

LA DISOLUCIÓN DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE FRANCESA

ARACELI DONADO VARA*

Sumario: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.-2. CAUSAS DE LA DISOLUCIÓN.-2.1. Disolución de la comunidad viviendo ambos cónyuges con o sin disolución del vínculo.-2.1.1. Disolución de la comunidad como consecuencia de la ruptura del vínculo matrimonial.-2.1.2. Disolución de la comunidad manteniendo el vínculo matrimonial.-2.2. Disolución de la comunidad por fallecimiento o ausencia.-2.2.1. Fallecimiento.-2.2.2. Ausencia.-3. FECHA DE LA DISOLUCIÓN.-4. INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA.-4.1. Composición.-4.1.1. El activo de la indivisión postcomunitaria: el caso de la empresa liberal.-4.1.2. Pasivo y obligaciones pendientes: acciones de los acreedores.-4.2. Gestión de la indivisión: principios aplicables.-4.3. Consideraciones finales de la indivisión.-BIBLIOGRAFÍA.

* Al Profesor François CHABAS, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad París XII, con agradecimiento sincero por su calurosa acogida y su imprescindible estímulo.

* Becaria de Investigación FPU del Ministerio de Educación y Ciencia (Departamento de Derecho Civil de la UNED). Los estudios realizados de los que es fruto este trabajo tuvieron lugar en la Universidad París XII y la Biblioteca Ceijas de París, contando con una subvención del Ministerio de Educación y Ciencia para realizar una estancia de tres meses en París.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En estas líneas se plantearán algunos aspectos relativos a la disolución de la comunidad legal en el caso francés¹. Otras cuestiones directamente relacionadas con este régimen económico-matrimonial, como la partición y liquidación no serán objeto de estudio dada la limitada extensión de este trabajo. De modo que, el texto se inicia con el análisis de las causas que originan la disolución de la comunidad legal; el momento en que ésta se produce y, finalmente, será abordado el supuesto de la indivisión postganancial, esto es, la indivisión ordinaria que nace automáticamente tras la disolución de la comunidad legal.

La comunidad legal o comunidad de muebles y adquisiciones es el régimen económico-matrimonial que usualmente rige en los matrimonios sometidos al ordenamiento jurídico francés. Aquellas parejas en las que no se haya celebrado un contrato matrimonial o capitulaciones que regule sus aspectos económicos, según su voluntad y arbitrio, quedarán sometidas subsidiariamente *ope legis* a este régimen económico. También se someterán a este régimen los matrimonios en los que a pesar de haber realizado un contrato matrimonial esté viciado o sea nulo —por lo que la situación será como si éste no existiera—, o en el caso de que los cónyuges señalaran en el contrato matrimonial válido que simplemente se registrarán por la comunidad legal.

El Código Civil francés prevé en sus artículos 1.400 y siguientes esta comunidad legal. En particular, el artículo 1.400 recoge las causas que provocan su nacimiento: «La communauté qui s'établit à défaut de contrat ou par la simple déclaration qu'on se marie sous le régime de la communauté, est soumise aux règles expliquées dans les trois sections qui suivent».

En el texto del *Code* de 1804, se dio carta de naturaleza a un sistema tradicional basado en la gestión desigual, en el que el marido ostentaba en exclusiva este poder durante la comunidad legal. Con todo, el Código otorgaba a la mujer, dado el riesgo que corría por esta situación de desventaja y de desigualdad, unas medidas protec-

¹ «Communauté légale» en oposición a comunidad convencional. Se trata del régimen de comunidad legal (desde la Ley de 13 de julio de 1965, es la comunidad reducida a las ganancias) de aplicación plena a todos los esposos que no hayan suscrito un contrato de matrimonio [nuestras capitulaciones] previo al matrimonio (art. 1.400 CC francés), aún llamado régimen de derecho común (art. 1.393 CC francés) (vid. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, París, 2002, p. 177).

toras de sus intereses, efectivas desde el momento de la disolución y liquidación de la comunidad legal. Estas garantías eran, de una parte, el derecho a renunciar a la comunidad o a provocar su disolución con la petición anticipada de la separación judicial de bienes, y, por otra, el *bénéfice d'émolument* o beneficio de emolumento. Gracias a esta ventaja, el cónyuge no deudor tras la disolución de la comunidad y bajo ciertas condiciones, responderá únicamente hasta el límite del importe del activo recibido de la sociedad —la mitad, según los artículos 1.483² y 1.486³ CC francés—, sin asumir con el resto la deuda contraída por el cónyuge deudor. En todo caso, sus derechos están garantizados con una hipoteca legal⁴.

Será con la Ley de 13 de julio de 1965 cuando se reorganicen los principios existentes influidos por el de igualdad conyugal, pasando entonces a estar sometidos los esposos por el de reciprocidad, en definitiva, se pretendía que ambos tuvieran igualdad de derechos y obligaciones en la gestión del régimen económico. De esta manera, tanto el beneficio de emolumento fue ampliado a ambos, como la hipoteca legal de la mujer se otorgó también al marido, del mismo modo el derecho de petición de la separación judicial de los bienes se adjudicó también al esposo, y por último, el derecho a renunciar a la comunidad fue derogado.

Otros cambios producidos con la Ley de 23 de diciembre de 1985, son meros retoques en relación con los últimos resquicios de la desigualdad conyugal que no fueron modificados con la Ley de 1965.

En la actualidad, la Ley núm. 2004-439 de 26 de mayo de 2004 «relative au divorce et liens vers les décrets d'application», que entró en vigor el 1 de enero de 2005, ha modificado sustancialmente la materia de divorcio, dando nueva redacción a los artículos o simplemente, a algún apartado, o redistribuyendo artículos ya existentes en secciones intituladas de nuevo. Del mismo modo, esta Ley introduce alguna novedad en la separación de cuerpos o judicial, en el capítulo relativo a los bienes de los cónyuges.

² «Chacun des époux ne peut être poursuivi que pour la moitié des dettes qui étaient entrées en communauté du chef de son conjoint. Après le partage et sauf en cas de recel, il n'en est tenu que jusqu'à concurrence de son émolument pourvu qu'il y ait eu inventaire, et à charge de rendre compte tant du contenu de cet inventaire que de ce qui lui est échu par le partage ainsi que du passif commun déjà acquitté».

³ «L'époux qui peut se prévaloir du bénéfice de l'article 1483, alinéa second, ne contribue pas pour plus que son émolument aux dettes qui étaient entrées en communauté du chef de l'autre époux, à moins qu'il ne s'agisse de dettes pour lesquelles il aurait dû récompense».

⁴ *Idem.* p. 338.

2. CAUSAS DE LA DISOLUCIÓN

El Código Civil francés recoge en su artículo 1.441 una lista tasada, imperativa e indisponible de causas que producen la disolución de la comunidad legal. Por tanto, no es posible que en capitulaciones los cónyuges negocien otros motivos. Otra prohibición es la señalada en el artículo 1.442.2, que veta la continuación de la comunidad, concurriendo alguna de las causas de disolución, tanto por pacto contenido en capitulaciones matrimoniales como el realizado posteriormente. Declara el precepto «il ne peut y avoir lieu à la continuation de la communauté, malgré toutes conventions contraires»⁵.

Las causas concretas que establece en la actualidad el Código Civil francés en su artículo 1.441 son: 1) El fallecimiento de uno de los esposos, 2) la ausencia, 3) el divorcio, 4) la separación de cuerpos o judicial, 5) la separación de bienes y 6) el cambio de régimen matrimonial⁶. Las modificaciones producidas desde su primera redacción han afectado a distintos aspectos como la definitiva abolición de la muerte civil⁷, desapareciendo, por tanto, como causa de disolución. En 1951 también se deroga la confiscación general de bienes⁸; por otra parte se incorporan dos nuevas causas, el cambio de régimen matrimonial y la ausencia. La doctrina añade la anulación del matrimonio putativo como una causa más que produce el cese de este régimen económico matrimonial, pese a no estar contenida en el citado artículo⁹.

⁵ Vid. TERRÉ y SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, París, 3.ª ed. y MONTANIER, *Les régimes matrimoniaux*, Grenoble, 1997.

⁶ «La communauté se dissout: 1.º Par la mort de l'un des époux.- 2.º par l'absence déclarée.- 3.º par le divorce.- 4.º par la séparation de corps.- 5.º par la séparation de biens.- 6.º par le changement du régime matrimonial».

⁷ Vid. Ley de 31 de mayo de 1854.

⁸ AUBRY y RAU, por su parte, incluyen la confiscación general sobre todos o parte de los bienes futuros de un esposo como causa de disolución, ya que no será hasta 1951 cuando se derogue (vid. *Droit Civil Français*, 6.ª ed., puesta al día por ESMEIN, París, t. 8, 1949, p. 217). MAZEAUD y MAZEAUD señalan dos penas que en su momento producían la disolución de la comunidad, «deux peines entraînaient autrefois la dissolution de la communauté. D'une part, la mort civile, abrogée par la loi du 31 mai 1854, d'autre part la confiscation générale lorsqu'elle portait non seulement sur les biens présents, mais sur les biens à venir, la confiscation générale ne pouvant plus atteindre, depuis la loi du 5 janvier 1951, que les biens présents, le régime de communauté subsiste: il s'appliquera aux biens à venir, du moins y a-t-il lieu de procéder à une liquidation des biens communs présents, car la confiscation n'atteint que la part de l'époux condamné» (*Leçons de Droit Civil*, tomo 4, vol. 1, *Régimes matrimoniaux*, 5.ª ed. de JUGLART, Montchrestien, París, 1982, p. 404).

⁹ Vid. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 1997, París, p. 413, y COLOMER, *Régimes matrimoniaux*, París, 2000, p. 411.

Las anteriores causas pueden ser, a su vez, clasificadas de distintos modos. Así, por ejemplo, JOSSE RAND contempla dos fórmulas diferentes. La primera de ellas es la tradicional o clásica. En este caso, la disolución de la comunidad puede producirse bien como consecuencia de la disolución del vínculo o bien como pretensión única. La segunda categoría posee una importancia jurídica posiblemente superior, según la retroactividad de la causa¹⁰; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, por su parte, distinguió entre causas e hipótesis¹¹; BONNECASSE diferencia entre «las causas de disolución indirectas o por vía de consecuencia, y las directas o por vía principal»¹². Nosotros vamos a distinguir entre las causas de disolución de la comunidad mientras viven los dos esposos y dentro de este apartado, a su vez, entre las que la disuelven como consecuencia de la ruptura del vínculo matrimonial de aquéllas que lo mantienen. Por último, haremos referencia a la disolución por fallecimiento y ausencia de uno de los cónyuges.

De modo que las categorías propuestas se dividen en dos grupos. El primero de ellos recoge las causas de disolución de la comunidad legal, viviendo ambos cónyuges con o sin disolución del vín-

¹⁰ «1.º On classe ordinairement ces causes de dissolution dans deux catégories suivant qu'elles s'attaquent à la communauté *par voie de conséquence*, indirectement, ou selon qu'elles agissent directement sur elle, et *par voie principale*; à la première espèce ressortissent les événements qui rompent le mariage lui-même —décès, divorce, annulation; à la deuxième, ceux qui, impliquant le maintien de l'union, n'affectent que le régime matrimonial —séparation de corps, séparation de biens, absence. 2.º Une autre classification est possible dont l'importance juridique est peut-être supérieure: il est des modes qui agissent *sans* rétroactivité, *ex nunc*, d'autres qui opèrent rétroactivement, *ex tunc*, et cette seconde catégorie se dédouble elle-même, suivant que la rétroactivité est limitée aux époux ou qu'elle se réalise *erga omnes*. On aboutit ainsi à la division tripartite suivante qui nous servira de plan: Modes de dissolution qui opèrent sans aucune rétroactivité: *décès, absence, annulation du mariage*; a) Mode qui opère rétroactivement, *erga omnes*: la *séparation de biens*; b) Modes qui, intermédiaires entre les deux catégories précédentes, ne rétroagissent qu'entre les parties: *divorce, séparation de corps*» (JOSSE RAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, III, *Les régimes matrimoniaux, les successions légales, les libertés*, París, 1940, pp. 129 y 130).

¹¹ Comprendidas en el grupo de contiene las causas, JULLIOT DE LA MORANDIÈRE señala, la muerte, el divorcio, la anulación del matrimonio. Éstas producen la disolución del matrimonio, y por ende, necesariamente, el cese de la comunidad. En cuanto al segundo grupo, el de las hipótesis, incluye la separación de bienes, ausencia de uno de los cónyuges y el cambio de régimen matrimonial. En este último caso la comunidad se disuelve, pese al mantenimiento del matrimonio (*vid. Droit Civil*, t. IV, París, 1967, 3.ª ed., p. 131).

¹² BONNECASSE incluyó entre las primeras la muerte, el divorcio y la anulación del matrimonio, y entre las segundas, la separación de bienes, la separación de cuerpos y la ausencia (*vid. Elementos de Derecho Civil, Regímenes matrimoniales y Derecho de sucesiones*, III, México, 1946, p. 311).

culo. Así, 1) Mientras viven los esposos: A) Disolución de la comunidad como consecuencia de la ruptura del vínculo matrimonial; a) Anulación del matrimonio; b) Divorcio. Por otra parte, B) cabe la disolución de la comunidad perviviendo el vínculo conyugal; a) «Separación de cuerpos» o judicial; b) Separación judicial de bienes; c) Cambio de régimen matrimonial. Y, por otra parte, el segundo grupo se refiere a aquellas causas que producen la disolución de la comunidad conyugal por desaparición de uno de los cónyuges. Así, 2) Disolución de la comunidad por fallecimiento o ausencia.

2.1. DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD VIVIENDO AMBOS CÓNYUGES CON O SIN DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO

2.1.1. Disolución de la comunidad como consecuencia de la ruptura del vínculo matrimonial

a) Anulación del matrimonio

Las consecuencias de la declaración de nulidad de un matrimonio tendrán distinto alcance según haya concurrido buena o mala fe entre las partes. A este extremo se añade la retroactividad de la declaración; por ende ni habría nacido la comunidad legal ni, obviamente, habrían estado aquéllos sometidos a este régimen económico.

En el caso de que exista mala fe por parte de los dos, es probable que se realice una liquidación para separar y entregar a cada uno sus respectivos bienes y derechos, ya que con el paso del tiempo y la vida en común es posible que los patrimonios se hayan mezclado. Una vez producida la declaración de nulidad, y tras comprobar el juez la auténtica titularidad de los bienes, procederá éste, en defecto de acuerdo, a la aplicación del régimen de las sociedades de hecho¹³. De este modo cada uno recuperará sus aportaciones y serán repartidos equitativamente gastos y beneficios.

¹³ El artículo 1.873 del *Code* contempla la aplicación de las reglas de las sociedades en participación a las sociedades de hecho. La sociedad en participación es aquella que no se inmatricula porque sus participantes así lo quieren. Con respecto a los terceros, cada socio sigue siendo propietario de los bienes que da a la sociedad, siendo comunes los bienes adquiridos con dinero común durante la sociedad. Cada socio contrata con los terceros en su nombre siendo el único responsable en relación con los terceros, salvo en el caso de actuar los comuneros en calidad de socios y sea conocido por los terceros, ya que, en este caso cada uno será responsable por los actos realizados de esta forma, solidariamente, si la sociedad es comercial, y sin solidaridad en los demás casos.

En cuanto a los casos en los cuales concurra la buena fe habrá que distinguir si sólo uno obró de esta manera o si ambos así lo hicieron. El Código Civil francés en su artículo 201.2 señala en relación al único cónyuge que actuó de buena fe que «le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux». De esta manera, el cónyuge de buena fe será el único que podrá beneficiarse de las reglas de disolución o de las disposiciones establecidas en las capitulaciones matrimoniales, pudiendo elegir entre la liquidación de la comunidad, que entonces habrá existido hasta el día de la declaración de nulidad del matrimonio, o la aplicación de las reglas de la sociedad de hecho. En este supuesto juega la retroactividad en contra del esposo de mala fe. Las ventajas que beneficiarán al esposo de buena fe son las que elija entre las que establecieron en las capitulaciones matrimoniales, si las hay (cláusulas relativas a la partición, liberalidades...), o las contempladas en las disposiciones legales (régimen de recompensas, reglas relativas a las deducciones anteriores a cualquier partición...)¹⁴.

Si ambos hubieran obrado de buena fe o si no resultara acreditada la mala fe en la celebración, el matrimonio será declarado putativo. En este caso producirá ciertos efectos, por ejemplo, la no retroactividad. Se disolverá entonces la comunidad desde ese momento, y se liquidará siguiendo las reglas de los artículos 1.467 y siguientes del *Code* relativos a la disolución y liquidación de la comunidad legal. La fecha de la disolución será la del día en el cual la declaración de nulidad del matrimonio sea definitiva.

b) Divorcio

La mencionada Ley 2004-439, de 26 de mayo, que entró en vigor el 1 de enero de 2005, modifica algunos aspectos del divorcio. De este modo, es imprescindible recoger que los casos que pueden dar lugar al divorcio han sido ampliados a cuatro. Señala el artículo 229 en su nueva redacción: «Le divorce peut être prononcé en cas: –soit de consentement mutuel; –soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage; –soit d'altération définitive du lien conjugal; –soit de faute». Continúa la Ley recogiendo otras cuestiones relativas a las causas de divorcio y al momento de su ejecución. También se añaden otros aspectos sobre su procedimiento, dependiendo de la causa que lo origine. Por otra parte, con la nueva Ley también se han hecho

¹⁴ Vid. TERRÉ y SIMLER, *ob. cit.*, p. 450.

algunas precisiones en la conciliación. Otro apartado se refiere a las medidas provisionales, en las cuales se incluye la posibilidad de proponer a los cónyuges la mediación como reguladora de aspectos patrimoniales y personales de la familia. Finalmente, la norma incorpora cambios en las consecuencias del divorcio, y la posible pensión compensatoria del cónyuge menos favorecido.

Pueden ser dictadas unas medidas provisionales; dependiendo de la causa de divorcio señalada podrán ser propuestas por las partes. En el caso de las demandas presentadas de mutuo acuerdo, serán añadidas a la demanda principal¹⁵. Por el contrario, será el juez quien, en la demanda suscrita por un cónyuge y aceptada por la otra parte y en la contenciosa, tomará las medidas relativas a la manutención y alimentos de los hijos durante el juicio de divorcio, aquéllas incluirán también las necesarias, en su caso, para la entrega de anticipo a cuenta de su parte correspondiente en la comunidad¹⁶.

¹⁵ Vid. art. 253 según redacción dada por la Ley n.º 75-617 de 11 de julio de 1975, «en cas de divorce sur demande conjointe, les époux règlent eux-mêmes les mesures provisoires dans la convention temporaire qui doit être annexée à leur requête initiale. Toutefois, le juge pourra faire supprimer ou modifier les clauses de cette convention qui lui paraîtraient contraires à l'intérêt des enfants». Por otra parte, conviene tener presente que la Ley 2004-439 de 26 de mayo que entró en vigor el 1 de enero de 2005, ha modificado la regulación, que será ahora: «Les époux ne peuvent accepter le principe de la rupture du mariage et le prononcé du divorce sur le fondement de l'article 233 que s'ils sont chacun assistés par un avocat». A partir del 1 de enero de 2005 los artículos que entran en vigor y que tratan sobre el divorcio pronunciado en caso de consentimiento mutuo y que se refieren a la presentación junto con la demanda de un convenio donde los esposos recojan las consecuencias del divorcio, son el 230: «Le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce», y el artículo 232: «Le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé.— Il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux».

¹⁶ Vid. art. 254: «Lors de la comparution des époux dans le cas visé à l'article 233, ou de l'ordonnance de non-conciliation dans les autres cas, le juge prescrit les mesures qui sont nécessaires pour assurer l'existence des époux et des enfants jusqu'à la date à laquelle le jugement prend force de chose jugée». En este punto, conviene tener en cuenta que la Ley 2004-439 de 26 de mayo de 2004 modifica este artículo salvo las excepciones citadas por el artículo 33 II, quedando de la siguiente forma redactado: «Lors de l'audience prévue à l'article 252, le juge prescrit, en considération des accords éventuels des époux, les mesures nécessaires pour assurer leur existence et celle des enfants jusqu'à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée».

Por la admisión a trámite de la demanda de divorcio, la facultad de cogestión que tienen ambos cónyuges no sólo no concluye, sino todo lo contrario, continúa. Es importante señalar que los esposos podrán tomar las cautelas necesarias, siempre autorizadas por el juez, como las medidas de conservación (el precinto de los bienes de la sociedad¹⁷), o la entrega en depósito de la gestión de una empresa a un tercero o a uno de los cónyuges (arts. 1.426¹⁸, 1.429¹⁹)²⁰. En caso de divorcio, sin embargo, no es necesario que los cónyuges confeccionen un inventario, como puede ocurrir en caso de fallecimiento de uno de ellos, porque como señala MAZEAUD el inventario «tiene por finalidad la protección de los herederos con frecuencia menores de edad. En caso de divorcio, los cónyuges están en situa-

¹⁷ Vid. art. 257: «Le juge peut prendre, dès la requête initiale, des mesures d'urgence. Il peut, à ce titre, autoriser l'époux demandeur à résider séparément, s'il y a lieu avec ses enfants mineurs. Il peut aussi, pour la garantie des droits d'un époux, ordonner toutes mesures conservatoires telles que l'apposition de scellés sur les biens communs. Les dispositions de l'article 220-1 et les autres sauvegardes instituées par le régime matrimonial demeurent cependant applicables». A partir del 1 de enero de 2005, cuando entró en vigor la Ley 2004-439, de 26 de mayo, el precepto recoge: «Le juge peut prendre, dès la requête initiale, des mesures d'urgence.- Il peut, à ce titre, autoriser l'époux demandeur à résider séparément, s'il y a lieu avec ses enfants mineurs.- Il peut aussi, pour la garantie des droits d'un époux, ordonner toutes mesures conservatoires telles que l'apposition de scellés sur les biens communs. Les dispositions de l'article 220-1 et les autres sauvegardes instituées par le régime matrimonial demeurent cependant applicables».

¹⁸ «Si l'un des époux se trouve, d'une manière durable, hors d'état de manifester sa volonté, ou si sa gestion de la communauté atteste l'inaptitude ou la fraude, l'autre conjoint peut demander en justice à lui être substitué dans l'exercice de ses pouvoirs. Les dispositions des articles 1445 à 1447 sont applicables à cette demande.- Le conjoint ainsi habilité par justice a les mêmes pouvoirs qu'aurait eus l'époux qu'il remplace; il passe avec l'autorisation de justice les actes pour lesquels son consentement aurait été requis s'il n'y avait pas eu substitution.- L'époux privé de ses pouvoirs pourra, par la suite, en demander au tribunal la restitution, en établissant que leur transfert à l'autre conjoint n'est plus justifié».

¹⁹ «Si l'un des époux se trouve, d'une manière durable, hors d'état de manifester sa volonté, ou s'il met en péril les intérêts de la famille, soit en laissant dépérir ses propres, soit en dissipant ou détournant les revenus qu'il en retire, il peut, à la demande de son conjoint, être dessaisi des droits d'administration et de jouissance qui lui sont reconnus para l'article précédent. Les dispositions des articles 1445 à 1447 sont applicables à cette demande.- À moins que la nomination d'un administrateur judiciaire n'apparaisse nécessaire, le jugement confère au conjoint demandeur le pouvoir d'administrer les propres de l'époux dessaisi, ainsi que d'en percevoir les fruits, qui devront être appliqués par lui aux charges du mariage et l'excédent employé au profit de la communauté.- À compter de la demande, l'époux dessaisi ne peut disposer seul que de la nue-propriété de ses biens.- Il pourra, par la suite, demander en justice à rentrer dans ses droits, s'il établit que les causes que avaient justifié le dessaisissement n'existent plus».

²⁰ Vid. COLOMER, *ob. cit.*, p. 413.

ción de amparar por ellos mismos sus derechos, sin que sea necesario que pese sobre el uno o el otro la obligación de formar inventario»²¹.

Hay que diferenciar con relación a los efectos de la disolución de la comunidad si afectan a un tercero o a los cónyuges, ya que existen dos fechas distintas dependiendo de a quién afecte el divorcio²².

En cuanto a los actos realizados entre cónyuges y terceros, establece el artículo 262²³ que la sentencia de divorcio es oponible a los terceros en lo que concierne a sus bienes a partir del día en el que las formalidades de mención en el margen prescritas por las reglas del estado civil son cumplidas. De esta manera se observa que para proteger a los terceros, los efectos del procedimiento de divorcio sólo se producirán desde el día de la inscripción de la sentencia de divorcio, esto es, desde que el tercero pudo conocer la disolución del matrimonio.

²¹ MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, por Michel JUGLART, París, t. IV, vol. I, *Régimes matrimoniaux*, 1982, 5.ª edición, p. 409 y MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, traducción de Luis ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *La organización del patrimonio familiar (los regímenes matrimoniales)*, Buenos Aires, Parte Cuarta, vol. I, 1965, p. 475.

²² Es interesante el artículo de METAY, «L'acquisition par un époux commun en biens en instance de divorce», *JCP*, 1997, 1, pp. 733 y ss., y 765 y ss., en el que distingue los bienes adquiridos de buena fe de los de mala fe, los cuales dependiendo de la fecha considerada como el inicio de la disolución se incorporarán a la masa indivisa o serán privativos del comunero.

²³ Art. 262: «Le jugement de divorce est opposable aux tiers, en ce qui concerne les biens des époux, à partir du jour où les formalités de mention en marge prescrites par les règles de l'état civil ont été accomplies». Art. 262-1, redacción hasta la entrada en vigor de la Ley 2004-439, de 26 de mayo, «Le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre époux, en ce qui concerne leurs biens, dès la date de l'assignation». Art. 262-2: «Toute obligation contractée par l'un des époux à la charge de la communauté, toute aliénation de biens communs faite par l'un d'eux dans la limite de ses pouvoirs, postérieurement à la requête initiale, sera déclarée nulle, s'il est prouvé qu'il y a eu fraude aux droits de l'autre conjoint». El artículo 262-1 ha sido modificado con la Ley de 26 de mayo de 2004, siendo a partir del 1 de enero de 2005 la siguiente su redacción relativa a los efectos entre los esposos: «Le jugement en cas de divorce prend effect dans les rapports entre les époux, en ce qui concerne leurs biens:— Lorsqu'il est prononcé par consentement mutuel, à la date de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce, à moins que celle-ci n'en dispose autrement;— lorsqu'il est prononcé pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, à la date de l'ordonnance de non-conciliation;— A la demande de l'un des époux, le juge peut fixer les effets du jugement à la date à laquelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer. Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce. La jouissance du logement conjugal par un seul des époux conserve un caractère gratuit jusqu'à l'ordonnance de non-conciliation, sauf décision contraire du juge».

Este artículo 262 en su párrafo segundo también contempla que los actos realizados por el otro cónyuge se anularán si se hicieron a costa de la comunidad, o si las enajenaciones de bienes comunes hechas por uno de ellos se realizaron en el límite de sus poderes, tras la demanda inicial, siempre y cuando se pruebe la existencia de fraude en los intereses del otro cónyuge. Dice COLOMER que ante la mencionada exigencia de la prueba del fraude, se ve reducido el campo de aplicación del precepto, si bien estima que la protección de los esposos se refuerza con el artículo 1.427, al considerar nulos los actos realizados sin el consentimiento del otro cónyuge, por el hecho de sobrepasar sus poderes²⁴.

En cuanto a los efectos entre los esposos hay que señalar que la sentencia de divorcio produce sus efectos entre ellos en lo relativo a sus bienes, desde la fecha de la «*assignation*»²⁵ (art. 262-1 CC francés)²⁶, esto es, como explica COLOMER, la fecha de la presentación de la demanda ante el «*juez de los asuntos familiares*», en caso de ser un divorcio de mutuo acuerdo, o ante el juez que abra la instancia en el Juzgado de Primera Instancia, en los demás casos²⁷.

Siendo esto así, un bien comprado durante la indivisión puede ser privativo desde el punto de vista de las relaciones entre los cónyuges, pero común, si se tienen en cuenta las relaciones con los terceros. A partir de entonces los cónyuges perderán los poderes que les otorgaba la comunidad legal, pasando ahora a ser unos administradores ordinarios, debiendo rendir cuentas según el derecho común de la indivisión. En el caso de un bien enajenado por un esposo a un tercero de buena fe dentro de los poderes que el régimen matrimonial le otorgaba, no puede anularse ese acto, y lo único a lo que tendrá derecho el otro esposo será a una indemnización.

El artículo 1.450²⁸ autoriza el establecimiento durante el procedimiento de divorcio, de convenios para la liquidación y partición de la sociedad, siempre que consten en acta notarial (salvo en el caso de demanda conjunta o de mutuo acuerdo). No son posibles, por con-

²⁴ Vid. COLOMER, *ob. cit.*, p. 414.

²⁵ Sin embargo en el Gran Diccionario de LAROUSSE, París, 1998, encontramos *Assignation*: auto de comparecencia, citación judicial, emplazamiento.

²⁶ Artículo que ha sido modificado por la Ley 2004-439, de 26 de mayo.

²⁷ *Idem*.

²⁸ «*Les époux peuvent, pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de la communauté.- Ces conventions doivent être passées par acte notarié, sauf en cas de demande conjointe*». A partir del 1 de enero de 2005, con la entrada en vigor de la Ley 2004-439, de 26 de mayo, pasa a ser el artículo 265-2.

siderarse contrarios al principio de inmutabilidad del régimen matrimonial, las liquidaciones anticipadas de la comunidad²⁹. Se exceptúa el caso de demanda conjunta, dado que el juez homologará el convenio anexo a la demanda —bajo pena de inadmisibilidad de ésta— donde se regulan la totalidad de los efectos del divorcio³⁰.

Por su parte, el 246³¹ contempla otro caso en el que tampoco será necesaria la intervención del notario, se trata del divorcio que no haya sido planteado conjuntamente por los esposos, y en el que aún no se haya establecido ninguna decisión sobre el fondo. En este supuesto les está permitido a los esposos interesar al tribunal la homologación de su propuesta de convenio regulador donde recogen las consecuencias del divorcio. Entiende CORNU que ha habido un cambio radical en la política legislativa, pasándose de una prohibición a un estímulo de los pactos relativos a la liquidación y partición anticipada. Siendo para el caso de divorcio amistoso, el acuerdo una condición *sine qua non* del procedimiento de divorcio, y en los demás, una facultad³². El convenio deberá entonces contener sólo los aspectos relativos a la liquidación del régimen matrimonial y únicamente será admitido mientras dure el procedimiento de divorcio; en definitiva, se verá afectado por una condición suspensiva, ya que depende de la sentencia de divorcio.

²⁹ Es nula toda partición anterior a la presentación de la demanda de divorcio (Cass. Civ. 1.ª 19 enero 1982: *JCP* 82, IV, 123; *D.* 1982; *IR*, 177).

³⁰ Recoge VILLANI la posibilidad existente en el caso de un divorcio por demanda conjunta, en el que el juez homologa el convenio de los esposos, de revisar posteriormente mediante recurso de revisión la sentencia pronunciada, basándose en el artículo 595 del *Code de Procédure Civile*, en el caso de aparecer tras la sentencia nuevas pruebas decisivas que hubieran podido modificar la sentencia si se hubieran presentado a tiempo, o en el caso de probarse el fraude cometido por una de las partes, siendo como él propone una elección, a pesar de la posición contraria en la doctrina. El resultado del recurso sería la anulación de la partición por parte del juez, y las partes volverían a encontrarse en la indivisión (*vid.* «Quels sont les recours contre l'homologation d'une convention définitive de divorce par consentement mutuel?», *Dalloz*, 1995, *Chr*, pp. 253 y ss.).

³¹ Art. 246: «Lorsque le divorce aura été demandé en application des articles 233 à 245, les époux pourront, tant qu'aucune décision sur le fond n'aura été rendue, demander au juge aux affaires familiales de constater leur accord et d'homologuer le projet de convention réglant les conséquences du divorce.— Les dispositions des articles 231 et 232 seront alors applicables». El artículo 246 ha sido objeto de modificación con la Ley de 26 de mayo de 2004, siendo ésta su nueva redacción: «Si une demande pour altération définitive du lien conjugal et une demande pour faute sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande pour faute.— S'il rejette celle-ci, le juge statue sur la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal».

³² Este autor también considera que el recurso al notario aparece como un sustituto del control judicial, concretamente, se trata de una aplicación derivada de una gracia autónoma otorgada al notario (*vid.* CORNU, *Les régimes..*, pp. 458 y 461).

Caso de que no se estime la demanda de divorcio, caducará el convenio dado que no es inmediatamente ejecutable, sino cuando la sentencia haya obtenido fuerza de cosa juzgada (art. 1.451.1³³). La ley prevé la posibilidad de modificación del convenio siempre que se produzcan unas condiciones de fondo y de procedimiento que lo hagan necesario. Asimismo, se contempla una causa específica de rectificación, y no una cláusula general de revisión, porque los convenios anticipados no son acuerdos provisionales que puedan modificarse en el caso de ocurrir nuevas circunstancias. En este sentido, podrán corregirse si sus datos son contrarios a los de la sentencia de divorcio, por entender que las bases sobre las que se asienta son incompatibles con las bases elegidas para el convenio anticipado³⁴. En cuanto al procedimiento de modificación, hay que decir que debe ser interesado por las partes y deberá producirse en el mismo juicio de divorcio.

2.1.2. Disolución de la comunidad manteniendo el vínculo matrimonial

a) Separación de cuerpos o judicial

La «separación de cuerpos» francesa se corresponde con nuestra separación judicial. Su finalidad no es otra que la disolución de la comunidad legal y su sustitución por el régimen económico-matrimonial de separación de bienes. En todo caso, no implica la disolución del vínculo matrimonial, dado que éste continúa intacto³⁵.

³³ «Les conventions ainsi passées sont suspendues, quant à leurs effets, jusqu'au prononcé du divorce; elles ne peuvent être exécutées, même dans les rapports entre époux, que lorsque le jugement a pris force de chose jugée.— L'un des époux peut demander que le jugement de divorce modifie la convention si les conséquences du divorce fixées par ce jugement remettent en cause les bases de la liquidation et du partage». A partir de la entrada en vigor de la Ley 2004-439, de 26 de mayo, el artículo se ha modificado, siendo ésta su redacción: «Les conventions passées en application de l'article 265-2 sont suspendues, quant à leurs effets, jusqu'au prononcé du divorce; elles ne peuvent être exécutées, même dans les rapports entre époux, que lorsque le jugement a pris force de chose jugée.— L'un des époux peut demander que le jugement de divorce modifie la convention si les conséquences du divorce fixées par ce jugement remettent en cause les bases de la liquidation et du partage».

³⁴ Vid. CORNU, *Idem*, p. 461.

³⁵ Vid. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción de la segunda edición francesa con notas sobre el Derecho Civil Español por Demófilo DE BUEN, Madrid, VI, *De los regímenes matrimoniales*, 1955, 3.ª edición revisada y puesta al día por CASTÁN VÁZQUEZ, p. 359.

Por el contrario, en la separación de hecho, no es posible la disolución y liquidación anticipada de la sociedad. En definitiva, la comunidad persiste y con ella sus consecuencias para las partes. Así se resolvió en el caso de una esposa que abandonó a su marido subsistiendo la separación de hecho por más de cuarenta años antes; tras el fallecimiento de éste tuvo derecho a la partición de la masa común que el marido formó³⁶. Siendo esto así, ante una separación de hecho, la disolución de la comunidad se producirá si se interesa la separación judicial de bienes o el cambio de régimen económico-matrimonial, según el artículo 1.443³⁷ que establece la nulidad de toda separación voluntaria.

Por lo que a los efectos de la fecha de separación se refiere, serán de aplicación los artículos 262 a 262-2, vistos más arriba con relación al divorcio, —junto con la modificación introducida por la Ley 2004-439, de 26 de mayo— (art. 302)³⁸. Concretamente, para los esposos es el día de presentación de la demanda, y en relación con los terceros desde la publicación de la sentencia³⁹.

En caso de producirse la reconciliación de los cónyuges, la separación de bienes subsiste con el fin de proteger a los terceros, pero se

³⁶ Req. 22 octubre 1945, *Dalloz*, 1946, p. 5.

³⁷ «Si, par le désordre des affaires d'un époux, sa mauvaise administration ou son inconduite, il apparaît que le maintien de la communauté met en péril les intérêts de l'autre conjoint, celui-ci peut poursuivre la séparation de biens en justice.— Toute séparation volontaire est nulle».

³⁸ «La séparation de corps entraîne toujours séparation de biens.— En ce qui concerne les biens, la date à laquelle la séparation de corps produit ses effets est déterminée conformément aux dispositions des articles 262 à 262-2».

³⁹ MAZEAUD señaló los motivos de la retroactividad en un caso y en otro, en los siguientes términos: «pour déjouer les fraudes de l'un des époux à l'égard de son conjoint au cours de la procédure, la dissolution de la communauté rétroagit entre les époux au jour de la demande, comme en cas de séparation de biens principale ou divorce. Mais, parce que la demande de séparation de corps n'est pas publiée, il n'y a pas rétroactivité à l'égard des tiers, différence avec la séparation de biens principale: la séparation de corps, comme le divorce, n'est opposable aux tiers qu'à dater du jour où la décision est publiée dans les registres de l'état civil». Continúan recogiendo estos autores en la página 428 que este cambio de fechas en relación a los terceros ha sido introducido como una medida protectora más de los intereses de los terceros en el ámbito del divorcio pero que se ha extendido a la separación de cuerpos en 1958. «Antérieurement le jugement de séparation de corps n'était pas publié dans les registres de l'état civil; c'était donc dès le jour du prononcé du jugement, que la communauté était dissoute à l'égard des tiers; aujourd'hui la publicité dans les registres de l'état civil est requise, qu'il s'agisse d'une décision de séparation de corps ou de divorce; dans les deux cas la situation nouvelle n'est donc opposable aux tiers qu'à dater de cette publicité. Au contraire la séparation de biens judiciaire principale rétroagit au jour de la demande même à l'égard des tiers» (*Leçons...*, p. 415).

le da al matrimonio la posibilidad de retomar su régimen económico anterior siguiendo las reglas del artículo 1.397⁴⁰ establecidas para todos los esposos que por vía de convenio decidan cambiar de régimen económico matrimonial⁴¹. De todas formas, la reconciliación, produzca un cambio de régimen económico o no, conlleva la separación de cuerpos. Las reglas que se deben respetar en el caso de volver a cambiar de régimen económico son, entre otras, la necesaria homologación judicial y la conformidad del régimen elegido con el interés familiar.

b) Separación de bienes

El Código Civil francés señala dos tipos, una convencional y otra judicial, que no cabe confundir. La separación de bienes convencional es uno de los regímenes económico-matrimoniales que los esposos pueden establecer en sus contratos matrimoniales; por su parte, la separación de bienes judicial es el régimen por el que el tribunal sustituye al anterior que tenían los esposos vigente el matrimonio. Los cónyuges cuyo régimen haya sido separado judicialmente se someten a un sistema muy cercano al de la separación de bienes convencional.

En todo caso, la separación de bienes judicial puede ser principal o accesoria. Será principal si no es la consecuencia de una separación de cuerpos, mientras que se llama accesoria la resultante de la separación de cuerpos establecida entre los esposos. MAZEAUD definió la separación de bienes judicial principal como «un régime de

⁴⁰ «Après deux années d'application du régime matrimonial, conventionnel ou légal, les deux pourront convenir dans l'intérêt de la famille de le modifier, ou même d'en changer entièrement, par un acte notarié qui sera soumis à l'homologation du tribunal de leur domicile.— Toutes les personnes qui avaient été parties dans le contrat modifié doivent être appelées à l'instance d'homologation; mais non leurs héritiers, si elles sont décédées.— Le changement homologué a effet entre les parties à dater du jugement et, à l'égard des tiers, trois mois après que mention en aura été portée en marge de l'un et de l'autre exemplaire de l'acte de mariage. Toutefois, en l'absence même de cette mention, le changement n'en est pas moins opposable aux tiers si, dans les actes passés avec eux, les époux ont déclaré avoir modifié leur régime matrimonial.— Il aura fait mention du jugement d'homologation sur la minute du contrat de mariage modifié.— La demande et la décision d'homologation doivent être publiées dans les conditions et sous les conditions prévues au Code de procédure civile; on outre, si l'un des époux est commerçant, la décision est publiée dans les conditions et sous les sanctions prévues par les règlements relatifs au Registre du commerce.— Les créanciers, s'il a été fait fraude à leurs droits, pourront former tierce opposition contre le jugement d'homologation dans les conditions du Code de procédure civile».

⁴¹ *Vid.* MAZEAUD, *Leçons...*, p. 429.

séparation substitué par un jugement au régime matrimonial antérieur, en l'absence d'une séparation de corps»⁴². Este juicio pondrá fin a un proceso entre los esposos, dada la prohibición y nulidad señalada en el artículo 1.443.2 del Código Civil francés de cualquier separación convencional. La separación de bienes judicial sólo será posible mediante una sentencia que ponga fin a un proceso contencioso iniciado entre los esposos.

Es habitual que la separación judicial principal sea instada por uno de los cónyuges con una finalidad exclusivamente económica. En este sentido, se presentará la correspondiente demanda cuando la conducta realizada por el otro cónyuge crea un peligro en los intereses del demandante en la sociedad, como desorden en los negocios o mala administración. No hay consenso doctrinal sobre la sustitución de la sociedad de gananciales para convertirla en separación de bienes mediante un acuerdo (aunque sometido a la homologación judicial fuera de todo procedimiento contencioso); así, algunos autores niegan esta posibilidad dada la prohibición del 1.443.2 que impide toda separación voluntaria. Sin embargo, si concurren las condiciones para esta separación de bienes, la doctrina se cuestiona si los cónyuges podrían optar por la vía consensual del artículo 1.397, tras la correspondiente homologación judicial o si, antes bien, deberían seguir la vía contenciosa de los artículos 1.443 y siguientes⁴³. Para algunos, como SAVATIER, basándose en el párrafo segundo del mencionado precepto, no creen posible sustituir convencionalmente el régimen de separación de bienes por el de comunidad legal; el resto de los autores mantiene la posibilidad de las dos vías, y no sólo el contencioso⁴⁴. Por su parte, la jurisprudencia admite el cambio convencional⁴⁵.

Las causas que pueden dar motivo a la separación de bienes se contemplan en el artículo 1443.1 del *Code* que declara «si par le désordre des affaires d'un époux, sa mauvaise administration ou son in-

⁴² *Idem*, pp. 416 y 417.

⁴³ La Ley 2004-439, de 26 de mayo, ha introducido ciertos cambios en algunos artículos relativos a la disolución de la comunidad legal.

⁴⁴ *Vid.* «L'homologation judiciaire d'une séparation de biens volontaire. Conflit de textes à résoudre par le législateur», *D.* 1973. Chr., p. 141. En el mismo sentido se pronunciaron con anterioridad AUBRY y RAU, *Droit...*, p. 215 y BONNECASSE, *Elementos...*, p. 313. En contra: MAZEAUD, *Leçons...*, p. 416, TERRÉ y SIMLER, *Les régimes...*, p. 463, y COLOMER, *ob. cit.*, p. 417.

⁴⁵ Recoge COLOMER, *ob. cit.*, p. 417 las sentencias de Colmar de 6 de marzo de 1972 (*D.* 1973, 157, nota de Poisson) y Cass. Civ. De 9 de octubre de 1979 (*Defrénois* 1980, p. 961, observaciones de Champenois).

conduite, il apparaît que le maintien de la communauté met en péril les intérêts de l'autre conjoint, celui-ci peut poursuivre la séparation de biens en justice»⁴⁶. La mala conducta es, sin duda, de naturaleza culposa, el desorden de los negocios apunta hacia la insolvencia aunque no especifica si ha de concurrir culpa o no, y por último, en la mala administración no se requiere la insolvencia, dado que puede producirse por inaptitud o negligencia⁴⁷.

En cuanto al demandante ha de poner de manifiesto y acreditar que sus intereses han sido puestos en peligro. La redacción del artículo 1.443 tampoco era muy precisa ya que establecía el «peligro de la dote», sólo en los intereses de la mujer. Sin embargo, la jurisprudencia ha ampliado esta previsión entendiendo que la mujer también puede actuar en caso de que sus derechos eventuales en la comunidad estén en peligro, pese a su falta de aportación⁴⁸. En la actualidad,

⁴⁶ Si por el desorden de los negocios de un esposo, su mala administración o la mala conducta, parece que el mantenimiento de la sociedad pone en peligro los intereses del otro cónyuge, éste puede demandar la separación de bienes judicial.

⁴⁷ COLOMER, *ob. cit.*, p. 418.

⁴⁸ Req. 30 noviembre 1942: *Gaz. Pal.* 1943, 1, 10. Sobre la situación anterior a la Ley de 1965, que amplía a los dos esposos la posibilidad de pedir el cambio del régimen económico judicialmente, dado que señalaba el artículo 1.443 CC francés lo siguiente: «La separación de bienes sólo puede ser promovida judicialmente por la mujer, cuya dote se halle en peligro, y cuando el desorden en los negocios del marido hagan temer que los bienes de éste no sean suficientes para satisfacer los derechos y restituciones de la mujer. Toda separación voluntaria es nula», señala BONNECASSE, que la mujer es la única que tenía derecho para promover la separación de bienes y por causas que pusieran en peligro su dote. También que «la separación de bienes judicial supone el mal estado de los negocios del marido, sin que, por otra parte, necesariamente deba ser una culpa suya la causa de ese estado [...] Es indispensable que la mujer tenga el temor de perder su fortuna» (*Elements...*, p. 313). MAZEAUD se pregunta en qué casos los derechos de la mujer se encontraban en peligro antes de 1965. Señala que el texto precisa «dès que la femme court le risque de ne pas pouvoir se faire payer par le mari ce que celui-ci pourra lui devoir à la dissolution du régime, la femme a le droit de faire liquider la situation. Les tribunaux ont interprété largement cette condition: du moment que la femme avait intérêt à demander la séparation, ils ont accueilli sa demande.—Y continúa— et il suffisait d'un intérêt éventuel. Eventuel à une double point de vue. D'une part, il pouvait s'agir de protéger des simples droits éventuels de la femme, par exemple d'empêcher la dilapidation des biens que la femme est susceptible de recueillir dans la succession future de ses parents, lorsque ces biens doivent tomber dans la communauté. D'autre part, il n'était pas nécessaire que l'insolvabilité du mari actuelle, sinon la séparation interviendrait trop tard; une insolvabilité future probable suffisait». En cuanto a la redacción de 1965 declara que tiene una «formule plus générale» que incluye que se pongan en peligro los intereses de cualquiera de los dos esposos. En relación con la pregunta que se hace sobre si es necesaria la culpa del cónyuge contra el cual se actúa o basta la mala administración, señala «il est certain que la mise en péril des intérêts d'un époux, lorsqu'elle est due à la mauvaise administration de l'autre, permet d'obtenir la séparation. La loi de 1965 vise

al establecerse la igualdad de derechos entre ambos cónyuges, la separación de bienes puede ser interesada por cualquiera de ellos. También es viable la petición en los casos en que el demandante entienda que sus derechos eventuales en los bienes comunes estén en peligro, aunque la sociedad haya sido única y exclusivamente levantada con los bienes del demandado.

En la redacción del Código Civil francés de 1804 se reservaba única y exclusivamente a la mujer la petición de la separación de bienes; esta medida tutelar era entendida como una fórmula que contrarrestaba los poderes del marido. Será con la Ley de 1965 cuando se introduzcan cambios para la equiparación de derechos de ambos cónyuges extendiéndose esta facultad personal también al marido. En suma, sólo pueden ejercitarla los cónyuges sin que los acreedores puedan pedir al titular de la deuda que solicite la separación de bienes⁴⁹ (art. 1.446⁵⁰). Lo que sí les está permitido a los titulares de derechos de crédito es la continuación de la acción iniciada por su autor o deudor, en caso de fallecimiento del sujeto pasivo, acción que también se extiende a los herederos del cónyuge demandante⁵¹. Otros

également l'inconduite; un époux peut se mal conduire, quoique bon administrateur; encore faudra-t-il que l'inconduite de l'un mette en péril les intérêts de l'autre. Mais à la mauvaise administration et à l'inconduite, le législateur a ajouté le 'désordre des affaires'. Doit-on en conclure qu'il admet un *désordre des affaires qui ne serait pas la conséquence d'une mauvaise administration ou de l'inconduite*? La logique oblige à répondre par l'affirmative, sinon à quoi bon viser le désordre des affaires, outre la mauvaise administration?» (*Leçons...*, pp. 421 y 422).

⁴⁹ BAUDRY-LACANTINERIE funda la imposibilidad de que los acreedores puedan pedir la separación de bienes en que «en est qu'une semblable demande est de nature à jeter le trouble et la discorde entre les époux. Si la femme consent à sacrifier sa dot pour assurer la paix de son ménage, il ne faut pas que d'avidés créanciers puissent venir paralyser ses bonnes intentions. Voilà pourquoi la loi ne permet aux créanciers d'agir qu'avec le consentement de la femme» (*Précis de Droit Civil*, París, Sirey, t. XIII, 1914, 11.ª edición por CHÉNEAUX, p. 121). En idéntico sentido se pronunciaron PLANIOL y RIPERT (*vid. Traité pratique de Droit Civil Français*, París, t. IX, *Régimes matrimoniaux*, 2.ª parte, 1927, p. 51).

⁵⁰ «Les créanciers d'un époux ne peuvent demander de son chef la séparation de biens».

⁵¹ En este sentido, BAUDRY-LACANTINERIE señaló que los herederos y los acreedores de la mujer demandante pueden continuar el juicio de la separación de bienes iniciado por ésta antes de fallecer (*vid. Précis...*, p. 121). PLANIOL y RIPERT también entendieron que los acreedores y los herederos de la mujer podían continuar la acción que ella empezó, por haber desaparecido «todo elemento moral» que pudiera haber (*vid. Traité...*, p. 51). Sin embargo, sostenía MAZEAUD acerca de si los herederos podrían continuar una acción empezada por su autor, que sería posible que tuvieran interés en el caso de la posible retroactividad de los efectos de la sentencia al día de la demanda, pero dijo que la jurisprudencia ha respondido negativamente basándose en el carácter personal de la acción (*vid. Leçons...*, p. 420).

derechos que tienen son: la intervención en juicio para la conservación de sus derechos o el requerimiento de que los esposos les den traslado de la demanda, o en vía de tercería en la sentencia de separación para que se pronuncie en fraude de sus derechos⁵² (art. 1.447 *Code*⁵³).

Para la protección de los terceros se reconocen otras medidas además de las apuntadas, como la publicidad registral de la separación de bienes, siendo un extracto de la demanda enviado al archivo del tribunal del lugar de nacimiento de cada esposo, para que se conserve en el Registro Civil, y se mencione al margen del acta de nacimiento una referencia a ese registro; también es posible la publicación en el diario difundido en la jurisdicción del tribunal que embarga y juzga⁵⁴. En caso de que uno de los cónyuges sea comerciante se deberá publicar también en el «Registre du Commerce et des Sociétés» (Registro Mercantil). La sentencia de separación de bienes será publicada al menos un mes después de la mención de la demanda al margen del acta de nacimiento, para que los terceros interesados puedan intervenir en el procedimiento. En este sentido, los trámites de partición y liquidación de la comunidad no pueden comenzar entanto no sea publicada la sentencia, en su defecto, no serán oponibles a terceros⁵⁵. Por esto, deben iniciarse los trámites en

⁵² Vid. TERRÉ y SIMLER, *ob. cit.*, p. 466.

⁵³ «Quand l'action en séparation de biens a été introduite, les créanciers peuvent sommer les époux par acte d'avocat à avocat de leur communiquer la demande et les pièces justificatives. Ils peuvent même intervenir en fraude de leurs droits, ils peuvent se pourvoir contre elle par voie de tierce opposition, dans les conditions prévues au Code de procédure civile».

⁵⁴ Art. 1.292 Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC): «La demande en séparation de biens est portée devant le tribunal de grande instance de la résidence de la famille.— Un extrait de la demande est transmis par l'avocat du demandeur aux secrétariats-greffes des tribunaux de grande instance dans le ressort desquels sont nés l'un et l'autre des époux, à fin de conservation au répertoire civil et de publicité par mention en marge de l'acte de naissance selon les modalités prévues au chapitre III du titre Ier du présent livre.— Un extrait de la demande peut, en outre, être publié dans un journal diffusé dans le ressort du tribunal saisi».

⁵⁵ Art. 1.297 NCPC: «L'exécution de la décision n'est pas opposable aux créanciers des époux si elle a commencé avant que n'aient été accomplies les formalités prévues à l'article 1294». Por su parte, señala el artículo 1.294: «Le jugement prononçant la séparation est publié dans un journal diffusé dans le ressort du tribunal qui l'a rendu.— Le dispositif du jugement est notifié à l'officier de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré à fin de mention en marge de l'acte de célébration. Lorsque l'union a été célébrée à l'étranger et qu'un acte de mariage a été dressé ou transcrit sur un registre français, le dispositif du jugement est notifié aux mêmes fins à l'autorité détenant ce registre.— Si un contrat de mariage a été passé par les époux, le dispositif de la décision est notifié par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au notaire détenteur de la minute du contrat. Le notaire est tenu de faire mention de la décision

tres meses desde que la sentencia adquiere fuerza de cosa juzgada y debe concluirse la liquidación en el término de un año desde que fueron iniciadas las operaciones, siendo si no nula la separación de bienes⁵⁶. Los acreedores contarán con el plazo de un año desde la publicación de la decisión para poder atacar el pronunciamiento por medio de la tercería, si creen que se obtuvo en fraude de sus derechos⁵⁷.

Deberá también darse publicidad a la sentencia que establezca la separación de bienes, para que en el futuro terceras personas puedan conocer la situación económico-matrimonial que ese matrimonio tiene en ese momento. Por ello, deberá mencionarse ésta al margen del acta de matrimonio y en las eventuales capitulaciones matrimoniales⁵⁸. Si la sentencia es desestimatoria se conservará en el Registro Civil, y se mencionará al margen del acta de nacimiento⁵⁹. El efecto de la sentencia estimatoria será, pues, la sustitución del régimen económico-matrimonial, cambiando la comunidad legal por la separación de bienes. Hay que señalar algo importante al efecto. Los cónyuges en un periodo de dos años no podrán utilizar las oportunidades de cambio de régimen que el artículo 1.397 del Código Civil francés les ofrece, ni modificar las reglas del código relativas a la separación de bienes. La sentencia que se pronuncie a favor de la separación de bienes retrotraerá sus efectos al día de la demanda, tanto respecto a los esposos como a los terceros, dado que ya en su día se les advirtió al publicarse

sur la minute et ne doit plus, à peine de dommages-intérêts, en délivrer aucune copie, exécutoire ou non, sans reproduire cette mention.— Dans les cas prévus aux deux alinéas qui précèdent, la notification est accompagnée de la justification du caractère exécutoire de la décision conformément à l'article 506».

⁵⁶ Art. 1.444 del *Code*: «La séparation de biens, quoique prononcée en justice, est nulle si les poursuites tendant à liquider les droits des parties n'ont pas été commencées dans les trois mois du jugement passé en force de chose jugée et si le règlement définitif n'est pas intervenu dans l'année de l'ouverture des opérations de liquidation. Le délai d'un an peut être prorogé par le président de tribunal statuant dans la forme des référés». COLOMER contempla una posible explicación a este artículo. En su opinión si a una separación de bienes no le sigue en un periodo de tiempo razonable una corrección de la situación, podría ser sospechosa de fraude. Este autor también señala distintas sentencias relacionadas con este artículo que recogen doctrinas interesantes como ésta: un acreedor puede invocar esta nulidad aunque su crédito haya nacido después de la sentencia de la separación de bienes (Cass. Civ. 1.ª 12 enero 1988, *Défrenois* 1988, art. 34289) (*ob. cit.*, p. 420).

⁵⁷ Art. 1.298 del NCPC: «Dans l'année qui suit l'accomplissement de ces formalités, les créanciers de l'un ou de l'autre époux peuvent former tierce opposition contre le jugement de séparation». *Vid.* LAMBOLEY y LAURENS-LAMBOLEY, *Droit des régimes matrimoniaux*, París, 2000, p. 143.

⁵⁸ *Vid.* art. 1.294 NCPC.

⁵⁹ Art. 1.296 NCPC: «Le jugement qui rejette la demande de séparation de biens est publié conformément à l'alinéa 2 de l'article 1292».

la demanda⁶⁰, salvo si hubo un aplazamiento que alargase la retroactividad⁶¹. MAZEAUD señaló la diferencia de esta fecha con la del divorcio o de la separación de cuerpos en relación con los terceros —por aplicarse la retroactividad en este caso a ambos, esposos y terceros— por la publicidad de la demanda a los terceros⁶².

Será entonces a partir de esta fecha cuando cesen los poderes que cada cónyuge tenía en virtud del régimen económico de la comunidad legal, y también será ese el día para la composición de la masa común. Los actos de administración seguirán siendo eficaces, y la retroactividad sólo se producirá cuando sea realmente necesaria para la protección del esposo demandante de la separación de bienes.

A diferencia del divorcio, en la separación de bienes no cabe una liquidación anticipada de la comunidad, aunque sí que se aplica, por el contrario, el artículo 1.442.2⁶³.

c) Cambio de régimen matrimonial

Es la última de las causas contempladas por el artículo 1.441, incorporándose al Código Civil en 1965. De todos modos, conviene

⁶⁰ Art. 1.445 del *Code*: «La demande et le jugement de séparation de biens doivent être publiés dans les conditions et sous les sanctions prévues par le code de procédure civile, ainsi que par les règlements relatifs au commerce si l'un des époux est commerçant.— Le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande.— Il sera fait mention du jugement en marge de l'acte de mariage ainsi que sur la minute du contrat de mariage».

⁶¹ Vid. MALAURIE, *Les régimes matrimoniaux*, París 1999, p. 289.

⁶² Señaló MAZEAUD: «On explique cette différence par la publicité de la demande en séparation de biens, qui a dû renseigner les tiers, publicité qui n'a pas pu être organisée pour les demandes en divorce ou séparation de corps, car elle ferait disparaître toute chance de réconciliation des époux. Il n'est pas certain, d'ailleurs, que la publicité de la demande de séparation de biens avertisse efficacement les tiers, dont les intérêts se trouvent alors sacrifiés à ceux de la famille. En raison de la rétroactivité de la séparation de biens, c'est au jour de la demande qu'il faut se placer pour fixer les droits des époux. A partir de cette date, le mari n'a détenu les biens communs qu'en qualité d'administrateur ordinaire comme en cas de divorce ou de séparation de corps. Les créanciers, à qui la dissolution est opposable, ne peuvent plus saisir les biens communs, parce que ces biens sont devenus indivis» (*Leçons...*, p. 426).

⁶³ Artículo 1.442 Código Civil francés: «Il ne peut y avoir lieu à la continuation de la communauté, malgré toutes conventions contraires. Les époux peuvent, l'un ou l'autre, demander, s'il y a lieu, que, dans leurs rapports mutuels, l'effet de la dissolution soit reporté à la date où ils ont cessé de cohabiter et de collaborer. Celui auquel incombe à titre principal les torts de la séparation ne peut pas obtenir ce report». Con la Ley 2004-439, de 26 de mayo, el último inciso de este artículo referente ha sido suprimido. En todo caso, sobre la retroacción temporal *vid. infra*.

tener presente por lo que a las causas de modificación del régimen económico se refiere, que la fecha en que producen sus efectos no es idéntica en todos los casos, toda vez que se distingue entre los supuestos de las relaciones de los cónyuges entre sí, y las de terceros. En particular, para las relaciones entre los cónyuges la fecha es la de la sentencia de homologación⁶⁴. En el segundo caso, las relaciones con los terceros, los efectos se producirán tres meses después de la mención del cambio de régimen en el margen del acta de matrimonio, salvo que ya mencionara ese cambio de régimen en los actos anteriores realizados con ellos⁶⁵.

2.2. DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD POR FALLECIMIENTO O AUSENCIA

2.2.1. Fallecimiento

Esta suele ser la causa habitual de disolución del matrimonio y, por ende, de la comunidad legal. El fallecimiento de un esposo produce la disolución inmediata y obligatoria de la comunidad. Conlleva también la muerte de uno de los cónyuges la apertura de su sucesión, por lo cual se deberán realizar dos liquidaciones distintas, la de la masa común y la de la masa hereditaria. Por este motivo, ésta será la causa de disolución que produzca los efectos más complejos.

Sin embargo, sobre este aspecto hay que señalar que no siempre el fallecimiento de un esposo ha llevado aparejada la disolución de la comunidad, ya que en el Derecho antiguo francés⁶⁶, y hasta el siglo XVI, si quedaban hijos nacidos de ese matrimonio la comunidad continuaba pero esta vez entre el cónyuge superviviente y sus hijos mayores o menores. Era la denominada «Communauté continuée», establecida en beneficio del cónyuge superviviente para que continuara la si-

⁶⁴ Salvo que se aplique el artículo 1442.2 relativo al cambio temporal, el cual se verá en el siguiente epígrafe.

⁶⁵ *Vid.* art. 1.397.3 *Code*.

⁶⁶ Como ejemplo recogemos aquí la Costumbre de París en su artículo 240: «Quand l'un des deux conjoints par mariage va de vie à trépas, et délaisse aucuns mineurs dudit mariage, si le survivant des deux conjoints ne fait inventaire, avec personne capable et légitime contradicteur, des biens qui étaient communs durant ledit mariage, et au temps du trépas, soit meubles-ou conquest immeubles: l'enfant ou enfants survivants, peuvent, si bon leur semble, demander communauté en tous les biens meubles et conquest immeubles du survivant. Posé qu'iceluy survivant se remarie» (*vid.* COLIN y CAPITANT, *Derecho...*, p. 332).

tuación como hasta entonces, y evitar que los herederos la cambiaran en su detrimento con la demanda de liquidación, o inmiscuyéndose en la gestión de la comunidad. Pero será a partir del siglo XVI cuando el interés protegido pase a ser no el del supérstite sino el de los hijos. A partir de entonces, la disolución se producirá si el cónyuge sobreviviente hizo inventario al disolverse la comunidad, en su defecto ésta continuará. La codificación de 1804 altera la situación precedente, ya que en su artículo 1442.1 se estableció la nulidad de cualquier convenio por el que se mantuviera la prórroga de la comunidad, por lo cual concluye la comunidad obligatoriamente al fallecer uno de los esposos⁶⁷. La Ley de 1965 se mantiene en esta línea.

Se podría pensar que ante el hecho habitual de dejar las cosas en ese estado, sin partición ni inventario, hasta la mayoría de edad de los hijos, esta indivisión constituye una continuación de la sociedad. Lo cierto es que no es así, ya que lo que realmente aparece es la «indivisión post-comunitaria»⁶⁸ que nace con el fallecimiento del cónyuge, y que sustituye automáticamente a la comunidad.

En el Código Civil de 1804 para evitar que el cónyuge supérstite desviara bienes comunes en perjuicio de los herederos del premuerto, así como para facilitar la liquidación de la comunidad y de la indivisión, y que la mujer pudiera ejercer su opción, señaló MAZEAUD⁶⁹ que sus redactores obligaron al sobreviviente a que en el plazo de tres meses hiciera inventario notarial conteniendo los bienes comunes existentes en el momento del fallecimiento. En el caso de que el sobreviviente sucediera solo a su esposo se le dispensaba de hacer inventario, al igual que si la comunidad no contenía ningún activo, o si todos los herederos, mayores de edad, le dispensaban de esta formalidad por haberse establecido en su beneficio. Dados los costes económicos de su confección, el sobreviviente intentaba a menudo evitarlo, a pesar de dejar el difunto herederos menores.

En la redacción primitiva del *Code*, a pesar del derecho de opción de la mujer, se establecían tres sanciones, dos contra el cónyuge so-

⁶⁷ MAZEAUD declara que «el tutor subrogado de los herederos menores tiene la obligación de constreñir al cónyuge supérstite a que haga inventario (art. 1.442, párr. 2.º, del Código Civil). Si desconoce esa obligación, queda obligado solidariamente con el cónyuge supérstite por todas las condenas que puedan ser pronunciadas a favor de los menores» (*Leçons...*, p. 404; en la traducción española, p. 472).

⁶⁸ Es el caso de nuestra «comunidad postmatrimonial o postganancial»; para su estudio y análisis *vid.* por todos, LASARTE ÁLVAREZ y la bibliografía allí citada (*Principios de Derecho Civil, 6, Derecho de familia*, Madrid, 2002, 3.ª ed., pp. 256 y ss.).

⁶⁹ MAZEAUD, *Leçons...*, pp. 405 y ss.

breviviente y una contra el tutor subrogado de los herederos menores. Los herederos del premuerto, al no haberse redactado el inventario en tiempo, tenían la posibilidad de acreditar la ganancialidad de los bienes comunes por cualquier medio, incluida la «commune renommée» o fama pública. El cónyuge que no redactara el inventario perdía el derecho de disfrute legal en los bienes de los hijos menores. El tutor subrogado de los herederos menores tenía la obligación de constreñir al cónyuge supérstite a inventariar, porque si no lo hiciera quedaría solidariamente vinculado con el sobreviviente en todas las condenas pronunciadas en beneficio de los menores. En el caso de ser la mujer la sobreviviente perdía el beneficio de emolumento. Con la reforma de 1965 se suprime la obligación anterior existente de realizar un inventario al fallecer el cónyuge premuerto en todos los casos, hubiera o no hijos menores, para evitar cualquier fraude en los intereses de los herederos, al no reproducir en el artículo 1.442 del Código Civil las disposiciones sobre el inventario. Pero señala MAZEAUD que sería inexacto señalar que la obligación de hacer el inventario ha desaparecido totalmente⁷⁰. Con la Ley de 1965 se mantiene esta obligación para el caso de existir herederos menores⁷¹, manteniéndose las mismas sanciones anteriormente previstas para el caso de faltar el inventario. El Código Civil francés recoge en la ac-

⁷⁰ Señaló MAZEAUD los casos en los cuales se debe inventariar. «D'une part, le législateur de 1965 a pris soin d'insérer dans l'article 386 C. civ. [Art. 386: «Cette jouissance n'aura pas lieu au profit de l'époux survivant qui aurait omis de faire inventaire, authentique ou sous seing privé, des biens échus au mineur»] la sanction qui frappe le survivant des père et mère qui ne procède pas à un inventaire de la succession, la perte du droit de jouissance légale; et la loi du 14 décembre 1964 a mis à la charge de l'administrateur légal et du tuteur, l'obligation de procéder à un inventaire des biens du mineur, sous la sanction de l'admissibilité de la *preuve par commune renommée*, tout en maintenant la *responsabilité solidaire du subrogé tuteur* avec le tuteur. Ces deux sanctions jouent dans toute ouverture de succession à laquelle sont appelés des mineurs, quel que soit le régime matrimonial de l'époux décédé. D'autre part, les nouveaux articles 1483 et 1484 *privent du bénéfice d'émolument l'époux commun en biens qui n'a pas fait inventaire*. Ils donnent un délai de neuf mois et renvoient, pour les formes de l'inventaire, au Code de procédure civile. Il paraît raisonnable de penser que ce délai et ces formes s'appliquent désormais à tous les inventaires qui seront dressés à la dissolution de la communauté. Mais, si la preuve par commune renommée peut jouer en faveur des mineurs, elle ne peut plus, aujourd'hui, être utilisée par les autres héritiers, même lorsque les époux se sont mariés avant la mise en application de la réforme» (*Leçons...*, p. 406).

⁷¹ Art. 451.3 del *Code*: «A défaut d'inventaire dans le délai prescrit, le subrogé tuteur saisira le juge des tutelles à l'effet d'y faire procéder, à peine d'être solidairement responsable avec le tuteur de toutes les condamnations qui pourraient être prononcées au profit du pupille. Le défaut d'inventaire autorisera le pupille à faire la preuve de la valeur et de la consistance de ses biens par tous les moyens, même la commune renommée».

tualidad la regulación sobre el inventario en los artículos 1.483⁷² y 1.484⁷³. Para TERRÉ y SIMLER la confección del inventario constituye una sabia precaución, tanto en el caso de que la indivisión comprenda bienes muebles como si la partición tardara un tiempo en realizarse⁷⁴.

Por último, con la Ley de 3 de diciembre de 2001 ha sido suprimido el artículo 1.481 que recogía unas ventajas del cónyuge sobreviviente, aparte de su porción en la comunidad legal y sus derechos sucesorios⁷⁵. Con esta reforma también desaparecen ciertos benefi-

⁷² «Chacun des époux ne peut être poursuivi que pour la moitié des dettes qui étaient entrées en communauté du chef de son conjoint.—Après le partage et sauf le cas de recel, il n'en est tenu que jusqu'à concurrence de son émoulement, pourvu qu'il y ait eu inventaire, et à charge de rendre compte tant du contenu de cet inventaire que de ce qui lui est échu par le partage, ainsi que du passif commun déjà acquitté».

⁷³ «L'inventaire prévu à l'article précédent doit avoir lieu dans les formes réglées par le Code de procédure civile, contradictoirement avec l'autre époux ou lui dûment appelé. Il doit être clos dans les neuf mois du jour où la communauté a été dissoute, sauf prorogation accordée par le juge des référés. Il doit être affirmé sincère et véritable devant l'officier public qui l'a reçu».

⁷⁴ También señalan estos autores en relación con el beneficio de disfrute legal de los bienes de los menores, que tras la Ley de 1965 éste se incorpora en el artículo 386 del Código Civil francés [«Cette jouissance n'aura pas lieu au profit de l'époux survivant qui aurait omis de faire inventaire, authentique ou sous seing privé, des biens échus au mineur»]; sobre el beneficio de emolumento se subordina en todos los casos de disolución de la comunidad a la realización de un inventario en nueve meses, salvo prórroga judicial, y, por último, que si al cónyuge sobreviviente se le beneficia con una liberalidad en usufructo, deberá inventariar los bienes sometidos a ese usufructo, en el caso de exigirlo los descendientes del premuerto (según art. 1.094-3 CC francés: «Les enfants ou descendants pourront, nonobstant toute stipulation contraire du disposant exiger, quant aux biens soumis à l'usufruit, qu'il soit dressé inventaire des meubles ainsi qu'état des immeubles, qu'il soit fait emploi des sommes et que les titres au porteur soient, au choix de l'usufruitier, convertis en titres nominatifs ou déposés chez un dépositaire agréé»). Concluyen señalando que en el caso de inexistencia de liberalidades o herederos menores, y si el cónyuge sobreviviente no quisiera favorecerse del beneficio de emolumento, no implicará ninguna sanción la falta de inventario, dado que ningún texto legal formula su exigencia (*vid.* TERRÉ y SIMLER, *Les régimes...*, p. 456).

⁷⁵ El origen de estos derechos sucesorios está en el «douaire», beneficio consistente en el usufructo de los bienes propios del marido premuerto concedido únicamente a la viuda. Era un derecho de origen legal, aunque también era posible su establecimiento por medio de capitulaciones matrimoniales. Fue suprimido por los revolucionarios, pero con el Código de 1804 se estableció para la viuda casada bajo régimen de gananciales un derecho al alojamiento, alimentos y gastos del luto durante los tres meses y cuarenta días que tenía para hacer el inventario. Con la Ley de 1965, al suprimir la obligación general del inventario, se reestructuran y actualizan los derechos, contando con un plazo de nueve meses. Para POUDEUX «gains de survie», «préciput légal» o derechos de viudedad, son sinónimos, definiéndolos él como un derecho patrimonial, concretamente, «un derecho de crédito estrictamente temporal y personal» («Réflexions sur les gains de survie légaux», *JCP - La Semaine Juridique*, 1993, 1, p. 127).

cios que la Ley de 1965 amplió al marido ya que el texto de 1804 sólo amparaba a la viuda. Los cónyuges sobrevivientes tenían derecho a sus gastos del luto, de alojamiento y alimento durante nueve meses a cargo de la comunidad según su situación familiar, a pesar de tener el supérstite recursos económicos suficientes. Como derechos personalísimos, no podían ser invocados ni por los herederos ni por los acreedores⁷⁶.

2.2.2. Ausencia

En cuanto a la ausencia, hasta la Ley de 28 diciembre de 1977 independientemente de su prolongación en el tiempo, no producía la disolución del matrimonio, aunque sí se entendía como una causa más de disolución de la comunidad legal. Hoy, el artículo 128.1⁷⁷ del *Code* determina que la sentencia declarativa de la ausencia produce desde su registro todos los efectos que la constatación del fallecimiento del ausente hubiera tenido. Será la fecha de la inscripción o registro de la sentencia la que produzca la disolución del régimen matrimonial, pasándose entonces a la liquidación y partición de la sociedad.

Pueden darse dos momentos en relación con la ausencia. El primero es el caso de la presunción de la ausencia contenida en los artículos 112⁷⁸ y 113⁷⁹. En éstos se señala que «si una persona deja de aparecer en el lugar de su domicilio o residencia sin que haya habido noticias» se puede acudir al juez, sin un plazo particular, para que declare la presunción de ausencia y también para que designe un administrador de los bienes del ausente, siempre que el presunto ausente no haya dejado nombrado un procurador o que su cónyuge no

⁷⁶ Vid. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *ob. cit.*, p. 134 y MALAURIE, *ob. cit.*, p. 284.

⁷⁷ «Le jugement déclaratif d'absence emporte, à partir de la transcription, tous les effets que le décès établi de l'absent aurait eus».

⁷⁸ «Lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles, le juge des tutelles peut, à la demande des parties intéressées ou du ministère public, constater qu'il y a présomption d'absence».

⁷⁹ «Le juge peut désigner un ou plusieurs parents ou alliés, ou, le cas échéant, toutes autres personnes pour représenter la personne présumée absente dans l'exercice de ses droits ou dans tout acte auquel elle serait intéressée, ainsi que pour administrer tout ou partie de ses biens; la représentation du présumé absent et l'administration de ses biens sont alors soumises aux règles applicables à l'administration légale sous contrôle judiciaire telle qu'elle est prévue pour les mineurs, et en outre sous les modifications qui suivent».

pueda atender suficientemente sus intereses. En este supuesto la comunidad sigue manteniéndose en vigor. Y, el segundo es la declaración de ausencia que puede realizarse después de diez años del primer pronunciamiento sobre la constatación de la presunción de ausencia, si lo hubo, en caso contrario, después de veinte años de la desaparición⁸⁰. En éste sí se disuelve y liquida la comunidad legal produciendo la sentencia declarativa de la ausencia todos los efectos que la constatación del fallecimiento del ausente hubiera podido producir⁸¹.

La reaparición del ausente no produce ni la reanudación del vínculo matrimonial ni de la comunidad, ya que la comunidad sigue manteniéndose disuelta. Únicamente, el ausente podrá recobrar los bienes y derechos en el estado que se encuentren a su vuelta⁸².

3. FECHA DE LA DISOLUCIÓN

Habitualmente, como hemos visto, la fecha de la disolución coincide en principio con el día en el que se produce la causa que la motiva. Pero realmente hay que señalar que, como dice CORNU, en los casos más simples la fecha es única, siendo idéntica para los terceros y las partes. Aquéllas son, la del fallecimiento del cónyuge, la de la publicación de la demanda en caso de separación de bienes⁸³ y la de inscripción de la sentencia declarativa de la ausencia⁸⁴. En los demás su-

⁸⁰ *Vid.* art. 122 del CC francés: «Lorsqu'il se sera écoulé dix ans depuis le jugement qui a constaté la présomption d'absence, soit selon les modalités fixées par l'article 112, soit à l'occasion de l'une des procédures judiciaires prévues par les articles 217 et 219, 1426 et 1429, l'absence pourra être déclarée par le tribunal de grande instance à la requête de toute partie intéressée ou du ministère public.— Il en sera de même quand, à défaut d'une telle constatation, la personne aura cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, sans que l'on en ait eu de nouvelles depuis plus de vingt ans».

⁸¹ *Vid.* art. 128 del CC francés: «Le jugement déclaratif d'absence emporte, à partir de la transcription, tous les effets que le décès établi de l'absent aurait eus.— Les mesures prises pour l'administration des biens de l'absent, conformément au chapitre Ier du présent titre prennent fin, sauf décision contraire du tribunal ou, à défaut, du juge qui les a ordonnées.— Le conjoint de l'absent peut contracter un nouveau mariage».

⁸² *Vid.* art. 130 del CC francés: «L'absent dont l'existence est judiciairement constatée recouvre ses biens et ceux qu'il aurait dû recueillir pendant son absence dans l'état où ils se trouvent, le prix de ceux qui auraient été aliénés ou les biens acquis en emploi des capitaux ou des revenus échus à son profit». Sobre esta materia, *vid.* TERRÉ y SIMLER, *ob. cit.*, p. 457.

⁸³ *Vid.* art. 1.445.2 del *Code*.

puestos, sin embargo, se produce una doble fecha distinta dependiendo de a quién haga referencia, ya sea entre los esposos o con los terceros. De esta manera, en relación con los cónyuges, la disolución se produce en una fecha determinada, como la de la sentencia de homologación del cambio de régimen⁸⁵ y la de la demanda inicial en el divorcio y separación de cuerpos⁸⁶. Pero por lo que a los terceros se refiere, los efectos se aplazan, ya sea hasta el cumplimiento de las formalidades de publicidad (día de la mención de la sentencia de divorcio o separación de cuerpos al margen de los libros del estado civil⁸⁷), e incluso más tarde, hasta tres meses después de la mención del cambio de régimen homologado al margen del acta de matrimonio⁸⁸.

El legislador introdujo un novedoso artículo sobre la retroacción temporal en la reforma de 1965, retocado en 1985. El artículo en cuestión es el 1.442.2 del Código Civil francés que contempla que los esposos pueden, uno u otro, pedir, en su caso que, en sus relaciones mutuas, el efecto de la disolución se fije en la fecha en que cesó la convivencia y cooperación mutua. En quien recaiga a título principal la culpa de la separación no puede obtener esa modificación temporal⁸⁹. Este mecanismo se llama *le report* de la fecha de disolución. Ante lo cual, se pone de manifiesto que la separación de hecho no es una causa más de disolución de la comunidad legal, sino que en realidad produce un cambio en sus efectos temporales. De modo que a

⁸⁴ Vid. art. 128.1 CC francés.

⁸⁵ Vid. art. 1.397 CC francés.

⁸⁶ Vid. art. 262.1-1 CC francés, artículo que ha sido modificado por la Ley 2004-439, de 26 de mayo, siendo su redacción a partir del 1 de enero de 2005: «Le jugement en cas de divorce prend effect dans les rapports entre les époux, en ce qui concerne leurs biens:— Lorsqu'il est prononcé par consentement mutuel, à la date de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce, à moins que celle-ci n'en dispose autrement;— lorsqu'il est prononcé pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, à la date de l'ordonnance de non-conciliation;— A la demande de l'un des époux, le juge peut fixer les effets du jugement à la date à laquelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer. Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce. La jouissance du logement conjugal par un seul des époux conserve un caractère gratuit jusqu'à l'ordonnance de non-conciliation, sauf décision contraire du juge».

⁸⁷ Vid. art. 262 CC francés.

⁸⁸ Vid. art. 1.397.3 CC francés; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, París, 1997, p. 432.

⁸⁹ Artículo 1.442.2 CC francés: «Les époux peuvent, l'un ou l'autre, demander, s'il y a lieu, que, dans leurs rapports mutuels l'effet de la dissolution soit reporté à la date où ils ont cessé de cohabiter et de collaborer. Celui auquel incombent à titre principal les torts de la séparation ne peut pas obtenir ce report». El último inciso de este artículo ha sido suprimido por la Ley 2004-439, de 26 de mayo.

petición de los cónyuges, se retrotrae a la fecha que realmente disolvería el régimen económico, para que desde el momento del cese de la convivencia se entienda extinguida la comunidad.

Esta nueva regla sirvió para acabar con las injusticias que se venían produciendo, ya que era corriente que el cónyuge culpable de la separación abandonara el hogar familiar, mientras que el cónyuge inocente siguiera levantando la empresa familiar produciendo beneficios, para que luego el culpable, llegado el momento, se beneficiara de las ganancias producidas durante ese tiempo por el inocente. Anteriormente no existía un mecanismo tuitivo de esta naturaleza. Para proteger al cónyuge inocente se establece una garantía con la finalidad de paliar un doble riesgo: que las adquisiciones no se destinen a una comunidad que sólo levanta o aumenta uno de los cónyuges, y que la comunidad no sea vaciada por las actuaciones del culpable⁹⁰. Por ello se establece una retroacción de los efectos de la disolución al día de la separación, para que las ganancias producidas a partir de esa fecha sean privativas del cónyuge que las produjo.

En este supuesto, la causa de la disolución es indiferente, porque lo realmente indispensable es el cese de convivencia y colaboración entre los esposos. El fin de la cohabitación viene determinado por la separación de hecho, y dado que la cooperación es «el deber recíproco de obrar hacia la prosperidad común»⁹¹, cesará cuando no se obre en beneficio de la familia. No es necesaria una separación culposa, ya que lo único que se le prohíbe al responsable —si lo hubiera— es la posibilidad de pedir la retroacción de los efectos de la disolución. A diferencia de lo que ocurría hasta 1965, época en que era imprescindible la culpabilidad del demandado, o quien abandonó la vivienda, hoy, tras la reforma del artículo en 1985, se suprime la exigencia de la culpa en el demandado como condición del aplazamiento, pasándose a considerar, más bien, el fundamento económico del cese de la cohabitación⁹². En conclusión, hoy puede pedir el

⁹⁰ Vid. MALAURIE, *ob. cit.*, p. 278. Este autor recoge una sentencia curiosa de 1974 en la que la comunidad siguió subsistiendo durante cuarenta años en beneficio de la mujer desertora, que abandonó a su marido el mismo año de su matrimonio, aprovechándose ésta al fallecer su marido de la mitad de la comunidad.

⁹¹ CORNU, *Les régimes...*, p. 434.

⁹² Considera MOULY que la aportación esencial de la modificación del artículo 1442.2 CC francés es la posibilidad de poderse aplicar aun en caso de ausencia de ruptura culposa, y de precisar que quien no puede instar la retroacción es el único o principal responsable de la separación. Este autor también resalta que la Ley de 1965 contemplaba una culpa de manera positiva como condición para la aplicación del artículo, pero con la reforma de 1985 pasa a ser de una forma negativa para privar al

aplazamiento el cónyuge inocente, pero también el que tenga una responsabilidad secundaria en la ruptura, y cualquiera de los dos si ambos son culpables en igual medida.

Será el juez el que acuerde la modificación temporal al constatar que se dan las condiciones oportunas de ésta. Es interesante resaltar que con la Ley de 1965 sólo el cónyuge inocente y sus herederos podían pedirla, como ya se ha señalado, pero ahora también pueden instarla los herederos de ambos. Parece evidente que, como dice MALAURIE, pedirá la retroacción aquel cónyuge que durante la separación consiguió más ganancias que el otro⁹³.

El problema se presenta a la hora de probar, no ya la culpa, sino la fecha concreta de la separación de los esposos, sin embargo, el Tribunal Supremo admite que con la simple acreditación del cese de la convivencia se presume el de la colaboración, salvo prueba en contrario⁹⁴. Con la Ley de 1985 la prueba de culpabilidad incumbe al demandado teniendo éste que acreditar que él no es el principal responsable de la separación.

La demanda deberá presentarse antes del término de la liquidación y de la partición de la comunidad. Una vez que el juez les conceda la retroacción se producirán efectos tan sólo en las relaciones entre cónyuges, y no respecto a terceros. Los efectos de la disolución para los esposos se retrotraerán a la fecha en que cesó la convivencia común y empezará a partir de ese momento la «indivisión postcomunitaria». Los rendimientos obtenidos del trabajo de cada cónyuge, los frutos y rentas de los bienes privativos, y los bienes adquiridos con estas ganancias y frutos dejarán de ser comunes. El día de la partición serán tenidos en cuenta los bienes que había en la comunidad legal en ese momento.

Por lo que a los terceros se refiere, si contratan con algún cónyuge tras la separación de hecho en las mismas condiciones existentes de la comunidad legal, tendrán derecho a perseguir judicialmente los bienes comunes, conservando este derecho, no sólo contra los que lo sean en el momento de la separación de hecho, sino también contra los adquiridos que hubieran sido comunes en una situación normal. El cónyuge demandante, al producirse la disolución de la comunidad

cónyuge culpable del beneficio del artículo (*vid.* «Le rôle de la faute dans le report de la date de dissolution de la communauté après la réforme du 23 décembre 1985», *Gaz. Pal.*, 1987, p. 540).

⁹³ *Vid.* MALAURIE, *ob. cit.*, p. 280.

⁹⁴ *Vid.* Cass. Civ. 2.º 31 de marzo 1993, *JCP*, 94, I, 3733, num.19.

legal, sólo se verá afectado por la mitad de las deudas, y también se le aplicará el beneficio de emolumento. Los bienes adquiridos entre la fecha de la retroacción y la que normalmente habría producido la disolución de la comunidad legal siguen considerándose para los acreedores como bienes comunes. Los titulares de estos derechos de crédito tendrán con la disolución una deuda común a su favor, que deberá serles saldada.

4. INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA

Como ya ha sido recogido, la comunidad legal o comunidad de muebles y adquisiciones es el régimen económico-matrimonial que usualmente rige en los matrimonios franceses⁹⁵. En aquellos casos en que no se haya celebrado un contrato matrimonial que regule sus aspectos económicos, según su voluntad y arbitrio, quedarán sometidos subsidiariamente *ope legis* a este régimen económico⁹⁶.

Ya se ha dicho que el artículo 1.441 recoge una lista tasada e imperativa de causas que producen la disolución de la comunidad legal⁹⁷ y que sus causas concretas son seis, el fallecimiento de uno de los esposos, la ausencia, el divorcio, la separación de cuerpos, la separación de bienes y, por último, el cambio de régimen matrimonial⁹⁸.

⁹⁵ Sobre estos aspectos, *vid.* COLOMER, *Régimes matrimoniaux*, París, 2000, p. 411; CORNU, *Vocabulaire Juridique*, París, 2002, p. 177; *Les régimes matrimoniaux*, 1997, París, p. 413; TERRÉ y SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, París, 3.ª ed. y MONTANIER, *Les régimes matrimoniaux*, Grenoble, 1997.

⁹⁶ *Vid.* arts.1.400 y sigs. del CC francés, «la communauté qui s'établit à défaut de contrat ou par la simple déclaration qu'on se marie sous le régime de la communauté, est soumise aux règles expliquées dans les trois sections qui suivent».

⁹⁷ «La communauté se dissout: 1.º Par la mort de l'un des époux; 2.º par l'absence déclarée; 3.º par le divorce; 4.º par la séparation de corps; 5.º par la séparation de biens; 6.º par le changement du régime matrimonial».

⁹⁸ *Vid.* BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit Civil*, París, Sirey, t. XIII, 1914, 11.ª edición por CHÉNEAUX; PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil Français*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, tomo IX, *Régimes matrimoniaux*, 2.ª parte, 1927; BONNECASSE, *Elementos de Derecho Civil*, 3, México, 1946; AUBRY y RAU, *Droit Civil Français*, París, Juris-Classeur, tomo 8, 1949; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción de la segunda edición francesa con notas sobre el Derecho Civil Español por DE BUEN, Madrid, VI, *De los regímenes matrimoniales*, 1955, 3.ª edición revisada y puesta al día por CASTÁN VÁZQUEZ; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE; *Droit Civil*, 4, París, 1967, 3.ª ed.; MAZEAUD y MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, 4, 1, *Régimes matrimoniaux*, París, 1982; METAY, «L'acquisition par un époux commun en biens en instance de divorce», *JCP*, 1997, 1, pp. 733 a 740 y 765 a 768.

Desde la promulgación del *Code* no es posible la continuación de la comunidad legal una vez producida una de las causas que la disuelven. Una vez disuelta la comunidad, sus efectos y eficacia cronológica pueden variar, dependiendo de la causa y de las personas afectadas. El régimen económico de comunidad legal (establecido por los esposos en capitulaciones matrimoniales o por la ley supletoriamente a falta de éstas) que se venía aplicando en el matrimonio cesa, y desde ese momento pasan los bienes comunes a constituir lo que se conoce como la indivisión llamada postcomunitaria, para diferenciarla de la indivisión sucesoria. Esta situación continúa mientras duran las operaciones que darán lugar a la partición y liquidación de la comunidad legal⁹⁹.

La indivisión postcomunitaria se rige por las normas comunes de la indivisión. En el Código Civil español esta figura equivaldría a una comunidad ordinaria integrada por los comuneros¹⁰⁰, que en el caso francés son los coindivisaires. Por ello, a partir de ahora denominaremos indistintamente bienes «comunes» o «indivisos» a los bienes que integran esta indivisión, y «comuneros» a las personas sometidas a la indivisión postcomunitaria. Por tanto, la mencionada indivisión se registrará por las previsiones del artículo 815 francés, y no por unas reglas especiales fijadas para ella, dado el reenvío que hace el artículo 1.476 tras la reforma introducida por la Ley de 31 diciembre de 1976 sobre la indivisión¹⁰¹.

En ciertas circunstancias puede convenir a las partes, perpetuar o mantener la situación de indivisión. Es el supuesto de la disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges, en que no interesa la partición y liquidación de la masa de una manera diligente y rápida¹⁰². Dada la complejidad de las operaciones que se deben realizar, es

⁹⁹ En el Derecho francés se trata de una igualdad aritmética, y no una igualdad basada en las cuotas iguales de los copartícipes. Se trataría más bien de la noción de justicia conmutativa definida por Aristóteles —distinguiéndola él de la justicia distributiva— como aquella en la que se reparten los bienes, recompensas, honores y, también, las cargas materiales en función del valor social o moral de los servicios prestados por cada uno comparándolos con los de los otros (*vid.* PATARIN, «L'impossible perfection, ou les vicissitudes de l'égalité dans le partage», *Mélanges offerts à André Colomer*, p. 329).

¹⁰⁰ Para la descripción del fenómeno de la comunidad postmatrimonial o postganancial, *vid.* LASARTE ÁLVAREZ, en el tomo sexto de sus *Principios...*, pp. 256 y sigs.

¹⁰¹ *Vid.* CABRILLAC, *Les régimes matrimoniaux*, París, 2000, p. 213.

¹⁰² Tal y como destaca el Prof. LASARTE ÁLVAREZ, mi maestro, este caso «es sumamente frecuente, sobre todo cuando fallecido uno de los cónyuges, los hijos del matrimonio deciden, asumen o respetan la idea paterna de dejar las cosas tal como están hasta que el cónyuge supérstite fallezca» (*ob. cit.*, p. 256).

preferible a veces mantener la situación en ese estado hasta el fallecimiento del cónyuge superviviente. En algunos casos se ha establecido el mantenimiento de la indivisión obligatorio (art. 815.2¹⁰³ y 815-1¹⁰⁴ CC francés), pero también es posible que sean los propios comuneros los que lo pacten¹⁰⁵. Los comuneros, dado que la indivisión puede prolongarse en el tiempo, pueden establecer un convenio de indivisión en el que se fije la duración de ésta, duración determinada o indeterminada, pero que no puede ser superior a cinco años, al término de la cual se volverá al estado legal, como señala CABRILLAC¹⁰⁶, basándose

¹⁰³ «A la demande d'un indivisaire, le tribunal peut surseoir au partage pour deux années au plus si sa réalisation immédiate risque de porter atteinte à la valeur des biens indivis ou si l'un des indivisaires ne peut s'installer sur une exploitation agricole dépendant de la succession qu'à l'expiration de ce délai. Ce sursis peut s'appliquer à l'ensemble des biens indivis ou à certains d'entre eux seulement».

¹⁰⁴ «A défaut d'accord amiable, l'indivision de toute exploitation agricole constituant une unité économique et dont la mise en valeur était assurée par le défunt ou par son conjoint peut être maintenue, dans les conditions fixées par le tribunal, à la demande des personnes visées aux alinéas 3 et 4 ci-dessous. Le tribunal statue en fonction des intérêts en présence et des possibilités d'existence que la famille peut tirer des biens indivis. Le maintien de l'indivision demeure possible lorsque l'exploitation comprend des éléments dont l'héritier ou le conjoint était déjà propriétaire ou copropriétaire avant l'ouverture de la succession.— L'indivision peut également être maintenue à la demande des mêmes personnes et dans les conditions fixées par le tribunal, en ce qui concerne la propriété du local d'habitation ou à usage professionnel qui, à l'époque du décès, était effectivement utilisé pour cette habitation ou à cet usage par le défunt ou son conjoint. Il en est de même des objets mobiliers servant à l'exercice de la profession.— Si le défunt laisse un ou plusieurs descendants mineurs, le maintien de l'indivision peut être demandé, soit par le conjoint survivant, soit par tout héritier, soit par le représentant légal des mineurs.— A défaut de descendants mineurs, le maintien de l'indivision ne peut être demandé que par le conjoint survivant et à la condition qu'il ait été avant le décès ou soit devenu du fait du décès, copropriétaire de l'exploitation agricole ou des locaux d'habitation ou à usage professionnel. S'il s'agit d'un local d'habitation, le conjoint doit avoir résidé dans les lieux à l'époque du décès.— Le maintien dans l'indivision ne peut être prescrit pour une durée supérieure à cinq ans. Il peut être renouvelé, dans le cas prévu à l'alinéa 3, jusqu'à la majorité du plus jeune des descendants et, dans le cas prévu à l'alinéa 4, jusqu'au décès du conjoint survivant».

¹⁰⁵ En el divorcio por demanda conjunta se prohíbe, por ir contra los textos y el espíritu de la ley, la posibilidad de mantenerse en la indivisión, porque sería un contrasentido, dado que este divorcio una vez ha sido declarado es un divorcio definitivo que hay que liquidar. Lo que sí que caben son los convenios entre los esposos que regulen algún aspecto de sus relaciones para el momento de la indivisión, aunque deberán ser controlados por el notario para que no resulten ser ilegales (*vid.* LAFOND, «Conventions d'indivision et divorce sur requête conjointe», *JCP*, 1984, 1, p. 1).

¹⁰⁶ CABRILLAC señala distintos supuestos en los cuales el juez puede imponer la indivisión «pour toute exploitation agricole constituant une unité économique et dont la mise en valeur était assurée par le défunt ou son conjoint, pour le local d'habitation ou à usage professionnel et les objets mobiliers servant à l'exercice de la profession (art. 815-1 al. 1 et 2 C. civ). Il n'est pas de droit, le juge tranchant «en fonction des in-

en el artículo 1.873-3 CC francés¹⁰⁷. En el caso español, LASARTE ÁLVAREZ destaca en este sentido, que el régimen normativo básico obliga a regirse por la normativa propia de la comunidad ordinaria, por lo que al no estar pensados estos artículos para este sistema, ciertas reglas resultarán inaplicables¹⁰⁸.

4.1. COMPOSICIÓN

4.1.1. El activo de la indivisión postcomunitaria: el caso de la empresa liberal

Los bienes comunes que hay en el momento de la disolución de la comunidad serán los que formarán parte de la indivisión, que precisamente nace en ese momento. Los salarios y ganancias percibidos por un cónyuge no formarán parte de la indivisión si su origen es posterior a la disolución de la comunidad, al contrario de lo que ocurría durante el régimen ganancial. En el caso de un trabajo realizado antes de la disolución pero cuyo cobro es posterior también será común por establecerlo así el artículo 1.401 del *Code*¹⁰⁹. Los frutos y rentas de los bienes que eran propios y que antes ingresaban

térêts en présence et des possibilités d'existence que la famille peut tirer des biens indivis» (art. 815-1 al. 1 C. civ). Le tribunal peut également surseoir au partage, pour une durée maximale de deux ans, pour risque d'atteinte à la valeur des biens ou si l'un des indivisaires ne peut s'installer sur une exploitation agricole dépendant de la succession qu'à l'expiration de ce délai (art. 815 al. 2 C. civ.). En fin, le tribunal peut décider le maintien de l'indivision au profit des indivisaires qui le souhaitent, en allouant ceux qui demandent le partage (art. 815 al. 3 C. civ.) —y concluye diciendo el autor— ces différentes règles relatives au maintien dans l'indivision s'appliquent non seulement si la communauté est dissoute par décès d'un des époux, mais également pour toute autre cause de dissolution, le renvoi de l'article 1.476 C. civ. ne faisant aucune distinction» (*ob. cit.*, p. 213).

¹⁰⁷ «La convention peut être conclue pour une durée déterminée qui ne saurait être supérieure à cinq ans. Elle est renouvelable par une décision expresse des parties. Le partage ne peut être provoqué avant le terme convenu qu'autant qu'il y en a de justes motifs.— La convention peut également être conclue pour une durée indéterminée. Le partage peut, en ce cas, être provoqué à tout moment, pourvu que ce ne soit pas de mauvaise foi ou à contretemps.— Il peut être décidé que la convention à durée déterminée se renouvellera par tacite reconduction pour une durée déterminée ou indéterminée. A défaut d'un pareil accord, l'indivision sera régie par les articles 815 et suivants à l'expiration de la convention à durée déterminée».

¹⁰⁸ *Ob. cit.*, p. 258.

¹⁰⁹ «La communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres».

igualmente la masa común ahora pertenecen únicamente al cónyuge propietario. Los bienes que un cónyuge adquiera tras la disolución de la comunidad con sus rentas tampoco entran en la indivisión, como tampoco lo hacen los bienes recibidos por los cónyuges a título gratuito. Por su parte, LAMBOLEY pone de manifiesto ciertas dudas con respecto a la empresa liberal en el momento de la indivisión. Previa a la reforma de 1990 sobre sociedades de ejercicio liberal, los beneficios de una consulta o los frutos de una oficina se dividían en dos partes, una remuneraba al capital y otra al trabajo, siendo esta porción para el profesional. A partir de su entrada en vigor, destaca la autora que en dos ocasiones se ha dado un cambio en la jurisprudencia, una referida a un laboratorio de análisis clínicos, en el que sólo se reconocía un derecho de remuneración por el trabajo del cónyuge explotador, y otra en un despacho médico en el que se estimó que las rentas obtenidas eran propias de ese cónyuge y no ingresaban en la indivisión¹¹⁰.

La Ley recoge el criterio, ya reconocido por la doctrina y la jurisprudencia anteriores a la norma de 1976, de que la masa no es invariable, porque es posible su aumento con los frutos y rentas producidos por los bienes que la componen. Hoy se reproduce esta línea en el artículo 815-10 del *Code* que afirma, «*los frutos y rentas de los bienes indivisos incrementan la indivisión, salvo partición provisional u otro acuerdo que establezca el disfrute individual...*» La jurisprudencia ha señalado que la plusvalía resultante de la gestión realizada por un esposo en la empresa durante la indivisión postcomunitaria acrece la indivisión, a cambio de una remuneración por la gestión cuyo montante lo señalan los jueces. Para FLOUR resulta necesario distinguir si en las plusvalías y en los frutos ha intervenido una actividad personal del cónyuge o si son espontáneos. En el caso de ser espontáneos y no haber sido explotados por ningún comunero, hay que distinguir entre las plusvalías y los frutos.

En cuanto a las plusvalías producidas durante la indivisión dependerá de la fecha elegida para valorar los bienes en la partición. Si la fecha de valoración es el día que dio lugar al nacimiento de la indivisión, la plusvalía producida en un bien sólo beneficia al que es tributario, que recibe por su valor actual un bien que sólo le cuenta por su valor pasado. Si el bien es estimado por su valor en el día de la partición todos los comuneros se benefician de la plusvalía. En cuanto a los frutos hay que decir que los anteriores a la fecha de la diso-

¹¹⁰ Vid. «Entreprise libérale et régimes matrimoniaux, un droit encore incertain», *Mélanges Colomer*, pp. 197 y ss.

lución son divididos proporcionalmente entre los comuneros, y los posteriores serán privativos del cónyuge que tenga ese bien como propio en su lote. En el caso de ser los bienes explotados, los frutos se atribuyen a la masa descontando los gastos de explotación, donde se comprende la remuneración personal del cónyuge. Hay una excepción en el caso de obtener beneficios en el producto del trabajo del explotador, y no simples rendimientos normales de los bienes explotados (las condiciones que se deben de dar para esta excepción son dos: operaciones nuevas y conocimientos especiales mezclado con el trabajo personal). Sobre la atribución de las plusvalías hay tres casos distintos que se pueden dar dependiendo de lo realizado: a) añadidos materiales a un bien indiviso que conserva cierta individualidad, b) añadidos que se incorporan al bien, y c) los que se deben a la actividad directa del cónyuge (*v. gr.* dirigir una explotación agrícola de forma más eficiente) para este caso no hay nueva remuneración, ya que se considera ya pagado con la remuneración dada por los frutos producidos. En los otros dos casos hay dudas sobre este punto, pero el autor cree que no se le indemnizará cuando sea considerado el comunero como un gerente asalariado, al contrario de lo que sucede en el caso de considerársele como un arrendatario de bienes indivisos, en el cual sí se le indemnizará¹¹¹.

CABRILLAC critica las posturas jurisprudenciales que se han dado en el caso de producirse una plusvalía en una comunidad legal, en la cual no se indemnizó la actuación ejercida por un cónyuge sobre un bien privativo del otro cónyuge, ni las plusvalías sobre un bien privativo, y en otra sentencia tampoco se le indemnizó ya que la actividad producida sobre un bien privativo se realizó durante sus horas de descanso (se pregunta el autor si se le habría indemnizado en el caso de que la hubiera realizado durante sus horas de trabajo). Para este autor, realmente, es en los regímenes de separación de bienes y participación en ganancias donde el trabajo de un esposo sobre un bien y las plusvalías están mejor considerados¹¹².

Antes de la Ley de 1976 no había dificultad al distinguir los frutos naturales y civiles, sí en cambio con relación a los industriales, sobre todo en cuanto a los beneficios obtenidos por un esposo tras la diso-

¹¹¹ *Vid.* FLOUR, «Plus-values et fruits de biens indivis», *JCP*, 1943, I, núm. 336.

¹¹² Siendo posible una indemnización por el trabajo realizado sobre el bien del otro esposo, también cabe la indemnización en el caso de ser un bien común. En el régimen de participación en ganancias se considerará la plusvalía de un bien fruto del trabajo como una ganancia en la que participará ese cónyuge (*vid.* CABRILLAC, «Le travail d'un époux sur un bien dans les régimes matrimoniaux», *Mélanges Christian Mouly*, París, 1998, pp. 257 y ss.).

lución en la gestión de la explotación agrícola o de una empresa que pertenecía a la masa indivisa. La complicación surgía ante los dos principios vistos, al tratar sobre la fecha de la disolución: los productos del trabajo de cada cónyuge son privativos, mientras que, los frutos de los bienes indivisos son comunes, siendo éstos el resultado de la combinación de trabajo y capital. Por lo cual, dependiendo de la importancia que se le diera a uno u otro componente se llegaría a un resultado u otro totalmente distinto. El Tribunal Supremo sentó en 1869 la línea jurisprudencial con la que se pondría fin a las dudas doctrinales. Los beneficios obtenidos en una empresa común durante la comunidad legal, tras la disolución de ésta —salvo que el esposo se hubiera dedicado a la empresa por su cuenta y riesgo ejerciendo actividades nuevas que no entraran en el funcionamiento habitual de ese negocio y que exigieran conocimientos especiales y un trabajo particular— entrarán a formar parte de la masa activa¹¹³. La Ley de 1976 fue la que concluyó con las dudas suscitadas sobre cuando se consideraba que había una «actividad nueva». Se estableció un principio que señalaba que los frutos y rentas de los bienes indivisos ingresaban en la indivisión, salvo un acuerdo que estableciera el disfrute dividido¹¹⁴. Cada comunero tiene derecho a los beneficios provenientes de los bienes indivisos y soporta las pérdidas proporcionalmente a sus derechos en la indivisión¹¹⁵. Por otro lado, todo comunero puede pedir su parte anual en los beneficios deducidos los gastos hechos en los actos que él consintió o que le sean oponibles¹¹⁶ al igual que un anticipo de sus derechos en la próxima partición¹¹⁷.

En relación con las plusvalías hay que decir que si éstas son consecuencia de un simple hecho fortuito o por una circunstancia económica, ésta beneficia a la indivisión, siendo los bienes valorados el día de la liquidación de la sociedad. Pero en los casos en que se pro-

¹¹³ La sentencia es de 24 noviembre de 1868 (DP 70,1,12) (*vid.* también COLOMER, *ob. cit.*, p. 430).

¹¹⁴ Art. 815-10.1: «Les fruits et les revenus des biens indivis accroissent à l'indivision, à défaut de partage provisionnel ou de tout autre accord établissant la jouissance divise».

¹¹⁵ Art. 815-10.3: «Chaque indivisaire a droit aux bénéfices provenant des biens indivis et supporte les pertes proportionnellement à ses droits dans l'indivision».

¹¹⁶ Art. 815-11.1: «Tout indivisaire peut demander sa part annuelle dans les bénéfices, déduction faite des dépenses entraînées par les actes auxquels il a consenti ou qui lui sont opposables».

¹¹⁷ Art. 815-11.4: «A concurrence des fonds disponibles, il peut semblablement ordonner une avance en capital sur les droits de l'indivisaire dans le partage à intervenir».

duzcan por el trabajo de un comunero o por las inversiones realizadas por uno de ellos, será otra la decisión que resuelva el asunto.

En definitiva, la solución en caso de que la mejora en un bien común haya sido realizada como consecuencia de la inversión de un comunero se aplica el artículo 815-13.1¹¹⁸ que establece: «Si un comunero ha mejorado a su costa el estado de un bien común, deberá serle tenido en cuenta según la equidad, en lo relativo al valor aumentado al tiempo de la partición o de la enajenación. También le deben ser tenidas en cuenta las impensas necesarias que él hizo de su dinero privativo para la conservación de dichos bienes, aunque no los hayan mejorado». Al igual que en el supuesto de que se adjudique en la partición el bien mejorado a este comunero también será de aplicación este derecho. En cambio, en relación con la empresa concurren ciertas dudas, ya que según este artículo la plusvalía se incorpora a la indivisión, salvo, claro está, en el caso en que el comunero gestor utilizara sus capitales privativos para su conservación, y no los beneficios obtenidos del negocio. En este supuesto percibirá una compensación por su actuación, calculándose de conformidad a las previsiones del artículo mencionado.

Si el comunero utilizó los elementos de la empresa indivisa para así crear una nueva con el fin de suplantarla anterior, COLOMER cree que la nueva empresa no debe unirse a la indivisión, sino que será propiedad privativa de su creador y éste hará suyos los frutos¹¹⁹.

Y, en el caso de que la plusvalía se deba a la actividad de un comunero ésta beneficiará a la indivisión, aunque al comunero tendrá derecho a una remuneración por su trabajo según el artículo 815-12: «Tiene derecho a una remuneración de su actividad, en las condiciones fijadas amistosamente, o en su defecto, por decisión judicial». La doctrina establece unas reglas relativas a la remuneración como son que el derecho a la remuneración no depende del éxito de la gestión; que todo comunero que efectúe gastos de conservación o de gestión del bien común debe ser indemnizado, y por último, que el gestor profesional debe obtener una remuneración mayor que el no profesional, dado que se supone que emplea todo su tiempo en la gestión de la indivisión.

¹¹⁸ «Lorsqu'un indivisaire a amélioré à ses frais l'état d'un bien indivis, il doit lui en être tenu compte selon l'équité, eu égard à ce dont la valeur du bien se trouve augmentée au temps du partage ou de l'aliénation. Il doit lui être pareillement tenu des impenses nécessaires qu'il a faites de ses deniers personnels pour la conservation desdits biens, encore qu'elles ne les aient point améliorés».

¹¹⁹ *Idem*, p. 433.

Constituye también el activo de la indivisión el valor económico que reemplaza un bien enajenado en los casos de subrogación real, así, por ejemplo, los elementos de una empresa adquiridos para reemplazar otros antiguos o el dinero recibido como cobro de un crédito común.

Cada comunero también tiene derecho a disfrutar de las cosas comunes, pero de manera concurrente¹²⁰. En el caso de que uno quiera tener el goce exclusivo de un bien común, deberá revisarse lo que se estableció sobre el disfrute en los convenios que haya con los otros comuneros. Si hubieran establecido un acuerdo tras la partición provisional (la cual le permite a un comunero apropiarse de los frutos de los bienes comunes cuyo disfrute le esté atribuido), no se producirá ninguna indemnización. En caso de faltar el acuerdo, el comunero debe a la indivisión una indemnización por la ocupación (menor, claro está al valor de un alquiler), debiéndose pagar ésta aunque no utilice el bien. Hay que aclarar que el comunero que disfrute así el bien no deberá dos indemnizaciones, una por el disfrute y otra por los frutos que no entrega a la indivisión, sino la indemnización ya contempla los frutos dejados de percibir. Esta regla se aplica con frecuencia en el caso del divorcio cuando un cónyuge durante el procedimiento del divorcio y hasta la partición de la indivisión ocupa la vivienda familiar. Para el establecimiento de la fecha a partir de la cual empieza a pagar la indemnización hay dos teorías, el día de la comparecencia (fecha a la que se retrotraen los efectos entre los esposos en el divorcio) establecida en 1998 por el Tribunal Supremo, o cuando el divorcio es definitivo, dado que el deber de socorro continúa entre los esposos durante el juicio, posición considerada por algunas sentencias anteriores pero de una manera matizada, ya que o moderaban la indemnización o no la establecían¹²¹. Es de resaltar

¹²⁰ Art. 815-9: «Chaque indivisaire peut user et jouir des biens indivis conformément à leur destination, dans la mesure compatible avec le droit des autres indivisaires et avec l'effet des actes régulièrement passés au cours de l'indivision. A défaut d'accord entre les intéressés, l'exercice de ce droit est réglé, à titre provisoire, par le président du tribunal. - L'indivisaire qui use ou jouit privativement de la chose indivise est, sauf convention contraire, redevable d'une indemnité».

¹²¹ Recogido en MALAURIE, *ob. cit.*, pp. 268 a 269. En cambio, otros autores consideran que la indemnización debida a la indivisión por ocupar la vivienda no se puede pedir desde que el cónyuge sale del domicilio conyugal, sino desde la fecha de comparecencia. No se debe ninguna indemnización en el caso de existir una dispensa limitada mientras dura el procedimiento del divorcio, únicamente se deberá la indemnización desde que la sentencia de divorcio es definitiva. Al ingresar esta indemnización en la masa de la indivisión podrá el otro cónyuge solicitar su parte anual de dicha renta (*vid.* LASSAUBATJEU-ANDRÉ, «Questions relatives au compte d'indivision entre les époux», *Deffrénois*, 1, 1993, pp. 1350 y ss.).

que si el comunero produjera desperfectos en la cosa común que degradaran su valor, siendo éste culpable, sí deberá en este caso una indemnización¹²².

4.1.2. Pasivo y obligaciones pendientes: acciones de los acreedores

Hay que distinguir los bienes que forman el pasivo hipotecario (regulado por sus propias reglas) y el resto. El pasivo hipotecario lo forman, por ejemplo, los inmuebles gravados con una hipoteca, los cuales pueden ser embargados enteramente por un acreedor hipotecario, aunque sólo sea un acreedor personal de un comunero.

Se regula en el artículo 815-17 lo relativo al pasivo que establece: «Los acreedores que pudieran haber actuado sobre los bienes comunes antes de producirse la indivisión, y aquellos cuyo crédito resulta de la conservación o de la gestión de los bienes comunes, serán pagados mediante la deducción del activo antes de la partición. También pueden solicitar el embargo y la venta de los bienes indivisos. Los acreedores personales de un comunero no pueden embargar su parte en los bienes indivisos, muebles o inmuebles. También tienen la facultad de pedir la partición a nombre de su deudor o de intervenir en la partición pedida por él. Los comuneros pueden parar el curso de la acción de partición pagando la obligación a nombre y mediante pago al deudor. Los que ejerzan esta facultad se reembolsarán por deducción hecha en los bienes indivisos».

Hay tres categorías distintas de acreedores: los de la comunidad legal; los que tienen un crédito por la gestión o conservación del bien común, y por último, los acreedores personales de un comunero.

Los acreedores de la comunidad tienen un crédito por las deudas nacidas mientras estaba vigente la comunidad legal y se produjeron a su cargo. En el artículo 815-17 del *Code* se les ofrece la posibilidad de materializar el cobro previo a la partición. La Ley de 1976 acabó con la discusión sobre la concurrencia de acreedores comunes con acreedores personales de un comunero, en el caso de haber sido el acreedor común el que entabló un proceso. Hoy los acreedores comunes cobrarán antes de la partición, si bien a los personales se les

¹²² Art. 815-13.2: «Inversement, l'indivisaire répond des dégradations et détériorations qui ont diminué la valeur des biens indivis par son fait ou par sa faute».

prohibirá embargar la parte de su deudor en los bienes comunes. Los primeros no concurren, pues, con los segundos.

Los acreedores de la comunidad, señala CABRILLAC¹²³, son los que podían haber actuado sobre los bienes indivisos antes de que se produjera la indivisión, aunque conservan su derecho de perseguir esos bienes. En el caso de ser también acreedores de al menos un esposo pueden ser pagados con los bienes privativos de sus deudores, según el artículo 1.482 del *Code* que dispone: «Chacun des époux peut être poursuivi pour la totalité des dettes existantes, au jour de la dissolution, qui étaient entrées en communauté de son chef».

El artículo 1.483.1 del *Code* declara que «chacun des époux ne peut être poursuivi que pour la moitié des dettes qui étaient entrées en communauté du chef du conjoint». Antes de 1985 no era posible que los acreedores de la comunidad legal pudieran perseguir al cónyuge de su deudor en sus bienes privativos mientras durara la indivisión, porque sólo era posible realizarlo tras la partición, y únicamente hasta la mitad, aplicándose también el beneficio de emolumento. Tras la reforma introducida por la Ley de 25 de enero de 1985, el derecho de persecución en la mitad también pueden ejercerlo los acreedores durante la indivisión. Sobre este artículo dice CABRILLAC que esta solución ha sido unánimemente criticada por la doctrina, porque «il est peu équitable de permettre au créancier d'agir contre le conjoint de son débiteur avant qu'il ne reçoive la moitié de la communauté et puisse éventuellement invoquer le bénéfice d'émolument, ce qu'il ne peut faire qu'au moment du partage»¹²⁴.

Respecto a los acreedores por los gastos de conservación o gestión de los bienes indivisos, son asimilados a los acreedores de la antigua comunidad legal. Cobrarán por la deducción de sus deudas en el activo antes de la partición, y también podrán instar el embargo y venta de los bienes indivisos o comunes. Estas deudas consistirán en los gastos de recreo, administración, reparación de bienes indivisos, y todas las deudas asumidas por un comunero de las que la indivisión resulta beneficiada. En el caso de una empresa gestionada por un comunero también los gastos de su gestión irán a la cuenta de la indivisión, salvo que se trate de una empresa que se dio en arrendamiento a un comunero y que él explotara.

Por último, en cuanto atañe a los acreedores personales de un comunero, hay que entender que se incluyen aquí los acreedores de un

¹²³ Vid. CABRILLAC, *ob. cit.*, p. 216.

¹²⁴ Vid. CABRILLAC, *ob. cit.*, pp. 216 y 217.

cónyuge que antes de la disolución del régimen sólo contaban con la acción contra su patrimonio personal, y también los acreedores cuyo crédito nació durante la indivisión sin ser considerado como gasto de gestión o de conservación de los bienes indivisos. Concurren dos soluciones distintas dependiendo de si se suscribió o no un convenio relativo al ejercicio de los derechos exclusivos en los bienes comunes. En el caso de ausencia, el artículo 815-17 del *Code*¹²⁵ les prohíbe el embargo de la parte que le debe el comunero en los bienes comunes. Lo que sí que podrán interesar será la partición en nombre de su deudor o intervenir en la partición que él pidió. Es posible que los comuneros paralicen las acciones de partición en el caso de satisfacer la deuda en nombre del deudor. En el caso de existir un convenio sólo podrá pedir la partición si su deudor pudiera, en los demás casos los acreedores únicamente podrán pedir el embargo y la venta de la parte de su deudor¹²⁶.

4.2. GESTIÓN DE LA INDIVISIÓN: PRINCIPIOS APLICABLES

Al igual que las demás reglas, las relativas a la gestión de la comunidad legal desaparecen con la disolución de ésta, cesando los poderes que tenían los cónyuges sobre los bienes comunes.

En la gestión de la indivisión se dan los tres principios de la indivisión: a) la precariedad, dado que cualquier comunero puede pedir la partición, salvo que se estableciera algún convenio para el mantenimiento de la indivisión, o si el tribunal ordenara el mantenimiento de la indivisión¹²⁷; b) la cogestión, para la realización de un acto de disposición o de administración en un bien indiviso (común) se requiere el consentimiento de todos los comuneros¹²⁸, y c) la gestión

¹²⁵ «Les créanciers qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision, et ceux dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis, seront payés par prélèvement sur l'actif avant le partage. Ils peuvent en outre poursuivre la saisie et la vente des biens indivis.- Les créanciers personnels d'un indivisaire ne peuvent saisir sa part dans les biens indivis, meubles ou immeubles.- Ils ont toutefois la faculté de provoquer le partage au nom de leur débiteur ou d'intervenir dans le partage provoqué par lui. Les coindivisaires peuvent arrêter le cours de l'action en partage en acquittant l'obligation au nom et en l'acquit du débiteur. Ceux qui exerceront cette faculté se rembourseront par prélèvement sur les biens indivis».

¹²⁶ *Vid.* COLOMER, *ob. cit.*, p. 437.

¹²⁷ Art. 815.1: «Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut être toujours provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention».

¹²⁸ Art. 815-3.1: «Les actes d'administration et de disposition relatifs aux biens indivis requièrent le consentement de tous les indivisaires».

única, el tribunal puede confiar la gestión de un bien a un cónyuge por sus capacidades¹²⁹, pasando a ser entonces un administrador judicial, pero también un comunero puede entregar al otro un mandato para gestionar la indivisión, sin olvidar la posibilidad del mandato tácito en el caso de que un comunero gestione la indivisión efectuando actos de administración a la vista y conocimiento de todos (art. 815-3.2)¹³⁰.

Los comuneros pueden elegir entre ellos a uno o a varios gestores. Lo más frecuente es que en el caso del fallecimiento de un comunero, sea el sobreviviente el que gestione la indivisión. El gestor puede realizar según el artículo 1.873-6¹³¹ todos los poderes que la ley atribuye a cada cónyuge en los bienes comunes, entendiéndose todas las cláusulas en contra de esto como no escritas, simplemente tendrá un límite: que sólo podrá disponer de los bienes muebles corporales, en cuanto sean necesarios para la explotación normal de los bienes comunes, o si se trata de cosas difíciles de conservar o perecederas. El gestor tiene derecho a una indemnización, salvo que se establezca una cláusula en contra; y también responderá por las faltas cometidas en su gestión (art. 1.873-10.3 CC francés)¹³².

¹²⁹ Art. 815-6.3: «Il peut également soit désigner un indivisaire comme administrateur en l'obligeant s'il y a lieu à donner caution, soit nommer un séquestre. Les articles 1873-5 à 1873-9 du présent code s'appliquent en tant que de raison aux pouvoirs et aux obligations de l'administrateur, s'ils ne sont autrement définis par le juge».

¹³⁰ Existen estos distintos tipos de mandatos: 1) mandato general, únicamente relativo a los actos de administración, 2) mandato especial, relativo a los actos de disposición, y también a los relacionados con los alquileres (conclusión, renovación...) art. 815-3.1 del *Code*, 3) mandato tácito, limitado a los actos de administración (art. 815-3.2) y, 4) el mandato aparente, en el cual el tercero entendió legítimos los poderes del mandatario sin verificarlos realmente, respondiendo entonces por la actuación (*vid.* COSTES, «La représentation dans la gestion d'une indivision», *JCP*, Doctrine, 3.181, 1985).

¹³¹ «Le gérant représente les indivisaires dans la mesure de ses pouvoirs, soit pour les actes de la vie civile, soit en justice tant en demandant qu'en défendant. Il est tenu d'indiquer, à titre purement énonciatif, le nom de tous les indivisaires dans le premier acte de procédure.— Le gérant administre l'indivision et exerce, à cet effet, les pouvoirs attribués à chaque époux sur les biens communs. Il ne peut, toutefois, disposer des meubles corporels que pour les besoins d'une exploitation normale des biens indivis, ou encore s'il s'agit de choses difficiles à conserver ou sujettes à dépérissement. Toute clause extensive des pouvoirs du gérant est réputée non écrite».

¹³² «Le gérant a droit, sauf accord contraire, à la rémunération de son travail. Les conditions en sont fixées par les indivisaires, à l'exclusion de l'intéressé, ou, à défaut par le président du tribunal de grande instance statuant à titre provisionnel.— Le gérant répond comme un mandataire, des fautes qu'il commet dans sa gestion» (*vid.* COLOMER, *ob. cit.*, p. 441).

Será necesario, igualmente, para que puedan actuar ante la justicia el consentimiento de todos los comuneros, por lo tanto, no es posible la actuación judicial individual de un comunero relativa a la gestión de un bien común¹³³. Dada la exigencia de la unanimidad, en el caso de que un comunero se niegue, el resto se encontrará impedido a acudir a los tribunales para defender a la indivisión, y no sólo esto, sino también, podrán producirse por esta negativa acciones fraudulentas por parte de los comuneros.

Hay algunas excepciones a esta regla de la unanimidad: 1) si se demuestra que en el veto hay fraude por parte del comunero será posible la actuación judicial, 2) cuando un comunero fuera mandatario de la indivisión y se le autorizara a actuar judicialmente, en el caso de que el rechazo de otro comunero pusiera en peligro el interés común, y, 3) si un comunero ejerce una prerrogativa personal para asegurar la protección de su derecho común, puede actuar solo contra otros comuneros. En el caso de ser atacada la indivisión y los intereses de ésta estuvieran en peligro deberán ser avisados todos los comuneros para acudir al juicio¹³⁴.

Cualquier comunero podrá, sin habilitación especial, instar todas las medidas necesarias para la conservación de los bienes comunes, empleando al efecto los fondos de la indivisión que él pueda manejar, forzando a los demás comuneros a soportar como él los desembolsos necesarios caso de no quedar más fondos comunes (art. 815-2.1, 2 y 3)¹³⁵. Se trata de actos materiales o jurídicos y también acciones judiciales que tienen por finalidad alejar a los bienes indivisos del peligro inminente que corren, en definitiva, actuaciones que no comprometan los derechos de otros comuneros. La jurisprudencia es reacia a la aplicación extensiva del concepto «medida de conservación», dado que los otros comuneros no las han consentido antes de realizarlas.

Por último, queda ya únicamente saldar las cuentas que nacen con la indivisión entre los esposos, o antiguos esposos, o un esposo y los herederos del otro. Estos créditos y deudas entran en una cuenta llamada la «cuenta de la indivisión», cuyo saldo sólo se podrá exigir al final de la indivisión, dado que mientras ésta dure ningún comunero podrá pedir su cobro. El comunero que haya usado y disfrutado

¹³³ Art. 815-3 CC francés.

¹³⁴ *Vid.* MALAURIE, *ob. cit.*, p. 275.

¹³⁵ «Tout indivisaire peut prendre les mesures nécessaires à la conservation des biens indivis.- Il peut employer à cet effet les fonds de l'indivision détenus par lui et il est réputé en avoir la libre disposition à l'égard des tiers.- A défaut de fonds de l'indivision, il peut obliger ses coindivisaires à faire avec lui les dépenses nécessaires».

privativa y exclusivamente un bien común deberá una indemnización a la comunidad (art. 815-9.2)¹³⁶, al ser una indemnización se trata de una renta que se somete también a la caducidad quinquenal del artículo 815-10.2 del *Code* que recoge: «Ninguna búsqueda relativa a los frutos y rentas será lícita pasados cinco años de la fecha en que se percibieron o lo hubieran podido ser». El comunero deberá también entregar otra indemnización en el caso de que realice deterioros en una cosa por su culpa que la hagan disminuir su valor¹³⁷. En cuanto a la indemnización a la que tiene derecho el comunero en el caso de haber mejorado el bien común con su dinero propio o con su actividad, aunque los gastos hayan sido hechos en su interés personal, o en el caso de haber puesto un bien suyo a disposición de la indivisión para que fuera explotado, o si pagó una deuda que era de la indivisión, se calculará «según la equidad, viendo cuanto ha aumentado de valor el bien al tiempo de la partición o de la enajenación»¹³⁸. No es posible la aplicación de este artículo a la inversa, esto es, para el caso de una mejora producida en un bien personal de un comunero financiada con el dinero proveniente de la indivisión, el comunero simplemente deberá el dinero recibido, pero no la revalorización¹³⁹.

4.3. CONSIDERACIONES FINALES DE LA INDIVISIÓN

Las soluciones propuestas por la doctrina y jurisprudencia francesa implican la aplicación analógica de las normas creadas por y para las situaciones de copropiedad, para ciertos supuestos de distinto origen y con distintas consecuencias. Es la misma solución adoptada para la denominada en la doctrina española comunidad postmatrimonial o postganancial. En definitiva, no resulta conveniente perpetuar la situación de indivisión, especialmente en los casos en que exista cierto patrimonio y en que uno de los cónyuges se dedique a actividades empresariales.

¹³⁶ «L'indivisaire qui use ou jouit privativement de la chose indivise est, sauf convention contraire, redevable d'une indemnité».

¹³⁷ Art. 815-13.2 CC francés: «Inversement, l'indivisaire répond des dégradations et détériorations qui ont diminué la valeur des biens indivis par son fait ou par sa faute».

¹³⁸ Art. 815-13.1 CC francés: «Lorsqu'un indivisaire a amélioré à ses frais l'état d'un bien indivis, il doit lui en être tenu compte selon l'équité, eu égard à ce dont la valeur du bien se trouve augmentée au temps du partage ou de l'aliénation. Il doit lui être pareillement tenu compte des impenses nécessaires qu'il a faites de ses deniers personnels pour la conservation desdits biens, encore qu'elles ne les aient point améliorés».

¹³⁹ Vid. CATALÁ, «L'indivision entre époux», *Mélanges offerts à Pierre Hebraud*, Toulouse, 1981, pp.185 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

- AUBRY y RAU: *Droit Civil Français*, obra refundida y puesta al día por Paul ESMEIN, París, Juris-Classeur, t. 8, 1949, 6.ª ed.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G.: *Précis de Droit Civil*, puesta al día por G., CHÉNEAUX, París, Sirey, t. III, 1914, 11.ª ed.
- BONNECASSE, J.: *Elementos de Derecho Civil*, traducción por CAJICA, J., M., Jr., México, José M. Cajica Jr., t. III, 1946.
- CABRILLAC, R.: «Le travail d'un époux sur un bien dans les régimes matrimoniaux», *Mélanges Christian Mouly*, París, Litec, 1998, pp. 257-265.
- CABRILLAC, R.: *Droit Civil, Les régimes matrimoniaux*, París, Montchrestien, 2000, 3.ª ed.
- CARBONNIER, J.: *Derecho Civil*, traducción de la 1.ª edición francesa por Manuel M.ª ZORRILLA RUIZ, Barcelona, Bosch, t. I, vol. II, *Situaciones familiares y cuasi-familiares*, 1961.
- CARBONNIER, J.: *Droit Civil. La famille, l'enfant, le couple*, París, Presses Universitaires de France, 1999, 20.ª edición.
- CATALA, P.: «L'indivision entre époux», *Mélanges offerts à Pierre Hebraud*, Toulouse, Université de Sciences Sociales de Toulouse, 1981, pp. 185-205.
- COLIN, A., y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción de la segunda edición francesa con notas de Demófilo DE BUEN, 3.ª edición revisada y puesta al día por José M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, t. VI, *De los regímenes matrimoniales*, 1955.
- COLOMER, A.: *Droit Civil, Régimes matrimoniaux*, París, Litec, 2000, 10.ª ed.
- CORNU, G.: *Les régimes matrimoniaux*, París, PUF, 1997, 9.ª ed.
- CORNU, G.: *Vocabulaire Juridique*, París, 2002.
- COSTES, J-L.: «La représentation dans la gestion d'une indivision», *JCP- La Semaine Juridique*, 1985, Doctrine, núm. 3181.
- FLOUR, J.: «Plus-values et fruits de biens indivis», *JCP- La Semaine Juridique*, 1943, I, núm.336.
- GRAN DICCIONARIO LAROUSSE, París, 1998.
- JOSSERAND, L.: *Cours de Droit Civil Positif Français*, París, Sirey, vol. III, *Les régimes matrimoniaux, les successions légales, les libéralités*, 1940.
- JUGLART, M.: *Cours de Droit Civil, Régimes matrimoniaux. Successions. Libéralités*, París, Montchrestien, Tomo II, 1988, 4.ª ed.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, L.: *Droit Civil*, París, Dalloz, t. IV, 1967, 3.ª ed.
- LAFOND, J.: «Conventions d'indivision et divorce sur requête conjointe», *JCP- La Semaine Juridique*, 1984, 1, pp. 1-4.
- LAMBOLEY, A.: «Entreprise libérale et régimes matrimoniaux, un droit encore incertain», *Mélanges Colomer*, pp. 197-208.
- LAMBOLEY, A., y LAURENS-LAMBOLEY, M. H.: *Droit des régimes matrimoniaux*, París, Litec, 2000, 2.ª ed.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil, tomo 6, Derecho de Familia*, Marcial Pons, Madrid, 2002, 3.ª ed.
- LASSAUBATJEU-ANDRÉ, A.: «Questions relatives au compte d'indivision entre les époux», *Défrenois*, 1993, 1, pp. 1350-1358.
- MALAURIE, Ph.: *Les régimes matrimoniaux*, París, Cujas, 1999, 4.ª ed.

- MAZEAUD, H., y L., y MAZEAUD, J.: *Lecciones de Derecho Civil*, traducción de Luis ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO: *La organización del patrimonio familiar (Los regímenes matrimoniales)*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Parte Cuarta, vol. I, 1965.
- MAZEAUD, H., y L., y MAZEAUD, J.: *Leçons de Droit Civil*, por Michel de JUGLART, París, Montchrestien, t. 4, vol. I, *Régimes matrimoniaux*, 1982, 5.^a ed.
- METAY, Ph.: «L'acquisition par un époux commun en biens en instance de divorce», *JCP*, 1997, 1, Doctrine, pp. 733-740.
- METAY, Ph.: «L'acquisition par un époux commun en biens en instance de divorce», *JCP*, 1997, 1, Doctrine, pp. 765-768.
- MONTANIER, J. C.: *Les régimes matrimoniaux*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1997, 13.^a ed.
- MOULY, J.: «Le rôle de la faute dans le report de la date de dissolution de la communauté après la réforme du 23 décembre 1985», *Gazette du Palais*, 1987, pp. 540-543.
- PATARIN, J.: «L'impossible perfection, ou les vicissitudes de l'égalité dans le partage», *Mélanges offerts à André Colomer*, pp. 329-350.
- PLANIOL, M., y RIPERT, G.: *Traité Pratique de Droit Civil Français*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, t. IX, *Régimes matrimoniaux (Deuxième Partie)*, 1927.
- POUDEROUX, S.: «Réflexions sur les gains de survie légaux», *JCP - La Semaine Juridique*, 1993, 1, pp. 127-132.
- SAVATIER, R.: «L'homologation judiciaire d'une séparation de biens volontaire. Conflit de textes à résoudre par le législateur», *Dalloz*, 1973. Chr., pp. 141-142.
- TERRÉ, F., y SIMLER, Ph.: *Droit Civil, Les régimes matrimoniaux*, París, Dalloz, 3.^a Edición.
- VILLANI, D.: «Quels sont les recours contre l'homologation d'une convention définitive de divorce par consentement mutuel?», *Dalloz*, 1995, Chr, pp. 253-256.