

LA ELECCIÓN EXPRESA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Ramón Durán Rivacoba

Catedrático de Universidad
Universidad de Oviedo

Juan C. Menéndez Mato

Profesor Titular de Universidad
Universidad Nacional de Educación a Distancia

TITLE: *Express choice of matrimonial property regime*

RESUMEN: El estudio aborda la presente situación del régimen económico matrimonial en el Derecho común, sin perder de vista sus vicisitudes provocadas por los cambios sociales experimentados, por el Derecho interregional y por los diferentes regímenes sobre parejas estables en el ordenamiento español, entre otros factores. Se propone una importante y asequible reforma del Código Civil y de la normativa registral, con el fin de promover la voluntad expresa de los contrayentes en la elección del régimen económico aplicable a su matrimonio gracias al acta o expediente civil previo y, en su caso, en el proceso de su inscripción en el Registro Civil.

ABSTRACT: *This study addresses the current situation of the matrimonial property regime in Spanish Common Law, without losing sight of its vicissitudes caused by the social changes experienced since the approval of the Civil Code, by inter-regional Law and by the different regimes on unmarried couples in Spanish territory, among other factors, and an important reform of the Civil Code and of the applicable registry regulations is proposed aimed at prioritizing the express will of the contracting parties in the choice of the economic regime applicable to their marriage during the preliminary civil proceedings or, where appropriate, in the act of its registration in the Civil Register..*

PALABRAS CLAVE: régimen económico matrimonial, voluntad en su determinación, presunción de gananciales, conflicto interregional, capitulaciones matrimoniales, acta o expediente previo a la celebración y a la inscripción del matrimonio.

KEY WORDS: *matrimonial property regime, will in its determination, presumption of marital property, inter-regional conflict, marriage contracts, proceedings prior to the conclusion and registration of the marriage*

SUMARIO: 1. PRESUPUESTO DE LA ECONOMÍA DEL MATRIMONIO. 2. DESTINO CONYUGAL VERSUS FAMILIAR. 3. LA INVIABLE PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD. 4. LA VOLUNTAD EXPRESA COMO REMEDIO AL CONFLICTO INTERNO E IMPOSICIONES SORPRESIVAS. 5. PROPUESTA DE LEGE FERENDA PARA EL IMPRESCINDIBLE PACTO DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. BIBLIOGRAFÍA.

1. PRESUPUESTO DE LA ECONOMÍA DEL MATRIMONIO

El régimen económico matrimonial es una institución antigua, pero no ineludible. Hasta se ha observado en unos términos inferidos de inercias jurídicas no siempre lo

debidamente justificadas¹. Eximios juristas (A. D'ORS) enseñaron que no existía propiamente una economía conyugal en el esquema de Derecho Romano². Vulgarmente se afirma que la separación era su régimen, pero técnicamente no había otra cosa que su ausencia. Pudiera pensarse que ambas situaciones equivalen en el fondo. No creemos que así suceda. La falta de régimen económico impediría, por ejemplo, establecer algunas presunciones de comunidad por completo ajenas al básico perfil de aversión jurídica frente a ellas (art. 400 CC: «Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común»). El artículo 1441 CC dispone, por el contrario, que, mientras «no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad»³. Esta presunción se introduce para los regímenes que orillan de partida las comunidades de patrimonios conyugales, como el de separación y, por analogía, el de participación en ganancias (art. 1413 CC: «se aplicarán, durante la vigencia del régimen de participación, las normas relativas al de separación de bienes»)⁴.

¹ Las ideas vertidas en este artículo fueron expuestas en el IIº Seminario Internacional “*Le questioni emergente nel diritto italiano e nel diritto spagnolo. Dialoghi di diritto civile*”, organizado por las Universidades *Alma Mater Studiorum di Bologna* y de Oviedo, Grupo de Investigación MoDeFa y Real Colegio de España, que tuvieron lugar en Bolonia (enero de 2023). Es fruto de la intensa colaboración y diálogo mantenido sobre la materia en conjunto por sus autores.

² En su ámbito “el matrimonio, por sí mismo, no es más que una situación de hecho, pero que produce algunas consecuencias jurídicas” (D’Ors PÉREZ-PEIX, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1983, p. 289).

³ Respecto al carácter de presunción de cotitularidad recogido en este precepto y su extensión, cfr. MONTÉS PENADÉS, Vicente L., «Artículo 1441 CC», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 879; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho Civil*, IV: *Derecho de Familia*, 11ª ed., Edisofer, Madrid, 2013, pp. 183 y 184; y por MORALES MORENO, Antonio M., «Artículo 1413 CC», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 812. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, resaltan que dicha norma «no establece *a priori* un sistema de copropiedad destructible por prueba en contrario, sino en defecto de toda otra prueba exclusivamente» (*Sistema de Derecho Civil*, IV.1: *Derecho de Familia*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, p. 219). En este sentido, según ARROYO I AMAYUELAS, Esther, «el precepto no establece una presunción *iuris tantum* ni, por tanto, una regla de inversión de la carga de la prueba, sino una atribución *ex lege* de la propiedad, que opera con carácter residual cuando uno de los cónyuges no puede probar su titularidad exclusiva» («Artículo 1441», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, 1ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1577).

⁴ Señala MORALES MORENO, Antonio M.: «en defecto de normas específicas para el régimen de participación, este precepto nos remite a las reglas del régimen de separación de bienes (arts. 1435 a 1444). Para que sean aplicables estas reglas hace falta: a) Que exista una verdadera laguna de regulación, lo cual resulta de una carencia en los preceptos del régimen de participación, no suplida (en la medida de lo posible) por la autonomía de la voluntad. b) Que la regla del régimen de separación que se intente aplicar y los principios ordenadores del régimen de participación sean compatibles; ha de tenerse en cuenta que en este régimen la separación de bienes se combina con el derecho expectante a la participación final en las ganancias del cónyuge» (*op. y loc. cit.*, p. 812).

La conocida como pseudo presunción muciana es el mejor ejemplo de las impropias suposiciones jurídicas que contagian a la separación de bienes con el esquema de las comunidades conyugales⁵. El actual artículo 1442 CC –que procede de la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de Jurisdicción Voluntaria*– incurre a nuestro juicio en una muy prescindible y pasmosa evidencia *per se notae*, que debería ser eliminada. Huelga por completo, pues constituye una petición de principio en toda regla, de Perogrullo: «Declarado un cónyuge en concurso, serán de aplicación las disposiciones de la legislación concursal». En dicho caso, rige por hipótesis la Ley sectorial destinada para su disciplina, ya permanezcan los protagonistas solteros, casados, separados, divorciados, viudos... o en pareja estable, formalizada o no. Lo afirma el propio artículo 1.1 de la Ley Concursal, en la medida que una «declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica». Su Texto Refundido consta en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, recientemente reformado en la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, para la trasposición de diversas Directivas europeas en la materia⁶.

Luego la citada presunción emigra del Código Civil a la Ley Concursal, dejando sin sentido su originaria sede.

«Si el concursado estuviera casado en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa activa, salvo prueba en contrario, que el concursado había donado a su cónyuge la mitad de la contraprestación satisfecha por este durante el año anterior a la declaración de concurso para la adquisición a título oneroso de bienes o derechos» (art. 195.1 LC).

La idea no puede ser más expresiva. En dicho plazo anual –la fórmula es “salomónica”⁷ incluso en esto, habida cuenta del bienio contemplado para la retroacción ordinaria del concurso⁸–, los bienes adquiridos onerosamente por uno de los cónyuges en régimen de separación de bienes se presumen donados en su mitad por el concursado. Se pretende

⁵ Acerca de su régimen y modalidad, cfr. MONTÉS PENADÉS, Vicente L., «Artículo 1442 CC», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 881 y ss.

⁶ Modificación también aprovechada, según muy discutible técnica legislativa, para recomponer distintas normas ajenas a su contenido, como el artículo 914 bis CC, por mucho que se hubiera ya denunciado su disparate (cfr. DURÁN RIVACOBBA, Ramón y DEL CARPIO FIESTAS, Verónica, «“Causante”, que no “causahabiente”. [A propósito de un error garrafal en el nuevo artículo 914 bis del Código Civil]», *Diario La Ley*, n.º 9992, Sección Tribuna, 19 de enero de 2022).

⁷ LACRUZ BERDEJO, José L., SANCHO REBULLIDA, Francisco de A. *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, IV.1: *Derecho de familia*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 534, donde también alegan ser de “medio fraude”.

⁸ Con arreglo a la disciplina «De la reintegración de la masa activa» (Cp. IV, Tít. IV LC) se trata «De las acciones rescisorias especiales», en cuya virtud serán «rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la solicitud de declaración de concurso, así como los realizados desde esa fecha a la de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta» (art. 226.1 LC).

así prevenir los fraudes –que se asumen de modo terminante⁹–, del estilo de poner a nombre del cónyuge no incurso en insolvencia los bienes más relevantes, procurando excluirlos de la masa concursal. En el fondo significa que, deviniendo liberalidades, su entraña fraudulenta en perjuicio de acreedores resulte manifiesta. Por eso se predica en beneficio de la masa y abre los cauces de su rescisión oportuna. Sin embargo, su alcance por mitad claramente introduce una presunción lastrada por la inercia de comunidad de bienes obrantes en el matrimonio, por mucho que su régimen sea de separación. Es un indicio de que, aun cuando existan patrimonios autónomos, la perspectiva de lo común por mitades continúa latente. Como es lógico, la hipótesis rige mientras perdure la convivencia, por lo que resulta incompatible con la separación judicial o de hecho, que no se hace de ninguna manera proclive a urdir la insidia que así se previene.

Gracias al «principio de universalidad» se incorporan a la masa la totalidad de los bienes «del concursado a la fecha de la declaración del concurso» y cuantos *a posteriori* se reintegren o adquiera, siempre que no sean «sean legalmente inembargables» (art. 192.1 y 2 LC; sobre su elenco, cfr. arts. 605 y ss. LEC). No es otra cosa que traducir a este propósito el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros». Luego, para el «caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado», aparte de que cuando exista «sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado» (art. 193.1 y 2 LC).

Esa previsión es, a nuestro juicio, muy mejorable, por cuanto hace depender de un previo establecimiento en forma de régimen la responsabilidad jurídica de los bienes, que lo hacen por ser comunes y en su mitad, con arreglo a las normas generales de cualquiera de sus tipos concretos. Así, existe «comunidad cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas» (art. 392 CC), cuyas cuotas se presumen «iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad» (art. 393, *in fine*, CC). Dicho de otra manera, la presunción de comunidad en los bienes no justificadamente de cada cónyuge casado en régimen de separación sigue idéntico destino.

⁹ La dispensa del *animus* de fraude se ve fortalecida por las «Presunciones absolutas de perjuicio» (art. 227 LC) que opera «sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito». Es decir, que acumula dos presunciones, la de donación encubierta y la del perjuicio manifiesto, junto a la licencia de prueba sobre voluntad de fraude. Su efecto es que, al tratarse «de un acto unilateral, la sentencia, si procediera, condenará a la restitución a la masa activa de la prestación objeto de aquel y ordenará la inclusión en la lista de acreedores del crédito que corresponda» (art. 235.3 LC).

Incluso en el episodio se filtran algunas cuestiones del llamado régimen económico matrimonial primario, que abarcan un conjunto de normas comunes a todo específico, a la manera de «Disposiciones generales» (Cap. I, Tít. III, Libro IV CC)¹⁰. Como es lógico, cualquiera de los casados puede rescatar los bienes comunes «satisfaciendo a la masa la mitad de su valor». Las reglas para su evalúo son obvias, porque parten del acuerdo de los interesados (sobre todo los posibles damnificados: «el cónyuge del concursado y la administración concursal»); y, en su defecto, se acude al juez del concurso en la búsqueda del precio de mercado, quien «podrá solicitar informe de experto» (art. 194.1 y 2 LC). Ahora bien, contiene una salvedad del todo llamativa –y, según estimamos, incoherente con el sistema protector de la vivienda familiar (cfr. arts. 96 y 1320 CC)– reformada en la Ley 16/2022 de 5 de septiembre.

«Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, se considerará que el valor de la vivienda habitual del matrimonio será el mayor entre el valor de tasación que tuviera establecido o el de mercado» (art. 194.3 LC)¹¹.

Con ello encarece sin duda la posible adquisición para salvarla del concurso, si bien eleva su coste al efecto de disminuir la carga. Incluso el Preámbulo de la citada Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, donde se introduce, alude a la circunstancia con motivo del «plan de pagos, permitiendo así que este conserve su vivienda habitual». Efectivamente, con arreglo al artículo 497 LC se alarga su duración del trienio habitual (n.º 1), pasando a un lustro (n.º 2.1º).

Allí se procura un trato análogo entre «vivienda habitual del deudor y, cuando corresponda, de su familia» claramente distorsionadora del especial régimen dispuesto en el Derecho Civil a la segunda, máxime cuando trata este de «la vivienda familiar» (art. 96 CC), mientras aquella se refiere a la «del matrimonio» (art. 194.3 LC)¹².

¹⁰ Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *op. cit.*, pp. 136 y ss.; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *op. cit.*, pp. 133 y ss.; y MENÉNDEZ MATO, Juan C., «Algunas consideraciones sobre los principios informadores del régimen de separación de bienes», en AA.VV., *Materials de les Vuitenes Jornades de Dret Català a Tossa 1994*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 547 y ss.

¹¹ En su previa versión también exceptuaba la regla general para establecer «el valor de la vivienda habitual del matrimonio será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice específico de precios al consumo, sin que en ningún caso pueda superar el del valor de mercado». Ahora es el de mayor cuantía entre la tasación y el de mercado. Al margen de sus incógnitas prácticas, muestra una evidente falta de sintonía con el criterio del Código Civil de Cataluña para este caso. Siguiendo la tónica previa, y ahora superada, le asigna como valor «el del precio de adquisición actualizado de acuerdo con el índice de precios al consumo específico del sector de la vivienda», lo que ha cambiado sustancialmente con la citada reforma legal, según se ha visto.

¹² Ello conduce a una breve reflexión acerca del respeto de las normas de la Ley Concursal de sesgo mercantil hacia el Derecho común privado, que será el civil (cfr. art. 50 CCom). Por ejemplo, el artículo 196 LC sobre «Pacto de sobrevivencia entre los cónyuges», confunde la divisibilidad del bien, con su integración «en la masa activa la mitad correspondiente al cónyuge concursado», lo que bien puede hacerse con la

2. DESTINO CONYUGAL VERSUS FAMILIAR

Esta última tesitura permite cuestionarse un asunto de relieve. A la premisa de *una caro* en la que se integran los cónyuges –cuya impronta marcó el Derecho matrimonial por su raigambre canónica en el primitivo entorno de nuestro sistema jurídico– también corresponde su economía única. Si existe tal comunión de personas, con mayor motivo consta en el capítulo del patrimonio, auxiliar del humano siempre.

El destino de tal nexo varía según se observe su punto de referencia. «Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio» (art. 1318 CC). Es de reconocer la impropia onerosidad de la expresión¹³, que no deja de reiterarse con el «deber de contribuir» a tal propósito. Ello queda de manifiesto, por contraste, a la vista de la más oportuna fórmula del artículo 1319 CC, que busca mejor su fin en «atender las necesidades ordinarias de la familia».

La polémica se cierne sobre su sentido. Estrictamente con el matrimonio no deberían surgir necesidades suplementarias, atendidas a las circunstancias normales hoy vigentes. Ambos esposos están de ordinario en disposición de trabajar y económicamente su vínculo no suele producir obligaciones pecuniarias añadidas. El régimen económico del matrimonio nunca es de suma cero, pero tampoco adquiere un signo en esencia menguante o desfavorable, ni mucho menos. Ahora bien, cuando se forma una familia

respectiva cuota en los indivisibles. Da muestras de la clásica idea de DUMOULIN (*MOLINAEUS*): «en el proceloso océano del Derecho no hay piélago más profundo e insondable que el de las obligaciones divisibles e indivisibles». Igualmente consta en cierta medida el sesgo recaudatorio, y no el sustantivo del Derecho privado, en cuanto a las cuentas indistintas, pues «se presumirá, salvo prueba en contrario, que la totalidad del saldo acreedor de la cuenta es propiedad del deudor», aun cuando todo «interesado podrá impugnar la decisión sobre el saldo» (art. 197.1 y 2 LC).

Aparte de incorrecciones si se quiere de menor detalle, la falta de armonía con el Código Civil no puede ser más evidente, porque la hipótesis del pacto de sobrevivencia comporta como presupuesto un acuerdo sucesorio vetado en el segundo párrafo del artículo 1271 CC: «Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056». Más llamativo es el asunto, porque traduce a la postre cuanto contempla el artículo 231-15 del Código Civil de Cataluña, «Régimen de los bienes adquiridos con pacto de supervivencia»: «Los cónyuges o futuros contrayentes que adquieran bienes conjuntamente a título oneroso pueden pactar en el mismo título de adquisición que, cuando cualquiera de ellos muera, el superviviente devenga titular único de la totalidad» (n.º 1). Su concreta disciplina coincide con la concursal y si hay «declaración de concurso, la parte correspondiente al cónyuge concursado se integra en la masa activa. El otro cónyuge tiene derecho a sustraer de la masa esta parte satisfaciendo su valor» (art. 231-17.2, *in initio*, CCCat.). Es oportuno añadir que la normativa sectorial «se dicta al amparo del artículo 149.1. 6.º de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de “legislación mercantil” y de “legislación procesal”» (Disp. final XXVIII de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal).

¹³ Cfr. ARRÉBOLA BLANCO, Adrián, «Las cargas del matrimonio: un concepto jurídico (in)determinado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 794, 2022, pp. 2981 y ss.

en su seno resulta evidente que los compromisos aumentan. No es una carga de suyo, ni tampoco un imponderable negativo, sino justo lo contrario. A esta perspectiva obedece precisamente la esencia del régimen económico, que mejor sería entonces familiar que matrimonial; y hasta, más propio, de ambas coyunturas conjuntas.

Habida cuenta que, según el criterio de la jurisprudencia, las parejas estables quedan libres de cualquier tipo de régimen económico que manifieste una firmeza de la que se huye omitiendo el vínculo jurídico¹⁴, se circunscribe al panorama que describimos. La falta de régimen económico en las convivencias *more uxorio* en ausencia de convenio expreso¹⁵ también refleja el incuestionable dato de su abierta variedad, que impide

¹⁴ Resaltan expresamente las Sentencias de 17 de enero de 2003 [RJ 2003, 4] y 5 de febrero de 2004 [RJ 2004, 213] que, «respecto a la normativa, ha declarado reiteradamente esta Sala es que no es aplicable a la unión de hecho la regulación del régimen económico-matrimonial (sentencias de 21 de octubre de 1992 [RJ 1992, 8589], 27 de mayo de 1994 [RJ 1994, 3753], 20 de octubre de 1994 [RJ 1994, 7492], 24 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8946], 30 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 10391], 4 de marzo de 1997 [RJ 1997, 1640]). Aplicando los principios generales del Derecho, ha declarado la atribución de vivienda familiar a la conviviente más débil (sentencia de 10 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1272]) y, recientemente, ha aplicado por analogía la norma de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil (sentencias de 5 de julio de 2001 [RJ 2001, 4993] y 16 de julio de 2002 [RJ 2002, 6246]) en definitiva, no se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio, sino que se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicado por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil (sentencias de 10 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1272], cuyo párrafo ha sido transcrito y 27 de marzo de 2001 [RJ 2001, 4770])». Por su parte, la Sentencia de 12 de septiembre de 2005 [RJ 2005, 7148] destaca que los casos de extinción de la unión *more uxorio* ha dado lugar a una jurisprudencia disímil, y que, «en conclusión y como epítome, se puede decir que en el criterio jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de compensación económica no pactada en la ruptura de las parejas de hecho, se puede constatar que la técnica más utilizada es la de la doctrina del enriquecimiento injusto, seguida por la de protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho, más tarde la de la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil, y por la de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, y por último la de disolución de la sociedad civil irregular o comunidad de bienes»..

¹⁵ La Sentencia de 30 de octubre de 2008 [RJ 2009, 404] aclara «el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por analogía *legis* de las normas propias del matrimonio no empece a que puedan éstas, y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, ser aplicadas, bien por pacto expreso, bien por la vía de la analogía *iuris* —como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado— cuando por *facta concludentia* se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común (Sentencias de 22 de febrero [RJ 2006, 831] y de 19 de octubre de 2006 [RJ 2006, 8976]), pues los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen, por ese mero hecho, comunes a los convivientes, sino que pertenecen a quien los ha adquirido, salvo que, de forma expresa o por medio de hechos concluyentes se evidencie el carácter común de los mismos (Sentencia de 8 de mayo de 2008)». Insiste la Sentencia de 16 de junio de 2011 [RJ 2011, 4246] que «uno de los aspectos que no se admiten en la jurisprudencia de esta Sala es la existencia de un régimen económico matrimonial en las parejas no casadas, salvo que se haya pactado por los convivientes una comunidad de bienes u otro sistema». Finalmente, la Sentencia de 15 de enero de 2018 [RJ 2018, 76] confirma esta última conclusión, por lo que la línea jurisprudencial de esta Sala es que «no cabe aplicar por analogía *legis* las normas del matrimonio a los supuestos de ruptura de la convivencia *more uxorio* o unión de hecho, pero no descarta que pueda recurrirse, en defecto de pacto, a principios generales, como el del enriquecimiento injusto».

reducirlas a esquemas previos y seguros¹⁶. No tendría mucho sentido aunarlas todas en torno a esta materia. Responden a muy distintos propósitos y, desde luego, ajenos a las prohibiciones de matrimonio, que son hoy día laxas y fácilmente superables¹⁷. Por tanto, guardan relación con una tipología tan versátil y variopinta como quepa imaginar del propósito humano.

Con todo, algunas legislaciones civiles modernas de carácter foral atribuyen por Ley regímenes económicos a las parejas estables. No existe peor idea que socave la primacía institucional del matrimonio, que así se ve reducida de forma insólita. Parece paradójico que las sociedades más conservadoras en lo jurídico según su pasado buscan ahora diluir el núcleo familiar que se funda en el matrimonio. Así ocurre con el País Vasco, gracias a su Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho, cuyo artículo 5 – «Regulación de la relación y régimen económico patrimonial»–, en su apartado 3, establece «a falta de pacto expreso el régimen económico-patrimonial de las parejas de hecho reguladas en esta ley será el de separación de bienes establecido en el Código Civil».

Peor suerte tuvo la Comunidad Navarra cuando reguló las uniones de hecho a través de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Igualdad Jurídica de Parejas Estables de Navarra. La STC 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93) declaraba la inconstitucionalidad de parte de su articulado¹⁸. Finalmente, la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, modifica y actualiza la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo; entre otros aspectos, incorporando el nuevo contenido de su Título VII del Libro I, referido a la Pareja estable

¹⁶ Cfr. MENÉNDEZ MATO, Juan C., «Disfunciones derivadas de la coexistencia de distintos regímenes jurídicos sobre uniones de hecho en el territorio español», en AA.VV., *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI. XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Madrid, 2004, pp. 1 y ss.

¹⁷ La Sentencia de 30 de octubre de 2008 [RJ 2009, 404] señala que la «doctrina jurisprudencial, en línea con la del Tribunal Constitucional, se ha preocupado de precisar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio —sentencias de 12 de septiembre de 2005 y de 19 de octubre de 2006, y sentencias del Tribunal Constitucional 184/90 (RTC 1990, 184) y 222/92 (RTC 1992, 222), por todas—, aunque una y otra se sitúen dentro del derecho de familia. Aún más: hoy en día —como dice la sentencia de 12 de septiembre de 2005—, con la existencia del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Es, pues, esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio, y la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra insita en la convivencia *more uxorio*, la que explica el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por analogía *legis* de las normas propias del matrimonio».

¹⁸ Respecto a esta Ley Foral 6/2000, RUBIO TORRANO resaltaba que «la Ley navarra, como antes la catalana y aragonesa, están creando nuevos tipos de matrimonio, si bien de más fácil disolución y con una regulación por lo general menos estricta» («Parejas estables y matrimonio», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 9/2000 [BIB 2000\565]). Cfr. EGÚSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, «Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2013, de 11 de abril de 2013 y 93/2013, de 23 de abril de 2013», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, n.º 5 (septiembre), 2013, pp. 75 y ss.

en Navarra, cuya Ley 109 («Régimen constante la pareja estable»), trata, *in initio*, que «Los miembros de la pareja podrán regular mediante pacto los aspectos personales, familiares y patrimoniales de su relación, así como sus derechos y obligaciones». En definitiva, reconoce a las partes la posibilidad de regular expresamente su régimen patrimonial, pero sin imponer un régimen económico supletorio, como sí realiza la normativa vasca (cfr. STS de 15 de enero de 2018 [RJ 2018, 76])¹⁹.

¹⁹ La Sentencia (Sala de lo Civil, Sección Pleno) de 15 de enero de 2018 fija el Derecho aplicable y su doctrina en materia de parejas de hecho, del siguiente modo:

«1. Hay que comenzar descartando la aplicación de las leyes dictadas por la Comunidad Valenciana para regular las uniones de hecho, a las que el recurrente alude en su recurso de casación y en las que, si bien no se establecía una pensión compensatoria, se reconocía la posibilidad de pacto que la acordara (art. 7 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas; con anterioridad art. 4 de la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulaban las uniones de hecho de la Comunidad Valenciana). Ello en atención a que la sentencia del Tribunal Constitucional 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016, 110), declaró la nulidad, entre otros, del precepto que así lo establecía en la Ley de 2012, como consecuencia de la falta de competencia de la Comunidad Valenciana para regular las consecuencias civiles de las “uniones de hecho formalizadas”.

2. Sentado lo anterior, hay que destacar que en el Derecho civil estatal no existe una regulación general de las parejas no casadas. El legislador ha equiparado a algunos efectos las parejas no casadas al matrimonio (arts. 101, 320.1, 175.4 CC, arts. 12.4, 16.1.b, 24.1 LAU). Pero esto no ha sucedido con la pensión compensatoria reconocida en el artículo 97 CC. Son admisibles genéricamente los pactos entre los convivientes por los que, al amparo del artículo 1255 CC, adopten acuerdos en los que prevean compensaciones por desequilibrios en el momento de la ruptura de la convivencia. Sin embargo, no existe una previsión legal que contemple para el caso de extinción de la pareja una compensación de ningún tipo (ni alimenticia en caso de necesidad, ni por desequilibrio, ni por haber trabajado para el hogar o para el otro cónyuge).

3. De forma categórica, sin distinguir entre parejas constituidas por la mera convivencia y parejas formalizadas y sin contemplar tampoco la posibilidad de que por acuerdo de los interesados pudiera excluirse el régimen legal, la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), declaró que las reglas que imponen a los integrantes de una pareja estable el derecho a una pensión sin que así lo hayan acordado “vulneran la libertad de decisión consagrada en el artículo 10.1 CE, al responder básicamente a un modelo imperativo alejado del régimen dispositivo que resultaría acorde a las características de las uniones de hecho y a las exigencias del libre desarrollo de la personalidad” [FFJJ 9, 10 b) y c), 11 b) a d), 13].

En particular, con este argumento el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el articulado de la Ley foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, que permitían exigir una pensión periódica o una pensión de compensación económica a los miembros de una pareja, aunque no hubieran acordado nada sobre el particular. Pero añade la citada sentencia del Tribunal Constitucional que tal declaración de inconstitucionalidad lo es “independientemente de que las reglas generales de responsabilidad por enriquecimiento injusto puedan tener su proyección en determinados supuestos y de que los miembros de la pareja puedan libremente establecer los pactos que tengan por convenientes al respecto, lo que resulta inconstitucional es la imperatividad de la previsión en los términos referidos”.

4. La interpretación del Tribunal Constitucional ha reforzado la línea jurisprudencial de esta sala que de que no cabe aplicar por analogía *legis* las normas del matrimonio a los supuestos de ruptura de la convivencia *more uxorio* o unión de hecho, pero no descarta que pueda recurrirse, en defecto de pacto, a principios generales, como el del enriquecimiento injusto».

Idéntica tendencia se anuncia en próximos proyectos legislativos, como el de Familias, que promueve un concepto más coyuntural e inestable del asunto. No en vano reconoce múltiples tipos de partida. Ello tiende a confundir afecto efímero con lazos firmes producidos por relaciones de consanguinidad. Los imponderables antropológicos, sin fundamentalismos biológicos, no deberían obviarse a la ligera. Como es natural, los vínculos jurídicos asimilables, del estilo de los causados por adopción, también se sujetan a este marco, pero muy dudosamente otros más evanescentes. No porque reciban un reproche impropio, muy al contrario, pero sin que consolide relieve institucional de análoga categoría. El Derecho no ha de regularlo todo, pese a cuanto pretenden las querencias intervencionistas en cualquier espacio del libre desarrollo de la personalidad, sino solo mientras conciben intereses relativos al bien común. El axioma de subsidiariedad que ha de presidir la tarea del legislador debe recuperarse sin reservas y hasta es una de las bases explícitas del ordenamiento comunitario (art. 5.3 del Tratado de la Unión Europea y Protocolo n.º 2 sobre aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad). El normativismo, además de ser proclive al defecto técnico, a menudo anida en posturas ideológicas, en nuestra opinión inadecuadas.

En suma, el régimen económico es del matrimonio en cuanto hecho constitutivo, pero alcanza su oportuno perfil con la familia que se origina y funda en su sede. Buen ejemplo suministra los límites jurídicos a la confesión como exclusivos de los bienes de los esposos.

«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» (art. 1324 CC).

La regla queda inscrita dentro del régimen matrimonial primario²⁰, y da prueba que los vestigios de las comunidades subyacen de forma implícita cualquiera que sea el modelo escogido, separación incluida según se ha visto. Su tratamiento es análogo al del negocio fiduciario *cum creditore*²¹. *Inter partes* resulta un acto propio irrefragable, pero no

²⁰ Cfr. ALEJÁNDREZ PEÑA, Pedro, «Artículo 1324», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, 1ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1458);

²¹ La Sentencia de 26 de julio de 2004 [RJ 2004, 6633] establece, sobre la base de las Sentencias de 30 de marzo de 2004 [RJ 2004, 2603] y 7 de junio de 2002 [RJ 2002, 4875], que «el negocio fiduciario ha sido definido jurisprudencialmente como aquel convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión del dominio, eficaz *erga omnes*, y otro obligacional, válido *inter partes*, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que el fiduciario no impida el rescate de los bienes por el fiduciante cuando se dé el supuesto obligacional pactado a cargo de éste (sentencias, entre otras, de 9 de diciembre de 1981 [RJ 1981, 5153], 19 de junio de 1997 [RJ 1997, 5418] y 16 de noviembre de 1999 [RJ 1999, 8612]) o, como dice la sentencia de 5 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3972), "el negocio

afectará sobre las posibles expectativas legítimas de terceros, ya sean herederos forzosos o acreedores perjudicados, como sucede con cualquier otra «exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos» (art. 6.2 CC).

Esta disciplina contrasta poderosamente con el régimen de libertad establecido para las atribuciones voluntarias de ganancialidad, por los fines que se asignan a dicha clase de bienes²². «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». Asimismo, cuando «la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes» (art. 1355 CC). Las normas registrales dispuestas en su respaldo resultan significativas y elocuentes (cfr. arts. 93 y ss. RH).

En síntesis, el entramado de presunciones se hace poderosa en la materia: de régimen legal primario (cfr. art. 1316 CC) y de composición de las masas (cfr. arts. 1355, párr. 2, y 1361 CC). En su conjunto apuntan a favorecer la comunidad y no de cualquier tipo, sino la de gananciales. El esquema jurídico de dicha clase de régimen concibe la fuga del sistema común de las copropiedades, de raigambre romana (cfr. arts. 392 y ss. CC)²³, sin

fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista", y en parecidos términos se pronuncia la sentencia de 16 de julio de 2001 (RJ 2001, 5226)». Por su parte, la Sentencia de 17 de septiembre de 2003 [RJ 2003, 6419] sintetiza la verdadera eficacia del negocio fiduciario entre las partes, cuando resalta que «no transmite más que formalmente la propiedad al acreedor, pero para los terceros de buena fe existe una transmisión real, no han de sufrir las consecuencias de unos pactos internos sobre la auténtica finalidad de aquella transmisión que desconozcan (Sentencias de 15 de junio de 1999 [RJ 1999, 4474], 17 de julio [RJ 2001, 6860] y 5 de diciembre de 2001 [RJ 2001, 9934], entre otras)». Cfr., asimismo, las Sentencias de 14 de marzo de 2002 [RJ 2002, 2476], 1 de febrero de 2002 [RJ 2002, 1586], 30 de enero de 1991 [RJ 1991, 349], 19 de mayo de 1989 [RJ 1989, 3780] y 25 de febrero de 1988 [RJ 1988, 1305].

²² Cfr. DURÁN RIVACOBIA, Ramón, «El acto atributivo de ganancialidad», en AA.VV., *Cuestiones jurídicas relevantes de la economía conyugal*, editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 17 y ss.

²³ Han sido constantes los pronunciamientos del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado configurando a la sociedad de gananciales como una copropiedad de tipo germánico o en mano común (cfr. RRDGRN de 6 de junio de 2018 [RJ 2018, 3473], 13 de mayo de 2016 [RJ 2016, 3025], 25 de noviembre de 2004 [RJ 2004, 8154] y 2 de febrero de 1983 [RJ 1983, 1088]). En este sentido, la Sentencia de 8 de febrero de 2016 señala que «el artículo 1344 CC, según la redacción dada por la Ley de 13 de mayo de 1981, ligeramente modificada por la Ley de 1 de julio de 2005, ofrece el concepto legal del régimen de sociedad de gananciales, por el que, en principio, se hacen comunes entre uno y otro de los cónyuges las ganancias obtenidas durante el matrimonio. Se forma, por tanto, una masa común para ambos cónyuges, junto a los bienes privativos de cada uno de ellos. Ello ha motivado diferentes tesis doctrinales respecto de su naturaleza jurídica. Fundamentalmente son: las que han venido sosteniendo que tenía personalidad jurídica propia; que se trataba de una copropiedad ordinaria; que se está ante una

llegar a ser definida siempre y del todo germánica (por su falta de personalidad jurídica), pero sí especial por los fines que procura. Se basa en una relación previa, tiene cauces de disolución bien establecidos y no admite cuotas sobre bienes individualizados²⁴. En suma, por «la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella» (art. 1344 CC)²⁵

copropiedad germánica o en mano común. Es esta última teoría la que ha recibido una mayor acogida por la doctrina española, la jurisprudencia y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado, por cuanto ninguno de los cónyuges puede disponer, como privativos suyos, de la mitad indivisa de los bienes comunes. En la sociedad de gananciales ambos son indistintamente titulares de un patrimonio sin que ninguno de ellos tenga un derecho actual a una cuota que pueda ser objeto de enajenación ni pueda dar lugar a la acción de división a salvo los supuestos de liquidación del régimen económico. Así lo ha venido reiterando la Sala en sentencias, entre otras, de 6 junio de 1966, 17 de abril de 1967, 25 de mayo de 1976, 13 de julio de 1988 (RJ 1988, 5992) y 4 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1652). En esta última se declara que dicha “doctrina jurisprudencial es acorde cuando explica, que durante el matrimonio el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, al faltar por completo el concepto de parte, característica de la comunidad de tipo romano que allí se recoge, ni atribuible a la mujer, viviendo el marido y no habiéndose disuelto la sociedad conyugal, la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si éstos existen es preciso la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con el de la cuota correspondiente; no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante, que no le legitima para entablar la tercería de dominio, ya que no tiene la cualidad de tercero, esencial para ejercitar con éxito esta clase de acción, conjuntamente con la condición del propietario en exclusiva de los bienes en litigio. La situación jurídica de la mujer respecto a los bienes gananciales es la propia de una propiedad en mano común de tipo germánico, que no permite la división en cuotas ideales, impidiendo que cualquiera de los esposos tenga la consideración de terceros”. Se reitera esta doctrina en las sentencias de 1 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 6479) y 8 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1488)».

²⁴ Aduce la Sentencia de 17 de enero de 2018 (RJ 2018, 36) que «en la sociedad de gananciales, puesto que no surge una nueva persona jurídica, ambos cónyuges son titulares de los bienes comunes, pero los diversos objetos no les pertenecen proindiviso, sino que integran el patrimonio común, una masa patrimonial que pertenece a ambos cónyuges. Ambos cónyuges son los propietarios de cada cosa, de modo que el derecho de uno y otro, unidos, forman el derecho total, pero no son titulares de cuotas concretas sobre cada bien. Esta forma de atribución de la titularidad sobre los bienes comunes comporta, además, por lo que interesa en este proceso, que los cónyuges y sus sucesores, mientras no liquiden la sociedad, no pueden disponer sobre mitades indivisas de los bienes comunes. Es decir, durante la vigencia del régimen de gananciales no puede considerarse que cada cónyuge sea copropietario del 50% de cada bien. Para que se concrete la titularidad de cada cónyuge sobre bienes concretos es precisa la previa liquidación y división de la sociedad». Por su parte, la Sentencia de 26 de septiembre de 1988 [RJ 1988, 6859] reafirma que «una reiterada doctrina de esta Sala, que cristaliza, entre otras, en las Sentencias de 11 de abril de 1972 (RJ 1972\1666) y 26 de septiembre de 1986 (RJ 1986\4790), declara que sea cual fuere la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales es evidente que durante el matrimonio no constituye una forma de copropiedad regulada en los artículos 392 y siguientes, al faltar por completo el concepto de parte característico de la comunidad de tipo romano que en ellos se recoge, ni atribuye a la mujer, viviendo el marido, la propiedad de la mitad de los gananciales existentes, porque para saber si éstos existen o no es precisa la previa liquidación, único medio de conocer el recurrente y hacerse en pago de él la correspondiente adjudicación; no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante, lejos de una propiedad exclusiva y excluyente, que no la legitima para ejercitar la tercería de dominio».

²⁵ Respecto a las diferentes tesis sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, «Artículo 1344», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés,

Es lo cierto que cabe instituir voluntariamente cualquier régimen económico conyugal – «será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales» (art. 1315 CC)–, que se instaura gracias a un especialísimo contrato solemne –se hace «constar en escritura pública» (art. 1327 CC)– y específico, donde «podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio» (art. 1325 CC). Una vez disuelta la economía matrimonial compete su liquidación, episodio en que se ajustan mediante deudas de valor los desequilibrios producidos por la naturaleza de los bienes al margen de su fondo adquisitivo, según confirma el artículo 1358 CC:

«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».

Una última reflexión. Estadísticamente se comprueba la notoria decadencia del matrimonio, que ha cedido en su práctica frente a otras fórmulas relativas a la convivencia *more uxorio*. Aun cuando el número de los enlaces continúa siendo superior, se aprecia su evolución interanual decreciente, mientras las parejas de hecho reflejan, por el contrario, un incremento progresivo sostenible²⁶. Su simple constatación también fortalece la necesidad de conceder a las nupcias cuantas certezas jurídicas sobre su contenido sean posibles. Las concernientes a sus repercusiones económicas no son de ninguna manera irrelevantes, por mucho que resulten accesorias. Teniendo en cuenta que abandona su antiguo perfil promovido por la simple costumbre o tradición, es evidente que se abren nuevas expectativas para que su convencimiento se vierta sobre cada una de sus facetas, incluido el régimen económico del matrimonio que se procede a contraer.

3. LA INVIABLE PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD

El modelo de la sociedad de gananciales como régimen legal primario dudosamente ahora responde a la base social, muy diferente de la que imperaba cuando así fue

1ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1480 y ss. Entre las que destaca la de tipo societario (desvirtuada con la desaparición del inicial art. 1395 CC), la de una comunidad de tipo germánico (avalada por la actual jurisprudencia), la de una comunidad diferida y, por último, la de una comunidad consorcial como comunidad de tipo romano. Asimismo, cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «Artículo 1344 CC», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 632 y ss.; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *op. cit.*, pp. 160 y ss.

²⁶ Cfr. Tabla comparativa entre matrimonios y parejas de hecho en el territorio español, Encuesta Continua de Hogares (ECH), confeccionada por el Instituto Nacional de Estadística (INE), <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/l0/&file=01018.px&L=0>.

previsto. La evolución sociológica en la materia sufre impactos modernos que hacen inviable su mantenimiento indiscriminado y aconseja su lógica superación. Si se prefiere, mejor exige la consciencia de los futuros cónyuges en su acogida con arreglo a los intereses y factores individualizados que registren.

El presupuesto humano que fundó la prevalencia de las comunidades de bienes conyugales partía de una determinación cerrada de funciones entre los esposos. El matrimonio aunaba dos fuerzas en su seno. Una conservadora del hogar y el cuidado de la prole; y otra complementaria y expansiva, en búsqueda de los medios económicos necesarios para subsistir y prosperar. La primera correspondía en términos generales a la mujer, segura progenitora en su caso (*mater semper certa est*); y el segundo cometido era propicio al varón, que a través de su trabajo externo lograba los recursos precisos para su vida conjunta. Por eso el cariz familiar de los rendimientos eran del todo acusados. En correspondencia, las reglas sucesorias atienden a dicho propósito, gracias a las legítimas de los «herederos forzosos» (art. 806 CC) y el orden legal *abintestato* (cfr. arts. 913 y ss. CC). Ambas circunstancias íntimamente unidas pierden gran parte de su antaño sentido. Mientras su premisa fáctica se diluye, queda la respuesta jurídica incólume, como una suerte de homenaje a la inercia legal difícil de mantener.

Razones de justicia material y ponderado equilibrio en dichas hipótesis, ahora prescritas, reclamaba como principio inexcusable compartir los bienes²⁷. Sin embargo, solo cuantos procedan y sean «obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges», sus rendimientos, accesiones y subrogaciones (art. 1347 CC). Nunca los previos al matrimonio, ni los adquiridos «después por título gratuito», sus réditos o sustituciones (art. 1346 CC), que nada tiene que ver con los expuestos sentido y origen de la comunidad. En ella se incurre o cae, pues de ordinario no se opta por su concurso para distintas tesituras. Una sociedad legal a menudo resulta incompatible con su adhesión voluntaria, máxime cuando no se contempla como beneficioso efecto con alcance genérico en la codificación y resulta inconsecuente con el abstracto fenómeno por su óptica jurídica desfavorable. Como constata la jurisprudencia, implica situaciones incómodas, antieconómicas y proclives a litigios por la molesta concurrencia de intereses privados en cosa común (cfr. STS de 5 de marzo de 2020 [RJ 2020, 733])²⁸. A su vez, ofrece

²⁷ Buen ejemplo ilustra en el rito canónico las arras, aunque sea un vestigio atávico de la compra de la mujer (cfr. art. 1454 CC).

²⁸ Analiza el ejercicio del retracto por los demandantes tras disolverse por sentencia firme la copropiedad de un edificio en el que, salvo ellos, se pactaron por el resto las condiciones de la pública subasta si no se adjudicaba en favor de ninguno de los partícipes. En concreto, el retracto frente a la compra de la cuota de una de las comuneras por la esposa de otro de los condóminos, que adquiere dicha cuota para su sociedad de gananciales. Finalmente se declara improcedente, pues «tanto la sentencia judicial firme declarando la disolución de la comunidad como los pactos sobre la forma de llevar a cabo la división de la

múltiples obstáculos en cuanto a su administración conjunta. La perspectiva práctica induce a pensar que las profesiones liberales o autónomas y su desarrollo presentan óbices a la mediación de terceros, por mucho que pudieran corresponder al cónyuge ajeno al cometido, a causa de su interés en los rendimientos, que serán gananciales y, por tanto, se hacen comunes.

Siendo francos, las normas sobre su administración conjunta (cfr. arts. 1375 y ss. CC) son demasiado evanescentes para servir en casos concretos, sobre todo de profesionales libres o ejercicio mercantil de autónomos, no siempre proclives a recibir intervenciones extrañas en firmas propias (cfr. art. 1381 CC)²⁹. Su control se convierte a menudo en cuentas más o menos globales y descomprometidas. Solo el derecho a ser informado de las líneas genéricas de su ejercicio será efectiva en la práctica (cfr. arts. 1382 y 1383 CC). Una especie de remedio a golpe de amplios números y conceptos, del estilo de las cuentas del Gran Capitán³⁰ Por eso conviene a tales propósitos fórmulas más libres en su administración del patrimonio de cada cual, con mayor arbitrio para las reinversiones en los negocios propios, que sin duda interfieren acerca de la común gobernanza de sus provechos. La coyuntura de trabajo asalariado y por cuenta ajena resulta mucho más afín a dicha gestión conjunta de sus réditos y la noticia sobre su beneficio.

En los actuales términos del asunto, ambos esposos acuden al mercado laboral con acorde desempeño; que no siempre, por desgracia, recompensa. Ello abre perspectivas novedosas en cuanto a esquemas económicos más adecuados, progresivos y factibles que liberen de incómodas presencias conyugales en el desarrollo profesional o mercantil del otro. Incluso cabe atender a distintas fórmulas según las circunstancias concretas que operen. Si emprenden cometidos similares en su rendimiento, el régimen de separación

cosa común (en los términos antes reseñados) provocan una alteración o mutación jurídica de la copropiedad, en ambos casos en el sentido de imposibilitar el éxito de la acción del retracto».

²⁹ A decir de GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, «el artículo 1375 sanciona uno de los principios básicos que vertebran la reforma de 1981, como lo es el de cogestión, en cuya virtud se parte de que uno y otro esposo deben intervenir conjuntamente tanto en la administración —a ello parece que debe referirse el concepto de “gestión” utilizado en la norma— como en la disposición de los bienes e intereses patrimoniales comunes. Tal principio tiene, obviamente, numerosas excepciones que se contienen en los siguientes preceptos que llegan a hacer, en la práctica, de la excepción regla general, pues para evitar el colapso de la sociedad conyugal el legislador se ve en la necesidad de habilitar numerosos supuestos —que individualmente describe— en cuya virtud, frente al principio instaurado y que tiene natural continuidad en el artículo 1322, se legitima la gestión individual de los bienes e intereses consorciales» («Artículo 1375», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, 1ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1515 y ss.).

³⁰ Episodio histórico de leyenda, elocuentemente versionado por LOPE DE VEGA Y CARPIO, Félix, *Las cuentas del Gran Capitán*, 1638 (puede consultarse a través de la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes). Su elenco, que consta en las crónicas, es del todo significativo. Se oponen, muy contrarias, a la famosa «cuenta de la vieja», con que definió el vulgo a las minuciosas aritméticas que hacía la infanta María Josefa de Borbón a su Hermano el Rey Carlos IV.

parece más oportuno. En casos de clara diferencia, posiblemente sea preferible uno de participación en ganancias, cuyos reajustes puedan producir mayor equilibrio de patrimonios a su término. Tampoco se repudia el de gananciales si alguno permanece al cuidado preferente del hogar y los hijos, catálogo de actividades que, incluso no mediando comunidad, el artículo 1438 CC contempla «el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación»³¹.

Es decir, el modelo de partida decae y debe facilitarse un escenario jurídico diverso al actual. Todo ha de residir en el acuerdo de los cónyuges debidamente informado. Una especie de principio emergente de *sola voluntas* en la determinación del régimen económico del matrimonio. En imprescindible correspondencia, se imponen cauces más abiertos para su elección libre. Las capitulaciones abandonarían su rasgo único y excepcional y se verían complementadas por otros cauces comunes mucho menos solemnes para el establecimiento voluntario del régimen más oportuno *ad casum*. Hasta cabe proponer que sirvan en sus actuales términos exclusivamente para la modificación del régimen económico escogido de inicio en el acta o expediente previo a la celebración, o en el de acceso al Registro Civil si no hubiera existido aquel. Horizonte que, por otra parte, se ajusta mejor a su efectiva praxis³².

Pudiera pensarse que dicho panorama comporta una completa transformación del sistema, con implicaciones jurídicas de alcance y profundos cambios normativos, pero no es del todo así. Tratándose de un ajuste radicado en indiscutibles presupuestos fácticos resulta mucho más propicio de cuanto pudiera imaginarse. Traducir en la práctica las ideas largamente razonadas tampoco implica revoluciones dispositivas que las obstaculicen, máxime cuando los procesos abiertos en las recientes reformas legales no pueden menos que ofrecer oportunidades al alcance de medidas apropiadas.

Otro modo de proceder supondría seguir asumiendo la inercia, cuando no la rutina, en la prioridad de regímenes jurídicos tan vigentes como mortecinos, no amortizados en su reflejo preceptivo. La conciencia social moderna y su progresiva implantación desde el estatuto presente sobre la materia.

4. LA VOLUNTAD EXPRESA COMO REMEDIO AL CONFLICTO INTERNO E IMPOSICIONES SORPRESIVAS

³¹ Cfr., por extenso, CARBAJO GONZÁLEZ, Julio F., «La compensación por el trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes del Código Civil», en AA.VV., *Cuestiones jurídicas relevantes de la economía conyugal*, editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 145 y ss.

³² Cfr. HERRERO GARCÍA, María J., «Artículo 1316 CC», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 575, DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, «Artículo 1316 CC», en AA.VV., *Comentarios a las reformas del derecho de Familia*, II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1495.

La superación del régimen legal primario de gananciales también aporta un implemento jurídico de gran valor. No solo existen razones coyunturales de conveniencia sociológica en la medida. Igualmente median motivos estructurales del ordenamiento que aconsejan este cambio y casi lo reclaman.

El Derecho Civil español se caracteriza por su multiplicidad. Ese talante, decantado en la historia, supuso el principal obstáculo, junto al matrimonio precisamente, a nuestra Codificación. Trajo consigo numerosos quebraderos de cabeza, que se imaginaron resueltos con el artículo 149.1.8ª de la Constitución, pero que la realidad no ha hecho sino desmentir. Arrastramos un lastre que no deja de crecer y se opta por la política de avestruz o de fuga permanente. No se trata de una polémica solo abstracta, teórica o de principios, terreno en el que a la vista de su evolución se abandona cualquier esperanza como diría DANTE, sino que tiene un marchamo directo y perturbador en el capítulo de los llamados conflictos internos, a los que hay que prevenir en su mejor remedio. Es tan severa la cuestión que, obviando cualquier atisbo acerca del estatuto personal, procura el Estatuto de Autonomía de Cataluña torcer de óptica: las normas del «derecho civil de Cataluña tienen eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad» (art. 14.1 EAC)³³. Es decir, que la regla general en nuestra disciplina se convierte así en una dispensa. Constituye simple declaración de propósitos, ajena del estatuto personal decisiva para el sector civil del ordenamiento a la vista del artículo 9.1 CC: «La ley personal [...] regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte». Advera que los fundamentos de lógica jurídica que sostienen los principios básicos de la disciplina ceden ante los imperativos políticos coyunturales y efímeros. Lengua y Derecho propios integran el núcleo de las reivindicaciones secesionistas basadas en su territorialidad exclusiva. Es de reconocer honestamente que las ideas opuestas a esta deriva que propugnamos carecen de impronta o éxito apreciable, pero también desvelan problemas concretos que deben recibir respuestas. En otras palabras, el sistema conjunto, de macro, se corresponde con el momento histórico e institucional en que se inserta, por muy discutible que resulte, aunque sus repercusiones individuales, de micro cupiera decir, distan de resolverse por sí mismos.

El conflicto interno se produce, a la vista del artículo 14 CC, cuando varias personas comparten una única relación jurídica, cuya sustancia puede regirse de manera distinta

³³ Cfr., por extenso, DURÁN RIVACOBÁ, Ramón, «Derecho Civil, reforma estatutaria y territorialidad», en AA.VV., *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, I, editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 69 y ss.

según las normas aplicables a sendos partícipes³⁴. Su paradigma representa cuanto concierne al matrimonio y sus efectos. Entre todos, destaca el régimen económico. Alberga su despliegue hipótesis estáticas (confluencia momentánea de distintas vecindades civiles de los consortes) y dinámicas (cambio sobrevenido en el estatuto personal del protagonista); pero, por lo que aquí compete, solo las primeras logran relieve significativo en el momento de celebración del matrimonio.

La principal incógnita concierne a establecer con certeza el mismo supuesto conflictual. Con arreglo al artículo 16 CC son proclives a «surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional». En otras palabras, se cifra en las diferentes leyes personales que concurren y no en su balance. Luego las incompatibles vecindades civiles en los cónyuges lo provocan *per se*, incluso al margen de que se asigne, según sus sendos estatutos personales, igual régimen económico subsidiario, lo que juzgamos una inconsecuencia. Tal sucedería con el supuesto de Galicia y del Derecho común, pues ambos designan los gananciales (cfr. arts. 171 Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, y 1316 CC). Existe conflicto de reglas, no de contenido, que podría superarse aplicando las normas de fondo que comparten.

La solución propuesta para el conflicto interregional es la establecida para los supuestos de Derecho internacional privado, con dos concretas matizaciones (cfr. art. 16.1 CC)³⁵. La primera es que la ley personal queda definida por la vecindad civil de los partícipes; y, gracias a la segunda, se dispensa «lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público». Parece lógico, porque se trata de ordenamientos nacionales, aunque de ámbito específico en relación con los individuos vinculados a ciertos territorios, no por residencia exclusivamente, sino en virtud de su estatuto personal.

«Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código Civil», si bien con la llamativa excepción de que “se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación» (art. 16.3 CC).

Esto es, cuando concurren cónyuges de vecindad civil balear y catalana respectivamente. No cabe discutir que la solución es al máximo salomónica (cfr. STC de 8 de julio de 1993

³⁴ Acaso aquí radique la falta en el Código Civil de Cataluña de normas acerca del punto de conexión para su vigencia. Cfr. DURÁN RIVACOBIA, R., «Cuestiones de aplicabilidad del Derecho de familia de Cataluña», *Ius Fugit*, n.º 16, 2009-2010, monográfico *Derechos Históricos y fórmulas de autonomía*, 2011, pp. 145 y ss.

³⁵ Cfr., por extenso, DURÁN RIVACOBIA, Ramón, *Derecho Interregional*, editorial Dykinson, Madrid, 1996, pp. 285 y ss.

[RTC 1993, 226]). Ya que ambos tendrían un régimen legal de separación, rige así, pero no una u otra, sino el intermedio del Derecho común, lo que no sé si será del todo satisfactoria para los contrayentes, aunque responda de lleno al clásico *in medio virtus*.

Al margen de la salvedad reseñada, los criterios generales ofrecidos en respuesta del choque de vecindades indican la primacía de los acuerdos entre los cónyuges acerca de su régimen económico. Las restricciones que operan sobre la base del carácter internacional respecto a «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» (art. 9.2 CC), debe ser necesariamente corregida. Los nacionales tienen completa libertad en la cuestión, de manera que su «régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código» (art. 1315 CC), aunque siendo «nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge» (art. 1328 CC). A eso se refieren las aludidas cautelas y no al ámbito del posible pacto. El Derecho interregional es mucho menos estricto en sus previsiones respecto del internacional y por eso ignora la reserva de orden público interno, porque las leyes confrontadas son también propias del Estado, como asimismo su confluencia gracias a los puntos de conexión establecidos. Lo que de ninguna manera cuadra es que se permita el fraude de ley en las posibles elecciones sobre la vecindad civil tras el periodo de dos años de residencia (cfr. STS de 5 de abril de 1994 [RJ 1994, 2933])³⁶.

Por desgracia, la frecuencia de dichos pactos es más bien exigua, porque no se contempla su necesidad, como aquí propugnamos, sino su simple hipótesis o contingencia. Entonces opta subsidiariamente, «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» (art. 9.2 CC). Si este o aquella no fuesen apreciables por producirse fuera del territorio nacional, se inclina «en su defecto, por el Código Civil» (art. 16.3, párr. 1, *in fine*, CC), que marca los gananciales (cfr. art. 1316 CC). No es discutible que dicha combinación de circunstancias puede ser ajena del conocimiento de los cónyuges y resultan susceptibles de asignaciones completamente insólitas para ellos. Una cosa es que haya poca incidencia de pactos previos en la materia y otra distinta que las soluciones legales constituyan un capítulo abierto a la sorpresa, sino al asombro subjetivo. Esta inseguridad debe ser colmada de alguna forma y no hay

³⁶ Cfr. DURÁN RIVACOBÁ, Ramón, «Igualdad jurídica, orden público y el fraude a la ley en los conflictos interregionales», *Poder Judicial*, n.º 35, 1994, pp. 67 y ss.

remedio distinto que promover en cualquier caso el acuerdo previo de los esposos, como aquí se propugna.

Además, repárese que la sola investigación en clave polémica y suspicaz acerca del régimen económico que pudiese haber regido un matrimonio, con las enormes implicaciones de carácter sucesorio y de liquidación de las hipotéticas comunidades, ofrece no pocos óbices. Hay que averiguar, por ejemplo, la vecindad civil al tiempo de contraer (cfr. art. 9.2 CC), lo que pudiera en la hipótesis de mucho periodo pasado añadir nuevas cargas de prueba. Comporta una labor de ninguna manera exenta de dificultades a menudo, sobre todo en un escenario moderno de movilidad y cambios de residencia, por motivos laborales o de otra especie. Algunos ejemplos que suministra la práctica no pueden ser más elocuentes y del todo reñidos con las exigencias de seguridad y justicia (cfr. RDGRN de 10 de noviembre de 1926).

Piénsese también sobre los casos en que rige una comunidad universal de bienes, como sucede con el Fuero de Baylío y en la comunicación de bienes en Tierra Llana, que no Villas, en *Bizkaia* (cfr. Tít. III de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de *Derecho Civil Vasco*).

A su merced, «el Fuero de Bizkaia, establece el capítulo segundo de este título que, siguiendo la tradición, se entenderá que rige entre los cónyuges el régimen de comunicación foral que ya regulaba el Fuero y en virtud del cual se hacen comunes todos los bienes, muebles o raíces, de la procedencia que sean» (Preámbulo, V).

Luego, mientras «sólo uno de los cónyuges tenga vecindad civil en la tierra llana de Bizkaia, en Aramaio o en Llodio³⁷, 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».

Sigue, como no podía ser de otro modo, la estela marcada por la combinación de los artículos 16 y 9 CC (cfr. art. 9 LDCV).

«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» (art. 129 LDCV).

³⁷ El artículo 8 de dicha Ley pretende que «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». Sin embargo, a menudo la excepción inviste norma como en el caso presente. Por Tierra Llana o Infanzonado se conoció al territorio de Vizcaya, excluidas las Villas y la Ciudad de Bilbao.

Imagínense que alguien afincado en Bilbao contrae matrimonio con quien resida en Caserío próximo y en su bucólico paisaje rural –lejos del «mundanal ruido» que diría Fay Luis DE LEÓN³⁸– fijan su residencia común. Acaso sin ser consciente, su entero patrimonio, sus bienes previos, presentes y futuros se hacen comunes. Si el matrimonio une a personas jóvenes y sin mucha trayectoria pecuniaria no reviste singular trascendencia. Cuando se trate de divorciados o viudos con hijos de anterior enlace puede producir verdaderos dislates. Un insospechado despropósito en toda regla, cuyo mejor remedio se favorece con el novedoso modelo que aquí se propugna, según la concreta formulación que de seguido exponemos.

5. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* PARA EL IMPRESCINDIBLE PACTO DEL RÉGIMEN ECONÓMICO

Con alcance conclusivo cabe proponer algunas reformas legales que puedan aportar certeza jurídica y ajuste sociológico al problema en cuestión. Como quiera que, según creemos, todo el sistema debe inferirse de la expresa voluntad de los partícipes, debe facilitarse al máximo su efectivo concurso. No implica su necesaria presencia cambios sustanciales, sino que bien pudiera conseguirse mediante concretos retoques propicios. Estos se anuncian mediante negrita en los posibles añadidos a los preceptos que así se indican y concretan.

En primer término, hay que traducir a la práctica el principio expreso de voluntariedad. Se consigue reduciendo al mínimo, cuando no a la nada, las residuales presunciones ante su ausencia. Con este propósito, ha de auxiliarse a los novios para su efectiva constancia y beneficioso efecto. La manera de conseguirse pasa por introducir su decisión en el proceso de garantía del consentimiento. El acta o expediente civil previo donde se comprueban tanto las circunstancias de capacidad de los futuros esposo, como su adecuada libertad, debe comprender asimismo dicho extremo. A tal fin, puede incluirse dentro del primer párrafo del artículo 56 CC:

“Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa, **y su voluntad acerca del régimen económico que adoptan** de acuerdo con lo previsto en este Código”.

La nueva Ley del Registro Civil contempla en su artículo 58 el esquema de lo que denomina «procedimiento de autorización matrimonial». La Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (actual Centro directivo en la materia) de 3 de

³⁸ También el afamado título en español, «Lejos del mundanal ruido», del éxito literario de Thomas HARDY, con aplaudidas versiones cinematográficas.

junio de 2021 sobre la tramitación del procedimiento de autorización de matrimonio ante notarios, añade que «el Reglamento del Registro Civil de 1958 que, al no estar derogado expresamente por la Disposición derogatoria de la Ley 20/2011, puede considerarse aplicable en cuanto a aquellas normas exclusivamente procedimentales que no se opongan» al nuevo sistema. Creemos que se presenta una buena oportunidad de incluir esta opción en su futuro desarrollo reglamentario³⁹.

En cualquier caso, también debería señalar acerca del régimen económico escogido, de manera que su segundo número bien pueda contenerlo:

«La celebración del matrimonio requerirá la previa tramitación o instrucción de un acta o expediente a instancia de los contrayentes para acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier otro obstáculo, de acuerdo con lo previsto en el Código Civil. **Asimismo, incluirá la elección del régimen económico por los futuros contrayentes.** La tramitación del acta competará al Notario del lugar del domicilio de cualquiera de los contrayentes. La instrucción del expediente corresponderá al Secretario Judicial⁴⁰ o Encargado del Registro Civil del domicilio de uno de los contrayentes».

³⁹ La puesta en práctica de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, ha sido una calamidad, culminada en la Ley 6/2021, de 28 de abril. Según su Preámbulo, «La entrada en vigor de la Ley fue sufriendo sucesivos aplazamientos, ya que, si inicialmente se estableció que la misma se produciría a los tres años de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, es decir el 22 de julio de 2014, posteriormente han sido necesarios periodos adicionales por las diferentes vicisitudes acaecidas a lo largo de este tiempo. Ahora se pretende que la entrada en vigor se produzca en la última fecha prevista de 30 de abril de 2021, sin ulteriores aplazamientos, ya que una institución de la importancia del Registro Civil para todo el Estado y que con su organización más moderna y eficiente va a presentar una enorme utilidad práctica para todos los ciudadanos y para la mejor prestación de los servicios públicos, justifica sobradamente el gran esfuerzo organizativo, tecnológico y económico que su implantación va a exigir». Una Ley diferida casi un decenio en su vigencia, que ha sufrido modificaciones parciales entretanto, cuyos parches parciales además no se ajustan del todo al contenido restante. La Ley 4/2023, de 28 de febrero, conocida como trans, incluye nuevas reformas de la Ley de Registro Civil en su disposición final undécima. La falta del oportuno Reglamento es un episodio añadido a este lamentable proceso.

⁴⁰ En sus actuales términos, ha de sustituirse «Secretario Judicial» por «Letrado de la Administración de Justicia», con arreglo a la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. A tenor del apartado IX de su Preámbulo, «El Cuerpo de Secretarios Judiciales pasa a denominarse Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia. Con ello se da respuesta a una demanda histórica del mismo, que considera que la denominación de secretarios judiciales conduce a equívocos sobre la función realmente desempeñada». Resulta inconcebible que conste de manera impropia en el segundo número del artículo 58 LRC, pero rectifique poco después a favor del «Letrado de la Administración de Justicia» (n.º 5), para volver a incurrir en el error acto seguido (nn. 6, 7, 8, 10 y 12). No lo realiza en el apartado 11 porque increíblemente la Ley salta del apartado 10 al 12, cuyo defecto se advierte con un elocuente “sic”. Todo ello se debe a que la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, cambió solo dicho número 5 del artículo 58 LRC y no se tomó la molestia de adecuar los concomitantes. La Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, tampoco tuvo la gentileza de implantar los buenos propósito de su Preámbulo, que intentó «de manera clara una decidida apuesta por la figura del Letrado de la

Igualmente cabría señalarlo en el tercer apartado:

«El procedimiento finalizará con una resolución en la que se autorice o deniegue la celebración del matrimonio. **En el primer caso, constará la elección acerca del régimen económico.** La denegación deberá ser motivada y expresar, en su caso, con claridad la falta de capacidad o el impedimento en el que se funda la denegación».

Como también al inicio del número 5:

«El Letrado de la Administración de Justicia, Notario o Encargado del Registro Civil oír a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de su capacidad y de la inexistencia de cualquier impedimento, **además de averiguar su voluntad acerca del régimen económico**».

Por curioso que parezca, el número sexto quedaría incólume, porque ya contiene la circunstancia de modo expreso, por lo que se adviera la sencillez y adecuación de la reforma que propugnamos:

«Realizadas las anteriores diligencias, el Secretario Judicial (*sic*), Notario o Encargado del Registro Civil que haya intervenido finalizará el acta o dictará resolución haciendo constar la concurrencia o no en los contrayentes de los requisitos necesarios para contraer matrimonio, así como la determinación del régimen económico matrimonial que resulte aplicable y, en su caso, la vecindad civil de los contrayentes, entregando copia a éstos. La actuación o resolución deberá ser motivada y expresar, en su caso, con claridad la falta de capacidad o el impedimento que concurra».

En el supuesto de que se realice mediante acta por el Notario en virtud de sus nuevas competencias, será del todo simple instruir a los futuros contrayentes en el tema y requerirles que tomen decisiones al respecto. Análogo sucede con la competencia del Letrado de la Administración de Justicia o el Encargado del Registro Civil en el expediente. Habida cuenta que supone un episodio dentro del acta o expediente, junto con el plázet para celebrar se dejará constancia del hecho. No exige distinto acto independiente, según exponemos en adelante.

Sucede, sin embargo, que numerosos matrimonios se causan en España sin acta o expediente civil previo. El supuesto tiene una doble vertiente, según hubiera debido colmarse, lo que se realiza después de la celebración (como en las formas religiosas

Administración de Justicia como Encargado, al tratarse de un cuerpo superior jurídico de dilatada experiencia en este campo». Luego no asombra que siga citando como Centro directivo a «la Dirección General de los Registros y del Notariado», cuando es la «Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública» según el artículo 2.1.A).1º.c del Real Decreto 139/2020, de 28 de enero.

acatólicas); o en el caso del matrimonio canónico, que no lo precisa. En su primer modelo, al realizarse acta o expediente *a posteriori* debería incluirse la circunstancia de la elección del régimen económico, como se ha visto. En efecto, pudiera expresarse la opción del régimen económico en el ámbito del artículo 65 CC:

«En los casos en que el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente o acta previa, si éste fuera necesario, el Secretario judicial, Notario, o el funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil que lo haya celebrado, antes de realizar las actuaciones que procedan para su inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su validez **y la elección del régimen económico**, mediante la tramitación del acta o expediente al que se refiere este artículo».

Por cuanto sucede con el matrimonio confesional católico, resulta su propio expediente apto cuando se contraiga según dicho modelo. En tales hipótesis, el enlace debe acceder al Registro Civil de manera obligatoria para el pleno reconocimiento de sus efectos civiles (cfr. art. 61, párr. 2, CC). No hay obstáculo de ninguna especie para que adopten entonces el régimen económico que consideren oportuno en dicho trámite, sobre la base del elenco de «las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil» (art. 63, párr. 1, *in fine*, CC).

El asiento tabular así ganaría certeza jurídica frente a terceros, en consonancia con la esencia del mecanismo (cfr. art. 61, párr. 3, CC). Además, consolidando el tenor del artículo 1333 CC, tantas veces resuelto en vacío por la falta de una voluntad expresa de los cónyuges ahora reforzada. Creemos más oportuno incluir en su contenido estas nuevas opciones, de manera que mejor quedaría:

«En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención a los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que determinen o modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria».

En suma, proponemos la reforma del artículo 1315 CC, cuyo tenor sería:

«El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen **en el acta o expediente civil previo a la celebración del matrimonio, en el acto de su inscripción en el Registro Civil** o en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código».

Podría objetarse, con todo, que caben matrimonios fuera del sistema registral y que producen efectos civiles de suyo, aunque sin pleno reconocimiento. Para estos casos, tal vez resulte lo más prudente asignar el régimen económico que menos sorpresas pueda

producir y cuya gestión ordinaria no implique concurrencia de los cónyuges, como es el de separación de bienes. Por consiguiente, con carácter residual recomendamos la siguiente reforma del artículo 1316 CC: «A falta de **voluntad válidamente expresada**, el régimen será el de **separación de bienes**».

Toda vez que se abren los mecanismos para fortalecer el establecimiento *ex voluntate* del régimen económico del matrimonio, conviene consolidar sus seguridades. Luego las garantías suplementarias que aporta el modelo de las capitulaciones matrimoniales – escritura pública– se mantienen preferentemente para el cambio que los cónyuges quieran introducir en el régimen de inicio escogido. A tal propósito, el artículo 1317 CC quedaría de la siguiente manera:

«La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio **por medio de capitulaciones matrimoniales** no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros».

Según es lógico, el instrumento conservará su contenido en materias anejas (cfr. art. 1315, *in fine*, CC): los pactos especiales sobre «la gestión y disposiciones de los bienes gananciales» (art. 1375 CC), incluyendo los bienes privativos «especialmente afectados a las cargas del matrimonio» (art. 103.5 CC), las mejoras y su promesa allí establecidas (cfr. arts. 827 y 826 CC), donaciones matrimoniales de bienes futuros (cfr. art. 1341 CC), etc.

Como es natural, deberían en justa correspondencia reformarse algunos preceptos suplementarios para conseguir un modelo coherente con el nuevo principio de *sola voluntas*. Así, el artículo 1345 CC quedaría: «La sociedad de gananciales empezará al tiempo de pactarse **de inicio o** en capitulaciones»; y el artículo 1435.2 CC: «Cuando los cónyuges **no** hubieren pactado **distinto régimen**».

Por último, bien cabría igualmente proceder a la reclamada derogación de los artículos 1329 y 1338 CC. Ya no hay, desde la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, «menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse» por cuanto se autoriza para contraer ahora solo a los emancipados (cfr. art. 46.1 CC)⁴¹.

En suma, entendemos que la posible aprobación del necesario Reglamento del Registro Civil ofrecerá múltiples posibilidades para fortalecer esta propuesta y darle su oportuno marchamo normativo *ad hoc*. Ello aparte, nuestra idea, en cuanto atañe a los

⁴¹ Cfr., por extenso DURÁN RIVACOBBA, Ramón y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Aurora, «Edad, emancipación y matrimonio (con arreglo a la reforma por Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 2015)», *Actualidad Civil*, 2016, 1, pp. 28 y ss.

expedientes civiles o acta previos a la celebración y constancia en el Registro Civil afectarán igualmente a los Derechos civiles forales o especiales, que deben contemplar *ex novo*, junto a las capitulaciones, el origen del régimen económico del matrimonio según este modelo, que cifra en el consentimiento por necesidad su exacta determinación

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho Civil, IV: Derecho de Familia*, 11ª ed., Edisofer, Madrid, 2013.

ARRÉBOLA BLANCO, Adrián, «Las cargas del matrimonio: un concepto jurídico (in)determinado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 794, 2022, pp. 2981 y ss.

ALEJÁNDREZ PEÑA, Pedro, «Artículo 1324», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, 1ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1458 y ss.

ARROYO I AMAYUELAS, Esther, «Artículo 1441», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, 1ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1577 y ss.

CARBAJO GONZÁLEZ, Julio F., «La compensación por el trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes del Código Civil», en AA.VV., *Cuestiones jurídicas relevantes de la economía conyugal*, editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 145 y ss.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, «Artículo 1316 CC», en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1495.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, IV.1: Derecho de Familia*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.

D'Ors PÉREZ-PEIX, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona, 1983.

DURÁN RIVACOBIA, Ramón y DEL CARPIO FIESTAS, Verónica, «“Causante”, que no “causahabiente”. (A propósito de un error garrafal en el nuevo artículo 914 bis del Código Civil)», *Diario La Ley*, n.º 9992, Sección Tribuna, 19 de enero de 2022, pp. 1 y ss.

DURÁN RIVACOBBA, Ramón y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Aurora, «Edad, emancipación y matrimonio (con arreglo a la reforma por Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 2015)», *Actualidad Civil*, 2016, 1, pp. 28 y ss.

DURÁN RIVACOBBA, Ramón, «El acto atributivo de ganancialidad», en AA.VV., *Cuestiones jurídicas relevantes de la economía conyugal*, editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 17 y ss.

—«Derecho Civil, reforma estatutaria y territorialidad», en AA.VV., *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, I, editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 69 y ss.

—«Cuestiones de aplicabilidad del Derecho de familia de Cataluña», *Ius Fugit*, n.º 16, 2009-2010, monográfico “*Derechos Históricos y fórmulas de autonomía*”, 2011, pp. 145 y ss.

—«Igualdad jurídica, orden público y el fraude a la ley en los conflictos interregionales», *Poder Judicial*, n.º 35, 1994, pp. 67 y ss.

—*Derecho Interregional*, editorial Dykinson, Madrid, 1996.

EGÚSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, «Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/ 2003, de 23 de abril de 2013», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, n.º 5 (septiembre), 2013, pp. 75 y ss.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, «Artículo 1344», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, 1^a ed., Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1480 y ss.

—«Artículo 1375», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, 1^a ed., Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1515 y ss.

HERRERO GARCÍA, María J., «Artículo 1316 CC», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 575.

LACRUZ BERDEJO, José L., SANCHO REBULLIDA, Francisco de A., et al., *Elementos de Derecho Civil*, IV.1: *Derecho de familia*, Bosch, Barcelona, 1990.

MENÉNDEZ MATO, Juan C., «Algunas consideraciones sobre los principios informadores del régimen de separación de bienes», en AA.VV., *Materials de les Vuitenes Jornades de Dret Catalá a Tossa 1994*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 547 y ss.

—«Disfunciones derivadas de la coexistencia de distintos regímenes jurídicos sobre uniones de hecho en el territorio español», en AA.VV., *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI. XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Madrid, 2004, pp. 1 y ss.

MONTÉS PENADÉS, Vicente L., «Artículo 1441 CC», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 876 y ss.

—«Artículo 1442 CC», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 881 y ss.

MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Artículo 1413 CC», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 810 y ss.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «Artículo 1344 CC», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 632 y ss.

RUBIO TORRANO, Enrique, «Parejas estables y matrimonio», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 9/2000 [BIB 2000\565].

Fecha de recepción: 27.04.2023

Fecha de aceptación: 03.09.2023