

# La responsabilidad de los gananciales por precio aplazado, la libertad de pacto en capitulaciones y otras controversias

TOMAS GIMENEZ DUART

Notario

A primeros de 1982 publiqué, en ésta y otras revistas, algunos trabajos sobre la reforma de la sociedad de gananciales (1). Tales estudios, inicialmente elaborados como comentarios destinados a opositores a Notarías, no pretendieron ser más que un principio de divulgación de la reforma, de ahí su concisión innegable. Prueba de ello es que una sola línea en aquéllos, a propósito del artículo 1.375, será aquí objeto de un amplio tratamiento, o que un comentario de media página escasa al artículo 1.378 ha dado lugar a una monografía específica (2). Desde esta perspectiva creo que los trabajos cumplieron la labor de divulgación propuesta. Obtuvieron, por lo demás, una acogida normal por parte de la doctrina: a unos gustaron más, a otros menos y otros los ignoraron, bien por no conocerlos, bien por conocerlos y no valorarlos. Pero todos dentro de los límites del debido respeto y fieles al principio de veracidad en la cita.

Bueno, no todos. Hubo un autor que, sea por un estudio precipitado o por trabajar en base a resúmenes ajenos mal elaborados, me obsequió con unos desafortunados comentarios a propósito de dos de tales escritos: los publicados en esta misma revista y en la de Derecho Privado (3). Es tal la inexactitud

---

(1) *La gestión de la comunidad de gananciales*, Anuario de Derecho Civil, 1982, págs. 571 y ss.; *Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 548, 1982, páginas 117 y ss.; *La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981*, Revista de Derecho Notarial, CXIII-CXIV, 1981, páginas 73 y ss.; *Cargas y obligaciones del matrimonio*, Revista de Derecho Privado, junio 1982, págs. 542 y ss.; *El artículo 1.320 del Código Civil ¿es aplicable en Cataluña?*, Revista Jurídica de Cataluña, T. I de 1982, págs. 193 y ss.

(2) Me refiero al estudio sobre «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge», de próxima publicación en Anales de la Academia Matritense del Notariado.

(3) Vide DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XXV, Vol. 2.º, particularmente págs. 244, 298, 369, 372 y 387.

en las citas que la réplica se hace de todo punto obligada, sin perjuicio de ser todo lo respetuosa que los límites de la legítima defensa justifican (4).

## I. LAS CARGAS DERIVADAS DEL NEGOCIO, PROFESION, ARTE U OFICIO

Según el número 4.º del artículo 1.362 C. c. son carga de la sociedad de gananciales, esto es, responsabilidad definitiva del consorcio, los gastos que se originen por «la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge». Comenta DE LOS MOZOS que la cuestión del ámbito del precepto es tan evidente que no requeriría razonamiento alguno pero... dado que alguien (un servidor) ha manifestado... que la norma no tiene sentido más que para los negocios comunes... no hay más remedio que razonarlo». Acto seguido dedica dos páginas largas a «explicarme» el precepto (5).

Mas, ¿cuándo he dicho lo que se me imputa? Veamos «todo» lo que en su día escribí a este respecto: «En lo relativo al número 4.º (del art. 1.362) hay que relacionarlo con el número 8.º del artículo 1.346, porque, si según éste no son comunes sino privativos los instrumentos necesarios para el desempeño de la profesión u oficio, no es lógico que los gastos originados por su adquisición sean a cargo del consorcio, por lo que, aunque tales adquisiciones entren en el concepto de gastos ordinarios de explotación o del oficio, no

---

(4) Tal como resulta del texto, la presente réplica se limita aquellos casos en los que, sin justificación alguna, he sido malinterpretado. Quiero constatar que en otros varios puntos, aunque no replique, continúo manteniendo las posturas que en su momento defendí: así, pensando que el artículo 1.362-1.º debe relacionarse con el artículo 1.319; que la interpretación lógica del artículo 1.366 exige entender que «la excepción por *dolo o culpa grave se refiere al cargo*, esto es, al aspecto interno, mas no a la responsabilidad o garantía de terceros»; continúo opinando no es del todo correcta la expresión «mitad» que utiliza el artículo 1.379, afirmación que, desde luego, no constituye ninguna originalidad por mi parte, aunque moleste a alguno por entender que la expresión legal es válida «por castiza»; por supuesto insisto en que la donación de cosa ganancial hecha por un sólo cónyuge es sanable «a posteriori» por el consorte, sin que se oponga a ello la literalidad ni el espíritu del artículo 1.378, me remito a este respecto al estudio monográfico antes dicho; igualmente sigo creyendo, respecto del artículo 1.382, que el cónyuge puede no sólo tomar como anticipo numerario ganancial del que tiene a su disposición, sino «también reclamar a su consorte parte del que él guarde», pues no parece lógico que la mujer del boyante profesional, licenciada en paro o propietaria rústica, no pueda exigir de aquél los fondos necesarios para un cursillo de perfeccionamiento profesional o para no dejar incultas sus fincas. En definitiva, quede claro que no porque me limite a contestar unos puntos concretos me allano en los restantes. Simplemente en éstos la discrepancia es correcta y la acepto, mientras en aquéllos la improcedencia en la forma es tal que no deja otra alternativa que la réplica.

(5) Op. cit., págs. 261 y siguientes.

serán de cargo sino, en todo caso, responsabilidad de la comunidad» (6).

¿Se deduce de lo transcrito que ya haya defendido que la norma no tiene sentido más que para los negocios comunes? Precisamente todo lo contrario, como lo demuestra la alusión que hice al artículo 1.346-8.º y al carácter privativo de la adquisición, puesto que si la explotación fuera común la adquisición también lo sería y, obviamente, constituiría carga del consorcio. Así, por ej., lo ha entendido TORRALBA sin ninguna duda (7). El precepto pues es bastante claro en su aplicación al negocio privativo, no obstante conviene nos detengamos brevemente en el mismo.

A) *El negocio*.—Los gastos de explotación regular del negocio son a cargo del consorcio, pero ello no significa que sólo sean «cargo» los gastos ordinarios, es decir, no es válida la asimilación que efectúa DE LOS MOZOS entre «explotación regular» y «expensa ordinaria». Aquí el término regular tiene un sentido más económico que jurídico, de modo que explotación regular se contrapone a explotación irregular, pues el adjetivo no viene referido al gasto, sino a la explotación en sí, «al modo de llevarla». Por ello dicho término no equivale necesariamente a administración ordinaria, sino a la administración necesaria en orden a la adecuada producción, aunque ello pueda dar lugar a algún desembolso extraordinario. Así, por ejemplo, la entrada de España en la C. E. E. obliga a gastos extraordinarios de adaptación a la nueva coyuntura, cuyas expensas, pese a lo extraordinario, deben entenderse incluidas en el espíritu del artículo que examinamos.

B) *La profesión, arte u oficio*.—Según DE LOS MOZOS también en este caso sólo los gastos ordinarios son a cargo del consorcio. En cambio, para mí *todos los gastos* del profesional o del artista son a cargo de la comunidad, sean ordinarios o extraordinarios; salvo, como observa TORRALBA, el caso extremo de gastos claramente desproporcionados con el presumible montante de los ingresos (7 bis). Repárese en que el Código refiere el término regular al negocio, que puede tener un contenido económico privativo, mas no al oficio (pintor, médico, trapecionista) del que difícilmente se podrá predicar el adjetivo ganancial o privativo.

(6) Op. cit., en Rev. D.º Pr., pág. 543.

(7) TORRALBA SORIANO y otros, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Ed. Tecnos, 1984, Vol. 2.º, pág. 1669.

(7 bis) Precisamente éste es el sentido que hay que atribuir al término «ordinario» en el artículo 1.365-2.º, a propósito de la responsabilidad «provisional» o frente a terceros. Obsérvese que el precepto no habla de gastos ordinarios de la profesión, sino de «ejercicio ordinario», lo que puede implicar ciertas expensas extraordinarias, para establecerse por ejemplo. Ejercicio ordinario significa «ejercicio normal», lo que puede dar lugar a algunos gastos extraordinarios. A ejercicio ordinario no se contrapone ejercicio extraordinario (¿), sino ejercicio anormal o irregular de la actividad profesional o del oficio.

Los profesionales comprenderán fácilmente cuanto se dice. Según un sector de la doctrina no son a cargo de la comunidad las expensas extraordinarias del ejercicio profesional, «no se incluirán, por tanto, los gastos de establecimiento» (8). Ello significa que cuando un médico monta consulta o un abogado despacho o un notario concursa desde Bermeo a Sevilla, los gastos de instalación o traslado son a su exclusivo cargo. Lo mismo que si deciden pintar, enmoquetar o hacer reformas en el despacho, a poco que se restrinja el término «gasto ordinario». La solución no es en absoluto lógica y puedo asegurar no es la comunis opinio entre los profesionales.

Por el contrario, lo más razonable y, a mayor abundamiento, lo más ajustado al texto del precepto, es estimar que todos los gastos del profesional son gastos del consorcio. Salvo que tales gastos generen un incremento en el patrimonio privativo del profesional, por ejemplo, mejoras en un local de titularidad privativa (en cuyo caso habrá que deducir del cargo ganancial el incremento de valor experimentado por el bien privativo) o adquisiciones de bienes necesarios para la actividad que, por tal motivo, tengan la consideración de privativos. De ahí el comentario en la «Revista de Derecho Privado», tan breve y tan mal interpretado: si el artículo 1.346-8.º dice que los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión son privativos, también, «*en este caso concreto*», el gasto habrá de serlo, en tanto en cuanto los instrumentos no hayan sido consumidos en el ejercicio de la actividad, o lo que es igual, en la misma cuantía en la que hayan determinado un incremento en el patrimonio privativo del profesional al tiempo de la liquidación. ¿Se deduce de cuanto antecede que el párrafo que nos ha ocupado sólo se refiere a negocios comunes? Mas, sigamos.

## II. LA AFECCION DE LOS GANANCIALES EN EL CASO DE SEPARACION DE HECHO

Según el artículo 1.368 C. c. «también responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales». Defendí que el sentido de este precepto no puede ser otro que el de reforzar la posición del cónyuge separado de hecho que continúa al cuidado del hogar y de los hijos; que el artículo 1.368 no está excepcionando la regla general del artículo 1.365, no supone una mayor afección de los bienes, sino un dotar de «credibilidad en el tráfico», respecto de los gastos familiares, al cónyuge cuya especial situación podría dar

---

((8) DE LOS MOZOS, Op. cit., pág. 263.

lugar a dudas en lo relativo a la facultad de afectar a los gananciales; que se trata de una norma de evidente alcance práctico dirigida, por ejemplo, al proveedor de la familia o al director del colegio de los hijos para que sepan, sin lugar a dudas, que, aun estando los cónyuges físicamente separados, el consorcio sigue respondiendo de las obligaciones «familiares» contraídas por uno solo, y concluía afirmando que «no es una norma excepcional, sino especial... que sólo pretende disipar cualquier duda respecto de la solvencia del cónyuge que continúa al frente de la familia y de los hijos...» (9).

Mas, llega un autor y, sin aportar prácticamente una sola idea original, anatemiza en nota a pie de página: «Carácter, extensión y efectos del precepto que no ha sido bien comprendida por algunos prácticos, es el caso de T. Giménez Duart». Aparte de lo que de despectivo pueda tener el calificativo *práctico* (a menos que pretenda oponerse a quien por «teórico» está en las nubes) lo cierto es que resulta inadmisibile coincidir con un autor hasta en el sistema de exposición, al tiempo que gratuitamente se le descalifica y, en el colmo del despropósito, apropiarse de la conclusión ajena al afirmar que «se trata, en fin, de una norma especial no de una norma excepcional, en cuanto a la concreción de responsabilidad» (10). Luego, aunque el práctico no ha entendido nada, la conclusión interpretativa correcta es la suya.

### III. LA RESPONSABILIDAD POR PRECIO APLAZADO EN LAS COMPRAS POR UNO SOLO DE LOS CONYUGES

Si hay un precepto confuso tras la reforma de 1981, en sede de cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, es el artículo 1.370, a cuyo tenor: «Por el precio aplazado del bien ganancial adquirido por un cónyuge sin el consentimiento del otro responderá siempre el bien adquirido, sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código». ¿Cuáles son esos *otros bienes* que también responden con arreglo a las normas del propio Código?

Para DE LOS MOZOS está muy claro que la responsabilidad «no puede ser otra que la que establece el artículo 1.369, es decir, se trata de la responsabilidad indistinta de los bienes privativos del cónyuge comprador y de los demás bienes gananciales, sin necesidad de retorcer el argumento y de tratar de distinguir situaciones por las que se pueda hablar de una graduación de responsabilidad, lo que no es más que un puro artificio armonístico... es el caso de T. Giménez Duart, op. cit., en «Revista de Derecho Privado», 1982, pág. 546» (11). Obviamente no se molesta en argumentar la tesis para no incurrir en «artificios armonísticos».

(9) Op. cit., en Rev. D.º Pr., pág. 551.

(10) DE LOS MOZOS, op. cit., págs. 306 y 307.

(11) DE LOS MOZOS, op. cit., pág. 319.

Mas ha querido el destino que precepto tan diáfano haya sido interpretado de forma diferente por la casi totalidad de los autores, así LACRUZ, DIEZ PICAZO-GULLON, ALBALADEJO, TORRALBA, BLANQUER, AVILA ALVAREZ, MATA, CAMARA, etc., no admiten la afección inicial de la totalidad de los bienes gananciales (12), de forma que, paradójicamente, la hasta hoy «nuestra tesis» no tiene más argumentación a favor que la por mí suministrada en el aludido trabajo. Porque en él no distinguía a propósito del artículo 1.370 «situaciones» (de nuevo la cita inexacta), sino tres posibles «interpretaciones», a saber:

a) De responsabilidad *mínima*, con arreglo a cuya interpretación sólo respondería el bien comprado y el patrimonio del cónyuge que lo ha adquirido: es la actual tesis de LACRUZ y de la inmensa mayoría de los autores (13).

b) De responsabilidad *media*, interpretación según la cual a

---

(12) LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, págs. 436 y 385; DIEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, pág. 245; ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV, pág. 173; TORRALBA, *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, Ed. Tecnos, Vol. 2.º, págs. 1720 y ss.; BLANQUER, *La idea de comunidad en la sociedad de gananciales*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XXV, págs. 132 y ss.; AVILA ALVAREZ, *El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario número 547, pág. 1399; MATA PALLARÉS, *Deuda y responsabilidad en la contratación por persona casada*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XXV, págs. 348 y 349. DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La autonomía patrimonial en el actual derecho español sobre la familia*, Separata del Boletín del Colegio Notarial de Granada, mayo 1986, p. 82 y 115. Transcribiré parcialmente la opinión de LACRUZ a este respecto: El artículo 1.370, dice, «pone de relieve la notable especialidad de esta adquisición forzosa del consorte, pues, como dice Schlesinger, la relación jurídico-negocial surgida entre el cónyuge comprador y el tercero vendedor no pasa a la comunidad ni en lo referente a sus perfiles pasivos (por ejemplo, la obligación de pagar el precio de lo adquirido: véase, con todo, art. 1.370) ni en cuanto concierne a sus aspectos activos (acciones de responsabilidad, nulidad o resolución frente al enajenante)... De lo dicho se deduce la necesidad de distinguir entre la eficacia obligacional de la operación y su incidencia real definitiva. La compra es válida y eficaz, y por tanto el objeto adquirido ingresa de momento en el acervo común... el bien comprado por un cónyuge y pagado con numerario cuya procedencia no demuestra, es ganancial porque no puede ser privativo. Mas la cuestión tiene un segundo aspecto. La adquisición, cuando es definitivamente ganancial, su pone un destino unilateral de fondos comunes que no podía realizar el comprador sin el asentimiento de su consorte. El adquirente ha operado con validez «erga omnes», pero puede haber realizado una compra ruinosa o meramente innecesaria ... Todo ello es una cuestión a ventilar entre la pareja, pudiendo pedir el no comprador la restitución de los fondos al consorcio por el adquirente y que éste se quede con el bien adquirido como privativo suyo... Realizada la adquisición por uno solo de los cónyuges, cualquiera que sea la condición del bien adquirido la masa consorcial no responde del pago del precio, salvo el propio bien en cuestión...».

(13) No se olvide que «el patrimonio» de un cónyuge viene formado por sus bienes privativos y su participación ganancial, que también podrá ser agredida vía artículo 1.373.

los anteriores bienes se sumarían los comprendidos en el artículo 1.384: es la tesis que sostuvo LACRUZ anteriormente (14).

c) De responsabilidad *máxima*, interpretación que defendí y con arreglo a la cual deben responder «todos los gananciales», aparte de los bienes propios del cónyuge adquirente y el mismo bien adquirido. En el mismo trabajo expuse, cinco argumentos en favor de esta tesis que se hayan a disposición del lector en el lugar y páginas antes citados. Me limitaré a reiterar aquí aquél que para mí es más evidente: si del artículo 1.362-2.º se deduce que el gasto de adquisición de un bien común es responsabilidad «definitiva» de la sociedad, la responsabilidad «provisional» también ha de ser de la comunidad; y añadía que «sólo en los casos excepcionales en que la adquisición se haya hecho en beneficio exclusivo del adquirente será dudosa la responsabilidad primaria de los gananciales», párrafo este que también provoca ciertas iras, al no alcanzarse a comprender cómo una cuestión inter-cónyuges puede compaginarse con una regla de responsabilidad y llegar a afectar a terceros. Me detendré pues en este extremo.

Tras la reforma de 1981 el respeto del Código a la persona, a la individualidad y autonomía de cada uno de los cónyuges es muy superior al existente bajo el régimen anterior. En sede activo GARRIDO CERDA ha llegado a apuntar que hoy, más que de titularidad ganancial o privativa, cabe hablar de bienes de la titularidad de la mujer o del marido «de carácter ganancial o privativo» (15). Aunque no esté de acuerdo con las conclusiones que

(14) LACRUZ, *la reforma del Derecho de Familia del Código Civil español*, págs. 45 y 46.

(15) GARRIDO CERDA, *Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro*, A.A.M.M., Tomo XXV, págs. 143 y ss. Para este autor «en el régimen de gananciales la titularidad de los bienes pertenece a los cónyuges, individual o conjuntamente en proindivisión, según quien haya sido el que los ha aportado al consorcio conyugal ... la cotitularidad, o mejor, la comunidad ha perdido aquel sentido jurídico que parecía atribuirle el artículo 1.344 del Proyecto del Gobierno, y se ha extrapolado hacia un terreno puramente económico».—No coincido con la tesis brillantemente expuesta por GARRIDO recogiendo aires de la ponencia sobre la Reforma celebrada en 1981 en la Academia Matritense del Notariado. Y no coincido porque el actual artículo 1.344, al apartarse en su redacción definitiva del Proyecto del Gobierno, no hace más que seguir las pautas del legislador de 1889, que ya en el antiguo artículo 1.392 se expresaba en similares términos, pese a lo cual la inmensa mayoría de la doctrina rechazó la tesis de la comunidad de valores en pro de la tesis de la comunidad de bienes. Incluso tras la Reforma hay menos motivo que con anterioridad a ella para sustentar tal teoría, dada la redacción actual de los artículos 1.396 y ss. en orden a la liquidación del consorcio. De ser cierta la teoría de la comunidad de ganancias y no de bienes, la primera partida del activo debieran ser «todos los bienes de uno y otro cónyuge» y no sólo los gananciales; y la primera del pasivo el «patrimonio inicial» de ambos consortes. Precisamente antes de la Reforma gozaba de mayor apoyo legal la tesis del sentido no jurídico sino económico de la titularidad, dado que en la liquidación (arts. 1.418 y ss. derogados) se formaba un «totum revolutum» con los bienes del matrimonio y se procedía a restituir sucesivamente la dote, los parafernales, el capital del marido y «el sobrante», si lo había tras pagar a los acreedores, eran los gananciales. En cambio la nueva

el citado autor deriva de tal planteamiento, lo cierto es que en sede de pasivo sí cabe formular la cuestión en esos términos: hay deudas de la mujer y deudas del marido. Es decir, cuando marido o mujer contratan por sí solos vinculan, en principio, únicamente su patrimonio (constituido por los bienes privativos y la participación en los gananciales vía art. 1.373) porque ello constituye el principio general del artículo 1.911. Sólo cuando el otro cónyuge «entra» en el negocio jurídico la responsabilidad se extiende a todo o parte de su patrimonio. Tratándose de negocios de atribución patrimonial (compras y ventas), a todo si la entrada es «in obligatione», o sólo a «la parte» ganancial si la entrada se limita a ser «in attributione». Teniendo en cuenta que el otro cónyuge puede entrar en el negocio de atribución patrimonial de tres formas diferentes:

a) Co-contratando (entrada «in obligatione»), en cuyo caso la responsabilidad se extiende a todo su patrimonio ganancial y privativo por mor del artículo 1.911.

b) Asintiendo la atribución (entrada «in attributione»), en cuyo supuesto afecta sólo parte de su patrimonio: su participación ganancial, según resulta del artículo 1.367 proposición final. La diferencia estructural entre este caso y el anterior estriba en que en aquél el cónyuge ha consentido el negocio por entero, el título y el modo, el contrato y el desplazamiento del bien a la sociedad de gananciales, mientras que en este segundo caso el consentimiento se limita al modo, atribución o desplazamiento.

c) Aprovechando las ventajas del negocio concluido por el otro cónyuge (entrada tácita «in attributione»), en cuyo caso en base al principio recogido en el artículo 1.893 «quien aprovecha las ventajas será responsable de las obligaciones contraídas en su interés», compromete también la parte ganancial de su patrimonio.

Porque el «aprovechamiento de la ventaja» implica una ratificación tácita de la «gestión adquisitiva» del cónyuge comprador, y sabido es que la ratificación de la gestión (por parte del codestinatario de la atribución) produce los efectos del mandato expreso, según cabe deducir ex artículo 1.892. Ratificación que abarca no el entero negocio, no «todo el contrato de compraventa» celebrado «proprio nomine» por el cónyuge comprador, sino únicamente la atribución, el desplazamiento patrimonial de vendedor o consorcio. Pues quien expresa o tácitamente adquiere «para la comunidad» aun actuando «proprio nomine in obligatione» está actuando «proprio et alieno nomine in attributione».

redacción del Código debe alejar toda tentación de convertir la comunidad de gananciales en un pseudo-régimen de participación. La adquisición por un solo cónyuge determina la atribución de la *titularidad formal* a dicho consorte, con las consecuencias que de ello pueden derivarse (art. 1.384 principalmente), mas la *titularidad material*, con todos los poderes inherentes a ella, corresponde a uno y otro cónyuge.

En efecto, cuando un cónyuge compra para el consorcio lo indudable es que implica al otro consorte en la adquisición, pues, en el patrimonio de éste ingresa una participación del bien adquirido. No implica el cónyuge en el contrato, pero sí en las consecuencias del contrato, esto es, en la atribución. Luego, en el aspecto atributivo del negocio el comprador está actuando en interés propio y en interés ajeno (de su cónyuge) lo que expresa con la frase «adquiero para la sociedad de gananciales» u otra equivalente. Hay *contemplatio domini* (*dominus* o *condominus* en este caso es el cónyuge) no en el aspecto obligacional del negocio, pues sólo el comprador contrata, sino en el aspecto real: en la atribución (adquisición de nuestro caso) que efectúa para sí y para su cónyuge.

Pues bien, para los negocios de atribución patrimonial que nos ocupan, el Código responde escrupulosamente a esta lógica:

1) De los negocios concluidos por un solo cónyuge únicamente responde su patrimonio: artículo 1.373.

2) Salvo que el otro cónyuge consienta expresamente el negocio: artículo 1.911 (responsabilidad total) ó 1.367 in fine (responsabilidad circunscrita a los gananciales), según ese consentimiento implique un devenir «*dominus negotii*» o mero «*dominus attributionis*».

3) Y salvo, también, que el otro cónyuge, aun sin consentir expresamente, aproveche las ventajas del negocio, ratificando la atribución a la comunidad tácitamente: artículo 1.369.

En unos casos la ley presume el aprovechamiento, o mejor, califica objetivamente la ventaja para la familia y, por ende, para el otro cónyuge que así ve comprometida la parte ganancial de su patrimonio: tal sucede con los actos (no sólo negocios) ex artículo 1.365. E incluso, excepcionalmente, todo su patrimonio: artículo 1.319.

En cambio en otros casos resulta muy difícil dilucidar si la actuación del cónyuge es o no provechosa al consorcio. Tal sucede precisamente en el supuesto de compras por uno solo de los cónyuges y de ahí la ambigüedad del artículo 1.370.

Lo normal, lo habitual, será que el otro cónyuge asienta tácitamente la adquisición (*tacita ratihabitio attributionis*), no se oponga a la entrada del bien en la comunidad y aproveche sus ventajas, en cuyo caso la responsabilidad ganancial debe proclamarse por así resultar de la combinación de los artículos 1.369, 1.892 y 1.893 C. c. Insisto en que el «aprovechamiento» implica una ratificación tácita no del entero negocio (concluido por el comprador «proprio nomine» sino sólo de la atribución consecuencia de aquél. Si la ratificación de la gestión del comprador se refiriera a «todo el negocio», el cónyuge pasaría a ser «*pars obligationis*», respondiendo entonces con todo su patrimonio ex artículo 1.911.

Lo excepcional, en el sentido de inusual, consistirá en la no aceptación por parte del cónyuge del ingreso del bien en el consorcio, lo que provocará la entrada en juego del principio general en cuya virtud cada uno de los cónyuges responde de las obligaciones contraídas con su solo patrimonio, lo que determinará la exclusión de los gananciales *in genere*.

El problema se traslada entonces a si cabe reconocer a cada uno de los cónyuges la posibilidad de no aceptar la entrada en el consorcio de los bienes adquiridos por su consorte. La respuesta, a mi entender, debe ser positiva. Imaginemos al obrero en paro que compra para su exclusivo solaz una costosa motocicleta, o a su cónyuge que adquiere una carísima joya. Supongamos además que las compras son con precio aplazado, mediante la entrega de una mínima entrada que se satisface con fondos gananciales. Parece de lógica y de justicia permitir al cónyuge negar la ganancialidad de aquello que para nada le aprovecha y que, además, le empobrece.

Incluso encaja mucho mejor con el respeto a la individualidad y autonomía de los cónyuges y con el sistema general del Código, considerar que el cónyuge que no ha aprovechado la adquisición, no ha ratificado la atribución sólo aceptada «proprio et alieno nomine» por el cónyuge comprador. Hay que tener en cuenta que en la normalidad matrimonial hay un a modo de mandato tácito y recíproco entre cónyuges. Mandato tácito que incluso podría deducirse por vía de interpretación extensiva del artículo 1.439 C. c. que, como dice LACRUZ, es un precepto en sede de régimen de separación de bienes pero extensible a cualquier otro régimen. Cuando el mandatario (cónyuge comprador) actúa correctamente dentro de los límites del interés familiar, la adquisición aprovecha al consorte y el bien ingresa en el consorcio. Mas, cuando el cónyuge comprador se haya excedido, nada justifica que el bien adquirido ingrese fatal y automáticamente en el consorcio. En este caso el bien no será ganancial si el otro cónyuge no lo quiere. Consecuentemente el patrimonio ganancial queda exento de responsabilidad por un acto que para nada le atañe (15 bis).

Todo lo cual no implica una disminución de solvencia respecto del vendedor por puras cuestiones internas, sino una «no ampliación» que es algo muy diferente. Insistimos en que el principio general es que cada sujeto de derecho cuando actúa compromete sólo su patrimonio y esa es la garantía del vendedor; si además ese sujeto está casado en régimen ganancial y el bien ingresa normalmente en el consorcio, mejor para el vendedor que podrá,

---

(15 bis) Obsérvese que el artículo 1.370 habla de adquisición por un cónyuge de un bien ganancial *sin* el consentimiento del otro y no *contra* tal consentimiento, que es algo muy diferente. Del artículo 1.370 resulta que el bien ingresado por un consorte puede ser ganancial, aunque no conste expresamente la aceptación por el otro, más de ahí no se deriva que el bien haya de ser fatalmente ganancial si el otro razonablemente se opone, es decir, si un cónyuge actuó *contra* la opinión de su consorte.

según esta interpretación, agredir, caso de impago del precio, parte de los bienes «de otro»: la parte ganancial no correspondiente al cónyuge contratante.

Llegados a este punto quizás se tache de incoherente el partir del principio de la responsabilidad individual para sentar, en el caso que contempla el artículo 1.370, la regla de la responsabilidad compartida, al quedar afectos los gananciales in genere. Mas no hay en ello contradicción alguna. En sede de gananciales el principio de responsabilidad universal «única» del deudor se yuxtapone al de «quien aprovecha las ventajas debe estar a los inconvenientes», y la regla general es que la adquisición lo sea en provecho del consorcio, lo que determina la coincidencia de los dos «principios» dichos. De donde resulta la regla de «la afección de todos los gananciales salvo alegación razonable del otro cónyuge por ser la adquisición en provecho exclusivo del comprador».

Luego, mientras para la doctrina mayoritaria no responden los gananciales «salvo prueba del aprovechamiento», para mí «responden los gananciales salvo prueba del no aprovechamiento», porque la regla-pauta general de comportamiento es que las compras del marido aprovechan a la mujer y viceversa, lo que provoca la conjunción de los principios ex artículos 1.893 y 1.911 tantas veces dichos (16).

---

(16) De entre los defensores de la tesis mayoritaria cabe destacar al profesor Torralba por ser su postura la mejor fundamentada. Apoya este autor la exclusión inicial de los gananciales en las siguientes consideraciones:

a) El artículo 1.363 del Proyecto de 1978, a cuyo tenor: «Si uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro adquiere bienes con dinero ganancial que obre en su poder, según lo prevenido en el número 2.º del artículo 1.381. y una parte del precio queda aplazado, la obligación sólo podrá hacerse efectiva sobre los mismos bienes adquiridos, salvo ratificación expresa o tácita del cónyuge que no haya intervenido en la adquisición. Esto se entiende sin perjuicio de la responsabilidad personal del adquirente y de la aplicación, en su caso, del número 1.º del artículo anterior». Dicho número 1.º del artículo 1.362 preveía la responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones contraídas individualmente por uno de los cónyuges «cuando dimanaren de los actos realizados por cualquiera de los cónyuges relativos a cosas o servicios para atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y las circunstancias y posición de la misma».

Deriva Torralba de la diferente redacción del definitivo artículo 1.370 un cambio de criterio en orden a la inicial exclusión de los gananciales.

A mi entender, en cambio, sucede todo lo contrario. El artículo 1.363 del Proyecto de 1978 pone de relieve la importancia que para el legislador tuvo la aceptación tácita de la adquisición y el criterio del aprovechamiento. Y ello precisamente es lo que quiso significar el proyecto de 1979 al redactar el definitivo artículo 1.370 con la desafortunada fórmula «sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código». Si una de las reglas del Código es la derivada del artículo 1.893, esto es, la responsabilidad derivada de la ratificación tácita por aprovechamiento de ventajas, ¿por qué excluirla en este caso concreto?

b) Alega Torralba en segundo lugar la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado inmediatamente anterior a la reforma y fundamentalmente la resolución de 4 de mayo de 1978 respecto de las compras

Obsérvese, para concluir, que hasta aquí me he venido refiriendo exclusivamente a las compras efectuadas por un solo cónyuge «para» la comunidad, derivando de ahí la expresa, tácita o presunta «contemplatio domini (condomini en nuestro caso) attributionis». En la práctica notarial es muy frecuente redactar las escrituras en los siguientes términos: «Ticio vende a Cayo que

por mujer casada con precio aplazado. Dicha resolución, como no podía ser menos, declaró válidas dichas compras, si bien la responsabilidad por precio la redujo a los bienes parafernales y al propio bien adquirido. Precepto central de toda la argumentación vino a ser el antiguo artículo 1.416 que exigía el consentimiento del marido para la afección de los gananciales.

De allí deduce Torralba que el artículo 1.370 responde al planteamiento de la D.G.R.N. y doctrina dominante al tiempo en que la reforma se iba fraguando, en orden a la no sujeción de los gananciales por obligaciones contraídas por un solo cónyuge: la mujer en el período de vigencia de la reforma de 1975 y cualquiera de los consortes tras la reforma de 1981.

Mas, esta misma resolución contiene otra afirmación que constituye el quicio de la cuestión que nos ocupa. En efecto, afirma en el 5.º considerando que, por aplicación supletoria del artículo 1.698-2, «la sociedad no queda obligada respecto de terceros por los actos que haya realizado un socio no gestor, *salvo cuando dichos actos hayan redundado en provecho de ella*, de donde se deduce que los actos realizados por el cónyuge no administrador producirán todos sus efectos en cuanto a su autor, y de su cumplimiento responderá su patrimonio privativo y no el de la Sociedad de gananciales, *salvo que ésta se hubiera aprovechado*».

Y, ¿acaso no constituye aprovechamiento el no poner objeción al ingreso del bien en el consorcio? ¿Acaso en la inmensa mayoría de los supuestos la adquisición por un cónyuge no es tácitamente aprobada por el consorte? ¿Por qué entonces en sede de responsabilidad interpretar el artículo 1.370 a contrario?

c) Alega en tercer lugar Torralba el carácter fatalmente ganancial que tendrá el bien adquirido por un solo cónyuge si no llega a demostrarse que el desembolso inicial es privativo, lo que podría llevar, de interpretar ampliamente el artículo 1370, a una afección excesiva de los gananciales que incluso podrían llegar a ser totalmente absorbidos.

Tampoco coincide con esta apreciación en tanto he defendido que el cónyuge no comprador puede oponerse al ingreso del bien en el consorcio limitando con ello la afección de los gananciales «in genere». Incluso creo mucho más justo recabar una especial diligencia en el consorte del comprador que hacer sufrir las consecuencias al vendedor quien se vería privado, en orden al cobro del precio aplazado, incluso de los frutos generados por el propio bien y ya percibidos.

d) El gran argumento en favor de la tesis mayoritaria, perfectamente enunciado por Torralba, lo constituye el artículo 1.367 en tanto exige, para que los gananciales queden afectos, que la obligación haya sido contraída por ambos cónyuges o «por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro». En consecuencia, argumenta Torralba« hay que entender que el cónyuge que no ha intervenido en la adquisición no necesita realizar ningún acto formal de oposición a la misma para evitar la vinculación de los bienes gananciales; tal vinculación no se producirá mientras el referido cónyuge no manifieste *expresamente* su consentimiento a tal adquisición».

El argumento hay que reconocer que impresiona, en tanto del artículo 1.367 parece deducirse que la vinculación de los gananciales exige siempre el consentimiento expreso del cónyuge del no contratante, careciendo de valor a este respecto el consentimiento tácito.

Pero, si damos un paso más, habremos de preguntarnos por qué el Código deroga en este punto la norma del artículo 1.893, exclusión tanto más absurda

*compra y adquiere...*» en una clara alusión a las figuras de título y modo. Adaptando este esquema a nuestro caso, podríamos decir:

a) Hay «expresa contemplatio domini attributionis» si «Ticio vende a Cayo que *compra por sí y adquiere para sí y para su cónyuge* con carácter ganancial».

b) Hay «tacita contemplatio domini attributionis» si «Ticio vende a Cayo que *compra y adquiere para su sociedad de gananciales*» o «con carácter ganancial», fórmula en la cual el verbo *comprar* viene referido a Cayo y el verbo *adquirir* a la comunidad

cuando el artículo 1.370 se remite a las reglas generales del Código y no a las de esta sección únicamente.

Planteada la cuestión en estos términos, habremos de llegar necesariamente a la conclusión de que el artículo 1.367 es un precepto de carácter general, referido tanto a las obligaciones de carácter común como a las inicialmente particulares, queriendo significar que incluso en éstas, si son expresamente consentidas, responden los gananciales. El Código no está restando valor al consentimiento tácito cuando se trata de asuntos comunes, sino exigiendo consentimiento expreso cuando se trata de asuntos ajenos al cónyuge que consiente, esto es, privativos del contratante. *El artículo 1.367 no significa que no valga el consentimiento tácito, sino que el consentimiento expreso vale siempre, se trate de asuntos privativos o gananciales.* El Código está diciendo al tercero que contrata con uno de los cónyuges que hay dos casos en los que responden indubitablemente los gananciales: Cuando se trata de asuntos de interés común (art. 1.365) y cuando cuenta con el consentimiento expreso del otro consorte (art. 1.367), con independencia, en este caso, de que el asunto sea en provecho del consorcio o de uno solo de los cónyuges.

Circunscribiéndonos a las compras, el artículo 1.367 nos está diciendo que aunque la adquisición sea privativa (compra, por ejemplo, en ejercicio de un derecho de retracto de carácter privativo), si el contrato concluido por el cónyuge comprador es expresamente consentido (suscrito, podríamos decir) por el consorte, los gananciales responden. Sin perjuicio, desde luego, de los reintegros en la relación interna. Solución totalmente lógica en tanto el consentimiento en estos casos tiene una clara función de garantía.

Pero de ahí no puede deducirse con carácter general la carencia de valor del consentimiento tácito, cuando afecta a asuntos o intereses claramente consorciales. Porque una cosa es que la garantía haya de ser expresa y otra muy distinta que el artículo 1.893 no actúe en sede de gananciales.

e) Alega finalmente Torralba que con la interpretación que propongo el artículo 1.370 deviene inútil, pues hubiera bastado con incluir en el artículo 1.365 la adquisición de gananciales.

Ello sería así si el consorcio respondiera «siempre» de las adquisiciones por un cónyuge de bienes inicialmente calificados de gananciales. Pero tal es la postura de De los Mozos, mas no la mía. Precisamente la discrepancia con este autor deriva del hecho de que para tal el artículo 1.370 es un precepto «abierto», en tanto hace depender la afección o no del patrimonio consorcial de la ratificación o no de la ganancialidad del bien inicialmente adquirido por uno de los cónyuges con tal carácter.

Es con las interpretaciones dominantes cuando el artículo 1.370 carece de utilidad y de sentido. De utilidad porque, evidentemente, el patrimonio del comprador (art. 1.911) y el propio bien comprado (art. 1.124) nunca puede haber duda de que responden. De sentido, porque no se comprende el ambiguo inciso final del precepto que nos ocupa, con lo sencillo que hubiera sido decir «sin perjuicio de la responsabilidad de los bienes del adquirente». Parece más lógico entender que tras la ambigua redacción legal se esconde una casuística mucho más compleja.

y, por carecer ésta de personalidad, al propio comprador y a su cónyuge.

c) Hay «presunta contemplatio domini attributionis» si «Ticio vende a Cayo que *compra y adquiere*», sin más, en cuyo caso, respecto de los acreedores al menos, habrá de entenderse efectuada la compra para el consorcio.

En cambio es totalmente diferente desde la perspectiva de la responsabilidad frente al acreedor-vendedor (no tanto respecto de otros acreedores) el caso en el que «Ticio vende a Cayo que compra y adquiere *para sí*». En este supuesto no existe obviamente la «contemplatio domini attributionis» referida al otro cónyuge. Ello no será óbice para que respecto de los acreedores en general el bien se considere como ganancial ex artículo 1.361. Pero respecto del acreedor-vendedor la situación es diferente, pues él ha sido parte en un contrato en el que no sólo no se ha contemplado el interés del otro cónyuge, sino que se le ha excluido expresamente. Por ello la solución no debe ser la misma que cuando la adquisición se efectúa para el consorcio. El vendedor sabe que contrata con un solo cónyuge y que él es el único destinatario de la adquisición, lo cual acepta, por lo que desde el punto de vista *negocial* no hay conexión alguna con la comunidad de gananciales. Ello sin perjuicio de que vicisitudes posteriores determinen el efectivo ingreso del bien en el consorcio, lo que normalmente requerirá una ratificación impropia (al no haber habido la inicial contemplatio domini) por parte del otro cónyuge.

Por lo dicho, únicamente en este supuesto de adquisición «para sí» coincido con la postura que excluye la responsabilidad de los gananciales: tal responsabilidad, prima facie, será exclusiva del cónyuge comprador, sin afectar los gananciales in genere, «salvo prueba del aprovechamiento», esto es, del ingreso del bien adquirido, por y para sí, en el consorcio. A diferencia de las compras efectuadas directamente para la comunidad, en las que el silencio del otro cónyuge puede valorarse perfectamente como aquiescencia y subsiguiente aprovechamiento por ingreso del bien en el consorcio, lo que determinará la afección de los gananciales salvo «prueba del no aprovechamiento».

Lo claro, en cualquier caso, es que el artículo 1.370 no es, en absoluto, un precepto fácil.

#### IV. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE PACTO Y EL ARTICULO 1.375 DEL CODIGO CIVIL

Según el artículo 1.375 «en defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes». Comentando este precepto escribí en esta misma revista que «el principio de cogestión mancomunada cuenta con excepciones de dos tipos: Convencionales, en

base a lo pactado en capitulaciones, y legales, según lo dispuesto en los artículos siguientes... En lo concerniente a las excepciones de índole convencional —seguía diciendo—, sólo una cabe: el pacto en virtud del cual la gestión corresponde de forma solidaria a ambos cónyuges. No cabe la atribución de facultades de administración o disposición a un solo cónyuge, con exclusión del otro. Ni tan siquiera la atribución de facultades dispositivas a uno con consentimiento habilitante del otro, a la manera del régimen anterior, pues cualquiera de estos pactos infringiría lo dispuesto en el artículo 1.328, en cuanto limitaría «la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge» en el matrimonio. Cosa diferente será que, extracapítulos, un cónyuge confiera al otro plenos poderes, de modo que el favorecido por ellos pueda actuar en solitario, mientras que el otro precise siempre el concurso de su consorte. La permisibilidad en este caso deriva de que el apoderamiento es siempre revocable, por lo que no supone limitación alguna a la libertad individual, mientras que el pacto capitular es individualmente irrevocable» (17).

Parece interesante transcribir lo que sobre esta misma cuestión DIEZ PICAZO-GULLON han escrito. Según estos autores «a primera vista, el pacto capitular que rompe la igualdad en la gestión es válido en virtud del artículo 1.375, aunque pueda considerarse nulo por el artículo 1.328. La posible contradicción tiene que salvarse considerando como norma de mayor rango el artículo 1.328. La ruptura pactada de la gestión conjunta no puede suponer merma de la igualdad jurídica. Esa pactada ruptura tiene que mantenerse dentro del círculo de la igualdad jurídica. Puede pactarse una gestión solidaria o indistinta, que no signifique discriminación, pero no podrá en cambio desposeerse totalmente a uno de los cónyuges del derecho a administrar». Para añadir posteriormente: «el problema que aquí se plantea es saber si al pacto capitular, a que alude el artículo 1.375, le es aplicable la limitación contenida en el artículo 1.328... la respuesta al interrogante anterior es decididamente afirmativa. Los cónyuges pueden rechazar la regla de la cogestión y establecer entre ellos un sistema diferente, pero no pueden establecer un sistema que desequilibre por completo el derecho a la igualdad. En este sentido... es nulo... un pacto por el que se atribuya de manera absoluta la administración a uno solo» (18).

Pues bien, los citados profesores representan para DE LOS MOZOS la buena doctrina al dar «un amplio juego a la posibilidad de pacto sobre la administración de los bienes gananciales, considerando válida la cláusula de administración por uno solo de los cónyuges» (!!). Mientras que un servidor, cuando afirma la preferencia del artículo 1.328, efectúa una interpretación totalmente

(17) Op. cit. en Anuario de Derecho Civil, 1982, págs. 571 y 572.

(18) DIEZ-PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, págs. 185, 186 y 251.

incorrecta y equivocada y que parte de un defecto inicial de planteamiento». Continúa bautizando mi postura de «café para todos» y pasa a exponer su teoría en cuya virtud si todo es posible por vía de apoderamiento, todo ha de ser posible por vía de estipulaciones capitulares, pues «sería absurdo, por ejemplo, que se reconociera la posibilidad del mandato entre cónyuges para administrar, gestionar o disponer, y no se reconociera la de un pacto de naturaleza y finalidad semejante efectuado en capitulaciones, aunque fuera irrevocable, en atención a una mala inteligencia del principio de igualdad a que alude el artículo 1.328 y que, como consecuencia de una aplicación simplista del mismo, los cónyuges no pudieran organizar libremente sus asuntos» (19). A mi entender, en cambio, todo el trayecto que media entre la revocabilidad y la irrevocabilidad justifica la total inadmisibilidad de esta tesis.

En un punto, sin embargo, tiene razón DE LOS MOZOS: cuando me reprocha que «el buscar fórmulas demasiado rotundas puede cumplir una función contraria a la que se pretende» (20). Porque exactamente eso ha sucedido con mi afirmación de sólo haber «el pacto en virtud del cual la gestión corresponde de forma solidaria a ambos cónyuges». Entendió DE LOS MOZOS que sólo admitía «un pacto» cuando quería significar «un tipo de pacto en general» sin perjuicio de las muchas variedades particulares (así, por ejemplo, también el artículo 1.375 emplea el singular «pacto»). Por otra parte utilicé en esta fórmula el término solidaridad en un sentido amplio, por oposición a mancomunidad, queriendo abarcar con él todos los supuestos de actuación «disjunta», esto es, los de solidaridad strictu sensu y los de «exclusividad», pero siempre que ésta, respetando el principio de igualdad, sea referida a ambos cónyuges, salvo que, como veremos, el pacto no abarque los bienes en general, sino sólo bienes concretos.

Quizás, por lo dicho, la fórmula quedara mejor enunciada como sigue: el pacto a que se refiere el artículo 1.375 no debe ser otro que «aquél en cuya virtud la gestión se atribuye en forma disjunta a los cónyuges». Esto es lo que quise decir y no me detuve a demostrar, en parte porque la justificación de la, a mi entender, inadmisibilidad de los pactos de mancomunidad, había sido formulada en un trabajo publicado en la «Revista de Derecho Notarial» pocas semanas antes. Recojamos aquí algunos párrafos de aquel estudio: «lo que más interesa... del artículo 1.315, es la constatación de que el régimen de bienes que los cónyuges pueden pactar no es absolutamente libre, sino que está sujeto a limitaciones. Así expresada la cuestión, parece que tales limitaciones sean mínimas y reducidas a unos pocos preceptos concretos, cuando, si profundizamos en las normas, se observará que las restricciones son más intensas de lo que a primera vista parece, en efecto: el

(19) DE LOS MOZOS, op. cit., págs. 345 y ss.

(20) DE LOS MOZOS, op. cit., pág. 341, nota 4.

artículo 1.315 ha de completarse con el artículo 1.328 que determina: «será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge». Luego, prescindiendo de la un tanto decimonónica alusión a las buenas costumbres, tenemos dos grandes fuentes de restricciones: «la Ley y la igualdad entre los cónyuges».

«La necesaria igualdad entre los cónyuges, incide tanto en el aspecto interno como en el externo, por lo que no cabe, por ejemplo, que a un cónyuge se atribuyan y al otro no facultades de administración o disposición sobre los bienes comunes, o que un cónyuge precise consentimiento de su consorte y el otro no, o que para la disposición de los bienes propios de uno haga falta licencia del otro y no a la inversa...».

«En torno a las limitaciones derivadas de la Ley, baste decir que... la mayoría de las que el Código llama «disposiciones generales» son de carácter imperativo, con las consecuencias que de ahí se derivan en orden a estimar también imperativas las correspondientes disposiciones dictadas para los regímenes de gananciales y de separación de bienes. Así, la imperatividad del artículo 1.324 arrastrará la de las presunciones contenidas en los artículos 1.361, 1.441 y 1.442 para cualesquiera regímenes de comunidad o de separación respectivamente; la imperatividad parcial que veremos hay que atribuir al artículo 1.322 impedirá que los cónyuges pacten, con trascendencia respecto de terceros, un régimen de comunidad absoluta o relativa en cuya virtud sea siempre inexcusable en el tráfico el consentimiento de ambos cónyuges, de manera que la falta del de uno de ellos determinare la invalidez total del acto, en lugar de la anulabilidad que predica el precepto; el carácter de derecho necesario de los artículos 1.318 y 1.319, imprimirá igual carácter a los artículos 1.365, 1.373 y 1.440 en lo afectante a terceros; del mismo modo que el superior principio de seguridad del tráfico debe llevarnos a estimar de «*ius cogens*» para cualquier régimen de comunidad el artículo 1.384. De todo lo señalado resultará que las limitaciones legales no son tan escasas ni mucho menos, pues los capitulantes estarán vinculados en gran medida, aparte de por las normas de régimen primario, por los dos prototipos básicos que regula el Código: el régimen de gananciales y el de separación de bienes...».

Y añadía posteriormente: «el artículo 1.322 es norma de seguridad para los terceros porque, al establecer una sanción determinada, la anulabilidad, señala indirectamente y en beneficio del tráfico una caducidad para el ejercicio de la acción que dimana de la omisión o vicio, que, en nuestro caso, es de cuatro años (art. 1.301)».

«Por ello los cónyuges, aún acogiéndose al régimen de gananciales o a cualquier otro de comunidad, pueden pactar que cualquiera de ellos administre y disponga libremente de los bienes

comunes (facultades solidarias), porque esto para nada afecta a la seguridad de quienes con ellos contraten. Mas, no podrán hacer lo inverso, a saber, pactar un régimen de gestión absoluta con facultades mancomunadas, en cuya virtud el defecto de consentimiento de cualquiera de ellos determine la invalidez total del acto. Se opondrá, probablemente, que la publicidad de los diferentes registros (Civil, de la Propiedad, Mercantil) es suficiente para informar a los terceros, pero a ello cabe contraargumentar que no es del caso obligar a los terceros a un continuo peregrinaje por los Registros y Notarías de España, cuando nuestro sistema de publicidad es tan deficiente que el auténtico Registro de regímenes convencionales son los Protocolos notariales que, paradójicamente, son secretos».

«A mayor abundamiento, la cogestión absoluta con trascendencia a terceros equivaldría a prorrogar convencional y unilateralmente el plazo de caducidad que señala la Ley para la acción correspondiente, declarándola imprescriptible. Lo dicho, desde luego, no se opone a que en el aspecto interno pueda pactarse la cogestión absoluta, con la subsiguiente responsabilidad entre cónyuges, pero siempre sin trascender a terceros más allá de los límites del artículo 1.322 en relación con el artículo 1.301».

«Recapitulando pues, el artículo 1.322 hay que estimarlo imperativo sólo en cuanto determina una "sanción máxima" en perjuicio de terceros: la anulabilidad. Lo que no impide los arreglos entre cónyuges, que incluso pueden consistir en la supresión del asentimiento, con lo que "el supuesto de hecho" de la sanción desaparece. Lo que nunca podrá hacerse es agravarse la sanción para los casos de falta de consentimiento».

«Finalmente, ¿podrán los cónyuges pactar un régimen que contenga más supuestos de "asentimiento" que los previstos legalmente? O lo que es análogo, ¿podrán pactar sea necesario el asentimiento también en aquellos casos en que la Ley expresamente lo excusa? Pensemos en el artículo 1.384 por ejemplo. A nuestro entender, podrán en el ámbito interno, mas no con trascendencia a lo externo, valga para argumentarlo lo hasta ahora dicho, a lo cual cabe añadir el argumento resultante del propio texto del artículo 1.322 que señala la sanción para «cuando la Ley requiera... que uno de los cónyuges actúe con consentimiento del otro...» y no para cuando por Ley o por pacto se requiera tal asentimiento. De donde cabe concluir que... el régimen de gananciales es algo más que el sistema supletorio para los casos de ausencia de pacto, pues en realidad es, en lo tocante a terceros, el paradigma al que todos los regímenes de comunidad deberán ajustarse. La imperatividad del «régimen primario» y preceptos complementarios tiene pues mucha mayor trascendencia de lo que a primera vista parece» (21).

---

(21) Op. cit. en Revista de Derecho Notarial, págs. 78 y ss. y 120 y ss.

A tenor de lo anteriormente expuesto analicemos ahora los posibles tipos de pacto. Estos pueden ser pactos de actuación conjunta o pactos de actuación disjunta.

A) *Pactos de actuación conjunta*: cabe subdividirlos en pactos de mayor extensión y pactos de mayor intensidad.

1) *Pactos de mayor extensión*: son aquellos en cuya virtud los cónyuges pretenden sea preciso el consentimiento de ambos para la gestión (entendida ésta en sentido amplio, abarcando la administración y la disposición) de toda clase de bienes. Como tal actuación conjunta está ya prevista por el Código como regla general, con la sola excepción del artículo 1.384, resultará que un pacto de este tipo lo que pretende es derogar convencionalmente este precepto, lo cual, por la razón apuntada de ser un precepto de protección al tráfico jurídico, no es posible respecto de terceros. Sería, salvando las distancias, algo similar al caso en que los cónyuges pactaran que en su matrimonio la posesión de los bienes muebles adquirida por un tercero de buena fe *no* equivale al título.

2) *Pactos de mayor intensidad*: Se pretende con ellos que el consentimiento de ambos cónyuges sea siempre inexcusable, de modo que el acto realizado por uno sea ineficaz absolutamente. Ello equivaldría a derogar el artículo 1.322, que también es un precepto de tráfico, convirtiendo la acción en imprescriptible. De admitir ello, admítase también que los cónyuges puedan pactar que, no obstante lo dispuesto en el artículo 1.301, la acción no caducará hasta transcurridos siete, diez o quince años, por ejemplo (22).

B) *Pactos de actuación disjunta*: Cabe subdividirlos en pactos de solidaridad «*strictu sensu*» y pactos de exclusividad.

1) *Pactos de solidaridad «strictu sensu»*: Son aquellos en cuya virtud puede actuar cada uno de los cónyuges indistintamente respecto de todos o alguno de los bienes del consorcio. Son los pactos más claros de todos y cuya admisibilidad no debe ofrecer duda, ni inter partes, ni respecto de terceros, pues no hacen otra cosa que favorecer el tráfico al reforzar la posición de cada uno de los cónyuges.

2) *Pactos de exclusividad*: Son aquéllos mediante los cuales se conviene que sean válidos los actos exclusivamente realizados por

---

(22) Más dudoso resulta si podrán limitarse los cónyuges a excluir el recurso a la autorización judicial supletoria: entiendo que ello equivaldría a legitimar la negativa caprichosa y, a mayor abundamiento, no parece probable la admisibilidad de la renuncia previa al recurso a los Tribunales.

En similares términos LACRUZ, op. cit., pág. 459, para quien un pacto de ese tipo es «contra bonos mores», pues la falta de decisión puede paralizar la economía del matrimonio y afectar a las relaciones personales familiares.

un cónyuge, con exclusión del otro. Si el pacto de exclusividad es dual (unos bienes para el marido y otros para la mujer) la situación es próxima a la solidaridad, con la diferencia de que en ésta la gestión corresponde al marido o a la mujer «indistintamente» y en el caso que ahora contemplamos al marido o a la mujer «exclusivamente».

Son estos los pactos más complejos en tanto en ellos incide directamente el artículo 1.328 y la subsiguiente «igualdad que corresponda». Desde luego no nos sirve de pauta el criterio de DE LOS MOZOS. Decir que caben todo tipo de combinaciones porque lo mismo podría lograrse por la vía del apoderamiento, es no decir nada. Como apuntaba, todo el tramo que media entre la revocabilidad y la irrevocabilidad (con lo de autolimitación de la propia autonomía que supone ésta), demuestra lo inadmisibile de tal tesis.

Mucho más matizada es la postura del profesor Lacruz Berdejo. En principio este autor parece admitir el pacto de exclusividad referido a todos los bienes gananciales (23). Su argumentación puede resumirse en dos puntos básicos: a) La desigualdad de circunstancias puede justificar una desigualdad de facultades; b) el artículo 1.375 admite expresamente el pacto en contrario.

El argumento derivado del artículo 1.375 no es, a mi entender, convincente, puesto que cabe el pacto de solidaridad y quizás el de doble exclusividad, sin que ello pruebe la validez del pacto de exclusividad referido a un solo cónyuge.

Respecto del argumento deducido de la desigualdad de circunstancias, no creo sea bastante para derivar una desigualdad de posición en el matrimonio en orden a las facultades sobre los bienes. Y ello es así porque paralelo al principio de igualdad discurre el principio de libertad individual que, en lo que aquí interesa, se traduce en el principio de autonomía personal. Recuérdese que de la libertad deriva la igualdad y no a la inversa. Por ello, la autolimitación de la propia autonomía, con la dejación de la parte del yo que supone, es admisible por causas esenciales

(23) Así, cuando dice: ... «la interpretación literal entendería que el artículo 1.328 no permite pactar, en la sociedad de gananciales, que sea alguno de los esposos el administrador de los bienes comunes... no creo que sea así ... ya porque el artículo 1.375 admite expresamente pacto en contrario; ya porque como dice AVILA la administración conferida a un solo cónyuge no es sólo un derecho sino también un deber...».

«Dicho de otro modo: el artículo 1.328 no impide a cada cónyuge limitar sus propias facultades cuando el plan de la economía familiar parte de una desigualdad inicial en las bases, como en el indicado caso en que el esposo que proporciona a la familia la totalidad de sus medios de vida desea que sea su criterio el que prepondere en la gestión y endeudamiento de los gananciales, a fin de tener mayor agilidad y libertad de movimientos en el desarrollo de sus negocios, en beneficio común. En favor de esta interpretación opera el Derecho comparado, en el cual es siempre posible un pacto de tal contenido; y la consideración de que «la igualdad que corresponde» a cada esposo, en razón de la desigualdad de circunstancias ... es desigual en estos extremos accidentales» (LACRUZ, op cit., págs. 328-329).

(por ejemplo, el matrimonio supone una autolimitación de la libertad de fijación de residencia, de relación sexual, etc.) pero no por causas meramente coyunturales como pueden ser la mejor o peor posición profesional, económica o social de uno de los cónyuges sobre el otro. Dicho en otros términos: admitir la desigualdad de facultades en base a la desigualdad de posición, es ahondar en la desigualdad misma.

Si en régimen de gananciales se pacta, por ejemplo, que sea un solo cónyuge el administrador, el otro cónyuge (normalmente la mujer), de carecer de bienes propios, ve autolimitados ¡para siempre! sus posibilidades de actuación en el tráfico; nunca podrá administrar un solo bien si no tiene la fortuna de heredar o recibir donaciones. Ello ha de llevar a afirmar que las cláusulas de administración exclusiva *de todos los bienes* por un cónyuge, no son posibles en capitulaciones. Ello no es materia de capítulos, ni se ve la necesidad de conveniencia de que lo sea, sino de mandato y apoderamiento; con lo que se cumplirá exactamente la finalidad perseguida por los cónyuges, mas con la diferencia de la revocabilidad, lo cual en una relación de tracto continuado no sólo es lo más lógico, sino también lo deseable.

Coincido, por lo dicho, con ALVAREZ SALA cuando afirma ser nula «la estipulación capitular estatutaria de un sistema de dirección económica unitaria, concretada en uno solo de los cónyuges como administrador de los bienes comunes con exclusión de su consorte» o «una estipulación que dispensase del preceptivo consentimiento del cónyuge sin reciprocidad», sin perjuicio de que lo nulo como estipulación capitular «puede valer como apoderamiento o consentimiento general y preventivo... que sería revocable unilateralmente "ad nutum" y en cualquier tiempo».

Sin olvidar que una cosa es que un pacto nulo como estipulación capitular pueda valer por conversión material en apoderamiento o similar, y otra cosa muy distinta atribuirle validez como tal estipulación capitular. Por lo demás, la solución que se preconiza no es, ni mucho menos, extraña al Derecho comparado; como el propio ALVAREZ SALA pone de relieve, tal solución es la adoptada por el legislador italiano de 1975, que declara expresamente inderogables las disposiciones legales que establecen el sistema de participación de ambos cónyuges en la administración o dirección de los bienes comunes. En cambio el B. G. B., en el parágrafo 1.421, permite a los cónyuges «determinar si el patrimonio común habrá de ser administrado por el marido o por la mujer o por ambos conjuntamente». Pero ello, de momento, es derecho alemán únicamente (24).

---

(24) ALVAREZ-SALA WALTHER, «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», Revista de Derecho Notarial, núm. 112, 1981; sobre cuestiones de Derecho comparado véase este mismo autor en op. cit. y en «Régimen económico matrimonial en Derecho italiano», Anuario de Derecho Civil, abril-junio 1981.

¿Y las cláusulas de gestión exclusiva por un cónyuge referidas a bienes concretos? Estas sí son posibles, porque si un cónyuge puede donar un bien al otro, renunciando por ello a todas las facultades sobre el mismo, podrá también hacer lo menos, consentir la gestión de ese bien en exclusiva por su consorte. Aquí no hay ninguna autolimitación de la propia autonomía.

¿Y las cláusulas genéricas de gestión exclusiva referidas a ambos cónyuges? También las veo posibles en tanto no supongan merma de la libertad y autonomía personal. Es el caso en el que los cónyuges pactan la administración exclusiva de un grupo genérico de bienes por el marido y de otro por la esposa. Mas son pactos cuya redacción debe ser muy cuidadosa pues en otro caso pueden dar lugar a resultados no queridos. Supongamos que los cónyuges desean pactar que la gestión de los bienes de Andalucía corresponda en exclusiva a la mujer y la gestión de los de Castilla al marido. Si se trata de bienes concretos ya existentes en el consorcio no hay problema, el caso entra en el apartado inmediatamente anterior. Mas si el pacto tiene carácter genérico, estaremos negando a cada uno de los cónyuges la posibilidad de gestionar bienes en las respectivas zonas del otro, de no haberlos ya privatizados o recibirlos con tal carácter. ¿Constituye ello un resultado deseable? A mi juicio no, sobre todo cuando, como enseguida veremos, el mismo resultado puede lograrse perfectamente sin merma de la seguridad del tráfico jurídico y de la igualdad y libertad individuales (25).

---

(25. Es curioso constatar lo poco que la doctrina en general se ocupa del principio de seguridad del tráfico en relación con el régimen económico del matrimonio. Sucede como si las relaciones patrimoniales se agotasen en la relación marido-mujer cuando, obviamente, no es así, pues los bienes traspasan las barreras del matrimonio y entran en juego terceros ajenos a éste.

Veamos brevemente, excediéndome un poco de los límites de esta réplica, un par de cuestiones referidas respectivamente a la disposición de muebles y a la de inmuebles.

1) *Disposición de muebles*: ¿Qué sucede cuando un solo cónyuge dispone de un bien mueble ganancial y el adquirente es de buena fe por ignorar que el bien tuviera tal carácter? Como apunté en la Revista de Derecho Notarial (números CXIII-CXIV, 1981, página 90) probablemente en la práctica prevalecerá la opinión contraria a la protección del adquirente ex artículo 464, pues se alegrará: de una parte, la interpretación amplia que el Tribunal Supremo hace del término privación ilegal (véase por todas la Sentencia 19-6-45); y de otra, el argumento deducido del artículo 1.384, pues, se dirá que si el artículo 1.384 protege al tercero solamente respecto del dinero y títulos, ello significa que respecto de los demás muebles no está protegido, sobre todo cuando dicho tercero es parte en un contrato nulo. Mas tales argumentos en absoluto convencen.

a) El argumento derivado de la interpretación jurisprudencial del artículo 464 puede superarse de seguirse la interpretación germanista del precepto (privación ilegal igual a robo o hurto), pues, en puridad, el otro cónyuge no fue objeto de robo o hurto, aparte la eximente del artículo 564 del Código Penal. Incluso con la tesis del Tribunal Supremo se hace difícil mantener que el cónyuge se enajena haya estado poseyendo indebidamente, por lo que toda-

Así, LACRUZ, por ejemplo, plantea el caso de que sea el marido quien proporcione la mayor parte de los medios pecuniarios precisos para el mantenimiento de la familia, deseándose sea él el administrador del consorcio, quedando reservados a la mujer únicamente sus salarios. Pues bien, este supuesto puede resolverse perfectamente sin merma de la igualdad, ni dejación de la libertad individual, redactándose el pacto como sigue: «serán válidos los actos de administración y disposición realizados exclusivamente por el cónyuge a cuyo nombre figuren los bienes o en cuyo poder

vía será más difícil argumentar que su consorte se ha visto privado de la posesión ilegalmente.

b) En cuanto al argumento derivado del artículo 1.384, tampoco convence. Este precepto lo que está haciendo es legitimar directamente al cónyuge poseedor, mientras que el artículo 464 juega en los casos de falta de legitimación en el transmitente; en otros términos: el artículo 1.384, al legitimar al transmitente poseedor, protege al adquirente con independencia de que éste conozca o no el carácter del bien, pues, en cualquier caso, aquél está legitimado para disponer. Pero ello no puede ser obstáculo para aplicar el artículo 464 en aquellos supuestos en que el cónyuge transmitente no está legitimado y, sin embargo, el adquirente ha procedido de buena fe.

c) Respecto del argumento deducido del carácter anulable del negocio que impide proteger a quien es parte en él me remito a lo que acto seguido se expondrá sobre inmuebles.

2) *Disposición de inmuebles*: Si el bien inmueble no está inscrito en el Registro de la Propiedad el adquirente resultará afectado en caso de disposición por un solo cónyuge. La solución es lógica, quien adquiere un bien inmueble no inscrito pecha con el riesgo de la falta o defecto de titularidad en su transmitente, aunque éste haya manifestado ostentar la plena titularidad del bien.

Mas ¿qué sucede si un bien probadamente ganancial accede al Registro como privativo? La cuestión tiene una gran trascendencia práctica porque, por ejemplo, casos de este tipo son frequentísimos en Cataluña. En esta zona es muy normal que, sea por ignorancia, sea por comodidad o por la vis atractiva de la catalanidad, personas originarias de otras zonas, casados en régimen de gananciales manifiesten estarlo en régimen de separación de bienes.

Unas veces el Notario deshará el malentendido, pero otras muchas el comprador insistirá en ser de régimen catalán e incluso falseará los datos sobre sus anteriores residencias. El bien, obviamente, se inscribe en el Registro como propio. Si posteriormente ese bien es dispuesto ¿diremos que el adquirente no está protegido en base al artículo 33 de la Ley Hipotecaria en relación al artículo 1.322 del Código Civil? En principio esa es la solución que parece imponerse. La inscripción, se dirá, no convalida los actos nulos o anulables y el artículo 1.322 califica el acto de tal. A mayor abundamiento, se añadirá, el adquirente no es tercero sino parte en el negocio que se impugna en base a la anulabilidad.

Mas, aunque sólo fuera por pura lógica, la solución al interrogante no puede ser esa.

a) Porque según el artículo 38 de la Ley Hipotecaria se presume el derecho inscrito pertenece a su titular «en la forma» determinada en el asiento. De donde resulta una legitimación para disponer respecto de terceros de buena fe que contratan confiando en la apariencia que el Registro publica. Si para algo sirve el Registro es para purgar los defectos de titularidad, para asegurar al adquirente que su transmitente es el titular, «aunque no lo sea».

b) Porque el adquirente es tercero respecto de la relación marido-mujer, del mismo modo que el tercero lo es respecto de la relación verus dominus-

se encuentren» (26). Con un pacto de este tipo o similar, si el marido es un próspero profesional y la mujer ama de casa, resultará que, de hecho, todos los gananciales podrán ser ingresados en el consorcio por el marido y gestionados en exclusiva por éste, mas «de derecho» en nada se habrá discriminado ni atentado a la dignidad del cónyuge (27).

titular registral. Sería absurdo que un bien perteneciente proindiviso a ambos cónyuges, si uno consigue inscribirlo a su nombre y disponerlo, fuera eficaz tal disposición y tratándose de un bien ganancial no. O que el bien totalmente ajeno pudiera ser válidamente dispuesto y, en cambio, el bien ganancial no.

c) Porque el caso que nos ocupa no entra en el espíritu del artículo 33 de la Ley Hipotecaria, por la sencilla razón de que en 1946, año de la actual Ley Hipotecaria (por no remontar a las precedentes), esta causa de anulabilidad «no existía».

d) Porque, en definitiva, aunque los artículos 1.322 y 1.301 califiquen la falta de asentimiento como un supuesto de anulabilidad, técnicamente no lo es. La anulabilidad clásica, la propia anulabilidad es la que procede por defecto de capacidad o vicio del consentimiento. El defecto de titularidad nunca ha dado lugar a un supuesto de anulabilidad. Si la venta de cosa ajena, diríamos, es válida, la venta de cosa casi-propia todavía más. El negocio del «non dominus» no es nulo, sino totalmente válido, aunque ineficaz si el «non dominus» no adquiere la cosa, o el tercero no goza de la protección derivada de la posesión (muebles) o de la apariencia registral. Sólo por comodidad, por un principio de economía normativa, se ha calificado de anulabilidad a lo que técnicamente no lo es y por ello no debe entrar en el espíritu del artículo

(26) Si se pretende atender a casos muy concretos podrá redactarse el 33 de la Ley Hipotecaria.

pacto como sigue: «La administración y disposición de los bienes gananciales se regirá por lo dispuesto en el Código Civil; por excepción serán válidos los actos realizados por un solo cónyuge respecto de los bienes ingresados en el consorcio como consecuencia de su actividad agrícola o (profesional, o artística, etc.), para cuya prueba, respecto de terceros, será suficiente con que así se declare».

(27) El propio Lacruz está reconociendo que una cosa son los pactos de exclusividad relativos a bienes concretos y otra cosa los de carácter general que abarquen también bienes futuros. Así se deduce de lo que escribe respecto de la posibilidad de pactar hoy un régimen dotal; vale la pena transcribirlo: «El citado precepto ..... (artículo 1.328) impide ..... cualquier forma de sumisión personal o de limitación de la propia capacidad, pero mientras se respete ese mínimo, no prohíbe entregar en administración o en disfrute un esposo al otro, la fortuna que tiene en el momento de casarse (con mucha mayor razón, lo que recibe en dote), supuesto que cada uno puede enajenar sus bienes por cualquier título y en cualesquiera condiciones, con la sola barrera del artículo 634. O sea: si un contrayente puede donar al otro sus bienes, con mayor razón podrá entregarle sólo la administración y el usufructo de éstos».

«La dificultad no reside aquí, en las atribuciones, sino en las estipulaciones capitulares, es decir, las que regulan también la suerte de los bienes futuros; de los que pueda recibir o ganar el capitulante. En este punto podría entenderse, buscando un planteamiento más amplio del problema, que si el artículo 1.328 prohíbe cualquier arreglo de las relaciones económicas en el que un cónyuge resulte manifiesta e irrevocablemente aventajado en el reparto de poderes y beneficios respecto del otro, no es compatible con dicho precepto un régimen, como el llamado «régimen dotal», en el cual, según explica la doctrina francesa, la mujer pasa a ser una pensionista del marido («la femme en pension chez le mari»). Ni siquiera cambian las cosas si la supuesta pensión es un hotel de cinco estrellas; lo reprochable no son las condiciones materiales

Con un pacto de este tipo la seguridad del tráfico queda totalmente a salvo pues, si bien se mira, no supone otra cosa que la supresión del consentimiento conyugal para los actos del titular o, si se prefiere, la prestación genérica de tal consentimiento. Con lo cual, se observará, estamos en un terreno muy próximo al del poder irrevocable (28). Sin entrar en tan ardua cuestión, sólo recordaré que la irrevocabilidad únicamente es real cuando es medio específico de ejecución de un negocio no unilateralmente denunciabile, de un «me comprometo porque te comprometes». Luego, ¿por qué una cuestión tan clásica interpretarla de un modo tan diferente en la relación entre cónyuges? ¿Por qué han de ser irrevocables las facultades que la mujer otorga al marido sin correspectividad y no los poderes que aquélla otorga a su padre o a un amigo?

La irrevocabilidad y por ello el carácter de pura estipulación capitular del pacto de gestión de bienes en exclusiva, sólo tiene sentido cuando es dual, referida a ambos cónyuges. En otro caso no hay ningún interés jurídicamente protegible que la justifique.

---

que se aseguran a la esposa, sino las reglas que coartan su autonomía patrimonial, en contraste con las que aumentan la esfera de poder del marido.

Conforme a estos principios pueden constituir en dote (en el sentido que tiene ahora esta palabra) la mujer o el marido toda su fortuna actual, lo cual no crea sino un poder particular sobre un conjunto de bienes determinado; puede un cónyuge encomendar al otro en escritura pública que no sea de capítulos la administración de todos sus bienes presentes y futuros, porque la encomienda no es irrevocable y en rigor supone sólo un contrato de servicios o un mandato que no afecta a la paridad de los esposos; pero lo que lesiona la igualdad y choca contra la prohibición del artículo 1.328 es atribuir a un consorte en capítulos (que sólo son revocables por acuerdo de los otorgantes), facultades exorbitantes sobre el entero patrimonio personal del otro o sus ingresos y frutos. Tras esa atribución fácilmente se podrá rastrear la presencia de condiciones depresivas para la personalidad de uno de los cónyuges, pues a través de estipulaciones de carácter económico cabe limitar de tal modo las posibilidades de actuación del capitulante, privándole de los oportunos recursos, que se pueda apreciar en ellas una forma de sumisión lesiva para sus derechos personales. Pensemos que, en este régimen, todos los salarios e ingresos de la mujer, aún siendo los únicos que percibe la pareja, se harían propiedad del marido» (LACRUZ, op. cit., págs. 328-329).

Así pues, en el texto no se hace otra cosa que trasladar a los bienes gananciales lo que la doctrina ve claro respecto de los bienes propios. Quizá portener la convicción de que en un grandísimo porcentaje de los matrimonios españoles los únicos bienes «propios» de los cónyuges son los gananciales.

(28) En la práctica hay una gran similitud entre otorgar al cónyuge la gestión en exclusiva, o el consentimiento de los artículos 1.375 y siguientes, u otorgarle poder para administrar y disponer de los gananciales.

Sin que ello signifique que sean lo mismo el poder y la prestación del consentimiento «a priori». En el caso del poder el cónyuge que lo otorga autoriza a su consorte para que contrate en nombre de aquél, para que asuma obligaciones en nombre del poderdante. En cambio, en el supuesto del consentimiento «a priori», el que lo presta no autoriza al otro para que contraiga obligaciones en nombre del concedente. Por eso, tras el consentimiento, la responsabilidad queda limitada a los gananciales y a los bienes del actuante, mientras que tras el poder quedan también comprometidos los bienes del poderdante.

Muy al contrario, se opondría a ello el principio de igualdad que late en el artículo 1.328 que es un mero trasunto del superior principio de libertad y dignidad de la persona.

Así pues, cabe concluir con la afirmación que sentaba al principio: *el pacto en capitulaciones a que se refiere el artículo 1.375 no debe ser otro que «aquél en cuya virtud la gestión se atribuye en forma disjunta a los cónyuges», a ambos necesariamente si el pacto es de alcance general y no necesariamente si sólo a bienes concretos se refiere.* De donde resulta:

a) La inadmisión de los pactos de mancomunidad salvo, por supuesto, que se limiten a repetir la Ley.

b) La total admisión de los pactos de solidaridad.

c) La admisibilidad de los pactos genéricos de exclusividad si atribuyen derechos similares a ambos cónyuges.

d) La validez de las atribuciones exclusivas a un solo cónyuge relativas a bienes concretos, mas no las genéricas comprensivas de la totalidad de los bienes.