

EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN LA LEY 3/1992 DE DERECHO CIVIL FORAL VASCO Y EN LA NUEVA PROPUESTA DE LEY CIVIL VASCA.

SUMARIO: I.- Introducción. II.- El régimen matrimonial de bienes en el Derecho internacional privado, en el Derecho interregional y en el Derecho entre los tres Territorios Históricos. III.- Efectos patrimoniales del matrimonio. Sistema adoptado por la LDCFV y por la Propuesta. IV.- Disposiciones generales sobre régimen económico matrimonial. V.- Las capitulaciones matrimoniales: Naturaleza, requisitos y limitaciones. Su modificación. La publicidad del régimen económico matrimonial. VI.- El régimen de comunicación foral de bienes: Naturaleza, nacimiento, consolidación y frustración. VII.- Bienes privativos de los cónyuges, bienes ganados y bienes comunicados en la comunicación foral de bienes. VIII.- Cargas y obligaciones del matrimonio y comunicación foral de bienes. IX.- Administración y disposición de los bienes en comunicación foral de bienes. X.- Disolución y liquidación de la comunicación foral de bienes. XI.- Las parejas de hecho y su régimen patrimonial. XII.- Bibliografía.

I.- Introducción:

Aprovechando las conferencias que el próximo 28 de noviembre de 2012 se van a dar acerca de la Propuesta de Ley Civil Vasca elaborada por la Academia Vasca de Derecho y el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, me permito elaborar este prontuario, el cuál, según definición de la Real Academia Española de la Lengua, del latín “*promptuarium*”, despensa, es un “*Resumen o breve anotación de varias cosas a fin de tenerlas presentes cuando se necesiten*” y despensa es pues es tributario del poso jurídico de la Jurisprudencia mayor y menor y de la Doctrina, compiladas ambas conforme al clásico esquema de un temario de oposiciones.

II.- El régimen matrimonial de bienes en el Derecho internacional privado, en el Derecho interregional y en el Derecho entre los tres Territorios Históricos.

La primera cuestión es determinar el ámbito de aplicación de los regímenes forales o especiales, particularmente el vasco y singularmente el vizcaíno aforado, competencia exclusiva del Estado conforme el art. 149.1.8º de la Constitución¹.

A) En cuanto al Derecho Internacional Privado: Se ocupa de esta materia el art. 9, apartados 2º, párrafo 1º, y 3º del C.c., redactados por la Ley de 15-10-1990, en aplicación de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación por razón de sexo y que destacan por:

1. El apartado 2º, párrafo 1º habla únicamente de los efectos del matrimonio, entendiendo la doctrina que se refiere tanto a los efectos personales como a los patrimoniales, en defecto de capitulaciones matrimoniales (la redacción previa a la Ley de 15-10-1990 los distinguía). Dispone este precepto que: Los efectos del matrimonio se regirán, en orden sucesivo, por **1º**.- la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, **2º**. por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; **3º**. a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, **4º**. a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.
2. El apartado 3º se refiere exclusivamente a la regulación de la validez de las capitulaciones como régimen matrimonial especialmente pactado, señalando que: Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento. Si bien, hay que tener en cuenta: a) Que la capacidad para otorgar los pactos y las

¹ El Estado tiene competencia exclusiva sobre “Legislación civil (...) En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

capitulaciones se rige por la ley personal de cada contratante, ex art. 9.1º del C.c. y b) que en materia de forma, rige el art.11 del C.c.².

3. Por lo demás, reseñaremos, que la **STC de 14-02-2002** declaró inconstitucional y derogó el art.9.2 del C.c. en la redacción dada por el Decreto de 1974, en el inciso “*por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración*”, creando una laguna legal que la doctrina resuelve de distintas formas. Y que está pendiente de ratificación por España el Convenio de la Haya de 14-03-1978, sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales.

B) En cuanto al Derecho Interregional Privado. Ámbito de aplicación de la Ley Civil Vasca: la vecindad civil y el territorio en el Derecho civil vasco (arts. 8-11 de la Propuesta):

Dispone el art.16, apartado 1º del C.c. que los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV, con las siguientes particularidades: 1ª. Será ley personal la determinada por la vecindad civil. 2ª. No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del art. 12 sobre calificación, remisión y orden público.

Por tanto, hay una remisión a lo ya expuesto en relación con el Derecho Internacional Privado, si bien, entiende la doctrina que dicho reenvío del Derecho Interregional a las normas del Derecho Internacional ha de entenderse, de manera NO rígida, sino de tal modo matizada que se aproxima a una aplicación analógica, al objeto de evitar resultados contrarios a la naturaleza de las instituciones.

² “1. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la Ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la Ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la Ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen. Si tales actos fueren otorgados a bordo de buques o aeronaves durante su navegación, se entenderán celebrados en el país de su abanderamiento, matrícula o registro. Los navíos y las aeronaves militares se considerarán como parte del territorio del Estado al que pertenezcan. 2. Si la Ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero. 3. Será de aplicación la Ley española a los contratos, testamentos y demás actos jurídicos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero”.

Hay que tener en cuenta que, tras la citada Ley de 1990, el art. 14.4 señala que: El matrimonio no altera la vecindad civil. No obstante, cualquiera de los cónyuges no separados, ya sea legalmente o de hecho, podrá, en todo momento, optar por la vecindad civil del otro.

Finalmente, apuntaremos que si el conflicto se plantea, no entre dos regiones, sino entre dos comarcas o localidades de una misma región, se aplican también las normas de Derecho Interregional. Si existe algún ejemplo característico de esta situación es el Derecho Foral Vasco en el cuál tenemos actualmente hasta cinco regímenes distintos: **1.** Vizcaínos no aforados, **2.** Vizcaínos aforados, **3.** Ayalenses, **4.** Guipuzcoanos y alaveses que no sean de Llodio y Aramayona (equiparables a los vizcaínos aforados), ni del valle de Ayala y **5.** el punto de conexión real de la troncalidad que puede afectar a ex vizcaínos (art. 23 de la LDCFV y 68.2 de la Propuesta).

“En este punto observamos que una de las principales novedades de la Propuesta es la introducción de la vecindad civil vasca (art. 10-11), la cuál ya entronca con el punto de conexión tradicional del Derecho civil común, sometiéndose a la regulación de éste, particularmente la adquisición y pérdida de la vecindad civil vasca común y las vecindades territoriales, que se resuelve de acuerdo con las normas estatales tanto en lo que se refiere a los conflictos de leyes internos de la propia CAPV, como a los externos que puedan surgir con las personas sujetas a otras vecindades civiles. La dicción de los art. 10 y 11 del texto es clara y taxativa”³.

En particular, el Dictamen del Consejo de Estado nº 1537/92 (Pág.58), motivado por la Ley 3/92 hoy vigente en materia de derecho civil foral en la CAPV, que en relación al art. 94 de la LDCFV establecía en ese punto una regulación similar a la de este proyecto: *“... contiene, pues, una norma de resolución de los conflictos que coincide exactamente con el juego de puntos de conexión establecido en el Código Civil con carácter general. Cabe admitir una interpretación constitucional de la*

³ Memoria Explicativa de la Propuesta de Ley Civil Vasca. AVD/ZEA, Bilbao 2012.

misma, considerando que su aplicación ha de producirse dentro de la propia vecindad civil foral, es decir, no sería una norma de resolución de los conflictos interregionales, sino de los propios conflictos que pudieran suscitarse por la diversidad de regímenes jurídicos civiles existentes en el País Vasco, desde ese punto de vista, no se aprecian fundamentos jurídicos suficientes para mantener el recuso de inconstitucionalidad”.

Bajando al concreto tema del régimen económico matrimonial, diremos que, aunque el art. 8 de la Propuesta establezca que *“La presente Ley se aplicará en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, salvo aquellos preceptos en que expresamente se declare su vigencia en un territorio concreto”*, en la práctica su ámbito es muy reducido: **1.** El matrimonio, efectos personales y sus formas de celebración y extinción son competencia exclusiva del Estado. **2.** El régimen económico matrimonial característico, la comunicación foral de bienes, se da sólo en vizcaínos aforados y alaveses que sean de Llodio y Aramayona (vecindad civil local en tales territorios conforme al art. 127 de la Propuesta).

1. Los efectos personales y formas de celebración y extinción del matrimonio son competencia exclusiva del Estado:

Así resulta del art. 13.1 del C.c. en cuanto que impone la aplicación general y directa en toda España de las normas del título IV del libro I, del C.c. (del matrimonio) con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial.

Ello, trayendo a colación la diferencia entre efectos personales y patrimoniales del matrimonio, vigente hasta la Ley 15/90 de 11-10-1990, no sólo impone la igualdad en cuanto al la promesa de matrimonio, requisitos y formas de celebración del matrimonio, su inscripción en el Registro civil, sino especialmente el imperativo Capítulo V relativo a *“De los derechos y deberes de los cónyuges”*, art. 66-70 de claros efectos patrimoniales: art. 67 *“Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”*, art. 68 *“Los cónyuges están obligados a (...) compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras*

personas dependientes a su cargo”, art. 71 “Ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida”. Y, sobre todo, la nulidad, separación y divorcio en cuanto a sus causas, sus procedimientos y sus efectos, de claro alcance patrimonial y así los art. 90 y ss. del C.c. prevén los extremos a regular ante estas crisis matrimoniales:

“a. El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

b. Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.

c. La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

d. La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

e. La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

f. La pensión que conforme al art. 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges”.

Igualmente, las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio están determinadas por los art. 102 y 103 del C.c., particularmente, con los efectos siguientes:

“1. Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

2. Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil”.

2. El régimen económico matrimonial característico, la comunicación foral de bienes, se da sólo en vizcaínos aforados alaveses que sean de Llodio y Aramayona:

El Título IV de la LDCFV regula el régimen del matrimonio dentro del Libro I del Fuero Civil de Bizkaia y su art. 5 lo limita al Infanzonado o Tierra Llana de aquélla, el cuál comprende a dichos efectos (art. 146) a Llodio y Aramayona.

No hay, por tanto, diferencia entre la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco –LDCFV, en adelante, y la Propuesta en este aspecto, pues aunque de la coonestación de los art. 8 y 125 y ss. de la Propuesta, el Libro III de la misma “*Del régimen de bienes en el matrimonio*”, resulte su general aplicación en todo el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, realmente sólo los art. 125 a 128 son de tal extensa vigencia territorial en cuanto al régimen económico matrimonial, pues el art. 127 delimita la aplicación de la especialidad foral por excelencia, la comunicación de bienes, a los dos puntos de conexión previstos en el art. 9.2 del C.c., siempre en defecto de pacto en capitulaciones matrimoniales:

- a) Cuando ambos contrayentes sean vecinos de la Tierra Llana de Bizkaia, de Aramaio o Ludio/Llodio.
- b) Cuando sólo uno de los cónyuges tenga vecindad civil en la Tierra Llana de Bizkaia, en Aramaio o en Ludio/Llodio, regirá, a falta de pacto, el régimen de bienes correspondiente a la primera residencia habitual común de los cónyuges, y a falta de ésta, la que corresponda al lugar de celebración del matrimonio.

Por lo demás, el contenido de los art. 125, 126 y 128 de la Propuesta es prácticamente igual al contenido en los art. 1315 y 1317 del C.c., art. 32 y 38 de la Ley Hipotecaria y art. 11 del C.d.c.

C) Problemas de Derecho Internacional y de Derecho Interregional en cuanto a las uniones de hecho y su régimen patrimonial:

Actualmente la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, ha venido a regular las uniones libres de personas que tengan vecindad administrativa en el País Vasco, pero la misma adolece de las siguientes fallas:

1. Carencia de puntos de conexión: Seguimos en este punto a MANZANO MALAXETXE BARRIA “*Como se ve, en esta materia el punto de conexión para la aplicación de la Ley es la vecindad administrativa. Pero en lo que al tema que hoy estamos tratando afecta, no es posible establecer una conexión, ya que la única previsión que la ley contiene sobre régimen económico patrimonial de estas uniones es la de su art. 5, según el cual “los miembros de la pareja de hecho podrán regular las relaciones personales y patrimoniales derivadas de su unión, mediante documento público o privado, con indicación de sus respectivos derechos y deberes, así como las compensaciones económicas para el caso de disolución de la pareja. Y el art. 6 establece que en defecto de pacto expreso, los miembros de la pareja podrán adherirse a las cláusulas que con carácter general se establezcan y que contendrán las previsiones que dicho art. establece. Por tanto, solamente en el caso de que los miembros de la pareja de hecho así lo pacten estarán sujetos al régimen de comunicación foral, pues no existe un régimen supletorio fundado en la vecindad civil a falta de pacto y no me parece que la equiparación con el matrimonio que establece la disposición adicional segunda de la Ley pueda extenderse hasta ese extremo, ya que se establece solamente para las relaciones que las parejas de hecho establezcan con las distintas Administraciones del País Vasco”*”⁴.

A mayor abundamiento, señala JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL en base al art. 20.6 del Estatuto de Autonomía del País Vasco “*Salvo disposición expresa en contrario, todas las competencias mencionadas en los art. anteriores y otros del presente Estatuto se entienden referidas al ámbito territorial del País Vasco*”, y concluye “*no es admisible desde la perspectiva constitucional que las Comunidades Autónomas puedan determinar mediante normas materiales el*

⁴ Manzano Malaxechevarría, J.R.: «Los puntos de conexión en régimen de comunicación foral en la legislación vigente». Jado. Boletín de la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria. 2009, núm. 18, pp. 219-229.

*ámbito de aplicación de sus normas civiles”*⁵. Ya hemos visto que el Consejo de Estado, con cita de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional limita la validez y eficacia de la normativa autonómica en cuanto a determinación de los puntos de conexión aplicables o resolución de conflictos de leyes a los propios dentro de la región, no entre esta y otras o con la legislación estatal.

2. Recurso a la aplicación analógica de los puntos de conexión del Derecho común:

A falta de dichos puntos de conexión, señala IRIARTE ÁNGEL, los tribunales pueden acudir a la aplicación analógica de las normas de Derecho común imperativas éstas (cfr. art. 149.1.8º de la Constitución y art. 3 y ss. del C.c.) y entre ellos el art. 9.2. del C.c., es decir, *“Los efectos del matrimonio se regirán por la Ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta Ley, por la Ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la Ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio. La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la Ley que determina el art. 107”*.

Añadimos nosotros, en la misma línea, que la determinación del foro que haya de conocer del asunto conllevará la aplicación de normas distintas, supra autonómicas y particularmente, por la querencia a la aplicación de la *“lex fori”*, la propia del tribunal que conoce la litis. Recordemos que el foro general de las personas físicas es el determinado por la el domicilio conyugal o el de residencia del demandado (cfr. art. 769 de la LEC) y en las relaciones internacionales (art. 22.3 de la LOPJ) en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán *“en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia*

⁵ Iriarte Ángel, J.L. “Conflictos de Leyes internos. Notas fundamentales de la situación actual”, Boletín JADO. Bilbao. Año VII. Nº 18. Diciembre 2009, pp. 89, ISSN: 1888-0525

siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro”.

Esta misma querencia a la Ley del foro se ve en el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental la competencia (art. 3) recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual, ora la actual de los cónyuges, ora de la última residencia habitual de los cónyuges, ora de la residencia de actor o demandado según los casos.

Por lo tanto, dados los problemas reseñados es más que difícil que, fuera de la Comunidad Autónoma del País Vasco se aplique la legislación de ésta relativa a las parejas de hecho, máxime **1.** la pluralidad de legislaciones autonómicas existentes sobre parejas de hecho y la falta de regulación estatal y **2.** que, como ha apuntado MANZANO MALAXETXEBERRIA, los efectos de la pareja de hecho regulados no son patrimoniales propiamente, más allá del universal y obvio reconocimiento del derecho a la libertad de contratación y el resto son efectos jurídico administrativos frente a las Administraciones públicas sitas en la COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO.

III.- Efectos patrimoniales del matrimonio. Sistemas adoptados por la LDCFV y por la Propuesta.

Como señalan DIEZ-PICAZO y GULLÓN, para que pueda puedan cumplirse los fines del matrimonio, que son extrapatrimoniales, éste necesita de un soporte económico, y por eso, que junto a los llamados efectos personales del matrimonio, la ley regula unos efectos patrimoniales⁶.

⁶ Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Tecnos.

La organización económica de la sociedad conyugal registra en Derecho comparado diversos conjuntos coherentes de normas que contienen las soluciones jurídicas a aquellas cuestiones económicas a que da lugar el matrimonio de los cónyuges entre sí y de éstos con los terceros.

Estos conjuntos de normas, denominados regímenes económicos-matrimoniales, en la actualidad podemos agruparlos bajo dos categorías básicas y una intermedia: **1.** Régimen de comunidad, ora universal, como la Comunicación Foral de Bienes o los del fuero del Baylío, ora meras comunidades de ganancias, como el régimen de gananciales. **2.** Régimen de separación, en el que no se forma una masa común de bienes, sino que cada cónyuge conserva la propiedad de los suyos, tanto de los que lleva al matrimonio como de los que adquiere durante éste por cualquier título y **3.** el intermedio régimen de participación donde cada uno conserva la propiedad, administración y disposición de ellos y da derecho a un crédito metálico al fin del régimen por la diferencia de ganancias entre ambos cónyuges entre el comienzo y el final del mismo.

El sistema adoptado por la Propuesta en nada se diferencia de la LDCFV pues los principios básicos son los mismos: A) Autonomía de la voluntad, B) mutabilidad del régimen económico matrimonial, sin perjuicio de terceros, C) la íntima relación entre el régimen sucesorio y el económico matrimonial, D) existencia de un sistema de regímenes supletorios, supletoriedad de primer grado, ora del régimen de gananciales, ora del de comunicación foral de bienes y supletoriedad de segundo grado del de separación de bienes y E) existencia de un régimen económico matrimonial primario o de orden público, similar al del Derecho común.

A) Autonomía de la voluntad: El principio básico, al igual que en el sistema del Derecho común es el de la autonomía de la voluntad, por lo que los futuros esposos o los esposos durante el matrimonio, pueden pactar en capitulaciones el régimen que tengan por conveniente, ya sea uno de los previstos por la ley o uno atípico, que construyan ellos (art. 1315 del C.c., 93 de la LDCFV y 125 de la Propuesta).

B) Mutabilidad del régimen económico matrimonial, sin perjuicio de terceros. Como consecuencia del principio de libertad de pacto, el código consagra también el

principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial, sin perjuicio de terceros (art. 1326 del C.c., 93 de la LDCFV y 126 de la Propuesta)⁷.

A efectos del Derecho civil foral vizcaíno, la **STSJPV de 4-04-2005**, recuerda que tanto el art. 1317 del C.c. como el art. 93 de la LDCFV no permiten en ningún caso las modificaciones en el régimen económico matrimonial puedan perjudicar los derechos adquiridos por terceros, ni los derivados de la troncalidad, sin que (**STS de 30-1-1986, 10-9-1987, 18-7-1991, 13-10-1994 o 25-09-1999**) para la subsistencia y efectividad de dicha garantía legal sea necesario acudir a la nulidad o rescisión de las capitulaciones en las que la modificación se instrumenta y sin tener que demostrar que no se pueden cobrar de otro modo los créditos de los terceros acreedores.

C) La íntima relación entre el régimen sucesorio y el económico matrimonial: Como parte de la libertad civil (art. 4 de la LDCFV y de la Propuesta), lo que se ve tanto en instituciones tales como:

1. Los pactos sucesorios, tanto con transmisión de presente de bienes (art. 77 de la LDCFV y 104 de la Propuesta), como mortis causa (art. 78 de la LDCFV y 105 de la LDCFV), donaciones Propter Nupcias (art. 78 de la LDCFV) y, especialmente las comunidades de vida entre instituyentes e instituidos (régimen económico matrimoniales con cuatro partes, matrimonio viejo y matrimonio joven, art. 82 de la LDCFV), institución que el art. 107 de la Propuesta extiende más allá de las cuatro partes *“La institución de sucesor en el patrimonio familiar puede acompañarse del pacto de comunidad entre*

⁷ La inmutabilidad del régimen económico matrimonial sujeto al Fuero de Bizkaia sólo ha sido un paréntesis histórico, pues como afirma la **SAP de Bizkaia de 20-4-1988**: *“como entienden la mayor parte de los tratadistas la inmutabilidad establecida en el Artículo 41 reseñado, carece de arraigo en el Derecho Foral Vizcaíno, inspirado por el contrario en la libertad de pacto, de forma que su inclusión en la Compilación no fue sino una trasposición al Derecho Foral del principio de inmutabilidad establecido en el Código Civil en su anterior redacción, por lo que su subsistencia como norma foral vigente, iba, no sólo en contra de los principios imperantes en el Derecho Foral en que se incardinaba, sino también de forma palmaria contra la realidad social, demandante de la libertad de pactos post-nupciales, máxime con posterioridad a las reformas operadas en el Código Civil por la Ley 14/1975 de 2 de mayo. Ley 11/1981, de 13 de mayo, y la Ley 30/1981, de 7 de julio, sentir social, determinante de que la citada Ley 6/1988, de 18 de marzo, de modificación parcial del Derecho Civil Foral, aprobada por el Parlamento Vasco, tras establecer el principio de libertad en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales antes o después de contraído matrimonio, viene a derogar el precitado Artículo 41 en su Disposición Derogatoria...”*.

instituyentes e instituidos, bajo la forma de diversas figuras societarias o en régimen de comunidad de bienes”.

2. Las donaciones por razón del matrimonio: Frente al limitado alcance dado a las mismas en los art. 1336 a 1343 del C.c. donde se contemplan como una mera aportación a la economía del matrimonio a celebrar y, dado que se hacen en consideración al mismo, son revocables por las causas comunes excepto la supervivencia o superveniencia de hijos y, además, por la nulidad, separación o divorcio de dicho matrimonio (debemos entender que “*y por tanto para colmar la laguna apreciada en orden a determinar la culpabilidad o no de la recurrente, la redacción del C.c. que se deberá examinar es la realizada en virtud de la Ley 15/2005 de 8 de julio de 2005, encontrándonos con que en el texto actualmente vigente (vigente también al momento de fallecimiento del causante) la separación no requiere la existencia de causa, y por ello podríamos afirmar que el vigente texto de la LCFPV ha quedado vacío de contenido, conforme a la SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de 30-09-2010*).

Las donaciones por razón del matrimonio generalmente se engarzan a través del pacto sucesorio, como hemos visto, con el régimen económico matrimonial del mismo y tienen su propio régimen de ineficacia (art. 79 y 80 de la LDCFV y art. 108 y 109 de la Propuesta) que no excluye las reglas sobre inoficiosidad (art. 654 del C.c., 62 de la LDCFV y 58 de la propuesta) pero sí de la colación cuando se hace uso del apartamiento (art. 54 de la LDCFV), tácito en la Propuesta.

3. La dote: Estamos hablando de arqueología jurídica. Conforme a Las Partidas, “*La dote era el caudal que la mujer daba al marido en razón del casamiento a efectos de ayudar a éste a sostener las cargas del matrimonio*”. La administración de los bienes dotales correspondía al marido, así como la percepción de sus frutos, si bien aquéllos debían restituirse a la mujer o a sus herederos al fin del matrimonio. Luego estaban los bienes parafernales, que igualmente afectos a levantar las cargas del matrimonio, la mujer aporta al matrimonio sin incluirlos en la dote y conserva su administración. Los art. 1336 a 1380 del C.c. en su redacción previa a la Ley de 13 de mayo de 1981

regulaban estas instituciones. Adaptada la dote a la Comunicación Foral de Bienes ello supone que sólo habría restitución caso de frustrarse, no consolidarse la misma, de ahí que el art. 110 de la LDCFV (art. 146.2º de la Propuesta) hace una sucinta y tangencial referencia a la dote a la hora de la liquidación del régimen y el derecho a permanecer el advenedizo en el caserío del tronquero: *“Cuando el cónyuge viudo hubiere traído dote u otra aportación, el plazo establecido en la regla anterior se prorrogará por todo el tiempo que los herederos del finado tarden en devolvérsela”*

4. El poder sucesorio y los derechos del viudo: El régimen de comunicación foral optimiza los derechos del cónyuge viudo, reforzando enormemente sus derechos, especialmente si el mismo es el comisario foral de su consorte premuerto, pues: **a.** El poder testamentario puede durar todos los años que viviere el viudo o un gran número de años, cláusula común en los testamentos. **b.** Tiene la representación y administración de la herencia. **c.** Disfruta del usufructo universal si así lo dispuso el causante pero, aunque no lo disponga tiene el mismo usufructo del caudal de la sociedad conyugal mientras no haga uso del poder testamentario y **d.** tiene siempre en propiedad la mitad ideal del caudal común en propiedad, pudiendo enervar su división mediante el sistema de no designar sucesor por actos entre vivos. **e.** Es más, como quiera que puede hacer usos parciales del poder, en la parte que no haga uso, sigue tal indivisión. **f.** Es más, la partición y liquidación tanto de la herencia con fijación de la legítima (cfr. art. 64 de la LDCFV y art. 60 de la Propuesta) como del caudal conyugal (cfr. art. 106 de la LDCFV y art. 142 de la Propuesta) podrá ser hecha por el cónyuge comisario conjuntamente con el contador-partidor o conjuntamente con los sucesores presuntos, a los cuáles, por el poder testamentario tendrá bien sumisos el viudo, o, en todo caso, por decisión judicial a su instancia. Incluso el viudo comisario podrá por sí y ante sí adjudicarse la mitad de todos y cada uno de los bienes, dejando la otra mitad para la sucesión del premuerto, sin perjuicio de la reserva de bienes troncales

- D) Regímenes económicos supletorios: La ley sólo establece dos regímenes supletorios de primer grado en defecto de capitulaciones –**1.** sociedad de gananciales o **2.** comunicación foral de bienes- (art. 1316, 94 de la LDCFV y 127

de la Propuesta), como ya hemos visto, cuando ambos contrayentes sean vecinos de la Tierra Llana de Bizkaia, de Aramaio o Laudio/Llodio, el matrimonio se regirá, a falta de pacto, por el régimen de comunicación foral de bienes. Y cuando sólo uno de los cónyuges tenga vecindad civil en la Tierra Llana de Bizkaia, en Aramaio o en Laudio/Llodio, regirá, a falta de pacto, el régimen de bienes correspondiente a la primera residencia habitual común de los cónyuges, y a falta de ésta, la que corresponda al lugar de celebración del matrimonio. Los mismo puntos de conexión cambiando la Tierra Llana de Bizkaia y Llodio y Aramayona por las villas de Bizkaia y toda Álava y Guipuzcoa darán lugar a la aplicación de la sociedad de gananciales **3**. El régimen de separación de bienes, es supletorio de primer grado en las parejas de hecho y supletorio de segundo grado cuando los cónyuges excluyen el régimen supletorio de primer grado sin establecer otro o se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de comunicación foral o participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto. (art. 13.2, 1435.2º y 3º del C.c., 3.1 de la LDCFV y 3.1 de la Propuesta).

- E) El régimen económico matrimonial primario. En el Derecho común, independientemente de que los cónyuges se acojan a un régimen tipificado o por ellos diseñados, o de que entre en juego el régimen legal supletorio, el Código establece unas disposiciones generales sobre régimen económico matrimonial, que analizamos a continuación en relación a la LDCFV y a la Propuesta.

Se trata de normas que configuran una especie de Orden Público en la materia, imperativo e inderogable, y cuyo objeto es que estén siempre atendidas necesidades básicas del hogar familiar. Es lo que se ha llamado régimen económico matrimonial primario, por aplicarse a todo matrimonio cualquiera que sea su régimen económico, legal o convencional. Así se desprende del hecho sistemático de que tales normas estén agrupadas precisamente bajo la rúbrica “*Disposiciones Generales*”, en el primer Capítulo del Título del Código civil dedicado al régimen económico matrimonial. No obstante, su aplicabilidad general ha sido matizada, habida cuenta que algunas de tales disposiciones generales parecen regular hipótesis pensables sólo bajo un concreto régimen económico matrimonial, el de gananciales.

Nos preguntamos si hay tal régimen económico matrimonial primario respecto del régimen de comunicación foral de bienes, pues la supletoria aplicación del Derecho común (art. 3 de la LDCFV y de la Propuesta) a los regímenes económico matrimoniales en el mismo regulados, suponen igual remisión al régimen económico matrimonial primario del mismo.

Las primeras disposiciones generales se contienen en los art. 1315 a 1317 del C.c., que tienen su equivalente en los art. 93 de la LDCFV y 125 y 126 de la Propuesta, ya tratados (autonomía de la voluntad, mutabilidad y supletoriedad). Otras son: **1.** Levantamiento de las cargas del matrimonio. **2.** Ejercicio de la potestad doméstica ordinaria. **3.** Disposición sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia. **4.** El derecho de predetracción del ajuar. **5.** El art. 78 de la Ley Concursal. **6.** Consecuencias de la actuación de un cónyuge sin consentimiento del otro. **7.** Libre contratación entre cónyuges y **8.** Confesión de privatividad de bienes.

Como veremos, estas normas aunque puedan resultar de la aplicación supletoria del Derecho común, también puede ser fundadas en las normas del Derecho foral, sin violencia alguna, salvo alguna excepción.

1. Levantamiento de las cargas del matrimonio: Dispone el art. 1318 del C.c. que *“Los bienes de los cónyuges están sujetos al (a) levantamiento de las cargas del matrimonio. Cuando uno de los cónyuges incumpliere él deber de contribuir al levantamiento de estas cargas, (b) el juez, a instancia del otro, dictará las medidas cautelares que estime convenientes a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras. Cuando un cónyuge carezca de bienes propios suficientes, (c) los gastos necesarios causados en litigios que sostenga contra el otro cónyuge, sin mediar mala fe o temeridad, o contra tercero, si redundan en provecho de la familia, serán a cargo del caudal común y, faltando este, se sufragarán a costa de los bienes propios del otro cónyuge cuando la posición económica de este impida al primero, por imperativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la obtención del beneficio de justicia gratuita”.*

- a) Las cargas del matrimonio: Dispone el art. 98 de la LDCFV (art. 134.2 de la Propuesta) que “*Las cargas del matrimonio serán sufragadas, en primer lugar, con los bienes ganados, y sólo a falta o por insuficiencia de ellos responderán los bienes procedentes de cada cónyuge, en proporción a su valor*”.

Pese a que la primera proposición haga parecer que estamos en presencia de una mera regla de reembolso entre los cónyuges por gastos de éstos en beneficio del matrimonio, la segunda “*responderán*” aclara que estamos igualmente ante una regla de afección de bienes a la agresión por los acreedores.

Ante el silencio del art. 98 de la LDCFV (art. 134.2 de la Propuesta) y 1318 del C.c. que no dice que cargas son éstas, se comprende el listado del art. 1362 del C.c.⁸ relativo a las cargas de la sociedad de gananciales, debemos concluir que éste igualmente remite a todo el art. 1362 del C.c.⁹. Otro sector doctrinal entiende que sólo al art. 1362 párr. 1º del C.c., recoge el concepto de cargas del matrimonio, o sea, no son todas las deudas comunes al matrimonio, sino las que atañen más directamente a la convivencia¹⁰ (“*El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia. La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar...*”). El art. 134.1 de la Propuesta incorpora esta última opinión.

⁸ 1. El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia (...) 2. La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes. 3. La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges. 4. La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.

⁹ Fdez. de Bilbao, J. “Concurso de acreedores vs. Comunicación Foral de Bienes”. JADO, Boletín de la AVD-ZEA. Bilbao, Mayo 2011, núm. 21, pp 171-221, ISSN: 2173-9102.

¹⁰ Martín Osante, L.C.: «Comunicación foral de bienes». Auñamendi Eusko Entziklopedia. 2010 y en MEMENTO PRÁCTICO Francis Lefebvre Civil Foral 2010. Varios autores.

- b) La adopción de medidas cautelares del art. 1318 del C.c.: Está permitido no sólo por la supletoria aplicación del mismo sino con fundamento en los art. 66 a 70 del C.c., de general aplicación en toda España.
- c) Las costas y gastos, “litis expensas” de litigios entre cónyuges: Estamos en presencia de dos supuestos diferentes:
1. Juicios frente a terceros: Serán de cargo de la bienes ganados, no sólo porque las consecuencias o efectos de la sentencia favorable alcanzarán a todos los demás comuneros a los que no perjudicará la desfavorable (STS de 10-04-2003, de 18-11-2000 y de 7-12-1999, entre otras), sino porque el Derecho Foral vizcaíno va más allá y el art. 102 de la LDCFV (art. 138.1.2ª de la Propuesta) levantan la limitación a la mitad ganada del deudor, extendiendo la responsabilidad a la otra mitad, la del no deudor, por actos e interés de la familia. Igualmente, la **SAP de Bizkaia, de 15-05-1992**, sobre la que luego volveremos con más profundidad abona esta interpretación.
 2. Litigios entre cónyuges: Aparte de la justicia gratuita y del principio de imposición de costas del art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil – LEC-, el amplio sentido de cargas del matrimonio del art. 98 de la LDCFV (art. 134.2 de la Propuesta), que las regula en cuanto su reembolso entre los cónyuges pero no las define, entiendo puede comprender estas cargas del litigio, pues el art. 5 de la LEC al hablar de los tipos de tutela jurisdiccional no trata sino de ejercer en vía judicial lo que es un derecho preexistente al pleito y pueden incluirse como cargas familiares dentro de alguno de los supuestos del art. 1362 del C.c. y, por tanto del art. 98 de la LDCFV.

Al contrario que en el art. 1318 del C.c. que no dice en qué medida han de contribuir los cónyuges al levantamiento de las cargas (y ex art. 1438 del C.c. relativo al régimen de separación de bienes, se entiende en Derecho común que los cónyuges contribuirán según tengan convenido, y falta de convenio, proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos), en comunicación

foral de bienes el art. 98 de la LDCFV (art. 134.2 de la Propuesta) que a falta de pacto, responderán los cónyuges con sus bienes privativos en proporción al valor patrimonial de éstos, criterio más estricto que atiende al valor y no a la rentabilidad de los bienes.

De qué modo y por qué están sujetos los bienes se ha de deducir de cada régimen, pero dado el carácter general e imperativo del art. 1318 del C.c., se traduce en que principal y subsidiariamente siempre responderán todos los bienes de los cónyuges frente a terceros, y que no cabe pacto que excluya esta responsabilidad, sin perjuicio de los reembolsos entre cónyuges. En idéntico sentido el art. 98 de la LDCFV y el art. 134.2 de la Propuesta (“*responderán los bienes...*”).

2. Ejercicio de la potestad doméstica ordinaria: Establece el art. 1319 del C.c. que “**(a)** *Cualquiera de los cónyuges podrá realizar actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y las circunstancias de la misma y De la deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, solidariamente, los del otro cónyuge. (b) El que hubiere aportado caudales propios para satisfacer tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial*”.

Dos problemas se plantean: El ejercicio de la potestad doméstica y la afección frente a terceros de los bienes de los cónyuges (comunes y privativos al efecto) y el reembolso que proceda internamente entre los cónyuges.

- a) ¿Cualquiera de los cónyuges puede unilateralmente realizar actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado y vincular bienes al efecto? El art. 99 de la LDCFV parece limitar dicha posibilidad a lo que permita la disposición del dinero o valores mobiliarios de los que sea titular, con el limitado derecho de reembolso del art. 98 del mismo texto legal. El art. 135 de la Propuesta aumenta las posibilidades de disposición unilateral a las cuotas,

aportaciones cooperativas o partes representativas de la participación en sociedades, activos financieros o de los valores mobiliarios de los que sea titular y bienes objeto de confesión de privatividad por el otro cónyuge.

La **SAP de Bizkaia, de 15-05-1992**, aplicando el art. 46 de la Compilación de Derecho Foral de Vizcaya y Álava, entiende que la regulación de que *"las deudas y obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges sin consentimiento del otro, únicamente serán de cargo de la respectiva mitad del obligado"* excluye de dicha responsabilidad comunicada *"no cualesquiera y todas las deudas, sino -como entiende la mejor doctrina en armonía con una interpretación histórica- aquéllas que proceden de delito, culpa extracontractual, anteriores al matrimonio o sin utilidad para éste"*, por el contrario sí responden los bienes ganados cuando *"la deuda se adquiere para el negocio familiar"*, pues *"actuaba el marido en beneficio de la comunidad, y lo hacía dentro del marco de sus competencias"*. *"Así pues, contraída la deuda por el marido en la administración de los bienes en beneficio de la comunidad, decae el óbice de que faltara el consentimiento de la esposa, que no era necesario"*.

b) *"El que hubiere aportado caudales propios para satisfacer tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial"*. Los art. 98 y 109 de la LDCFV y 134.2 y 145.3 de la Propuesta así lo permiten.

3. Disposición de la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia: Art. 1320 *"Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos, o en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe"*. En concordancia con ello, según el art. 91.1 del Reglamento Hipotecario, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene tal carácter. En similar sentido protector el

art. 12 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, dispone que si el arrendatario decidiese no renovar el contrato o desistir de él sin el consentimiento de su cónyuge, podrá continuar el arrendamiento en beneficio de este. En virtud del art. 99 de la LDCFV (art. 135.1 de la Propuesta) llegamos a la misma conclusión de actuación mancomunada necesaria de ambos cónyuges.

4. Derecho de predetracción: Ventajas Sucesorias. Art. 1321 del C.c.: *“Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregará al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor”*. Los art. 108 a 110 de la LDCFV y 54 y 144 a 146 de la Propuesta exceden con mucho este derecho pues:

a) Si el viudo es apoderado sucesorio y el poder testamentario puede durar todos los años que viviere éste o un gran número de años, cláusula común en los testamentos. **1.** Tiene la representación y administración de la herencia como hemos visto. **2.** Disfruta del usufructo universal si así lo dispuso el causante pero, aunque no lo disponga tiene el mismo usufructo del caudal de la sociedad conyugal mientras no haga uso del poder testamentario, **3.** tiene siempre en propiedad la mitad del caudal común en propiedad, pudiendo enervar su división mediante el sistema de no designar sucesor por actos entre vivos. **4.** Es más, como quiera que puede hacer usos parciales del poder, en la parte que no haga uso, sigue tal indivisión.

b) Al viudo que hubiera venido al caserío del premuerto tendrá, mientras se conserve en tal estado, el derecho de continuar en él durante un año y un día, sin perjuicio de los demás derechos que le correspondan por disposición legal o voluntaria, plazo que se prorrogará por todo el tiempo que los herederos del finado tarden en devolverle la dote u otra aportación que el supérstite hubiere llevado al matrimonio (art. 109 de la LDCFV y art. 145 de la Propuesta).

La Propuesta extiende más este derecho, de modo que su art. 54 concede al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, además de su legítima, un derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, mientras se mantenga en estado de viudedad, no haga vida marital ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho.

5. El art. 78 de la Ley Concursal:

- a) *“Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso. Estas presunciones no regirán cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho”.*

- b) *“Los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado. El cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Si se tratare de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado. En los demás casos, será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que como valor de mercado determine el juez, oídas las partes y previo informe de experto cuando lo estime oportuno”.*

- c) “*Cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquélla se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso*”.

El art. 78.3 de la Ley Concursal se aplica en una frase previa a los art. 108 y 109 de la LDCFV (art. 144 y 145 de la Propuesta), pues mientras los segundos se refieren a la división y adjudicación del régimen económico matrimonial entre cónyuges, el primero es un “*derecho de adquisición preferente*” ejercitable en toda circunstancia de insolvencia del otro cónyuge (o su herencia)¹¹ en fase de previa liquidación y pago de deudas frente a los acreedores.

- a. ¿Prevalece este “*derecho de adquisición preferente*” o el orden de adjudicación del art. 108 de la LDCFV y 144 de la Propuesta (1º raíz troncal del adjudicatario -no deudor-, 2º bienes en general y 3º bienes raíces del deudor?). No hay colisión, pues el derecho de la Ley Concursal se da en fase de liquidación de deudas, antes de la adjudicación entre cónyuges como hemos visto, de modo que cabe adjudicación al cónyuge no tronquero, sin perjuicio de las reservas viudales y reversiones (art. 84 y ss. de la LDCFV y art. 118 y ss. de la Propuesta) y de la Saca y demás derechos de adquisición preferente (art. 112 y ss. de la LDCFV y 72 y ss. de la Propuesta).

El art. 78.3 de la Ley Concursal pretende ante todo salvaguardar el patrimonio familiar y evitar la indivisión con extraños, siendo la adjudicación permitida al cónyuge del deudor una norma frente a estos últimos, en fase de liquidación frente a terceros, previa a la de división y adjudicación entre cónyuges, como se ha dicho, fundamentalmente. El caso es que dicha adjudicación puede haber tenido lugar sobre bienes troncales (el caserío transmitido al matrimonio joven, cfr. art. 82 de la

¹¹ Fdez. de Bilbao, J. “*Concurso de acreedores vs. Comunicación Foral de Bienes*”. JADO, Boletín de la AVD-ZEA. Bilbao, Mayo 2011, núm. 21, pp 171-221, ISSN: 2173-9102.

LDCFV). Un último argumento: Si el conflicto se diera entre el cónyuge no deudor (o sus parientes tronqueros) y el cónyuge deudor entiendo que prevalece la troncalidad, porque este precepto contiene una norma imperativa “*En la adjudicación de los bienes comunicados se observarán las reglas siguientes*” por contraposición a una norma meramente dispositiva, que otorga un derecho ejercitable (o no), el art. 78.3 de la Ley Concursal.

b. También “raspa” con la Saca Foral (art. 112 y ss. de la LDCFV, 72 y ss. de la Propuesta) pues los parientes tronqueros, descendientes y ascendientes, son preferentes sobre el cónyuge, aun tratándose de vivienda adquirida constante matrimonio (art. 20.3 de la LDCFV). Se plantea la preferencia del retracto de comuneros sobre la saca (¿retracto gentilicio?) y la injusticia de la diferencia de precio que haya de pagar el retrayente pues es el justo precio, no la mitad del valor actualizado. El art. 66 de la Propuesta resuelve este problema pues se considera al cónyuge pariente tronquero respecto de los bienes raíces adquiridos por ambos constante matrimonio.

6. Consecuencia de la actuación de un cónyuge sin consentimiento del otro: Dispone el art. 1322 del C.c. que “*Cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos. No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge*”. En realidad, el Derecho común da la sanción de ineficacia a tres situaciones: A) Si falta el consentimiento de ambos cónyuges en la administración y disposición de los bienes comunes a título gratuito. B) La ley puede requerir el consentimiento del otro cónyuge aun siendo el bien de carácter privativo. Supuesto de asentimiento-consentimiento para disponer sobre la vivienda habitual y objetos en ella. C) El consentimiento requerido puede suponer un complemento de capacidad del cónyuge menor o incapacitado.

El art. 1322 del C.c. es claro al sancionar la mera anulabilidad y la correlativa validez claudicante de los supuestos en que el consentimiento del otro cónyuge sea requerido en su condición de tal (no cuando en un régimen de separación o participación, o gananciales, sean los cónyuges cotitulares pro indiviso de algún bien) y están legitimados para el ejercicio de la acción únicamente el cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido, a los herederos pero no, como reiteradamente señala el Tribunal Supremo, el marido o la persona con quien contrató (**STS de 20-02-1988**). La anulabilidad se sana por el transcurso del plazo de caducidad de cuatro años (art. 1301 del C.c.) y la confirmación (art. 1309 del C.c.). Por el contrario, en lo que se refiere a los actos a título gratuito sobre bienes comunes, el último apartado del art. 1322 del C.c. los califica de nulos si falta el consentimiento del otro cónyuge.

El régimen de la LDCFV y la Propuesta es la nulidad radical de los actos de disposición llevados a cabo por un cónyuge sin el consentimiento del otro, tanto a título gratuito como oneroso, (**STSJPV de 21-06-1991**) aunque se admite la actuación de un cónyuge en representación del otro o la ratificación "*a posteriori*" de los actos realizados por uno solo de los cónyuges (**STSJPV de 07-09-1995**).

7. Principio de libre contratación entre cónyuges. Art. 1323 del C.c. "*El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos*". Esta norma tiene múltiples manifestaciones en el Código civil, como el art 1458 "*El marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente*"; el art 1355.1 "*Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga*".

El art. 4 de la LDCFV y 4 de la Propuesta permiten llegar a la misma conclusión, de absoluta libertad para celebrar negocios entre las tres masas patrimoniales en comunicación foral, las dos privativas y la ganada.

Ahora bien, ha de tenerse muy presente la especial naturaleza de la consolidación de la Comunicación Foral de Bienes, de modo que, no consolidándose la comunicación foral, la comunidad de bienes resultante queda prácticamente en la misma situación que bajo el régimen del Código Civil; manteniéndose dos patrimonios privativos y dos cuotas sobre un patrimonio común de naturaleza ganancial (art. 97, 104, 109 y 110 de la LDCFV y art. 133, 140, 145 y 146 de la Propuesta). En consecuencia (**Auto de la AP de Bizkaia, Sección 5ª, de 26-04-2006** y **SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de 27-11-2009**), constante matrimonio, la relación entre las masas patrimoniales en comunicación foral funciona prácticamente como el régimen de gananciales, y serán aplicables las reglas que disciplinan la libertad de contratación entre cónyuges (art. 1323 y 1355 del C.c.) y en su virtud se podrán realizar contratos y trasvases de la masa ganancial a la privativa y viceversa. Y así, dichas atribuciones tendrán plena eficacia durante la vigencia del matrimonio y también a la disolución del régimen, si la comunicación foral de bienes no se consolida.

Por el contrario, caso de consolidarse, las atribuciones que se hayan realizado durante la vida del matrimonio, sólo tendrán eficacia si se han otorgado como modificaciones del mencionado régimen y en capitulaciones matrimoniales.

Estamos hablando del negocio jurídico de atribución de ganancialidad que tiene una identidad causal propia que permite diferenciarlo de otros negocios jurídicos propiamente traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta (el cónyuge que aporta no espera obtener un precio u otra contraprestación), o la donación (la aportación no se realiza por mera liberalidad). Se ha planteado la cuestión referente a determinar si, no obstante el carácter ganancial del bien por así habérselo atribuido expresamente ambos cónyuges en el momento de su adquisición, tendrá el cónyuge que haya aportado dinero privativo para su adquisición un derecho de crédito frente a la sociedad de gananciales por el importe actualizado del mismo. Ante el silencio del art. 1.355 del C.c., la opinión mayoritaria se ha inclinado por la solución afirmativa, por cuanto la donación no se presume y, si bien se acordó, expresa o presuntamente, que el bien así adquirido fuera ganancial, sigue siendo de

aplicación el art. 1.358, que dispone que *"cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación"*, conservando el derecho de reembolso del importe privativo que se empleó para la adquisición del bien a que se atribuyó carácter ganancial y debiendo reconocerse a favor del cónyuge correspondiente el pertinente crédito con cargo a la sociedad de gananciales a incluir en el inventario en los términos establecidos en el art. 1.398.3º del C.c.

A la misma conclusión llegamos a la vista de los art. 97, 104, 109 y 110 de la LDCFV (art. 133, 140, 145 y 146 de la Propuesta), en los supuestos en que no se de consolidación de la comunicación foral de bienes, obviamente, pues fusionados los tres patrimonios, dos privativos y el ganado, nadie puede ser deudor de sí mismo.

8. Confesión de Privatividad: Art. 1324 del C.c. *"Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges"*. A diferencia del supuesto anterior, la confesión no es un negocio traslativo de dominio sino un medio de prueba. Según la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, el art 1324 del C.c. reconoce a la confesión la eficacia de ser prueba bastante entre cónyuges y sus herederos no legitimarios, a los que vinculan los actos propios de su causante. Las presunciones de comunidad (art. 1361 y 1441 del C.c.) quedan desvirtuadas, de manera que el bien objeto de la confesión dejará de ser común y habrá de ser considerado como propio del cónyuge del confesante. Su utilidad es que durante la vigencia de la sociedad conyugal podrá el cónyuge del confesante realizar por sí sólo actos administración y disposición. Así se expresa en el ámbito registral el art. 95.4 del Reglamento Hipotecario. En caso de disolución de la sociedad conyugal, por fallecimiento del confesante, y antes de su liquidación, puede plantear dudas en el entendimiento de esta

norma, cuando concurren legitimarios del confesante, pues el art. 95.4 del Reglamento Hipotecario añade que el cónyuge “*necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de herencia*”. No, obstante este precepto reglamentario, parece razonable pensar que sólo debe afectar a la inscripción en el Registro de la Propiedad de tales actos de disposición, pero no altera la interpretación anteriormente apuntada en el ámbito del precepto civil sustantivo.

Todo este régimen no es aplicable a la LDCFV en su actual redacción. Todo lo más, la confesión servirá como un medio de prueba entre las partes cara a la división y adjudicación del régimen, pero no se autoriza, en ningún caso, la disposición unilateral por el cónyuge del confesante sobre los bienes objeto de confesión.

La Propuesta gira casi en redondo y en su art. 135.3 dispone que “*De igual forma, el cónyuge a cuyo favor se hubiese hecho la confesión de privatividad por el otro cónyuge, conforme a lo establecido en la legislación civil general, una vez inscrita dicha confesión en el Registro de la Propiedad, podrá disponer del citado bien en los términos establecidos en la legislación hipotecaria vigente en el momento de realizar el acto de disposición*”.

No obstante, y como ya hemos dicho, caso de consolidarse la comunicación foral de bienes la confesión de privatividad queda enervada ante la fusión de patrimonios resultante.

IV.- Las capitulaciones matrimoniales: Naturaleza, requisitos y limitaciones. Su modificación. La publicidad del régimen económico matrimonial:

Dispone el art. 93 de la LDCFV que “*El régimen económico del matrimonio será el que libremente pacten los cónyuges en escritura pública, antes o después de su celebración*”, remisión en blanco al art. 1325 del C.c. “*En capitulaciones matrimoniales*

podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”, que sigue mutatis mutandi el art. 125 de la Propuesta.

Las especialidades más destacables son:

A) Las capitulaciones pueden exceder el régimen económico matrimonial y entrar en el ámbito sucesorio: Mientras que en Derecho común se conciben más restringidamente, como un contrato dirigido principalmente a regular el aspecto económico del matrimonio, en el Derecho Foral Vaco, las capitulaciones constituyen auténticos pactos de familia en los que se regulan las relaciones económicas, familiares y sucesorias de los cónyuges y de quienes con ellos concurren al otorgamiento (art. 27, 33, 74, 165, 179 de la LDCFV y art. 18, 31 y 100 de la Propuesta).

B) Al contrario, las capitulaciones matrimoniales no son el único negocio jurídico que determina el régimen económico del matrimonio:

1. Afortunadamente se ha corregido en la Propuesta el art. 128.1 del Anteproyecto de 20-06-2007 que establecía que “En cualquier documento público otorgado en común, los cónyuges podrán modificar el régimen que, a falta de pacto, se les asigna por la ley”¹².

¹² Aparte de ser contradictorio con los art. 125 y 126 del Anteproyecto se suprimió tal redacción por los siguientes argumentos: **a)** Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley (art. 1216 del C.c. y 317 de la LEC) pero sólo los documentos en que intervenga Notario público se regirán por la legislación notarial (art. 1217). **b)** Sin embargo, art. 1218 del C.c. y 319 de la LEC, los documentos públicos harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella. Pero no dan fe de la capacidad de los otorgantes (cfr. art. 1261 y ss. del C.c.) y ello porque no necesariamente documentan el contrato que las capitulaciones matrimoniales son. **c)** Los documentos públicos no son generalmente inscribibles tal cuál en los Registros de la Propiedad y Mercantiles mientras que las escrituras públicas sí (art. 3 de la LH y 33 y ss. de su Reglamento), **d)** Suponía en veredas inconstitucionales por vulnerar la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8º de la Constitución) al regular la eficacia de los instrumentos públicos. STC 74/1989, de 24 de abril: la “*reserva al Estado de la ordenación de los instrumentos públicos tiende al aseguramiento de un tratamiento normativo unitario y común de los documentos públicos notarialmente autorizados, y, por tanto, de las escrituras públicas, uniformando a tal fin el régimen de su naturaleza y contenido, de sus requisitos internos y formales, de su validez y eficacia y, en general, de todos aquellos aspectos que comprometan la unidad de su disciplina jurídica, de modo que una regla definitoria de las reglas ordenadoras de los instrumentos públicos, y, por tanto, de las escrituras públicas, ha de ser la de servir, en relación de necesidad, al establecimiento y uniformidad de su régimen jurídico*” y **e)**, sobre todo, rompía la unidad formal y sustantiva con los pactos sucesorios y el poder sucesorio

2. Convenios Reguladores: Se admite en Derecho común, y también específicamente en el Derecho Foral Vasco y son inscribibles los convenios patrimoniales privados aprobados judicialmente (art. 90 del C.c.) y los cuadernos particionales del contador partididor testimoniados por el secretario (art. 788 y 810 de la LEC). Es más, la validez y carácter vinculante de los acuerdos patrimoniales entre cónyuges, aun cuando se hallaran contenidos en convenio privado, sin aprobación judicial y sin elevación a escritura pública (**SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de 11-05-2010, STS de 22-04-1997, 1-9-1998 y 15-2-2002**), como negocio jurídico en que concurrió consentimiento, objeto y causa, en coherencia con el principio de autonomía de voluntad proclamado por el art. 1.255 del C.c., y sin que se traspasen los límites impuestos en el mismo, al no ser el acuerdo en cuestión contrario a las leyes, la moral ni al orden público.

3. Parejas de hecho: El art. 5.1 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho establece que *“Los miembros de la pareja de hecho podrán regular las relaciones personales y patrimoniales derivadas de su unión, mediante documento público o privado, con indicación de sus respectivos derechos y deberes, así como las compensaciones económicas para el caso de disolución de la pareja”*. Luego volveremos sobre ello.

C) La publicidad del Régimen Económico Matrimonial: Dispone el art. 1333 del C.c. que *“En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquéllas o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria”*, disposición que ha de ser complementada con el art. 7 del C.d.c cuando dice que *“Los actos de consentimiento, oposición y revocación a que se refieren los art. 7, 9 y 10 (al ejercicio de comercio por persona casada) habrán de constar, a los efectos de tercero, en escritura pública inscrita en el Registro*

tradicionalmente engarzados en las capitulaciones matrimoniales, o sea, escritura pública (art. 27 y 74 de la LDCFV y 18, 31.2 y 100.4 de la Propuesta).

Mercantil. Los de revocación no podrán, en ningún caso, perjudicar derechos adquiridos con anterioridad”.

Estos preceptos son de plena aplicación en el Derecho Foral en cuanto a los efectos de la publicidad y el establecimiento y la modificación del régimen económico matrimonial, como hemos visto y se entiende implícito en el art. 93 de la LDCFV. No hay diferencias, pues, en la aplicación del art. 77 de la Ley del Registro Civil y 26 de la Ley Hipotecaria.

El art. 128 de la Propuesta nada innova, sólo explicita dicha garantía a terceros aludiendo también al Registro mercantil.

Como una crítica más al régimen jurídico de las parejas de hecho, ha de decirse que mientras el art. 17 del Reglamento del Registro Civil facilita la labor de terceros al decir que el Encargado y, por su delegación, el Secretario están, obligados a informar a los interesados para facilitarles la publicidad registral y que el interés en conocer los asientos se presume en quien solicita la certificación, y la consecuencia práctica es la rápida expedición a todo requirente del certificado correspondiente, el Decreto 124 /2004, de 22 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco, tras recoger en su art. 3. b) que una de sus misiones es la certificación y demás formas de existencia y contenido de los pactos económicos, exige en su art. 13 que si el solicitante es persona distinta de alguno de los dos componentes de la pareja inscrita deberá indicar si es persona con interés legítimo y cuál es este interés y acreditarlo documentalmente, lo que puede obstaculizar a terceros, por antonomasia los acreedores, la acreditación de los hechos inscribibles en tal registro.

V.- El régimen de comunicación foral de bienes: Naturaleza, nacimiento, consolidación y frustración.

A) Concepto: No ha variado el art. 129 de la Propuesta la definición dada por el art. 95 de la LDCFV “*En virtud de la comunicación foral se harán comunes, por mitad entre marido y mujer, todos los bienes muebles o raíces, de la procedencia que*

sean, pertenecientes a una u otra, por cualquier título, tanto los aportados como los adquiridos en constante matrimonio y sea cual fuere el lugar en que radiquen”.

B) Naturaleza jurídica: Es un sistema que gira alrededor de la “*conditio iuris*” recogida en el art. 132.1 de la Propuesta “*La comunicación foral, que nace con el matrimonio, se consolida en el momento de su disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges dejando hijos o descendientes comunes*”. Esta expresión es más feliz que la del art. 96 de la LDCFV (“*La comunicación foral, que nace con el matrimonio, se consolida en el momento de su disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges con hijos o descendientes comunes*”)¹³, que en todo caso denota una pendencia jurídica de la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges con descendientes comunes o, por el contrario, cualquier otra situación que origine la disolución:

1. Constante matrimonio: La comunicación foral tiene tres masas patrimoniales dos privativas y una común o ganada, cada una de las cuáles está integrada (art. 97 de la LDCFV u art. 133 de la Propuesta) por los bienes respectivamente señalados para la sociedad de gananciales. No obstante el régimen de administración y disposición protege la expectativa de la consolidación exigiendo con carácter general la actuación conjunta de los cónyuges (art. 99 a 101 de la LDCFV y art. 135 a 137 de la Propuesta).
2. Consolidación de la Comunicación Foral: Pues bien, fallecido uno de los cónyuges en el matrimonio bajo el régimen económico matrimonial de comunicación foral de bienes, sobreviviéndole algún descendiente común, se forma una comunidad de universal e indistinta con los patrimonios privativos de los cónyuges y el ganado o ganancial (tal y como afirma tajantemente el art. 104 de la LDCFV –art. 140 de la Propuesta-) “*entre el cónyuge viudo de una parte, y los hijos o descendientes que sean sucesores del premuerto, de otra, hasta la división y adjudicación de los bienes*”, “*no pudiendo ningún miembro de la*

¹³ Se pensó que, accidentes de tráfico o aéreos aparte, el fallecimiento conjunto de ascendientes o ascendientes es inusual y reduciría el campo de actuación de la comunicación foral de bienes y sería campo de trabajo de leguleyos de medio pelo en función del art. 33 del C.c. “Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro”.

comunidad hacer disposición de bienes concretos que a ella pertenezcan en tanto no se realice la correspondiente división” (STS de 10-10-1977, SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de de 10-02-1999 y SAP de Bizkaia, Sección 5ª, de 7-04-2004).

Este posible resultado se protege durante la pendencia con la exigencia general de actuación conjunta de los cónyuges en actos de administración y de disposición, como hemos dicho (art. 99 y 101 de la LDCFV y art. 135 y 137 de la Propuesta).

3. La terminación de la comunicación foral de bienes por cualquier otra causa incluso aunque halla separación y reconciliación (**SAP Bizkaia, Sección 2ª, de 22-12-2000**), frustra la comunicación foral de bienes y da lugar a una comunidad postganancial con subsistencia separada de los patrimonios privativos de los cónyuges y el ganancial, *“una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el totum ganancial, lo procedente es la previa liquidación de la sociedad de gananciales a fin de concretar los bienes que se adjudica cada uno de los esposos...”*(**SAP de Bizkaia, Sección 5ª, de 16-07-2002**),

Este posible resultado se protege durante la pendencia con la separación de responsabilidades de los patrimonios privativos y de la mitad ganada del deudor, o principio general de *“la imposibilidad de que las deudas del marido se hagan efectivas “en la otra mitad de su mujer”* (**SAP de Bizkaia, Sec. 3ª, de 22-12-1992**), ciertamente matizado como hemos visto al hablar de las cargas familiares y el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria.

- C) Nacimiento. La comunicación foral de bienes puede tener su origen: **1.** En pacto en capitulaciones matrimoniales. **2.** En la ley, como régimen supletorio de primer grado en la Tierra Llana de Bizkaia, Llodio y Aramayona. **3.** en el supuesto de que el cónyuge del deudor, tras pedir su disolución por ejecución sobre la parte ganada de dicho deudor, opte por un nuevo inicio del mismo y **4.** tras su disolución por ejecución de la parte ganada del cónyuge deudor, sin dicha opción, continúan limitaciones a las facultades del cónyuge no deudor.

1. Nacimiento por la voluntad de las partes, si así lo hubieran pactado en capitulaciones matrimoniales (art. 93 de la LDCFV y 125 de la Propuesta).
2. En la ley, como régimen supletorio de primer grado, en la Tierra Llana de Bizkaia, Llodio y Aramayona, ex art.94 de la LDCFV y 127 de la Propuesta.
3. Y en el supuesto especial del art. 102 de la LDCFV y 138 de la Propuesta, que permite que, caso que se embarguen para pago de deudas los bienes ganados y de los procedentes del deudor, su cónyuge pueda pedir la disolución de la comunicación foral, en cuyo caso sólo quedarán afectos a responsabilidad los bienes adjudicados al obligado, y el matrimonio pasará a regirse por el régimen de separación de bienes, salvo que dentro del plazo de seis meses a contar de la adjudicación de los bienes comunicados, el cónyuge no deudor podrá optar por iniciar de nuevo la comunicación foral, manifestándolo en documento público.

Como veremos más detalladamente luego, el art. 541.1 de la LEC no permite que se despache ejecución frente a la comunidad de gananciales (es coherente con la imposibilidad de despachar ejecuciones contra entes sin personalidad jurídica, salvo las excepciones de los art. 543 y 548 de la LEC pensadas para las Uniones Temporales de Empresas, Agrupaciones de Interés Económico y las sociedades irregulares). Por ello los art. 1373 del C.c. y 102 de la LDCFV (138 de la Propuesta) permiten que, caso que se embarguen para pago de deudas los bienes ganados su cónyuge puede pedir la disolución de la comunicación foral o de la sociedad de gananciales, en cuyo caso sólo quedarán afectos a responsabilidad los bienes privativos y los ganados adjudicados al obligado.

Este supuesto del art. 102 de la LDCFV es muy similar al de los art. 1373 y 1374 del C.c., con lo que entendemos aplicables por analogía las conclusiones de DE LOS MOZOS¹⁴: **a)** Que el plazo de 6 meses ha de contarse desde la adjudicación al cónyuge optante de los bienes en que se concrete su parte en los gananciales, no desde la disolución de la sociedad disuelta, como en la estricta liquidación de

¹⁴ DE LOS MOZOS, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales. Edersa, Madrid, 1999

gananciales, lo cuál tiene lugar (art. 788 y 810 de la LEC) una vez aprobadas definitivamente las particiones, por el Secretario judicial, que procederá a entregar a cada uno de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado y los títulos de propiedad. **b)** Que el precepto habla de documento público y no de escritura, por lo que la opción podrá ejercitarse judicialmente en el procedimiento de liquidación de la sociedad disuelta. **c)** Que se trata de una nueva sociedad de comunicación foral, siendo privativos los bienes resultantes de la liquidación y el cónyuge deudor, sufrirá la carga de reembolsar la parte correspondiente de las viejas deudas, que tampoco gravarán al nuevo consorcio (art. 102 in fine de la LDCFV y 138.2 de la Propuesta). **d)** Que la nueva sociedad habrá de regirse por las mismas reglas que regían la disuelta en el caso de que los cónyuges, en esta última, hubieran introducido alguna regla especial en capitulaciones, por respeto a la voluntad de las partes y por tratarse de una opción ejercitada unilateralmente; lo cual no obsta a que los cónyuges pacten en capítulos las reglas de la nueva sociedad de la manera que tengan por conveniente. Y **e)**, esto lo apunto yo, la opción dará eficacia retroactiva al nacimiento del nuevo régimen de comunicación foral al momento de la adjudicación (liquidación en régimen de gananciales), por analogía con el art. 1334 del C.c. y porque para pactar un nuevo régimen de comunicación que surja desde el propio pacto –o la opción unilateral de cónyuge no deudor- no es preciso este precepto.

4. El renacimiento, limitado, de la comunicación foral tras su disolución por ejecución (art. 102.3ª de la LDCFV y 138.3ª de la Propuesta): El cónyuge del concursado puede limitar la responsabilidad de éste a la mitad comunicada del deudor y, sin embargo, tras la división judicialmente verificada-, la hijuela del cónyuge no deudor no queda a su libre disposición, pues *“Si dicha mitad comunicada del obligado fuera vendida, el cónyuge responsable no tendrá, constante matrimonio, parte alguna en la mitad restante, que quedará bajo la administración del otro cónyuge. No podrá éste enajenarla sin autorización judicial, y deberá destinar sus frutos a los gastos ordinarios de la familia”*. **SAP de Bizkaia, Sec. 3ª, de 22-12-1992:** *“se impone a la mujer comunera la prohibición de enajenar si el marido vendiere o perdiera su mitad”*.

VII.- Bienes privativos de los cónyuges, bienes ganados y bienes comunicados.

En la Comunicación Foral de Bienes, como hemos visto, hay tres principios legales característicos: **A)** Una vocación a la fusión de los patrimonios concurrentes en la misma. **B)** Una pendencia de calificación de los patrimonios durante su vigencia y **C)** El factor de "alternatividad"¹⁵. La comunidad formada desde el momento de producirse el matrimonio no funciona de manera indiferenciada, sino que, dependiendo de las circunstancias por las que atraviese el matrimonio, nos encontraremos ante comunidades distintas en cuanto a su extensión, es decir, en los bienes que se comprenden en el activo de la comunidad.

A) La vocación a la fusión de los patrimonios concurrentes en la comunicación foral de bienes expresada en el art. 95 de la LDCFV (art. 129 de la Propuesta): *“En virtud de la comunicación foral se harán comunes, por mitad entre los cónyuges todos los bienes, derechos y acciones, de la procedencia que sean, pertenecientes a uno u otro, por cualquier título, tanto los aportados como los adquiridos en constante matrimonio y sea cual fuere el lugar en que radiquen”*

La Propuesta es aparentemente menos generosa en la fusión pues su art. 132.2 dice que *“Se entenderán comunicados todos los bienes, derechos y acciones que cualquiera de los cónyuges obtenga hasta el momento de la disolución del matrimonio; pero no los derechos inherentes a la persona ni los adquiridos después de la muerte de uno de los cónyuges. Tampoco se comunicarán los bienes y derechos intransmisibles o los de uso personal”*. Sin embargo entiendo que la solución con la LDCFV es exactamente igual (implícitamente en la **SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de 22-03-2004**), por las razones siguientes:

1. No se comunican los bienes adquiridos tras la disolución del matrimonio. Así lo afirma la **SAP de Bizkaia, Sección 3ª, de 10-11-1999**: *“Cuando la comunicación foral concluye con la muerte de uno de los cónyuges, este régimen económico foral no continúa tras la disolución del matrimonio dejando*

¹⁵ Martín Osante, L.C.: «Comunicación foral de bienes». Auñamendi Eusko Entziklopedia. 2010.

de ser aplicables las normas del régimen de comunicación foral y aún cuando no subsiste esta comunidad se establece un patrimonio estático e inmóvil". Ello es lógico, pues el nuevo régimen, por definición no puede ser el de comunicación foral, sino el de una comunidad sobre masas patrimoniales, no sobre concretos bienes y derechos, como hemos visto. Las reiterativas expresiones de la propuesta "hasta el momento de la disolución del matrimonio" y "ni los adquiridos después de la muerte de uno de los cónyuges" son, pues, enfáticas, pero no inocuas o banales, sino que está pensando, para excluirlas, acerca de las ganancias que se perciben tras la consolidación.

Efectivamente, la Doctrina y Jurisprudencia recurren, en el fondo, a la accesión y los frutos (art. 353 y ss. y 1347, apartados 1º y 2º del C.c.) para distinguir, por un lado entre las ganancias provenientes de los bienes comunes y privativos o el trabajo, profesión o industria de los cónyuges y, por el otro, estas instituciones de donde nacen dichos frutos. Aquéllas privativas, como inherentes a la persona (art. 1346.5º del C.c.), éstos gananciales.

En consecuencia, si la comunicación foral es absolutamente universal, podría defenderse que la confusión de patrimonios es total y dentro del inventario de la comunicación foral de bienes a liquidar (sociedad post comunicación) entrarían tales derechos.

Entiendo que no, aparte de por la tajante y lógica afirmación antes trascrita de la **SAP de Bizkaia, Sección 3ª, de 10-11-1999**, por el carácter intransmisible de dichos derechos de donde nacen los frutos, lo que veremos en el apartado siguiente con mayor concreción.

2. Tampoco se comunicarán los bienes y derechos intransmisibles: La referencia a "*bienes muebles o raíces*" del art. 95 de la LDCFV es insuficiente para excluir de la fusión o comunicación de bienes los salarios, pensiones, etc., a la vista del art. 336 del C.c.¹⁶.

¹⁶ Art. 336 del C.c.: "*Tienen también la consideración de cosas muebles las rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa*"

- a) Pero es obvio que están excluidos los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial, lo que se refuerza por su intransmisibilidad en su versión embargo y ejecución (art. 605.3º de la LEC). Así, los derechos de la personalidad (que de modo expreso vienen excluidos de la acción subrogatoria), como el derecho a la vida, a la integridad física, al nombre de una persona física, a la libertad, al honor, a la intimidad, a la propia imagen, etc. Cosa diferente será que una lesión de estos bienes o derechos de lugar al resarcimiento de daños, que normalmente se traduce en una suma de dinero (art. 1902 y ss. del C.c. y art. 139 y ss. de la Ley 30/1992). En principio, sí se incluye como bien comunicado lo así percibido.
- b) El derecho a percibir sueldos, salarios o pensiones e instituciones similares. Ello resulta respectivamente de los art. 1, 4 y 26 del Estatuto de los Trabajadores que distingue entre el derecho a la percepción de la remuneración, inherente a la libre elección de trabajo, profesión y oficio y la remuneración en sí misma o salario, de los art. 38 y 40 de la Ley General de la Seguridad Social que determina quienes son los beneficiarios de sus diferentes tipos de acción protectora, por antonomasia quién es el perceptor de la pensión

Así, según la **STS, Sala 1ª, de 26-06-2007** debe distinguirse debe distinguirse entre el derecho a cobrar ciertas prestaciones, como los ingresos salariales, directos o indirectos, incluido indemnizaciones laborales, prestaciones por incapacidad laboral, que debe ser considerado como un componente de los derechos de la personalidad y que, por esto mismo, no son bienes gananciales porque son intransmisibles, de los rendimientos de estos derechos devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales, que tendrán este carácter ganancial (**STS, Sala 1ª, de 25-03-1988, 22-12-1999 y 26-06-2007**). Igualmente las indemnizaciones por accidente de trabajo **STS, Sala 1ª, de 29-05-2001 y 14-01-2003 y STS, Sala 2ª, de 20-10-1987**, son de naturaleza privativa, pues la indemnización recibida halla su

inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios”.

razón de ser en la reparación que se procuró dar al perceptor por los perjuicios que se le causaron, primordialmente en su cuerpo. Igualmente entiende la Jurisprudencia menor y mayor que es estrictamente privativa la pensión de jubilación **STS, Sala 1ª, 29-06-2000, 20-12-2004 y 20-12-2003**, pues corresponde exclusivamente al esposo que la generó por su actividad laboral, y su nacimiento y su extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales del mismo (jubilación, fallecimiento...) aunque los frutos o pensiones que se perciban durante la vigencia de la sociedad de gananciales con motivo de su jubilación tengan carácter ganancial.

- c) El derecho moral de autor no se comunica, aunque sí el derecho de explotación (art. 2, 14 y 53.2 del Real Decreto Legis-lativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual). Tampoco el carácter de inventor (art. 14 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de utilidad) pero sí el derecho de explotación correspondiente.

En las obras objeto de propiedad intelectual o industrial, el creador, el inventor mantiene, con carácter privativo, el derecho de explotación económica así como el derecho de decidir cuando y cómo, pues, en definitiva, la explotación de lo que crea e inventa es como explotarse a sí mismo, de manera que los rendimientos de todo tipo -incluso por enajenación-, si bien las prestaciones o bienes de la persona se obtengan durante la vigencia de la sociedad de gananciales deben ser considerados como bienes gananciales (**SAP de La Coruña, sec. 5ª, de 11-6-2012**).

- d) La concesión de licencias contractuales o concesiones de sublicencias de patentes no se comunica, a no ser que se hubiese convenido lo contrario en dichos convenios (art. 75.3 de la Ley de Patentes), en parecidos términos las cesiones en exclusiva de derechos de la propiedad intelectual y, salvo pacto en contrario en las exclusivas (art. 48 y 50 de la de Propiedad Intelectual).
- e) El derecho a alimentos, por no ser renunciable ni transmisible a un tercero, aunque sí puede transmitirse el derecho a demandar las pensiones

alimenticias atrasadas (arts. 151 C.c. y 270.1 del Código de familia de Cataluña).

- f) Los derechos de uso y habitación, porque no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título (art. 525 del C.c.).
- g) La cualidad de sucesor contractual por actos inter vivos con eficacia post mortem (art. 78 de la LDCFV y art.106 de la Propuesta) y la designación con transmisión de presente de bienes (art. 77 de la LDCFV y art. 104 de la Propuesta).
- h) En general, serán inalienables aquellos otros derechos cuando así lo declaran disposiciones especiales con rango de ley (art. 605.4.º de la LEC), como por ejemplo ocurre con las prohibiciones de disponer derivadas de sustituciones fideicomisarias (art. 781 del C.c.), o con las prohibiciones de disponer pactadas por el titular de un bien en un negocio oneroso (art. 26 y 27 de la Ley Hipotecaria).

3. Tampoco se comunicarán los de uso personal: Podemos usar la definición del art. 606.1º de la LEC *“El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, los alimentos, combustible y otros bienes que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia”* y *“Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada”* (art. 606.2º de la LEC).

B) La pendencia de calificación de los patrimonios durante la vigencia del régimen de comunicación foral: En consecuencia (**SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de 4-05-2004, Auto de la AP de Bizkaia, Sección 5ª, de 26-04-2006 y SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de 27-11-2009**), vigente el régimen de comunicación foral, durante el mismo serán aplicables las reglas que disciplinan la libertad de contratación entre cónyuges (art. 1255, 1323 y 1355 del C.c.) y en su virtud se podrán realizar contratos y

trasvases de la masa ganancial a la privativa y viceversa, así como las adquisiciones mixtas (según el parcial origen privativo o ganancial de los fondos). Y así, dichas atribuciones tendrán plena virtualidad durante la vigencia del matrimonio y también a la disolución del régimen, si la comunicación foral de bienes no se consolida. Por el contrario, caso de consolidarse, las atribuciones que se hayan realizado durante la vida del matrimonio, sólo tendrán virtualidad si se han otorgado como modificaciones del mencionado régimen y en escritura pública.

C) El factor de "alternatividad"¹⁷. La comunidad formada no se extingue de manera indiferenciada, sino que, dependiendo de los motivos de su disolución, se tornará en dos comunidades distintas de la propia de comunicación foral: o post-comunicación foral (consolidación) o post-gananciales (frustración). Así lo declaran, p.ej., la **SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de de 10-02-1999**, y la **SAP de Bizkaia, Sección 5ª, de 16-07-002**.

1. Consolidación. Si el matrimonio se disuelve por muerte de uno de los cónyuges y quedan hijos o descendientes, posteridad de ese matrimonio, la comunidad tendrá carácter universal; es decir, todos los bienes de los cónyuges, ya sean adquiridos a título oneroso (salarios, beneficios empresariales, etc.), ya sean adquiridos a título gratuito (herencias, donaciones, etc.), se integrarán en la comunidad y se dividirán por mitad entre el cónyuge viudo y los herederos del otro.

Este patrimonio vendrá regido **1º**.- por las normas propias de la Ley de Derecho Civil Foral Vasco, en especial el art. 108 de la LDCFV (art. 144 de la Propuesta) y las de administración y disfrute del viudo pendiente el poder testatorio, que luego veremos, **2º**.- por las normas de partición y liquidación de la sociedad de gananciales (art. 1396 y ss. del C.c.), **3º**.- por las normas de partición y liquidación de herencias establecidas en el Derecho Común (art. 1051 y ss. del C.c.) y **4º**.- por último, por las normas de la comunidad de bienes ordinaria (art. 392 y ss. del C.c.).

¹⁷ Martín Osante, L.C.: «Comunicación foral de bienes». Auñamendi Eusko Entziklopedia. 2010.

2. Frustración o no consolidación de la comunicación foral de bienes. En cambio, si se disuelve este régimen económico matrimonial por pacto capitular, por muerte de uno de los cónyuges sin quedar descendientes del matrimonio, o si se disuelve por otra causa, como puede ser la separación personal de los cónyuges o el divorcio, la comunidad se limitará a los bienes gananciales, excluyéndose los bienes privativos por remisión expresa al efecto (art. 97 y 109 de la LDCFV y art. 133 y 145 de la Propuesta) a la calificación y adjudicación de bienes gananciales o privativos con arreglo al Derecho común. Así la **SAP de Bizkaia, Sección 5ª, de 16-07-002**, (“*una vez disuelto el régimen económico matrimonial tras sentencia de divorcio de fecha 20 Dic. 1999 y surgiendo una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el totum ganancial, lo procedente es la previa liquidación de la sociedad de gananciales a fin de concretar los bienes que se adjudica cada uno de los esposos...*”), y hasta entonces no teniendo cada uno de los condóminos la propiedad de la mitad de las ganancias porque para esto es precisa la previa liquidación y sólo tiene un derecho expectante sobre bienes concretos hasta que mediante las oportunas operaciones de liquidación y división se materialice en una parte concreta de bienes (**SAP de Bizkaia, Sección 5ª, de 16-07-2002**).

Este patrimonio vendrá regido en **1º**.- por las normas propias de la Ley de Derecho Civil Foral Vasco (art. 109 y 110 de la LDCFV, art. 145 y 146 de la Propuesta), **2º**.- por las normas de partición y liquidación de la sociedad de gananciales (art. 1396 y ss. del C.c.), **3º**.- después por las normas de partición y liquidación de herencias establecidas en el Derecho Común (art. 1051 y ss. del C.c.) y por último por las normas de la comunidad de bienes ordinaria (art. 392 y ss. del C.c.).

La alternatividad se proyecta hacia la fase de disolución y liquidación; pero también incide en la fase de vigencia del régimen, puesto que se ha de posibilitar cualquiera de las dos modalidades de liquidación¹⁸, lo que se traduce en un régimen de cargas y obligaciones y de administración y disposición notablemente distintos al de la sociedad

¹⁸ Martín Osante, L.C., obra citada.

de gananciales, como hemos avanzado y, de seguido, pasamos a analizar con más detenimiento.

VIII.- Cargas y obligaciones del matrimonio y comunicación foral de bienes.

En opinión de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN¹⁹, bajo la denominación “*de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales*” el C.c. agrupa una serie de preceptos en los que utiliza una terminología variada: Unas veces habla de gastos que son “*de cargo*” de la sociedad de gananciales, otras de “*deudas*” y otras de “*responsabilidad*” de los bienes de gananciales, sin mucha precisión terminológica.

La clave es que dicha comunidad (art. 35 del C.c.) no tiene personalidad jurídica, luego no tiene deudas. Son los cónyuges los que son y aparecen como deudores. Ahora bien, si la deuda se contrae en interés de la familia habrá que ver qué patrimonio debe responder de ella y, en su caso, cuál debe reembolsar a cuál, todo ello como efecto meramente liquidativo entre los cónyuges.

Otra cuestión será la afección de bienes o masas patrimoniales concretas frente al acreedor, frente a terceros. Aquí el Ordenamiento Jurídico Común y Foral pretende fijar qué patrimonio puede ser objeto de agresión por el acreedor, con un criterio favorecedor del tráfico.

Consecuencia de dicha falta de personalidad jurídica (art. 35 del C.c.) y aptitud para ser titular de derechos (art. 38 del C.c.), el art. 541.1 de la LEC no permite que se despache ejecución frente a la comunidad de gananciales (es coherente con la imposibilidad de despachar ejecuciones contra entes sin personalidad jurídica, salvo las excepciones de los art. 543 y 548 de la LEC pensadas para las Uniones Temporales de Empresas, Agrupaciones de Interés Económico y las sociedades irregulares). Por ello, cuando la ejecución se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deba responder la sociedad de gananciales, la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor, pero el embargo de bienes gananciales habrá de

¹⁹ Obra citada.

notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que, dentro del plazo ordinario, pueda oponerse a la ejecución. La oposición a la ejecución podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado y, además, en que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución. Cuando la oposición se funde en esta última causa, corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales. Si no se acreditara esta responsabilidad, el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal conforme a lo dispuesto en el art. 541.2 de la LEC. Del mismo modo, si la ejecución se sigue a causa de deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguiesen bienes comunes a falta o por insuficiencia de los privativos, el embargo de aquéllos habrá de notificarse al cónyuge no deudor. En tal caso, si éste optare por pedir la disolución de la sociedad conyugal, el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre división del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en dicha Ley (art. 810 de la LEC), suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes.

Asimismo, a la luz de los art. 1373 del C.c. y 102 de la LDCFV la ejecución sobre bienes privados y ganados de los cónyuges es similar en comunicación foral, pero no igual a la ejecución de los bienes gananciales (art. 541 de la LEC). Estamos en presencia de una especialidad procesal (art. 149.1.8º de la Constitución) contenida en el citado art. 102 de la LDCFV, de modo que se permite que, caso que se embarguen para pago de deudas los bienes ganados y de los procedentes del deudor. En este caso su cónyuge puede pedir la disolución de la comunicación foral que se tramita en pieza de ejecución separada.

Por dicha razón de que el legislador pretende fijar qué patrimonio puede ser objeto de agresión por el acreedor, con un criterio favorecedor del tráfico, no hay una estricta coincidencia entre el carácter de la deuda y el patrimonio que haya de responder durante esta situación de pendencia hasta que se consume o no la comunicación foral de bienes.

A) Gastos del matrimonio que los acreedores pueden cobrarse con cargo de los bienes ganados: Son **1.** las cargas del matrimonio y **2.** por las deudas contraídas por ambos cónyuges o uno con el consentimiento del otro.

1. Cargas del matrimonio: Como ya hemos dicho antes, dado el silencio sobre su definición en el art. 98 de la LDCFV, debemos llegar a la conclusión de que incluyen todos los supuestos del art. 1362 del C.c.

1. Los costos originados por “*El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia. La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación*”. Otro sector doctrinal²⁰ entiende que este art. 1.362.1º del C.c., recoge el concepto de cargas del matrimonio, a los efectos de la LDCFV, o sea, no son todas las deudas comunes al matrimonio, sino las que atañen más directamente a la convivencia.

El art. 134 de la Propuesta incorpora esta última opinión²¹.

2. Los originados por “*La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes*”. Es lógico que los bienes ganados sufraguen (entre cónyuges) y respondan (frente a acreedores) de estos gastos, pues si se hacen comunes tales bienes, común ha de ser también el patrimonio que levante los gastos que dichos bienes ocasionen.

3. Las expensas debidas a “*La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges*”. También es lógico que los bienes ganados sufraguen (entre cónyuges) y respondan (frente a acreedores) de estos gastos, pues conforme a los art. 100 y 101 de la LDCFV corresponde a cada cónyuge la administración de los bienes de su procedencia y los comunes por ambos. Solución idéntica a la del art. 137.1 de la Propuesta.

²⁰ Martín Osante, L.C., obra citada.

²¹ Como veremos a continuación, los supuestos del art. 1362 del C.c. son gastos lógicos en situación de comunidad de ganancias (sea sociedad de gananciales o de comunicación foral) de los que el patrimonio ganado debe responder, entre cónyuges. Es decir, lo único que hace la Propuesta, es reducir el número de deudas de las que responden los bienes ganados frente a terceros, no entre cónyuges.

Novedad es el art. 137.2 de la Propuesta según el cuál “*Asimismo, podrá cada cónyuge disponer de los frutos y productos de sus bienes propios, debiendo informar periódicamente al otro de la situación de dichos bienes*”, el cuál es reproducción del art. 1381 del C.c. “*Los frutos y ganancias de los patrimonios privativos y las ganancias de cualquiera de los cónyuges forman parte del haber de la sociedad y están sujetos a las cargas y responsabilidades de la sociedad de gananciales. Sin embargo, cada cónyuge, como administrador de su patrimonio privativo, podrá a este solo efecto disponer de los frutos y productos de sus bienes*”. En Derecho común se plantea la Doctrina el problema de que, si bien serán de cargo de la sociedad los gastos que se originen por la administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges, al permitir el art. 1381 del C.c. que uno solo de los cónyuges pueda disponer, a efectos de la administración de su patrimonio privativo, de los frutos que, en principio, serían gananciales, parece que sólo los frutos de esos bienes privativos son los que deberían responder y no la totalidad de los bienes que forman el patrimonio ganancial, que es lo que afirma el art. 1362.3º del C.c.

4. Los gastos causados por “*La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge*”. Igualmente es lógico, pues si se hacen comunes los frutos de tales actividades, común ha de ser también el patrimonio que levante los gastos que las mismas ocasionen. En este sentido la **STSJ del País Vasco de 04-04-2005** e implícitamente la citada **SAP de Bizkaia, de 15-05-1992**.

No obstante, de los art. 6 a 9 del C.d.c. resultan las siguientes reglas: **1ª**. Los bienes propios del cónyuge comerciante y los bienes adquiridos a resultas del comercio quedan sujetos a las responsabilidades derivadas del mismo. **2ª**. Los demás bienes comunes sólo responden si lo consienten ambos cónyuges en forma expresa o presunta. **3ª**. Los bienes propios del cónyuge no comerciante sólo quedan obligados con su consentimiento expreso en cada caso.

Este sistema del C.d.c. es exactamente el mismo que el del art. 102 de la LDCFV y art. 138 de la Propuesta, lo cuál limita grandemente la responsabilidad de los bienes privativos y comunes, pues los actos de administración y de disposición precisan del consentimiento de ambos (art. 99 y 101 de la LDCFV y 135 y 137.1 de la Propuesta). Para facilitar el tráfico el art. 101 de la LDCFV (art. 137.1 de la Propuesta) admite (“*sin perjuicio de lo establecido en el Código de Comercio*”), por excepción a la actuación conjunta de los cónyuges, actos unilaterales de comercio (p.ej. compraventa de mercaderías, art. 325 y ss. del C.d.c.).

2. También son deudas del matrimonio que los acreedores pueden cobrarse con cargo de los bienes ganados las contraídas por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. Hay que diferenciar:

- a) Deudas contraídas por los dos cónyuges conjuntamente, en cuyo caso, dada la condición de contratantes de los cónyuges (art. 1088, 1191 y 1257 del C.c.) responden todos los bienes ganados y privativos de ambos cónyuges (art. 102, pfo. 1º de la LDCFV y 138.1 de la Propuesta). También se comprende aquí el caso en que la obligación se haya contraído por uno solo de los cónyuges por sí y en representación del otro.
- b) Deudas contraídas por un cónyuge con el consentimiento expreso del otro, en cuyo caso, sólo el primer cónyuge es contratante y sólo él será deudor. En este supuesto, en virtud del art. 102, pfo 1º y 102.1ª de la LDCFV (art. 138.1 y 138.1.1ª de la Propuesta), responde el deudor con sus bienes privativos y su mitad ganancial del deudor y asimismo está afecta la mitad ganancial del cónyuge no deudor. Los bienes privativos del otro cónyuge no responden.
- c) Posibilidad de enervar la limitación de responsabilidad sobre bienes comunes a la mitad comunicada del obligado, de bienes ganados: El art. 102.2ª de la LDCFV (art. 138.1.2ª de la Propuesta) permite al cónyuge deudor pedir la disolución de la comunicación foral en el plazo de quince días naturales desde que se le notifique un embargo de bienes privativos o comunes, en cuyo caso sólo quedarán sujetos a responsabilidad los bienes

adjudicados al obligado, y el matrimonio pasará a regirse por el régimen de separación de bienes. Pero advierte que este derecho no tendrá lugar si el acreedor probare que la deuda ha repercutido en beneficio de la familia.

1. Repercutido: Supone un resultado objetivo (cuarta acepción del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua –RAEL–: “*Dicho de una cosa: Trascender, causar efecto en otra*”).
2. Beneficio: Ha habido una ganancia o ventaja respecto a la situación anterior a contraer la deuda Primera acepción del Diccionario de la RAEL: “*Bien que se hace o se recibe*”.
3. De la familia: La familia no es una persona jurídica (cfr. art. 35 del C.c.). Tampoco dice el precepto que sea en beneficio de los bienes en comunicación, pues en ese caso, dará lugar a reembolsos y reintegros entre cónyuges (cfr. art. 98 in fine, 109.3ª y 110.3ª de la LDCFV, art. 134.3, 145.1.3ª y 146.3ª de la Propuesta). No será toda la familia, sino el cogollo de la misma, tanto de la comunicación foral como de la troncalidad: Los cónyuges y sus hijos, comunes o no, en su conjunto y todos y cada uno de ellos. A dicha conclusión llegamos vía los art. 41, 66 y 98 de la LDCFV (art. 38, 21.1.a) y 145 de la Propuesta) en relación al art. 1362 del C.c. donde se identifica familia con hijos y cónyuges.

Esta interpretación es conforme a la Exposición de Motivos de la LDCFV que dice “f) *En la defensa de la familia, se regulan por primera vez las obligaciones ya intuitas en la costumbre de alimentos de los menores e incapaces y las relativas a la tutela y curatela (arts. 41 y 42)*”, “*Resultaba también ineludible hacer referencia en este lugar a la comunidad de vida o asociación familiar que, muy comúnmente, se establece entre donantes y donatarios, el matrimonio joven y el matrimonio viejo, cuando se transmite un caserío u otra explotación rural. Se ha tratado de recoger esta institución atendiendo a los usos vigentes (art. 82)*”. Y también a la concepción familiar de la propiedad individual (art. 5 de la Propuesta).

Interpretación que defendí anteriormente²² y que se cohonesta con la doctrina de la **SAP de Bizkaia, de 15-05-1992** antes comentada.

3. Por último, en la solución del art. 995 del C.c., según el cual: “*Cuando la herencia sea aceptada sin beneficio de inventario, por persona casada y no concurra el otro cónyuge, prestando su consentimiento a la aceptación, no responderán de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal*” no se da en Derecho foral vizcaíno, pues conforme al art. 103 de la LDCFV y art. 139 de la Propuesta “*Durante la vigencia de la comunicación foral, el cónyuge llamado a una herencia no podrá repudiarla sin el consentimiento del otro. A falta de acuerdo, se entenderá aceptada a beneficio de inventario*”.

B) Deudas que los acreedores sólo pueden hacer efectivo sobre el patrimonio privativo o la parte ganada de cada cónyuge: Las contraídas por el mismo, lo cuál se limita grandemente pues los actos de administración y de disposición precisan del consentimiento de ambos (art. 99 y 101 de la LDCFV y 135 y 137 de la Propuesta), ergo serán de cargo de cada cónyuge:

1. Las cargas del matrimonio (art. 98 de la LDCFV) a falta o por insuficiencia de bienes ganados responderán los bienes procedentes de cada cónyuge, en proporción a su valor.
2. Responsabilidad extracontractual (art. 1902 y ss. del C.c.) y, en general, legal del cónyuge, “*anteriores al matrimonio o sin utilidad para éste*” (**SAP de Bizkaia, de 15-05-1992**).
3. Los supuestos en que se permite la actuación unilateral del cónyuge en actos de administración o disposición antes vistos.

C) Derecho de reembolso entre los patrimonios: Surge en tres supuestos, consecuencia del citado desfase entre el deber que corresponda a cada patrimonio de afrontar determinados gastos y el que patrimonio que efectivamente los haya satisfecho:

²² Fdez. de Bilbao, J. “Concurso de acreedores vs. Comunicación Foral de Bienes”. JADO, Boletín de la AVD-ZEA. Bilbao, Mayo 2011, núm. 21, pp 171-221, ISSN: 2173-9102.

1. Las cargas del matrimonio satisfechas con bienes privativos de cada cónyuges les será reembolsado con las ganancias futuras (art. 98 de la LDCFV y art 134.3 de la Propuesta), las cuáles (art. 97 de la LDCFV, art. 133 de la Propuesta, art. 1344 y 1347 del C.c.) son las incorporaciones de bienes ganados.
 2. En todos los casos en que la comunicación foral se extinga sin consolidarse (art. 109.3 de la LDCFV y art. 145.1.3° de la Propuesta), si alguno de los bienes de un cónyuge o su valor se hubiese gastado en interés de la familia, se tendrá en cuenta su valor actualizado para pagarlo con los bienes ganados, y, si estos no fueren bastantes, de la diferencia pagará el otro cónyuge la parte proporcional que le corresponda, según el valor de los de cada uno de ellos.
- D) Cuando se trate de disolución por muerte de un cónyuge y no existan descendientes, además de las normas del art. anterior se aplicarán las siguientes (art. 110.3 de la LDCFV y art. 146.3ª de la Propuesta) las adquisiciones onerosas o mejoras de bienes raíces troncales serán para el cónyuge de cuya línea provengan o para sus herederos tronqueros, pero se tendrá presente en la liquidación de la sociedad conyugal el valor actualizado de las inversiones realizadas, con abono al otro cónyuge, o a sus herederos, del haber que le corresponda. Tal abono podrá no tener efecto hasta el fallecimiento del cónyuge viudo, pues se reconoce a éste el derecho de gozar y disfrutar libremente de su mitad durante sus días.

IX.- Administración y disposición de los bienes en comunicación foral de bienes.

La LDCFV, la Propuesta y el Código civil presuponen dichos conceptos, que pasamos a desarrollar²³.

²³ Contiene la **STS, Sala 1ª de 17-10-1978** una clara distinción entre aquéllos al decir que son actos de disposición los que tienden a enajenar la cosa o a constituir sobre ella derechos reales o gravámenes y actos de administración, los que tienden a la conservación, goce y uso de la cosa, diferencia que aunque dogmáticamente aparece tan diáfana, sin embargo, en la realidad práctica, ya no lo es tanto, hasta el extremo de que un gran sector doctrinal admite un tercer término en esa clasificación: la de los llamados actos de administración extraordinaria o excepcional, que son aquéllos que por la trascendencia o importancia que despliegan sobre tales, impiden o dificultan su realización, y exigen la capacidad, para ser llevados a cabo válidamente, no sólo para ellos, y demás requisitos suficientes para los datos de administración simple u ordinaria, sino los que se exigen para los actos de disposición y cita al efecto el

A) En materia de actos de disposición, la regla general es la disposición conjunta conforme al art. 99 de la LDCFV (art. 135.1 de la Propuesta), da lo mismo que estos actos sean a título oneroso o gratuito. El régimen de la LDCFV y la Propuesta es la nulidad radical de los actos de disposición llevados a cabo por un cónyuge sin el consentimiento del otro (STSJPV de 21-06-1991) aunque se admite la actuación de un cónyuge en representación del otro o la ratificación "a posteriori" de los actos realizados por uno solo de los cónyuges (STSJPV de 07-09-1995). No obstante hay excepciones a la actuación mancomunada de los cónyuges:

1. Autorización Judicial para actuación unilateral de un cónyuge: Si un cónyuge negare su consentimiento podrá el Juez, previa información sumaria, autorizar el acto cuando lo considere de interés para la familia. Se trata de un expediente de Jurisdicción Voluntaria (D.T. 10ª de la Ley 11/81). La diferencia del art. 99 de la LDCFV (art. 135 de la Propuesta) con el art. 1377 del C.c.²⁴. es que aquél no distingue entre autorización para actos a título oneroso o gratuito (aunque será raro que éstos se consideren de interés para la familia) y que nuestro Derecho foral no prevé como un presupuesto de la solicitud al juez la incapacidad del otro cónyuge. Esta autorización judicial, según la doctrina mayoritaria, tiene las siguientes características: a) Es supletoria del consentimiento de uno de los cónyuges. b) Ha de ser necesariamente previa. c) Puede comprender uno o varios actos dispositivos; no tiene alcance general. Y d) Su concesión no es obligatoria.
2. Imposibilidad de un cónyuge para prestar consentimiento y actuación unilateral del otro: Se plantea qué hacer si uno de los cónyuges está imposibilitado para

art. 269.5º del C.c. (hoy 271.2º) que dispone que los representantes legales de los menores, para dar en arrendamiento bienes de éstos, necesitan determinadas autorizaciones; el art. 1280 del mismo Cuerpo legal, que en su párrafo segundo, exige que ciertos arrendamientos hayan de constar en documento público; el art. 1548 que prohíbe a los padres dar en arrendamiento bienes del menor o del pupilo, por plazo superior al referido. Y así la jurisprudencia hubo de reconocer, igualmente, la naturaleza excepcional, de ciertos actos de administración, bien por la naturaleza de las cosas a que se contraiga, bien por el largo tiempo que para su duración se estipule, rebasar los límites de la mera administración (STS de 1-06-1919 y 9-06-1913).

²⁴ Artículo 1377. Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges. Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el Juez, previa información sumaria, autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes.

prestar su consentimiento, pues no parece que haya problemas en la aplicación del art. 1387 del C.c. con carácter supletorio (“*La administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte*”) y llegamos a la misma conclusión desde la figura de la constitución de la tutela.

3. Actos de disposición unilateral autorizados por ley:

a) Conforme al art. 99, párrafo tercero de la LDCFV “*No obstante, cualquiera de los cónyuges podrá, por sí solo, disponer del dinero o valores mobiliarios de los que sea titular*”, en línea con el art. 1384 del C.c. La Propuesta desborda a aquélla pues incluye:

1. Cualquiera de los cónyuges podrá, por sí solo, disponer del dinero, cuotas, aportaciones cooperativas o partes representativas de la participación en sociedades, activos financieros o de los valores mobiliarios de los que sea titular (art. 135.2). Con ello se quiere dar libertad de enajenación de acciones, participaciones sociales, cuotas representativas en cooperativas o en sociedades mercantiles o civiles.

¿Cabe la adquisición de un inmueble por uno solo de los cónyuges con dinero ganancial? En la práctica se consideran estas adquisiciones perfectamente válidas, correspondiendo la titularidad del bien al cónyuge adquirente y teniendo carácter ganancial por así disponerlo el art. 1347.3º del C.c. Apoya esta tesis el art. 93.4 del Reglamento Hipotecario, cuando dice “*Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales, se inscribirán con esta indicación a nombre del cónyuge adquirente*”.

Por otra parte, en contra de la opinión de otros autores, LACRUZ entiende que el art. 1384 del C.c., al no especificar qué clase de actos de disposición de dinero o títulos valores quedan autorizados al cónyuge, comprende también los actos a título gratuito, aunque no sea este el

propósito de la norma; y considera igualmente válidos los negocios de garantía por deuda propia o ajena.

Por lo demás, DE LA CÁMARA sostiene la aplicación del art. 1384 del C.c. a las cuentas corrientes indistintas; pero no a las acciones no emitidas ni a las participaciones sociales, porque no son títulos valores, cuestión superada, como se ve con el art. 135.2 de la Propuesta.

2. De igual forma, el cónyuge a cuyo favor se hubiese hecho la confesión de privatividad por el otro cónyuge, conforme a lo establecido en la legislación civil general, una vez inscrita dicha confesión en el Registro de la Propiedad, podrá disponer del citado bien en los términos establecidos en la legislación hipotecaria vigente en el momento de realizar el acto de disposición (art. 135.2). Arriba explicado.
3. Los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, serán ejercitados por el cónyuge a cuyo nombre aparezcan constituidos (art. 136, a imitación del art. 1385 del C.c.). Por lo tanto será de aplicación lo dispuesto en la Jurisprudencia citada por la **STS, Sala 1ª, de 12-03-2008**, conforme a la cuál, uno de los cónyuges puede actuar de forma individual en el ejercicio de aquellas acciones que sean beneficiosas para la sociedad y sin perjuicio de la responsabilidad del cónyuge demandante frente al otro prevista en el art. 1390 del C.c. (**STS de 21-05-2007 y 11-04-2003**). En cuanto a los bienes y derechos gananciales (**STS, Sala 1ª, de 12-03-1997 y 25-01-1990**) las acciones reales han de ejercitarse frente a ambos cónyuges, litisconsorcio pasivo necesario, mientras que las acciones personales sólo han de dirigirse contra el que esposo que intervino en la relación contractual. En cuanto a la legitimación pasiva en relación a bienes privativos, dice la **SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de de 10-07-2008** que como quiera que el régimen económico matrimonial del actor es de comunicación foral y la vivienda elemento privativo de la propiedad horizontal privativa de su esposa, sin perjuicio de lo que ocurra cuando la comunicación foral se consolide o se disuelva; como

quiera que sólo el ella tiene capacidad de administración sobre dicho bien privativo ella es la única legitimada pasivamente.

4. Corresponderá en exclusiva a cada cónyuge la gestión y administración de los bienes de su procedencia y los actos de administración propios del ejercicio del Comercio (art. 100 de la LDCFV y 137.1 de la Propuesta).
 5. Asimismo, podrá cada cónyuge disponer de los frutos y productos de sus bienes propios, debiendo informar periódicamente al otro de la situación de dichos bienes (art. 137.2 de la Propuesta).
4. Administración y disposición durante procedimientos de nulidad, separación y divorcio del matrimonio: Conforme al art.103.4ª del C.c. una de las medidas que puede adoptar el Juez, como consecuencia de la admisión de la demanda a tenor del siguiente art. 104 del C.c. es *“Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo”*.
5. Disposición mortis causa. Dice el art. 1379 del C.c. que *“Cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales”* y el art. 1380 que *“La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento”*.

En cuanto a los bienes que se donan o se instituyen por el comisario si eran privativos del causante, al no estar integrados en la sociedad de gananciales (art. 1344 y ss del C.c.), es válida su donación por el comisario en uso parcial del poder a través de actos de disposición gratuitos inter vivos y a título singular (art. 45 y 46 de la LDCFV). En cuanto a los bienes gananciales de que dispone el comisario pudiera parecer que como comunidad postganancial, una comunidad ordinaria formada por el viudo y los sucesores del causante, los actos dispositivos de bienes concretos o singulares han de hacerse por todos los

interesados (arts. 397 y 399 del C.c.) so pena de nulidad, y más cuando la enajenación se realiza a título gratuito o, por el contrario ha de disolverse y liquidarse dicha comunidad postganancial con las adjudicaciones que procedan. Sin embargo, aunque lo dicho es ineludible en Derecho civil común, no lo es en Derecho foral vizcaíno pues permite que el viudo pueda disponer de su mitad de gananciales (art. 1344 del C.c.) y en cuanto a la mitad del causante puede disponer de la misma en ejercicio del poder testatorio otorgado (art. 32 y ss. de la LDCFV), dentro de plazo, sin necesidad de liquidar antes la comunidad postganancial, pues cuando dispone de la mitad en cada uno de los bienes que correspondía a su difunto esposo, usando para ello del poder testatorio, lo que está haciendo es ejercitar la confianza que en ella para distribuir sus bienes le confirió su esposo, como si de él mismo se tratara, por lo que no puede decirse que porque no se liquide antes la comunidad postganancial tales actos de donación carecen de validez (**SAP de Bizkaia, Sección 5ª, de 7-04-2004**). Estas mismas conclusiones son aplicables a los bienes comunicados, de modo que el viudo puede disponer de los propios bienes y de la cuota del difunto o de la suya propia sobre la sociedad post-comunicación foral.

6. Dispone el art. 1324 del C.c. que: *“Para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta, si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor, se necesitará, además, el de los padres o curadores de uno y otro”*. Entendemos aplicable este precepto al Derecho Foral vizcaíno no sólo por la supletoria aplicación del Derecho común, sino porque las bases de las obligaciones contractuales, entre ellos la capacidad para contratar es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8º de la Constitución).
7. Aceptación, repudiación y partición de herencias: Conforme al art. 103 de la LDCFV y art. 139 de la Propuesta *“Durante la vigencia de la comunicación foral, el cónyuge llamado a una herencia no podrá repudiarla sin el consentimiento del otro. A falta de acuerdo, se entenderá aceptada a beneficio de inventario”*.

Ahora bien, como señalan las **STSJPV de 7 de julio de 1999** y **SAP de Bizkaia, Sec. 3ª, de 12-11-1998**, puesto que la partición de la herencia en la que esté interesado uno de los cónyuges no constituye acto o contrato de enajenación de los bienes que integran el activo de aquélla, es manifiesto que, para la eficacia de tales operaciones, no resulta preciso el consentimiento del cónyuge del heredero, cuyo matrimonio esté sujeto al régimen comunicación de bienes.

8. Disposición de gananciales disuelta la comunidad y antes de su liquidación.
Disuelta la sociedad, lo que antes era una comunidad germánica pasa a ser una comunidad romana o por cuotas, que se rige por las reglas de los art. 392 y ss del C.c., y, en consecuencia, la disposición necesitará el consentimiento de los dos cónyuges o del supérstite y los herederos del premuerto.

B) En materia de actos de administración, la regla general se contiene en los art. 100 y 101 de la LDCFV, de modo que la gestión de los bienes privativos es privativa y la de los ganados, conjunta, si bien ya hemos dicho que para facilitar el tráfico el art. 101 de la LDCFV permite la administración unilateral de bienes privativos o comunes como actos de comercio.

El art. 137.1 de la Propuesta dice que corresponderá en exclusiva a cada cónyuge la gestión y administración de los bienes de su procedencia, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Comercio y nada dice de los bienes ganados, mas la solución es la misma que actualmente por supletoria aplicación del art. 398 del C.c. (**SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 17-03-1999**, en cuanto a la supletoria aplicación de los art. 392 y ss. del C.c.), con igual supletoria remisión a la autorización judicial en caso de bloqueo.

Tampoco parece difícil parece el encaje del art. 1388 del C.c. (*“Los Tribunales podrán conferir la administración a uno solo de los cónyuges cuando el otro se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho”*), de sujeción al procedimiento de jurisdicción voluntaria y a las facultades de administración y disposición del art. 1389 del C.c.

Es obvio que no estamos en presencia de incapacitación (sino mera imposibilidad), ni ausencia ni condena por abandono de familia, ni separación de hecho por más de un año pues en todos estos casos la solución es la disolución de la comunicación foral (art. 95.3 de la LDCFV y art. 131 de la Propuesta). Para situaciones intermedias o de mera imposibilidad, el art. 398 del C.c. igualmente lo permite, pues el presupuesto de recurrir a la autorización judicial es el “*no resultare mayoría*”, lo que va en la línea de la D.T. 10ª de la Ley de 13-05-1981 que aplicaba el Expediente de Jurisdicción Voluntaria de autorización judicial “*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*” y el art. 398 del C.c. permite adoptar al Juez la solución que sea, incluso nombrar a un administrador.

- C) Administración, disposición y Concurso de acreedores: Según la Ley Concursal: 1º Los actos de disposición y gravamen están prohibidos (art. 43.2) hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, salvo autorización del Juez. 2º El Auto que declare el Concurso (art. 40.6 de la LC) determinará la capacidad de obrar respecto de actos no personalísimos del concursado, de modo que el Juez puede ordenar la intervención (sujeto a aprobación –veto- del Administrador Concursal) o la suspensión (sustituida su decisión por la del Administrador Concursal) de las facultades de administración y disposición. Curiosamente, la vulneración de estas reglas frente a terceros da lugar a la mera anulabilidad de dichos actos conforme al art. 40.7 de la LC, frente a la nulidad radical de la LDDFV y de la Propuesta para los actos fuera del concurso.

Declarado el Concurso de acreedores, la situación será:

1. Actos de administración: Declarado el Concurso de Acreedores de uno de los cónyuges, se requerirá **a)** en los casos de intervención de facultades del deudor, el concurso del cónyuge no deudor y el deudor intervenido más el Administrador Concursal (“*tres firmas*”) y **b)** en los casos de suspensión de facultades del deudor, el cónyuge no deudor y el Administrador Concursal (“*dos firmas*”). Si uno de los cónyuges (el deudor o el no concursado) se negara a otorgar dicho consentimiento, podrá el Juez autorizar la disposición si lo

considera de interés para la familia (art. 99 de la LDCFV), que será el Juez del Concurso como competente para conocer de todas las “*acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado*” (cfr. art. 8.1 de la LC y el art. 86 ter de la LOPJ).

2. Los actos de disposición y gravamen están prohibidos por la declaración del concurso hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, salvo autorización del Juez (art. 43.2), máxime cuando el patrimonio es común y no pueden separarse los bienes afectos a responsabilidad por deudas y los que no lo están hasta la liquidación del régimen (art. 102 de la LDCFV).

X.- Disolución, liquidación y división de la comunicación foral de bienes.

Se entiende por disolución de la sociedad de gananciales la cesación de los efectos de ésta en virtud de su extinción por alguna de las causas señaladas en la ley. A su vez, el efecto que produce la disolución es la liquidación que, en sentido amplio, constituye el conjunto de operaciones subsiguiente a la disolución y consecuencia de ésta, por las que se determina el activo y el pasivo de la sociedad y se pagan las deudas, se efectúan los reintegros y atribuciones -preferentes o no- pertinentes para determinar las posibles ganancias y, por fin, se procede a la división y se adjudica a cada uno de los cónyuges o sus herederos los bienes correspondientes en pago de su respectivo haber.

A) Disolución de la comunicación foral de bienes:

1. Concepto: La disolución es un cambio de estado de los patrimonios de los cónyuges, de modo que cesan las reglas de la comunicación foral y subsisten los patrimonios, de modo fusionados (comunicados) o separados (dos patrimonios privativos y un ganancial) hasta que se proceda a la liquidación, partición y adjudicación a los partícipes.
2. Naturaleza jurídica:

- a) Comunidad sobre el patrimonio en su conjunto, al modo de la hereditaria: La Jurisprudencia (STS 10-10-1977, SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de de 10-02-1999, SAP Bizkaia, Sección 2ª, de 22-12-2000, SAP de Bizkaia, Sección 5ª, de 16-07-2002y SAP de Bizkaia, Sección 5ª, de 7-04-2004) entiende que hay una transformación en comunidad romana, si bien las cuotas no recaen sobre cada uno de los bienes, sino sobre el patrimonio en su conjunto (art. 104 de la LDCFV y art. 140 de la Propuesta). Es una titularidad abstracta de los partícipes sobre el conjunto, no pudiendo ningún miembro de la comunidad hacer disposición de bienes concretos que a ella pertenezcan en tanto no se realice la correspondiente división, lo que exige atender, si no existe designado comisario (poder testatorio), al régimen de gestión propio de una comunidad, que para los actos de disposición sobre sus bienes exige unanimidad, sin lo que no cabe enajenar a título oneroso ni gratuito.

Como, según esto, hay una sola comunidad, la consecuencia es que cada copartícipe puede disponer con independencia de su cuota abstracta sobre la comunidad (art. 399 y 1067 del C.c.), pero se precisa el consentimiento de todos los partícipes para realizar actos dispositivos sobre bienes concretos o cuotas sobre los mismos. Y, en consecuencia, estando la sociedad en liquidación, cada cuota de los partícipes: **1.** Es embargable y puede anotarse preventivamente la demanda referida a la parte o cuota que al demandado corresponde en la sociedad en liquidación, sin necesidad de dirigirse contra los demás partícipes. **2.** Es embargable y susceptible de anotación preventiva la demanda referida a un bien concreto si ésta se dirige contra todos los partícipes o contra el deudor notificando a los demás en el procedimiento. (Cfr.: art. 144 del Reglamento Hipotecario y **RDGRN de 18-01-2007** y **SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 25-01-1988**).

- b) Condominio ordinario sobre concretos bienes y derechos: El único supuesto de una comunidad ordinaria romana o por cuotas sobre todos y cada uno de los bienes es el del art. 106, pfo. 1º de la LDCFV (art. 142.1 de la Propuesta), de modo que el cónyuge viudo, nombrado comisario, podrá unilateralmente adjudicarse la mitad de todos y cada uno de los bienes,

dejando la otra mitad para la sucesión del premuerto, sin perjuicio de la reserva de bienes troncales.

3. Causas de disolución: La primera cuestión que viene a la mente es cuándo debe entenderse producida la extinción de la comunicación: La cuestión no es baladí, pues como hemos visto, todas las rentas e ingresos del matrimonio son bienes ganados y sólo desde la disolución podremos empezar a computar dichas rentas e ingresos como propios de un patrimonio privativo o del otro. Recordamos al efecto que:

a) Se consolida automáticamente por y en el momento de la muerte de uno de los cónyuges habiendo descendientes comunes (art. 96 y 104 de la LDCFV y 129 y 140 de la Propuesta), cuestión sobre la que luego volveremos. Cfr. **SAP de Bizkaia, Sec. 3ª, de 17-03-2000, SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de 18-10-2010.**

b) Se disuelve por ministerio de la ley, automáticamente por y desde la muerte de un cónyuge sin hijos o descendientes comunes (art. 105 de la LDCFV y art. 145 de la Propuesta).

c) Se disuelve por y al tiempo de la correspondiente resolución judicial:

1. Automáticamente (SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de 18-10-2010) por y al tiempo de la sentencia declarativa de nulidad, separación y divorcio, como resulta del art. 95 de la LDCFV (art. 130 de la Propuesta) y la Jurisprudencia sobre el art. 1392 del C.c., sin que se pueda adelantar a la demanda o Auto de medidas provisionales como aclara la Jurisprudencia respecto de la Sociedad de Gananciales y sin que produzcan efectos frente a terceros sino desde su inscripción en el Registro Civil y, en su caso en el de la Propiedad (cfr. art. 1333 del C.c.) y en el Registro Mercantil (art. 6 y ss. del C.d.c. y 87 del Reglamento del Registro Mercantil y art. 93 de la LDCFV y 128 de la Propuesta).

2. Se extingue por y al tiempo de la sentencia declarativa a petición de uno de los cónyuges de los supuestos del art. 95 de la LDCFV, apartados 1 a 3 (art. 131 de la Propuesta), como resulta de la expresión “*por decisión judicial, y a petición de uno de los cónyuges*” idéntico el art. 1393 del C.c. cuya Jurisprudencia (STS, Sala 1ª, de 4-05-1998 y STS, Sala 1ª, de 14-02-2000) así lo declara. Los supuestos son:
- a) Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado ausente o en concurso de acreedores (art. 95.1 de la LDCFV y art. 131.1 de la Propuesta).
 - b) Venir realizando el otro cónyuge actos de disposición o de gestión en daño o fraude de los derechos del solicitante (art. 95.2 de la LDCFV y art. 131.2 de la Propuesta).
 - c) Llevar separado de hecho durante más de un año, aunque fuese de mutuo acuerdo (art. 95.3 de la LDCFV y art. 131.3 de la Propuesta).
 - d) Embargo de bienes de uno de los cónyuges, cuando el cónyuge no deudor pida la disolución de la comunicación foral (art. 102.2 de la LDCFV y 138.1.2ª de la Propuesta).
- d) Disolución del Régimen de Comunicación Foral por acuerdo de los cónyuges: Así lo permiten los art. 93 y 109 último párrafo de la LDCFV (art. 130 y 145.2 de la Propuesta) y **SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de 13-03-2009**) mediante escritura pública cuyos efectos frente a tercero surgen (art. 1333 del C.c. y art. 93 de la LDCFV y 128 de la Propuesta) desde su inscripción en el Registro Civil y de la Propiedad y Mercantil.
4. Efectos de la disolución: Son cuatro, a) la subsistencia de uno o más patrimonios hasta la liquidación, división y adjudicación del patrimonio que sea común, b) los supuestos de imposibilidad de división, c) caso de subsistencia del matrimonio, las nuevas reglas de su régimen económico matrimonial y d) la

apertura del procedimiento de liquidación, división y adjudicación del patrimonio común.

a) La subsistencia de uno o más patrimonios hasta la liquidación, división y adjudicación del patrimonio que sea común (art. 104 de la LDCFV y 140 de la Propuesta): Ya hemos visto antes el alcance y posibilidades de actos de disposición sobre bienes concretos, sobre cuotas de los mismos y sobre cuotas sobre el patrimonio en general. Por lo demás, el patrimonio común, se rige por las reglas ordinarias de las comunidades de bienes, salvo el caso de la existencia de poder sucesorio en cuyo caso, el cónyuge viudo, salvo disposición contraria del testador, será el único representante de la herencia y administrador de todo el caudal, en tanto no medie aceptación de la herencia por los sucesores designados, previa su institución, obviamente (art. 40 y 105 de la LDCFV y 37 y 141 de la Propuesta).

b) Los supuestos de imposibilidad de división. Son:

1. Existencia de poder sucesorio (art. 105 de la LDCFV y art. 141 de la Propuesta), de modo que si el causante hubiera designado comisario, los bienes permanecerán en comunidad hasta que haga la designación de sucesor. Mientras los bienes continúen en este estado, el cónyuge viudo, salvo disposición contraria del testador, será el único representante de la herencia y administrador de todo el caudal, en tanto no medie aceptación de la herencia por los sucesores designados.

Aunque este precepto esté sistemáticamente incluido dentro del régimen de comunicación foral de bienes, y por lo tanto parece que sólo es de aplicación al caso de consolidación de dicho régimen, entendemos que por la propia esencia del poder sucesorio, la indivisibilidad es también aplicable a los supuestos de su frustración y en general a los de sociedad de gananciales en liquidación pues no hay sucesores del causante sino meras expectativas a la sucesión, de personas, determinadas o no (art. 32 de la LDCFV, 30 de la Propuesta y **SAP de Bizkaia de 22-12-2010** invocada por **el Auto de la AP de Bizkaia, sec. 4ª, de 28-6-2011**).

2. Concurso del causante y concurso de la herencia: Dispone el art. 1.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal que el concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente. Igualmente conforme al art. 182, la muerte o declaración de fallecimiento del concursado no será causa de conclusión del concurso, que continuará su tramitación como concurso de la herencia. Corresponde a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación (art. 40.5 y 182 de la Ley Concursal). Concluye su art. 182.3 que la herencia se mantendrá indivisa durante la tramitación del concurso.

Pero, precisamente, para terminar con la confusión de patrimonios propia de la comunicación foral consolidada fruto de la muerte del cónyuge deudor, será necesario (art. 102 de la LDCFV y 137 de la Propuesta) poner fin a dicha indivisión.

- a) Poder sucesorio, concurso y consolidación de la comunicación: Así, cohonestando LDCFV y Ley Concursal, sea en Fase de Convenio, sea en Fase de Liquidación, se irán enajenando los bienes comunicados para el pago de deudas (conforme a los art. 98 y 102 de la LDCFV) y sólo terminado el Concurso quedará el remanente comunicado, que se corresponderá con la hijuela de uno, otro cónyuge o ambos. Esta partija, que sería divisible conforme a la Ley Concursal frente a terceros y es indivisible para los sujetos a la comunicación foral consumada hasta dicha designación de sucesor mediante poder sucesorio, caso de haberse otorgado este último.

Mientras los bienes continúen en este estado, hasta la designación de sucesor por el comisario, no será el cónyuge viudo ni el comisario representantes y administradores de la herencia en tanto no medie aceptación de la herencia por los sucesores designados sino que (art. 40.5 y 182.2 de la Ley Concursal) corresponde a la administración concursal

el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto

b) Si no se ha designado comisario sucesorio, la liquidación, división y adjudicación de la comunicación foral consumada deberá hacerse conforme al Código civil y la LEC, pero teniendo en cuenta las normas de la LDCFV, particularmente su artículo 108 (art. 144 de la Propuesta).
Luego lo veremos.

c) Si, por el contrario, se disuelve el matrimonio sin hijos la comunicación se extingue, se reparten los bienes como si fueran gananciales y cada cónyuge recupera sus bienes propios con ciertas especialidades si la causa de disolución es la muerte de un cónyuge constante matrimonio no separado (art. 108 a 111 de la LDCFV, art. 144 a 146 de la Propuesta).

c) Caso de subsistencia del matrimonio, las determinación de las nuevas reglas de su régimen económico matrimonial:

1. En general en todos los casos que no se extingue el matrimonio pese a la disolución del régimen de comunicación, los cónyuges, salvo que otra cosa pacten en capitulaciones matrimoniales quedarán sujetos al régimen de separación de bienes (art. 1435 del C.c., art. 102.2º de la LDCFV y art. 131 y 138.1.2ª de la Propuesta).

2. Aunque tras la separación por sentencia se produzca la reconciliación de los cónyuges el régimen no puede ser ya el de comunicación foral de bienes, ni de gananciales, sino que se constituye una comunidad sobre los restos de la comunicación foral previa, que habrá de liquidarse, dividirse y adjudicarse (**SAP Bizkaia, Sección 2ª, de 22-12-2000**). Igualmente (art. 102.3º de la LDCFV y 138.1.3ª de la Propuesta), dentro del plazo de seis meses a contar de la adjudicación de los bienes comunicados, el cónyuge no deudor podrá optar por iniciar de nuevo la comunicación foral, manifestándolo en documento público, como ya hemos visto.

3. Cuando se produzca la disolución por embargo por deudas de uno de los cónyuges (art. 102.3º de la LDCFV y 138.1.3ª de la Propuesta), la separación de bienes no es absoluta pues, la mitad ganada (impropiamente el precepto dice “*comunicada*”) adjudicada al cónyuge deudor, aunque queda bajo la administración del otro cónyuge, no podrá éste enajenarla sin autorización judicial, y deberá destinar sus frutos a los gastos ordinarios de la familia.

d) Apertura del procedimiento de liquidación, división y adjudicación del patrimonio común. La liquidación, división y adjudicación del caudal común se puede efectuar:

1. Voluntariamente: **a)** Por actos entre vivos (cfr. art. 1058 del C.c., 102 y 109 de la LDCFV –art. 138 y 145.2 de la Propuesta) entre los cónyuges y/o sus causahabientes, sea directamente, sea indirectamente, por árbitros o amigables compondores (art. 402 del C.c.) o contador-Partidor Dativo (art. 1057 del C.c., art. 782.1 de la LEC y Libro III de la LEC de 1881 o **b)** por actos mortis causa del causante, sean directos (art. 1056 del C.c.), sean indirectos, o sea, el comisario, el comisario viudo y el contador partidor (art. 106 de la LDCFV) y **c)** actos mixtos, tanto en el sentido de a caballo entre los entre vivos y por causa de muerte, como por otorgados por el causante con sus sucesores. Hablamos de los pactos sucesorios (art. 74 y ss. de la LDCFV y art. 100 y ss. de la Propuesta).
2. Judicialmente: Art. 806 y ss. de la LEC. No corresponde aquí un estudio procesal en profundidad sobre la cuestión, baste reseñar que se regula en los art. 806 y ss. de la LEC que se remite en gran parte a los de división de herencias, art. 784 y ss. del mismo texto legal. Sus hitos más significativos son: **a)** Como medidas cautelares la formación de inventario de bienes y la intervención del caudal. **b)** Los acreedores no están legitimados para pedir la división y liquidación del caudal pero pueden concurrir a su costa para evitar se haga en fraude de sus derechos. **c)** Las operaciones divisorias son el inventario y avalúo, liquidación del

caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes. Luego lo vemos más en detalle. **d)** Dichas operaciones se plasman en un cuaderno particional, el cuál, si no es impugnado en tiempo y forma, se aprueba por Decreto del Secretario Judicial. Este Decreto no es título ejecutivo ni causa cosa juzgada, pero sí es título para la entrega de los bienes adjudicados a cada partícipe (art. 788 de la LEC y art. 1065 del C.c.) y causa acto propio de las partes –cónyuges y/o causahabientes y el Administrador Concursal que debe comparecer-. Caso de oposición de los interesados, el proceso termina en Sentencia, que no produce efectos de cosa Juzgada, quedando a salvo el derecho de cada cuál a instar el juicio ordinario que corresponda.

B) La liquidación del patrimonio común:

1. Concepto: Por liquidación se entiende el conjunto de operaciones tendentes a fijar el haber líquido de la sociedad (art. 1396 del C.c.), pagar las deudas (art. 1399 del C.c.), y partir el remanente entre los cónyuges o sus herederos (art. 1403 del C.c.); operaciones que pueden reducirse a las siguientes (art. 782 y ss, 809 y 810 de la LEC): **a)** La formación de inventario con avalúo o tasación. **b)** La determinación del haber líquido y **c)** La división y adjudicación de las ganancias resultantes.
2. Naturaleza: La naturaleza jurídica de la liquidación puede contemplarse como un estado del patrimonio, cuestión que ya hemos visto y, asimismo, como un procedimiento, que es lo que describiremos sucintamente de seguido.
3. Regulación: Depende del supuesto de extinción del régimen de comunicación:
 - a) Frustración de la comunicación foral: La LDCFV y la Propuesta no contienen reglas generales de liquidación, sólo de división y adjudicación. Esta fase de inventario y avalúo de bienes, derechos y obligaciones y correlativa fijación del haber líquido se rige por las reglas del Derecho común (art. 1396 y ss., art. 1051 y ss. y art. 400 y ss. del C.c.), como

declaran las **SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de 5-02-2002, 1-07-2008, 13-03-2009 y 18-10-2010.**

b) Consolidación de la comunicación foral: De los art. 95, 108, 109 y 110 de la LDCFV (art. 129, 144, 145 y 146 de la Propuesta) se ve la obvia relación entre la liquidación de la comunicación consumada y la de la herencia del causante, lo que nos lleva a la aplicación de las mismas reglas básicas antes dichas, por aplicación supletoria del Derecho común, con cuatro matices:

1. El modo del cálculo de la legítima: (art. 62 de la LDCFV y art. 58 y 59 de la Propuesta) ha de estarse a tres momentos distintos: **1.-** Para la computación o cálculo de la cuota de legítima (art. 62.1), al tiempo de “*que se perfeccione la delación sucesoria*”, o sea, que se haga el llamamiento, bien por el causante, bien por el comisario y no al tiempo de evaluarse los bienes hereditarios. **2.-** El valor de las donaciones computables, en cambio, será el del tiempo del fallecimiento del causante y **3.-** El valor de las donaciones colacionables será el del momento mismo de la partición²⁵.

2. Afección residual de los bienes troncales al pago de las deudas del causante (art. 63 de la LDCFV y art. 70.8 de la Propuesta): Las deudas del causante se pagarán con el importe de los bienes muebles y de los bienes inmuebles no troncales, y sólo en defecto de unos y otros responderán los bienes raíces troncales de cada línea, en proporción a su cuantía.

²⁵ Ello es lógico porque la computación es de todos los bienes del causante, enfrentando a legitimarios y a terceros. Si un sucesor forzoso ha sido apartado (expresamente) de la sucesión con una donación ya no computa (no existe en relación al caudal relicto bien donado ni sucesor forzoso, por así decirlo). Si la donación computa es porque el donatario, o bien, no es legitimario, o bien, lo es pero no ha habido apartamiento expreso (nuevamente deberíamos fijar la valoración al momento de perfeccionarse este llamamiento porque ex art. 32 y 46 de la LDCFV el comisario puede donar a terceros –excepción, usufructo poderos, art. 140, en Ayala-). Y esta valoración de las donaciones al tiempo del fallecimiento (o atribución por el comisario) es respecto de terceros puesto que entre legitimarios la donación que no computa no colaciona y si colaciona, computa (art. 62.3). Y si colaciona, como en el art. 1045 del C.c., ha de estarse al tiempo de la partición, lo más equitativo a tenor de dicho precepto, pues no han de traerse a colación los mismos bienes, sino su valor, siendo el riesgo y ventura de los mismos siempre del donatario. Por el contrario si computa pero no colaciona (terceros favorecidos) tiene sentido que se fije al momento de la muerte del causante, por ser el valor objetivo por ser el momento de su tasación independiente de cuándo quieran los sucesores mortis causas proceder a partir el caudal relicto. Fernández de Bilbao , J.: «De la prohibición de intervención judicial en herencias». www.forulege.com, 2012, 70 pp.

3. Quién calcula la legítima, caso de poder sucesorio (art. 64 de la LDCFV y art. 60 de la Propuesta). La valoración de los bienes para fijar la legítima se hará: “1.- Por el comisario, si no tuviese interés en la sucesión. 2.- Por el comisario, con el contador-partidor que el causante hubiese designado. 3.- Por el comisario con los sucesores presuntos. 4.- Por decisión judicial”. Pese a que los apartados del precepto incluyen cifras cardinales y no ordinales, es decir, “uno” y no “primero” parece que los tres primeros van en los siguientes orden y sentido: Primero el comisario no favorecido por la sucesión (que como negocio jurídico unilateral, como partición, no precisa el consentimiento de los sucesores, **STS, Sala 1ª, de 19-02-1962**); segundo el comisario sí interesado mancomunadamente con el contador-partidor testamentario; tercero a falta de éste (pues los sucesores no pueden obviar al contador-partidor testamentario, **STS, Sala 1ª, de 17-04-1943, 22-01-1952, 18-02-1987 y 15-07-1988**). En sentido contrario, las **STS, Sala 1ª, de 20-10-1992 y 22-02-1997**, que son de fecha posterior a la LDCFV, por lo que es, otro motivo, más, para pensar que la intención del legislador, de la Ley es que los sucesores no pueden ignorar al comisario. Tercero por el comisario con los sucesores presuntos. Cuarto judicialmente, sea por defecto de los medios anteriores (partición herencia, art. 782 y ss. de la LEC), sea por impugnación de los mismos.
4. Quién efectúa la liquidación y división, caso de poder sucesorio (art. 106 de la LDCFV y art. 142.2 de la Propuesta): En el caso de que exista contador-partidor designado por el causante, el cónyuge comisario, conjuntamente con el contador-partidor, podrá llevar a cabo la disolución y liquidación de la comunidad constituida, en la forma prevista en el art. 108 de la LDCFV (art. 144 de la Propuesta), quedando en la sucesión del causante los bienes adjudicados a la misma. Igualmente, lo podrá realizar con los sucesores presuntos o, en otro caso, por decisión judicial a su instancia²⁶.

²⁶ Lo que este precepto nos está diciendo es que, al contrario de las citadas **STS, Sala 1ª, de 20-10-1992 y 22-02-1997**, aunque los sucesores sean plenamente capaces, no pueden eludir al comisario. Art. 782 de la

4. Operaciones liquidatorias:

- a) La formación de inventario y la determinación del haber líquido caso de frustración de la comunicación: Dispone el art. 1396 del C.c. que “*Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad*”. Las reglas (art. 1397 y ss. del C.c.) sobre el contenido del activo y el pasivo de la sociedad de gananciales son de clara aplicación en el supuesto de frustración de la comunicación.
- b) La formación de inventario y la determinación del haber líquido caso de consolidación de la comunicación:

Dentro de la citada universalidad de bienes, el art. 107 de la LDCFV (art. 143 de la Propuesta) autoriza al cónyuge viudo, cuando se consume el régimen de comunicación a instar judicialmente a los sucesores del fallecido a que acepten cualquier herencia en que éste estuviere interesado. Transcurrido el plazo señalado por el Juez, que no excederá de treinta días, sin que manifiesten su voluntad de aceptar la herencia, o cuando repudien la misma, podrá dicho cónyuge aceptarla a beneficio de inventario. Es una especialidad de lo dispuesto en el derecho de transmisión (art. 1006 del C.c.) y la “*interpellatio in iure*” (art. 1005 del C.c., un expediente de Jurisdicción

LEC en idéntico sentido) –si bien este no podrá ser autónomo, salvo que no sea favorecido por la sucesión-. El argumento es el contrario al señalado por aquella “... si los herederos todos ellos mayores de edad y con la libre administración y disposición de sus bienes, por existir acuerdo unánime entre ellos deciden efectuar, por sí solos, la partición, desaparece la razón justificativa de la intervención del contador-partidor, ya que su nombramiento se entiende hecho en beneficio de todos los herederos a fin de eliminar todo posible litigio entre ellos acerca de la forma de partir”, pues la voluntad del comisario es preferente, aunque no absoluta. Además, el art. 64 de la LDCFV plantea una alteración de orden cronológico respecto del Derecho común acerca del momento y alcance de fijar el importe de la legítima. Efectivamente, la sucesión se rige preferentemente por la voluntad del difunto, y, por delegación de éste, por la del comisario, por antonomasia vivo en la partición, a veces ya muerto (art. 46 de la LDCFV). La referencia a que éste evalúe con los “sucesores presuntos” no puede ser por tanto al valor del inventario antes de ordenar la sucesión del causante (art. 36), sino a que el comisario “está comprando la paz”, o sea, es una transacción que fija las simultáneas o posteriores instituciones y adjudicaciones pactando con los sucesores presuntos existentes. Ahora bien (art. 1057 del C.c.) volvemos a que tal contrato no vincula a otros legitimarios (sobrevenidos), luego ha de traerse a colación (nunca mejor dicho) la Jurisprudencia antes citada de que para el cálculo del importe de la legítima habrá de estarse a los valores “reales”, sin que vinculen los que atribuya a los bienes el testador, o el heredero o legatario gravado con su pago. Fernández de Bilbao, J.: «De la prohibición de intervención judicial en herencias». www.forulege.com, 2012, 70 pp.

voluntaria conforme a los art. 1811 y ss. de la LEC de 1881), es decir se da sólo respecto de las herencias abiertas durante la vida del cónyuge difunto a que éste hubiera sido llamado y no hubiera aceptado.

Mayor problema suscita la consolidación de la comunicación y su efecto respecto de las deudas del causante, pues los art. 95 y 104 de la LDCFV (art. 129 y 140 de la Propuesta) sólo tratan del activo de los patrimonios privativos y ganados que se fusionan ope legis. La cuestión es si los pasivos también se fusionan por ministerio de la ley o no, de modo que el cónyuge superviviente pasa a responder de las deudas del difunto (rompiendo con la estricta separación de responsabilidades entre vivos del art. 102 de la LDCFV (art. 146 de la Propuesta).

Entiendo que no hay fusión y consiguiente responsabilidad solidaria del viudo y los sucesores del difunto por las deudas de éste por los siguientes motivos: **1.** la presunción contraria del art. 1137 del C.c., **2.** los herederos gozan del derecho a repudiar la herencia, así como del beneficio de inventario y del derecho a deliberar (art. 1010 y ss. del C.c.) que le permiten eludir su responsabilidad por deudas del difunto (el art. 21.2 de la Propuesta se limita su responsabilidad “*cum viribus*” hasta el valor de los bienes heredados en el momento de la delación), **3.** ni el legitimario ni el cónyuge viudo usufructuario, los presupuestos subjetivos de la consolidación del régimen, responden como tales de las deudas hereditarias (**STS, Sala 1ª, de 29-06-2006**), **4.** los art. 403, 1082 y 1083 del C.c. y 782 de la LEC distinguen netamente entre los herederos del causante y los de los herederos como sujetos diferenciados, luego las deudas también son distintas, **5.** la distinción entre concurso del causante y concurso de la herencia ex art. 1.2 de la Ley Concursal, **6.** visto todo lo anterior, podemos aceptar la propia y confusa (dice “*comunicada*” cuando debe rezar “*ganada*”) dicción del art. 102 de la LDCFV (art. 138.1 de la Propuesta) establecen la ya vista limitación de responsabilidad al cónyuge no deudor (o sus sucesores) que no responde “*con su mitad comunicada*” y **7.**, sobre todo, la remisión del art. 108 in fine de la LDCFV (art. 144 de la Propuesta) al art. 102 in fine del mismo texto legal (art. 137 de la Propuesta) pues, si el cónyuge no deudor no

pide la disolución del régimen por embargos, para inventariar la comunicación foral consolidada es necesario tener en cuenta la parte ya recibida ficticiamente por el deudor por haberse pagado sus deudas con bienes privados o ganados, “*en todo caso*”, es porque la deuda no era del cónyuge no deudor, valga la aparente tautología.

Y entonces, tanto en el supuesto premuere el cónyuge deudor, como en el caso que premuere el cónyuge NO deudor para calcular su caudal relicto se sumarán los bienes y derechos privativos de ambos cónyuges y los ganados, pudiéndose hacer efectivas las deudas sobre todos los bienes hasta el límite del importe de la mitad del patrimonio común.

c) Reembolsos entre los partícipes:

1. Caso de consolidación del régimen de comunicación, no puede haber reembolsos entre los partícipes por la sencilla razón que, de haberlos, el resultado de la adjudicación de bienes sería distinto al 50% para el caudal relicto y el otro 50% para sus sucesores y dicha cuota es exactamente la impuesta por el art. 104 de la LDCFV, implícitamente y el 106 explícitamente. Además la compensación inter partes (art. 98 de la LDCFV) se da sólo contra bienes ganados, nunca contra bienes privativos.
2. Caso de frustración del régimen de comunicación: Sí proceden reembolsos entre patrimonios (art. 109 y 110 de la LDCFV, 145 y 146 de la Propuesta), debiéndose distinguir entre:
 - a) Las compensaciones entre patrimonios que sigue la regla general de los art. 1258 a 1360 del C.c., salvo cuando se disuelva el matrimonio por muerte de un cónyuge pero sin hijos, en cuyo caso (art. 110.3 de la LDCFV y art. 146.3º de la Propuesta): Las adquisiciones onerosas o mejoras de bienes raíces troncales serán para el cónyuge de cuya línea provengan o para sus herederos tronqueros, pero se tendrá presente en la liquidación de la sociedad conyugal el valor

actualizado de las inversiones realizadas, con abono al otro cónyuge, o a sus herederos, del haber que le corresponda. Tal abono podrá no tener efecto hasta el fallecimiento del cónyuge viudo, pues se reconoce a éste el derecho de gozar y disfrutar libremente de su mitad durante sus días.

b) El reembolso entre patrimonios por gastos de bienes privativos en interés de la familia. Los art. 98 y 109 de la LDCFV (art. 134.3 y 145 de la Propuesta) va un paso más allá del art. 1364 del C.c. y permite la actualización de valor (**SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de 27-11-2009**) "*Si alguno de los bienes de un cónyuge o su valor se hubiese gastado en interés de la familia, se tendrá en cuenta su valor actualizado para pagarlo con los bienes ganados...*".

d) La pensión compensatoria del art. 111 de la LDCFV: Dispone tal precepto que "*Cuando la comunicación foral se extinga en virtud de sentencia de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación, se tendrán en cuenta los efectos perjudiciales que el cese de la comunicación produzca al cónyuge de buena fe o al que no hubiera dado lugar a la causa de separación o divorcio, para fijar una pensión a su favor o complementar la fijada en aplicación de las normas de la legislación civil general*".

Este precepto ha sido eliminado de la Propuesta, lo que es lógico, pues no ha tenido aplicación práctica, ya no hay cónyuge culpable de la separación o divorcio tras la Ley 15/2005 de 8 de julio de 2005, razón por la el vigente texto de la LDCFV ha quedado vacío de contenido, como ha declarado la **SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de 30-09-2010** en relación a los derechos del viudo separado por causa que no le es imputable (art. 59 de la LDCFV, sin equivalente en la Propuesta).

e) La división y adjudicación del patrimonio común: Se establecen tres supuestos distintos:

1. Consolidación de la comunicación foral. Art. 108 de la LDCFV y art. 144 de la Propuesta. Como quiera que hay fusión de patrimonios sólo se intenta proteger el carácter de los bienes troncales que haya, de ahí que en primer lugar, se adjudicarán al cónyuge viudo, en pago de su haber, raíces troncales de su procedencia, si estos no bastaren, se completará su haber con muebles y raíces no troncales de su procedencia. Sólo cuando los bienes de las dos reglas anteriores no sean bastantes se acudiría a la raíz troncal del cónyuge premuerto, sin perjuicio de los derechos troncales de adquisición preferente, claro está (art. 112 y ss. de la LDCFV y 72 y ss. de la Propuesta). Hemos de recordar que pese a la dicción de este precepto, lo dispuesto en el art. 102 in fine de la LDCFV (art. 138 in fine de la Propuesta) se aplica a ambos cónyuges no sólo al viudo: *“En todo caso, los bienes sobre los que se haya hecho efectiva la ejecución se imputarán como recibidos por el cónyuge deudor, a cuenta de su participación en la comunicación, por el valor de aquellos al tiempo de liquidarse la sociedad conyugal”*.

2. Frustración de la comunicación foral por disolución por pacto, o declaración de nulidad, separación o divorcio del matrimonio. Art. 109 de la LDCFV y art. 145 de la Propuesta: Se adjudican los bienes privativos a cada uno y los comunes por mitad, en todo caso con subrogación de los bienes: *“Pertenece a cada cónyuge los bienes de su procedencia o los que se hubiesen adquirido con ellos o con el importe de su venta. Si la adquisición se hubiera hecho en parte con bienes de otra procedencia, pertenecerán en proindivisión a los titulares de tales bienes en proporción a su cuantía”*.

3. Frustración de la comunicación foral por muerte de un cónyuge sin descendientes supérstites. Art. 110 de la LDCFV y art. 146 de la Propuesta. Se aplican las normas del art. anterior (art. 109 de la LDCFV y art. 145 de la Propuesta) y al viudo que hubiera venido al caserío del premuerto tendrá, mientras se conserve en tal estado, el derecho de continuar en él durante un año y un día, sin perjuicio de los demás derechos que le correspondan por disposición legal o voluntaria, plazo

que se prorrogará por todo el tiempo que los herederos del finado tarden en devolverle la dote u otra aportación que el supérstite hubiere llevado al matrimonio.

4. Frustración por ejecución sobre bienes ganados y subsiguiente disolución:

Conforme al art. 102.3ª de la LDCFV (art. 138.3ª de la Propuesta) en todo caso, los bienes sobre los que se haya hecho efectiva la ejecución se imputarán como recibidos por el cónyuge deudor, a cuenta de su participación en la comunicación, por el valor de aquellos al tiempo de liquidarse la sociedad conyugal.

XI.-Las parejas de hecho y su régimen patrimonial:

A) Concepto:

1. Concepto doctrinal: A mí me gusta la definición de CARBONNIER, según el cual *“el concubinato parece ser al matrimonio lo que el hecho es al derecho”*²⁷. Lo mejor de esta definición es su claridad, en el concubinato no hay compromiso sólo voluntad de unirse de hecho, no hay obligaciones, sólo derechos.

Y sigue dicho autor *“el matrimonio es una institución orientada hacia el futuro, hecha para durar y para vivir, los esposos se instalan jurídicamente en el matrimonio en el momento de la celebración. Nada similar ocurre con el concubinato: en nuestro Derecho moderno no aparece hasta que muere. No es un estado organizado por la jurisprudencia, que se limita a liquidarlo. Nuestro Derecho nunca dice a un hombre y a una mujer: a partir de ahora vais a vivir como concubinos (como podría decirles: a partir de ahora vais a vivir como esposos). Todo lo que podrá ocurrir es que un día les diga: habéis vivido como*

²⁷ CARBONNIER, Droit Civil, 2, citado en Diagnóstico sobre el derecho de familia. Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz, Ediciones Rialp, 1996.

concubinos, y vamos a liquidar vuestros intereses teniendo en cuenta esa situación”.

2. Concepto jurisprudencial: La **STS, Sala 1ª, de 18-5-1992** exige **a)** Coexistencia real y permanente, **b)** Unión externa y pública, apreciable por terceros, **c)** Existencia de una comunidad de vida amplia, de intereses y de fines y **d)** Deben darse tales caracteres en el núcleo de un mismo hogar. Dicho concepto es implícitamente asumido por la **SAP de Bizkaia, Sec. 3ª, de 29-11-2004**.

3. Concepto legal: El que nos interesa, dado el tajante dictado de la Disposición Adicional Primera de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (“*Todas las referencias hechas al matrimonio en las normas legales y reglamentarias aprobadas en la Comunidad Autónoma de Euskadi con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se entenderán hechas también a las parejas de hecho*”), es el contenido en su art. 2.1: “*A los efectos de la aplicación de esta ley, se considera pareja de hecho a la resultante de la unión libre de dos personas, mayores de edad o menores emancipadas, con plena capacidad, que no sean parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral y que se encuentren ligadas por una relación afectivo-sexual, sean del mismo o distinto sexo. Asimismo, ambos miembros de la pareja deberán cumplir el requisito de no estar unidos a otra persona por vínculo matrimonial o por pareja de hecho*”, al que hay que añadir el apartado 2, en cuya virtud sólo son parejas de hecho “*fetén*” o “*pata negra*” las inscritas, con carácter constitutivo, en el Registro Administrativo ad hoc.

B) Clases: A resultas de tal concepto, desde la perspectiva de la LDCFV y la Propuesta hay dos tipos de parejas de hecho: **1.** Las constituidas con arreglo a la citada Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. **2.** El resto.

C) Regulación:

1. Las constituidas con arreglo a la citada Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, por la misma. Sobre ellas centraremos nuestra exposición, más adelante.
2. El resto de las parejas de hecho. Conforme a la Jurisprudencia (**STS, Sala 1ª, de 6-10-2011** y de **12-09-2005**), la unión de hecho, como institución que no tiene nada que ver con el matrimonio -**STC 184/1990** y **la 222/92**, por todas-, aunque las dos estén dentro del derecho de familia, se puede proclamar que está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias, máxime tras la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, por lo que debe huirse de la aplicación por "*analogía legis*" de normas propias del matrimonio, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio. Es lo que dijo CARBONNIER, que se reconozca "*a cada familia su derecho*".

Ley 1/2008, de 8 de febrero, del Parlamento Vasco, de Mediación Familiar igualmente reconoce la existencia de otro tipo de parejas de hecho, distintas a las de la Ley 2/2003, a las que denomina "*unidad convivencial*" que son, entre otros, y a los efectos de este estudio "*las personas unidas por una relación permanente análoga a la conyugal*", ahora bien, esta sí "*que deberá ser acreditada fehacientemente*".

Otra cosa son pactos que regulen la sumisión de los miembros de las parejas a sociedades, comunidades de bienes, regimenes económicos matrimoniales tipificados, etc., todos ellos lícitos.

- D) Naturaleza jurídica: Pese a que la Ley 2/2003, de 7 de mayo, del Parlamento Vasco, se autodenomine "*reguladora de las parejas de hecho*", lo cierto es que hay bastante distancia entre su objeto declarado y su objeto real.

En nuestra opinión, en contravención del art. 149.1.8ª de la Constitución, que reserva al Estado competencias exclusivas sobre “*formas del matrimonio*”, está regulando una verdadera forma del matrimonio aparte del previsto en los art. 42 y ss. del C.c., lo que se deduce de:

1. Su art. 3.1 que establece la inscripción de la pareja en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco (o los municipales, en su caso) tendrá carácter constitutivo, de modo que a las no inscritas no les será aplicable dicha ley. Dicha ley regula, como veremos, la constitución, régimen económico y personal y la disolución del vínculo, nada menos. Curiosamente, mientras el tradicional matrimonio surte efectos desde su celebración (art. 61 del C.c.) la unión de hecho de la Ley 2/2003 surte efectos desde su inscripción, a tenor del art. 3 de la LCDFV y 20.2 de su Reglamento, sin que ni si quiera se le conceda efectos retroactivos a la fecha de la solicitud, una vez practicada la inscripción, como sucede con el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil.
2. Se aceptan unas formas de matrimonio y otras no: Hay un orden público al efecto (art. 2), pues no se permite la pederastia y sí la unión entre personas del mismo sexo.

Más discutible es si se permite la poligamia y la poliandria. Seguramente eso es lo que pretende evitar la frase “*ambos miembros de la pareja deberán cumplir el requisito de no estar unidos a otra persona por vínculo matrimonial o por pareja de hecho*”.

3. Un sistema de publicidad alternativo al Registro Civil (art.3.2: “*La constitución de la pareja objeto de la presente regulación, así como el contenido jurídico patrimonial de la relación, se acreditará mediante certificación expedida por el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco*” o en su caso en los municipales).

Ello llega incluso a vulnerar la competencia estatal sobre “ordenación de los registros e instrumentos públicos” tanto en cuanto a la propia existencia de la unión como a la protección de terceros que brindan los art. 1327 y 1333 del C.c. y 6 y ss. del C.d.c. y 93 y 94 de la LDCFV (las capitulaciones matrimoniales han de otorgarse como requisito constitutivo en escritura pública y no perjudicarán a tercero sino desde su inscripción en el Registro Civil y, en su caso el de la Propiedad y el mercantil)

4. Un sistema expansivo como se deduce de la Disposición Transitoria Primera que impone la aplicación de la Ley a las parejas de hecho constituidas con anterioridad a su entrada en vigor siempre que cumplan los requisitos establecidos en la misma, apropiándose de los registros municipales al efecto, previo consentimiento de los integrantes de la pareja, y “para que se compruebe su validez” de la pareja de hecho.
5. La equiparación al matrimonio del Código civil la establece la Disposición Adicional Primera (“Todas las referencias hechas al matrimonio en las normas legales y reglamentarias aprobadas en la Comunidad Autónoma de Euskadi con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley se entenderán hechas también a las parejas de hecho”) “no existe un régimen supletorio fundado en la vecindad civil a falta de pacto y no me parece que la equiparación con el matrimonio que establece la disposición adicional segunda de la Ley pueda extenderse hasta ese extremo, ya que se establece solamente para las relaciones que las parejas de hecho establezcan con las distintas Administraciones del País Vasco”²⁸.

La Disposición Final Segunda de la Propuesta ha acogido estas críticas y considera la modificación de la Ley 2/2003, de 7 de marzo, reguladora de las parejas de hecho en los dos aspectos señalados: **1.-** Podrán inscribirse en el Registro administrativo aquellas parejas de hecho en las que al menos uno de sus integrantes tenga vecindad civil vasca, en cuyo caso no sólo tendrán el pleno

²⁸ Manzano Malaxechevarría, J.R.: «Los puntos de conexión en régimen de comunicación foral en la legislación vigente». Jado. Boletín de la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria. 2009, núm. 18, pp. 219-229.

reconocimiento con las distintas Administraciones del (no en el) País Vasco, punto de conexión que garantiza el reconocimiento más allá del límite de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO y 2. A falta de pacto expreso el régimen económico-patrimonial de las parejas de hecho reguladas en ésta Ley será el de separación de bienes establecido en el Código Civil.

Esta solución es loable pues entronca con los puntos de conexión del art. 14 del C.c. y 127 de la Propuesta pues, como ya hemos tratado, a falta de vecindad civil común, y, sobre todo, de pacto, el matrimonio se rige por la residencia inmediatamente posterior a su celebración y, en su defecto por el lugar de celebración. De la misma manera, inscrita la pareja de hecho la residencia de sus miembros en el País Vasco será razonablemente la posterior a la celebración de la unión de hecho de la Ley 2/2003 y en todo caso la del lugar de “celebración”. En última instancia, de manera similar a la prevista por el art. 14 del C.c. estaríamos en presencia de una opción tácita de un “cónyuge” por la vecindad civil del otro.

Por lo tanto, podemos distinguir el 1.- “*matrimonio del Código civil*”, sea éste religioso o laico, 2.- el “*matrimonio de la Ley 2/2003*” y 3.- las uniones de hecho puras y duras, esto es meramente consensuales.

La Unión de Hecho propiamente dichas son meros hechos jurídicos, que nacen de la voluntad de las partes son esencialmente revocables (art. 1256 del C.c., a la inversa) y siguen mientras no se revoque dicha situación. No obstante, especialmente los efectos de la liquidación patrimonial de la relación, se han matizado jurisprudencialmente por teorías de la comunidad de bienes, sociedad universal de ganancias o incluso el enriquecimiento injusto o la gestión de negocios para llegar a similares situaciones a las matrimoniales por vías diferentes (**STS de 27-05-1994**).

Las Uniones de Hecho de la Ley 2/2003 tras la Propuesta se han convertido en un negocio jurídico con posibilidad de desistimiento unilateral, pues, como veremos a continuación, su celebración acarrea unas claras consecuencias personales y patrimoniales. Sólo una sesuda regulación apartará a la pareja de hecho de tales

consecuencias, sesuda regulación que precisamente es lo que por antonomasia pretende evitar la pareja de hecho.

E) Efectos económico patrimoniales:

1. Regulación de la relación y régimen económico (art. 5) Los miembros de la pareja de hecho podrán regular las relaciones personales y patrimoniales derivadas de su unión, mediante documento público o privado, con indicación de sus respectivos derechos y deberes, así como las compensaciones económicas para el caso de disolución de la pareja, con tres únicos límites: **a)** No podrá pactarse la constitución de una pareja de hecho con carácter temporal (la prostitución encubierta del Islam como matrimonios a plazo) ni **b)** someterse a condición, aunque es esencialmente desistible unilateralmente. Y **c)** aunque se limite a decir que las Administraciones públicas no inscribirán en el registro los pactos que atentaran contra los derechos fundamentales y las libertades públicas de cualquiera de sus miembros, resulta de aplicación el art. 1255 del C.c.

La Disposición Final Segunda de la Propuesta ha acogido las críticas de la Doctrina y considera la modificación de la Ley 2/2003, de 7 de marzo, reguladora de las parejas de hecho en los dos aspectos señalados: **1.-** Podrán inscribirse en el Registro administrativo aquellas parejas de hecho en las que al menos uno de sus integrantes tenga vecindad civil vasca, en cuyo caso no sólo tendrán el pleno reconocimiento con las distintas Administraciones del (no en el) País Vasco, punto de conexión que facilita pero no garantiza el reconocimiento más allá del límite de la Comunidad Autónoma del País vasco y **2.** A falta de pacto expreso el régimen económico-patrimonial de las parejas de hecho reguladas en ésta Ley será el de separación de bienes establecido en el Código Civil, conforme a la Propuesta.

Ahora bien, ello supone poner a las parejas de hecho entre el yunque y el martillo, convertirlas en verdadero matrimonio, pues, fuera de los casos en que los “*no-contrayentes*” midan muy bien las consecuencias de sus actos y caigan en la cuenta de que su no matrimonio tendrá muchos efectos personales y patrimoniales (lo contrario de lo que buscan, caro precio por tener una Vivienda

de Protección Oficial), o callarán sobre su régimen patrimonial, con inmediata remisión al régimen de separación de bienes, que no es inocente (no es la que indica su título ni el art. 1437 del C.c., solamente) sino que introduce “*de matute*” el régimen económico matrimonial primario antes visto, y los preceptos concretos que veremos después, o bien, el funcionario “*autorizante*” les ofrecerá las cláusulas generales de adhesión redactadas por el Gobierno Vasco, con lo que caerán igualmente en un régimen regulatorio similar del que presumiblemente habrán querido huir.

2. Posible adhesión a cláusulas generales (art. 6). Constituye una regulación “*de tapadillo*” a modo de régimen económico matrimonial primario. Digo lo “*de tapadillo*” por la costumbre de firmar sin leer la letra pequeña que nos ponga frente al bolígrafo el funcionario.

Así, en defecto de otro pacto expreso, los miembros de la pareja podrán adherirse a las cláusulas que con carácter general se establezcan y que, ojo, preverán (lo que se le ocurra al Consejero, aparentemente, sin posibilidad de “*táchese lo que no convenga*”)

1. Cargas de la pareja de hecho: “*La contribución al mantenimiento de la vivienda y de los gastos comunes, mediante aportación económica o trabajo personal*”, si bien “*No tendrán la consideración de gastos comunes los derivados de la gestión y la defensa de los bienes propios de cada miembro, ni, en general, los que respondan al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja*” (art. 1362.1 del C.c., art. 98 de la LDCFV y art. 134.1 de la Propuesta). Se considerará contribución a los gastos comunes el trabajo doméstico, la colaboración personal o profesional no retribuida o insuficientemente retribuida a la profesión o a la empresa del otro miembro, así como los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos respectivos, y, si éstos no fueran suficientes, en proporción a sus patrimonios.

Solución similar a la de los art. 1438 y 1437 del C.c. que respectivamente afirman que: “*Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del*

matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos...” y “En el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título. Asimismo corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes”.

2. Administración y disposición de bienes comunes: *“Ninguno de los miembros podrá enajenar, gravar o, en general, disponer de su derecho sobre los bienes comunes de cualquier forma que comprometa su uso sin el consentimiento del otro”,* solución similar a la del art. 1439 del C.c. *“Si uno de los cónyuges hubiese administrado o gestionado bienes o intereses del otro, tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario, pero no tendrá obligación de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que los invirtió en atenciones distintas del levantamiento de las cargas del matrimonio”.*

3. Disolución y liquidación: Los efectos del cese, señalándose:
 - a) *“Una pensión periódica para el miembro de la pareja que la necesitara para atender adecuadamente su sustento en uno de los siguientes casos...”.* Si la unión hubiera supuesto disminución en la capacidad del solicitante de obtener ingresos o si el cuidado de los hijos e hijas comunes a su cargo le impidieran la realización de actividades laborales o las dificultara seriamente (cfr. art. 90 y 97 del C.c.).

 - b) Una compensación económica a favor del miembro de la pareja que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro miembro, en el caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto (cfr. art. 90, 98 y 1438 del C.c.).

 - c) El derecho del superviviente, en el caso de extinción de la pareja por muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus componentes,

cuando existiese convivencia y siempre que no perjudique a la legítima de los herederos forzosos, a la propiedad del ajuar doméstico y al uso de la vivienda común durante el año siguiente a la defunción, salvo si constituyera nueva pareja de hecho o contrajera matrimonio (art. 108 de la LDCFV y art. 54 y 146 de la Propuesta).

4. Sobre la responsabilidad común de los miembros de la pareja de hecho nada se prevé. Único rasgo en el que sustentamos que no estamos en presencia de una forma de matrimonio... O no, por la remisión al régimen de separación de bienes. Así los que se adhieran a las cláusulas en ninguna responsabilidad incurrirán por el levantamiento de las cargas (otra cosa son las deudas contraídas por ambos), como en la pura separación de hecho. En cambio para las parejas en que nada se haya pactado sí ha responsabilidad común, por la sujeción al régimen de:

- d) Art. 1440 del C.c. *“Las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad. En cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1.319 y 1.438 de este Código”.*
- e) Artículo 1441 del C.c. *“Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad”,* art. 1442 del C.c. y el art. 78 de la Ley Concursal *“Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso. Estas presunciones no regirán cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho”.*

XII.- Bibliografía:

- ✓ CARBONNIER, Droit Civil, 2, citado en Diagnóstico sobre el derecho de familia. Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz, Ediciones Rialp, 1996.
- ✓ Diez-Picazo y Gullón, Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Tecnos.
- ✓ Iriarte Ángel, J.L. “Conflictos de Leyes internos. Notas fundamentales de la situación actual”, Boletín JADO. Bilbao. Año VII. Nº 18. Diciembre 2009, pp. 89, ISSN: 1888-0525.
- ✓ Fdez. de Bilbao, J. “Concurso de acreedores vs. Comunicación Foral de Bienes”. JADO, Boletín de la AVD-ZEA. Bilbao, Mayo 2011, núm. 21, pp 171-221, ISSN: 2173-9102.
- ✓ Manzano Malaxechevarría, J.R.: «Los puntos de conexión en régimen de comunicación foral en la legislación vigente». Jado. Boletín de la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria. 2009, núm. 18, pp. 219-229.
- ✓ Martín Osante, L.C.: «Comunicación foral de bienes». Auñamendi Eusko Entziklopedia. 2010.
- ✓ Memento Práctico Francis Lefebvre Civil Foral 2010. Varios autores.
- ✓ Memoria Explicativa de la Propuesta de Ley Civil Vasca AVD/ZEA. Varios autores. Bilbao 2012.

Bilbao, noviembre de 2012.

Jesús Fdez. de Bilbao.

Abogado

Miembro de la Academia Vasca del Derecho.