sin perjuicio del derecho expectante que pudiera corresponderle sobre la finca que se vende. Si tú no renuncias a un derecho expectante sobre el bien que se transmite, conservas el derecho expectante sobre ese bien.»

Interviene Rams Albesa:

«Es que no tiene un derecho expectante, será de cuota, y el derecho expectante sobre cuota es algo que no se han planteado las fuentes en la vida.»

Honorio Romero:

«Pero es que el derecho expectante juega sobre todos los bienes del otro cónyuge.»

Rams Albesa:

«Perdón, pero se ha planteado a los efectos de si renace el derecho por la subrogación real cuando se reinvierte lo obtenido. Y, ojo, eso ha sido el único ejemplo histórico.»

Honorio Romero:

«Profesor, no habría subrogación real si previamente no había ese derecho. De todas formas, creo que nos estamos enredando demasiado.»

Interviene un asistente:

«Me voy a atrever a opinar, a que precisamente en el caso de extinción de condominio ese derecho expectante quedará concretado sobre el bien que se adjudique en la extinción del condominio. Yo es que creo que no pasa nada más.»

Toma la palabra Rams Albesa:

«Es que no es una función de veto para la actividad. Lo que hay es una concreción si es división, y ¿en el caso de que sea por venta? Pero es que en el ejercicio de la "actio communi dividundo" no pintan nada los cónyuges en materia de usufructo. Si el ejercicio es de "actio communi dividundo" sin enajenación, es que no pintan nada, porque eso no sale de su patrimonio, es que no hay enajenación.»

Honorio Romero:

«Imagínese, profesor, el solar de los mil metros cuadrados, que uno de los cónyuges está de acuerdo con sus tres hermanos, y dice, me llevo mal con mi mujer y los doscientos cincuenta metros en vez de dárselos en la Castellana en Madrid, se los dan atrás en la calle Ponzano. Entonces, a través de la extinción de ese condominio, se produce un fraude y una violación de los derechos del otro...»

Interrumpe Rams Albesa diciendo:

«Oye, eso es otra cuestión que nada tiene que ver con el acto. Eso sí que es otra cuestión, la validez del acto, es que no es parte.»

Honorio Romero:

«Pero es que yo no discuto la validez del acto. Imagínese que soy el comprador, y diré, en el caso de que no renuncie la esposa de este señor, cuando muera él, ¿su esposa tiene

derecho a usufructuar el bien que adquiera a través de la partición?, sí o no. Mírelo desde el punto que se mire, ya sea desde el punto de vista del comprador, del condominio, o del cónyuge.»

Rams Albesa:

«Vamos a ver algo mucho más violento, y así, en el momento en que se hace la partición, por ejemplo, si se tienen los mismos metros, y se simula el resultado del sorteo, ¿se aplicaría el artículo 1.111 en materia de acreedores? Es que aquel derecho es vivo e inmediato y no se aplicaría, y ahora aquí, por un expectante... Es que el fraude tiene que existir y no puede probarse, y si no puede probarse, sirve el decir el argumento contra el que estamos luchando todos los días: mire usted, hasta que se disuelva el consorcio, *no*, porque en todas las operaciones en que interviene el marido y la mujer pueden servir para el fraude, y eso es muy grave.»

Toma la palabra Venancio Herranz:

«Quisiera hacer una fórmula más sencilla referida al tema de consentimientos y asentimientos del artículo 48. Es algo en lo que nos vemos todos los días los abogados, estos contratos de arrendamiento, de traspaso de un negocio, en éstos firma sólo uno de los cónyuges (normalmente, aquél que ostenta la titularidad del negocio en el Impuesto de Actividades Económicas, en el Ayuntamiento, etc...). En principio ese contrato es válido, pero ¿y si luego el otro cónyuge dice que no prestó su consentimiento?, ¿ese contrato sería anulable?»

Contesta Rosa María Bandrés:

«Entra aquí ya el instituto de la nulidad y de la anulabilidad. Todo dependerá del interés que tenga el otro cónyuge para declarar el acto nulo o anulable, como consecuencia de ello se opera de una forma o de otra.»

Insiste Venancio Herranz:

«Yo lo veo desde el punto de vista de ese poner trabas a la actuación de una persona. Pongamos el caso del cónyuge que está trabajando, llevando el negocio a sus espaldas, e incluso que llega un momento que lo traspasa. ¿Por qué en este supuesto es preciso el consentimiento del otro cónyuge?»

Contesta el profesor Rams Albesa:

«En el derecho anterior la cosa era bastante clara: para disponer de inmuebles comunes y negocios, era preciso el consentimiento del otro cónyuge; si no eran bienes comunes volvemos a las habilitaciones ordinarias. Si el problema es estar dentro del giro y tráfico de uno de los cónyuges, yo creo que tiene una habilitación suficiente, y si se trata de cesación del negocio, pienso que requiere consentimiento y que su falta daría lugar a la anulabilidad. A una anulabilidad muy anómala, aunque en esto sí que creo que la identidad de razón nos llevaría al artículo 1.320, a pesar de que no me gusta nada; pero si el bien es común yo creo que sí.»

Toma la palabra Rosa María Bandrés:

«El Tribunal Superior ha sentenciado en este sentido. Se trataba de un campo en Villanúa, en el que una parte era de procedencia hereditaria y otra parte del campo era consorcial; entonces el marido vende a una constructora navarra y empiezan con los proyectos de construcción de una urbanización: chalets, casitas adosadas, pisos, etc., poniendo incluso una agencia en Jaca para la venta de los inmuebles, empezando la gente a comprar. Pero la esposa, en un momento, dado que no había otorgado su consentimiento para la venta, se opone, e interpone demanda conjuntamente con su esposo. Efectivamente, se ha declarado nula la venta. La esposa, a pesar de haberse celebrado todas las reuniones posteriores a la venta en su casa, sin embargo ella no sabía que se había producido la venta de los terrenos, pensaba que se estaban construyendo casas de las que ella conjuntamente con su esposo eran los propietarios, y que luego iban a vender, pero sin saber que ya se habían vendido los terrenos; como consecuencia de ello, no había habido consentimiento, por lo que la situación tuvo que resolverse de aquella manera, siendo que verdaderamente ahí, yo, personalmente, pienso que la mala fe del marido era manifiesta, sobre todo sabiendo

que no era la primera vez que el marido ejercitaba este derecho. Claro, la situación era grave. Pero en este caso expuesto no puede solucionarse de otra manera.»

Toma la palabra D. Francisco Curiel, dando por terminada esta segunda sesión del Foro de Derecho Aragonés, agradeciendo a los conferenciantes sus exposiciones y a los oyentes su asistencia.

*(Transcripción realizada por el letrado Rafael Merino Gavín.
Zaragoza, 17 de noviembre de 1992.)*