

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

En torno de la naturaleza de la sociedad de gananciales (Reflexiones que continúan otras de JOSE LUIS LACRUZ en 1950) (*)

Por JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Recuerdo muy bien cuando, en 1950, me fue presentado JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO por nuestro común amigo y paisano suyo, ALBERTO BALLARIN MARCIAL, quién le acompañó a mi casa. Desde entonces, transcurrieron casi cuarenta años de entrañable amistad hasta que Dios se le llevó. Coincidíamos en nuestro amor al derecho, en el modo como debe actuarse en la práctica y ahondarse en él; y, también, en nuestra comprensión de la realidad foral y de su espíritu.

Ya entonces había publicado él su magnífico estudio *En torno a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales* (RGLJ 187, 1950, pp. 7 y ss.), del que me ocupé en un párrafo de mi primer libro *La hipoteca del derecho arrendaticio* (Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1951, nota 407, p. 209).

Han pasado casi cuarenta años. En julio de 1990, tuve la grata misión de formar parte del Tribunal que en la Universidad Autónoma de Madrid, juzgó *cum laude* la tesis doctoral de una discípula suya PILAR BENAVENTE MOREDA con el tema, *La actuación individual de los cónyuges en la administración de los bienes gananciales y el problema de la naturaleza de la sociedad de gananciales*. Completísimo trabajo, dividido en dos gruesos volúmenes, aún inédito, que comenzó a dirigir JOSE LUIS LACRUZ y la ha coronado ANTONIO MANUEL MORALES.

No tenía decidido aún entonces el tema de mi colaboración en este homenaje en memoria de JOSE LUIS. En mi intervención, después de la exposición de la doctoranda, efectué unas observaciones, que luego comenté con el Profesor FRANCISCO DE ASIS SANCHO REBULLIDA, desde hace tantos años colaborador de LACRUZ en sus volúmenes de Derecho Civil. Ahí surgió mi elección de este tema, que voy a exponer sin otra pretensión que la de efectuar meras obser-

(*) Estudio escrito para el libro homenaje al Profesor JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.

vaciones y sugerencias acerca de una materia que vuelve a ser polémica y sigue siendo rica en consecuencias prácticas. Ya entonces, LACRUZ advertía que su solución «es la clave para llegar a un conocimiento profundo y científico de la instrucción» (20, p. 59).

Al desarrollar mis reflexiones tendré como cañamazo este interesantísimo estudio que, hace cuarenta años, escribió el amigo aquí homenajeado.

I. SOCIEDAD Y COMUNIDAD DE GANANCIALES

1. No cabe duda de que, genéticamente, la *sociedad* de gananciales aparece siempre antes que la *comunidad* de ese nombre.

«*La sociedad* —dice el art. 1.665 Cc— *es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias.*»

Tanto el texto originario del Código civil como el vigente en virtud de la reforma de 1881, titula el capítulo dedicado a los gananciales: *De la sociedad de gananciales*. El primer artículo del originario, el 1.392, decía: «*Mediante la sociedad de gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio.*». Y el actual 1.344 reza: «*Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias y beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla.*».

De las diferencias que se observan, en uno y otro texto deberé ocuparme después. Ahora sólo me interesa destacar que ambos centran e inician la normativa de la institución calificándola como «*sociedad*» de gananciales.

Es verdad que el Fuero Real 3, 3, 3, dijo que «*los frutos sean comunales*»; y que los autores castellanos que LACRUZ cita, en el estudio que tengo a la vista (I, 1 a 4, pp. 6-18), diferenciaron muy claramente contrato de sociedad, sociedad conyugal y régimen de gananciales; precisando, específicamente, SANZ MORQUECHO: «*Societas coniugalis circa lucra est societas incidens, et non est propria societas*». Esta frase aclara la cuestión, al mostrarnos en ella la misma perspectiva con la cual el *ius commune*, se planteó la distinción entre contratos y cuasi contratos. Entonces, en Castilla, los gananciales se originaban *ex lege*, con ocasión del matrimonio, no *ex contractu*, como las verdaderas sociedades; por eso matizaba SANZ MORQUECHO, que correspondían al tipo de *societas incidens*.

L. DIEZ PICAZO y A. GULLON BALLESTEROS (*Sistema*, IV, ed., 1982) recogen la observación de que «en la hipótesis, siempre posible, de que el matrimonio carezca por completo de bienes, no

podrá hablarse de comunidad mas que, en todo caso, de modo potencial, mientras exista entre ellos un régimen económico conyugal llamado de sociedad, lo cual significa que lo que llamamos sociedad de gananciales, antes que una comunidad conyugal, es un estado jurídico por el cual se rigen las relaciones jurídicas inter conyugales».

Salvando esto, lo cierto es que no puede existir comunidad de bienes ni de gananciales mientras no los haya efectivamente; y, en este sentido, la sociedad precede a la comunidad. Por otra parte, ésta no sólo puede recaer sobre ganancias que sean consumidas inmediatamente en atenciones del matrimonio, sino que se extiende a los bienes procedentes, directa o indirectamente, de su ahorro.

Y, también, se da el caso, bastante normal, de que en la comunidad se integren no solo bienes ahorrados, sino deudas imputables al pasivo de la propia sociedad de gananciales, cupiendo, incluso, que el pasivo sea equivalente al activo o que lo supere.

Incompatible con una comunidad de bienes sería una sociedad dotada de personalidad jurídica; pues, como advierte SANTIAGO ECHEVERRÍA ECHEVERRÍA (*La dinámica patrimonial de la sociedad de gananciales*, RDN 128, PP. 62, 66 y ss.) los bienes no pueden pertenecer simultáneamente a una sociedad y a los socios como comuneros. La comunidad no coexiste con una sociedad, a no ser que ésta carezca de personalidad jurídica.

II. GANANCIAS Y GANANCIALES

Antes de repasar el problema crucial de cuál es el objeto del derecho de cada uno de los cónyuges a los bienes gananciales, no solo resulta conveniente, sino incluso necesario, precederlo con el examen de si pueden, e incluso deben, diferenciarse «gananciales de los cónyuges durante el matrimonio» y «bienes gananciales», considerando éstos como los integrantes del haber consolidado por ambos o por cada uno de los cónyuges; es decir, los bienes procedentes de ganancias ahorradas y sus subrogados, o adquiridos con dinero procedente de créditos de los que sea deudora dicha sociedad económico matrimonial.

La cuestión no es ociosa y creo que tiene, o puede tener, indudable trascendencia práctica. Hoy se plantea comparando el texto del originario artículo 1.392 del Código civil y el del vigente —a partir de la reforma de 1981— artículo 1.344 del mismo cuerpo legal.

Decía el originario artículo 1.392 «*Mediante la sociedad de gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio*».

Y dice el vigente artículo 1.344: «*Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o*

beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad de disolverse aquélla».

La cuestión ofrece mayor relieve dado el cambio introducido por las Cortes en el texto, remitido a ellas, del artículo 1.344 del Proyecto de ley de reforma de 1979, que decía: *«En la sociedad de gananciales, los bienes de este carácter se hacen comunes a marido y mujer, y les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla».*

El origen de la rectificación, efectuada en el Parlamento, se halla en la enmienda 414, formulada por el diputado DIAZ FUENTES y motivada, según dice éste, por «la idea de seguir el estilo del viejo art. 1.392, pero acogiendo el propósito revelado por el Proyecto de destacar la condición abstractamente común de los bienes durante la vigencia de la sociedad conyugal, sin imputación de cuotas concretas en bienes determinados, y la atribución que se produce por mitad al tiempo de la disolución».

Digamos previamente que, ante esa diferente redacción, la palabra «ganancias» ha sido entendida de dos modos muy distintos.

GARRIDO CERDA (*Derecho de un cónyuge sobre los bienes del otro*, RDN 115, pp. 87 y ss.) la entendió en la forma que ya he expuesto. En cambio LACRUZ BERDEJO (*Elementos*, IV, 1984, página 398) y CAMARA ALVAREZ (*Actos de disposiciones sobre bienes gananciales*. Algunas notas para su estudio, en *Homenaje a mí*, volumen II, p. 119), han considerado «ganancias», como la diferencia contable a favor de la sociedad de gananciales que se hace patente cuando, al disolverse ésta, ha de liquidarse la masa ganancial. Es decir, —dice el segundo—, «es un concepto meramente contable». Pero, a éste no puede referirse el artículo 1.344 al decir: *«Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer»*; pues, estos términos parecen referirse al momento de obtenerse esas ganancias, puesto que la sociedad de gananciales en derecho común español, a falta de pacto en contrario, se inicia al contraerse el matrimonio; y, siendo así, que se refiere a los «*obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos*». Expresión que no tiene sentido sino referida a las ganancias obtenidas por el trabajo o la industria de cualquiera de ellos y a los frutos, rentas o intereses de los bienes tanto gananciales como privativos de cualquiera de los dos.

Esta consideración explica el cambio producido en la reforma de 1981 respecto del texto del originario 1.392. En éste, las ganancias —sin duda en el sentido expresado por LACRUZ y CAMARA— e incluyendo en ese saldo contable los bienes gananciales, en el sentido de los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común en cuanto quepan en ese balance activo, los «*harán suyos por mitad al disolverse el matrimonio*». En cambio en el vigente artículo 1.344 «*las ganancias y beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos*»: «*se hacen comunes*» en el momento de obtenerse —como hemos explicado antes—; pero, tan solo «*serán atribuidos por mitad*

al disolverse aquélla». Es decir, se hace común al disolverse el matrimonio el activo resultante en ese momento —incluidos los bienes gananciales enumerados en los números 3, 4 y 5 del art. 1.347—, a diferencia de los incluidos en los números 1 y 2 que se hacen comunes al adquirirse por cualquiera de los cónyuges.

La diferencia es clara. En el régimen originario, frutos, sueldos, rentas y beneficios obtenidos por cualquiera de los cónyuges y de sus bienes, así como de los gananciales, los adquiría el marido, aunque fuera sólo con el fin de atender las cargas de la sociedad de gananciales, debiendo, al disolverse el matrimonio, partir con la mujer el saldo activo resultante. Por eso, la redacción del artículo 1.392 del Proyecto de 1979, decía que los bienes gananciales *se hacían comunes a marido y mujer* en el acto de adquirirse, aunque, sólo «*al disolverse*» la sociedad de gananciales, «*les serán atribuidos por mitad*».

Sin embargo, esa comunicación de ganancias no es plena y absoluta sino que se circunscribe para la finalidad de que se empleen en la atención a las necesidades de la familia. El remanente, que se ahorra, no se comunica sino al disolverse la sociedad de gananciales. De lo contrario, el del vigente artículo 1.344 sería contradictorio en sí mismo, a no ser que, como distingue SANTIAGO ECHEVARRIA (*La comunidad ganancial*. Curso 1986 de la Ac. Sevillana del Notariado, pp. 136 y ss.) se entienda que la expresión «se hacen comunes» se refiere a la relación de sociedad y no a la relación de comunidad, que no surge sino al disolverse aquélla. Modo de entenderlo que de hecho lleva al mismo resultado que acabo de expresar.

III. NATURALEZA DE LA UNIVERSALIDAD GANANCIAL DESPUES DE DISUELTA LA SOCIEDAD Y PENDIENTE EN LIQUIDACION

1. Lo expuesto, hasta ahora, ya nos muestra importantes diferencias entre la comunidad ganancial durante la vida activa de la sociedad de gananciales, de una parte, y, de otra, la comunidad pendiente de liquidación después de disuelta aquélla.

En ambos tiempos, la comunidad de los gananciales tiene la nota común de ser *universal*; pero, durante la actividad de la sociedad conyugal tiene la característica de ser *dinámica* además de universal. Esto hace más difícil de determinar y de definir su naturaleza. Y, precisamente por esta mayor dificultad, comenzaré por el examen de su naturaleza después de disuelta, es decir, en su fase de liquidación.

Para esto, pienso que, tal vez, pueda iluminarnos el mantener a la vista lo discutido en torno de la naturaleza de la comunidad hereditaria, y las distintas soluciones propuestas, para ella, a fin de referirlas a la comunidad de gananciales una vez disuelta la sociedad.

Ante todo, advierto que, en el momento liquidatorio, resulta indiferente la consideración del haber ganancial como comunidad de bienes o como patrimonio de una sociedad disuelta; pues, careciendo ésta de personalidad jurídica, nos reconduce a la comunidad de bienes resultante.

Advertido esto, y penetrando en nuestro enfoque comparativo, lo primero que me hace reflexionar es el efecto deformante que, como en la herencia (cfr., mi discurso de investidura como Doctor honoris causa en la Universidad Autónoma de Barcelona-Bellaterra, *Relectura en torno de la comunidad hereditaria*, 10, recogido en «Estudios de derecho sucesorio» I, 2.^a ed., pp. 548), puede producir la perspectiva de la sociedad de gananciales disuelta vista sólo a través de la inscripción registral de los bienes gananciales. Como explica LACRUZ, en el estudio que rememoro y glosó (6, pp. 25 y ss.), se produjo una confusión inicial; y, a partir de ella, «una larga evolución». PILAR BENAVENTE (1.^a, 1, 2, 3, 1, 1), examina muy detenidamente, con amplias citas de considerandos de las RDGR.

a) Primero se aceptó que, una vez disuelto el matrimonio existía un condominio en cada bien ganancial, por lo cual se resolvió que el viudo podía enajenar la mitad de cada finca (R. 8 enero 1978).

b) Después se rectificó este criterio y se rechazó: que a favor del viudo pudieran inscribirse: mitades indivisas de bienes gananciales (R. 16 diciembre 1984); la enajenación por el marido viudo de la mitad de un bien ganancial (R. 21 febrero 1989) o por la mujer viuda (R. 20 septiembre 1884); el embargo de una mitad como si fuera del marido (R. 22 septiembre 1904). Solo se admitió la disposición de una mitad en caso de actuar el cónyuge viudo conjuntamente con los herederos del premuerto (R. 29 abril 1902).

c) De la R. 29 abril 1902 pudo deducirse que los bienes gananciales inscritos a nombre de cualquiera de los cónyuges, se entienden inscritos a nombre de la sociedad conyugal, «que —dijo— es una entidad distinta». Tesis que después fue rechazada en Rs. 15 julio 1918, 8 junio 1926, 17 octubre 1927, 11 octubre 1944, 30 marzo 1943.

d) A partir de 1917, la DGRN fue «inclinándose gradualmente» (la expresión es de LACRUZ) a favor de la configuración de la sociedad de gananciales como comunidad sin cuotas del tipo llamado germánico (Rs. 17 noviembre 1917, 15 julio 1918, 13 septiembre 1922, 12 mayo 1924, 30 junio 1927, etc.).

e) La R. 13 noviembre 1926 afirmó que la sociedad de gananciales disuelta viene tratada en nuestro Código civil como una masa hereditaria o al menos patrimonial, dado el enlace íntimo entre sus elementos activos y pasivos, el acrecimiento por renuncia, la aceptación por los acreedores de la parte correspondiente al renunciante, etc.

Las posiciones doctrinales, adoptadas enfocando la sociedad de gananciales disuelta, las resumió LACRUZ (n. 5, pp. 18 y ss. y 7 p. 29 y ss.), clasificándolas según los bienes, derechos y obligaciones

correspondientes se refieran: a una personalidad jurídica extinguida; a una sociedad disuelta; a una comunidad germánica, o, en su conjunto, a un acervo común.

Cuando nos ocupamos de la sociedad de gananciales durante el matrimonio, con universalidad dinámica, deberemos analizar la tesis que defiende su naturaleza *zur gesammte Hand*. Ahora, con referencia a la sociedad ganancial disuelta, me centraré a la determinación de cual es su objeto.

2. Para ello, y ante todo, es preciso observar su contenido. El Código civil, en su redacción vigente desde 1981, señala, en sus artículos 1.397 y 1.398, cual es el activo y el pasivo de la sociedad de gananciales disuelta.

Su lectura muestra claramente que se trata de una universalidad en la que se integran bienes, derechos, obligaciones; y en la cual, entre los sujetos titulares y la propia universalidad suelen existir relaciones compensatorias activas y pasivas, que deben liquidarse. Es decir, ocurre, normalmente, en cuanto esas relaciones entre la universalidad y sus sujetos, lo mismo que en la herencia indivisa y pendiente de liquidación, pero aún más marcadamente.

Después de la magnífica obra de DOMENICO BARBERO (*L'universalità patrimoniale*) publicada en 1936, creo que no queda duda racional alguna de que las universalidades de bienes no son realidades ónticas ni ontológicas, sino únicamente lógicas, en el sentido de que sirven para determinar *sub specie universitatis* los bienes integrados en su conjunto. He de advertir que LACRUZ, en su estudio de 1950, estaba totalmente al día en este punto, en una fecha en la cual muy importantes autores insistían aquí en hablar de un derecho abstracto en el conjunto de cada copartícipe.

En efecto, escribió LACRUZ (12, pp. 44 y ss.) que «la noción de patrimonio como un todo, como un objeto unitario de derecho, síntesis de los derechos y cosas que lo integran, es completamente irreal» ... «además, para que la existencia de un derecho global de los comuneros sobre el patrimonio resuelva definitivamente la cuestión, es preciso admitir también que las cosas y derechos integrantes de ese patrimonio pierden su individualidad desde el momento que en él ingresan, y no son susceptibles de ser objeto de derecho independientemente, lo cual es aún más irreal. Porque, si no se admite esto último, aparte de lo absurdo de suponer existentes dos derechos idénticos sobre una misma cosa, queda en pie el problema de quién es titular de tales cosas o derechos en su individualidad, y nada se ha adelantado con reconocer a los comuneros un derecho sobre el patrimonio. Es preciso aceptar, pues, que cada cosa o derecho pertenece directamente a los consortes; de lo contrario al hallarse sin sujeto, devendrían *nullius*».

La concepción de las universalidades como realidad, puramente lógica, es decir, como un modo de determinar *sub specie universitatis*

su contenido objetivo, también la había observado LACRUZ (p. 46), que reiteró su inexistencia ontológica y sí su existencia «meramente lógica».

3. Pero esa realidad lógica no sólo sirve para determinar los objetos integrantes, sino también para hacer referencia a la cuota global de cada cotitular. Si la norma, legal o consuetudinaria —en nuestro caso el art. 1.344 Cc.—, al disolverse la sociedad de gananciales, atribuye por mitad el conjunto ganancial y no de cada bien determinado del mismo, como ya dijo LACRUZ (p. 46), «resulta que la situación del patrimonio no es la simple suma de una serie de cotitularidades independientes, sino una situación autónoma y coherente, y no es tampoco una simple parte alícuota de la situación de un titular único, sino algo diverso y más complejo».

Esa complejidad la venía explicando el propio LACRUZ desde la página anterior: «el derecho que a cada comunero compete sobre los objetos singulares, si bien recompone, en unión del que corresponde al otro, la totalidad del derecho originario, no tiene la misma determinación que el del copropietario de un objeto particular, como se evidencia por el hecho de que, así como es posible decir, en la comunidad sobre un objeto concreto, cuál es la proporción de interés que corresponde a cada comunero en la cosa común, en la comunidad sobre un patrimonio no es posible realizar tal determinación con referencia a bienes singulares, de igual modo que no sería posible en ningún tipo de comunidad con referencia a una parte cualquiera del objeto común. A causa de la susodicha interdependencia, el derecho de cada consorte sobre cada cosa se define en función del que compete a los demás, y depende, precisamente del que tenga cada uno de ellos en los otros objetos que integran el patrimonio. Nótese que desde el momento en que los comuneros recomponen la totalidad del derecho —el cual, sin embargo, no compete a una unidad formada por ellos, sino a cada uno individualmente— no es la participación de cada cotitular sobre los objetos concretos absolutamente indeterminable, sino temporalmente indeterminada».

Y, concretándose a las comunidades conyugales de bienes, dice que existen «una serie de titularidades sobre bienes y derechos individuales compartidas por los consortes, los cuales son directamente copropietarios, cusufructuarios, coacreedores, etc., pero no se sabe en que medida es compartida cada una de las titularidades singulares, sino por referencia a otras y con referencia a un módulo fijado por la Ley o por negocios jurídicos, aunque en cualquier momento puede fijarse el valor económico de la situación jurídica global».

Precisamente esa cotitularidad «temporalmente indeterminada» había sido aplicada a las *universitates iuris*, por mi maestro FEDERICO DE CASTRO (en su *Derecho civil de España, Parte General I*, edición, Madrid, 1942, p. 495) que la volvió a referir después (ed., 1949, páginas 584 y ss. y ed., 1955, pp. 653 y ss.), siguiendo a VON THUR,

THEMAN, REGELSBERGER. La técnica —explica— colocada en la necesidad de elegir entre «un objeto indefinido y abstracto, como base de un derecho subjetivo y atípico —ni real ni obligacional— y la admisión de una indeterminación limitada y transitoria del sujeto de cada uno de los derechos subjetivos concretos que contenga la masa patrimonial, ha preferido este último procedimiento». Y, entre los supuestos en los que se produce esa indeterminación transitoria, incluyó la herencia indivisa, la comunidad universal de bienes, la sociedad de gananciales, la tácita aragonesa.

Como maticé yo, en mi referido discurso de investidura (15, cfr., RDN, I, 2.º ed., p. 565), tal indeterminación subjetiva en la herencia es muy relativa, en cuanto se circunscribe únicamente entre los herederos y tan solo se halla indeterminada a las resultas de la partición; pues, como concreté, al concluir (20, p. 588), se halla sometida al ejercicio de la *actio familiae erciscundae*, es decir, condicionada a la liquidación y a que la partición de la herencia determine y concrete los bienes y derechos de cada heredero. Analógicamente ocurre en la comunidad ganancial, en la cual la titularidad de sus bienes y derechos se halla condicionada a su liquidación, en los términos que resultan de los artículos 1.390 y ss. Cc.

IV. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DURANTE SU VIGENCIA EN SU ASPECTO DE COMUNIDAD SOBRE UN PATRIMONIO DINAMICO

1. LACRUZ BERDEJO, en el estudio al que sigo refiriéndome (14 y ss., pp. 50 y ss.), penetró en el examen de la sociedad de gananciales como «comunidad sobre un patrimonio dinámico», destinado «a durar» y, «ulteriormente, a asegurar la participación de los cónyuges en los bienes adquiridos mediante el esfuerzo común». Pudiendo hablarse de «un patrimonio vivo, dinámico, en actividad, susceptible de disminuir, no ya sólo por obra de la desafortunada gestión del cónyuge administrador, sino también a causa de la regular inversión de bienes en cubrir las necesidades a cuya satisfacción se hallan sujetos; susceptible, asimismo, de aumentar, no ya únicamente por el aumento del valor de los bienes que en él se contienen, ni tampoco sólo por la afortunada gestión de los mismos o merced a los frutos que regularmente producen, sino, igualmente a causa de adquisiciones que en modo alguno se hallan relacionadas con los bienes existentes».

Esta exposición de LACRUZ joven, en los años cincuenta, muestra como la indeterminación, que hemos visto en el período de liquidación de la sociedad de gananciales, se halla unida además a otras incertidumbres cuando la sociedad está en actividad.

La dinámica de la sociedad conyugal produce en esa universalidad de bienes los mismos efectos característicos de otras universalidades.

como la *tabernae*, o establecimiento mercantil, de la que me ocupé, años después, aunque hoy ya hace muchos, en mi conferencia *Pignus tabernae*. En ésta salen y entran constantemente mercaderías, que pueden cambiar totalmente, pero las que estén dentro del establecimiento siguen con la misma afección y destino, pues no varía la determinación *sub specie universitatis* producida por el solo hecho de hallarse en la *tabernae*.

LACRUZ planteaba en su grado máximo el cambio de contenido del patrimonio ganancial (15, pp. 52 y ss.): «La transferencia por título oneroso de todos los objetos que lo integran, supondría la subrogación de los bienes recibidos en la condición jurídica de los entregados; la transmisión sin un correspondiente dejaría en suspenso la consideración *sub specie universitatis* aplicada a unos bienes comunes entonces inexistentes; empero en ningún caso persistiría esta consideración sobre los objetos transmitidos, que habrían de serlo cada uno en su individualidad, sin especie de sucesión universal alguna; las deudas continuarían gravando los nuevos bienes comunes y —salvo el ejercicio, en su caso, de la acción pauliana— no en éstos de que se habían desprendido los cónyuges».

Por otra parte, como advierte seguidamente (16, pp. 53 y ss.): «La masa consorcial autónoma puede entrar en relación, no sólo con terceras personas, sino también con los mismos cónyuges en cuanto titulares de los bienes privativos. Las relaciones entre éstos no se ponen de relieve sino cuando, a la disolución del matrimonio, es preciso poner en claro las cuentas» ... «En general, todo hecho, acto o negocio jurídico que perturba el equilibrio entre los patrimonios da lugar a una correlativa obligación del que se ha enriquecido sin causa, a favor del empobrecido, aunque tal obligación no se rige exactamente por las reglas del enriquecimiento indebido y, en general, la teoría de las relaciones entre las masas patrimoniales tiene un ámbito mayor, abarcando supuestos en que no puede hablarse de enriquecimiento».

Hoy día, la complejidad de esas situaciones y la indeterminación objetiva en la dinámica de la comunidad conyugal es aún mayor que en 1950, debido a las reformas introducidas en 1981 en la regulación de la sociedad de gananciales. Ya no se trata sólo de las deudas de un cónyuge satisfechas con dinero ganancial (art. 1.373, 2), ni de las ventas de los bienes privativos para atender gastos y pagos que sean a cargo de la sociedad (art. 1.347, 4.º), ni de los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio de un cónyuge que no sea un establecimiento o explotación común pagados con dinero común (art. 1.346, final); ni de las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos, como consecuencia de la titularidad de otros privativos pagados con dinero ganancial (art. 1.352) o, viceversa, por igual razón, ni de cuando por disposición del Código sean privativos o gananciales bienes satisfechos con dinero de otra

procedencia (art. 1.358), o de las edificaciones, plantaciones y cualesquiera mejoras en bienes de una clase satisfechas con dinero de otra calificación (art. 1.359) o de incrementos patrimoniales en una explotación mercantil, o en otro género de empresas (art. 1.360), sino que, incluso, conforme el vigente artículo 1.355, 1: «*Podrán los cónyuges de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que se adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga*». Y, según el artículo 1.356: «*Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviere carácter privativo, el bien será de esta naturaleza*».

2. Todo esto aumenta la incertidumbre e indeterminación en el contenido de los gananciales durante la vigencia del régimen.

Junto a ello, la presunción de ganancialidad (art. 1.361 antes, 1.407, y Ley, 203 del Estilo), extensiva a la procedencia del precio (S. 8 enero 1968), no puede jugar con igual fuerza constante la sociedad de gananciales que una vez disuelta ésta.

En efecto, la prueba en contrario de la presunción de ganancialidad —que es *iuris tantum* conforme la norma general del art. 1.251, 1, por lo cual corresponde la prueba al que niega el carácter ganancial (SS. 13 noviembre 1917, 31 marzo 1930, 4 junio 1969, 9 abril 1970)— tiene como momento definitivo el de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Antes la presunción resulta provisional. El hecho de que no conste en el Registro de la Propiedad la prueba en contrario no hace definitiva la presunción, ni tampoco la privaticidad la prueba en contrario, admitida por el Registrador. La confesión vincula al cónyuge confesante (S. 2 febrero 1951), pero no es oponible a terceros.

Dada esa provisionalidad de la presunción, pienso que es preciso determinar a favor de quien debe actuar en tanto no se haya liquidado la sociedad conyugal. Es algo que hice notar en una de mis observaciones a la tesis doctoral de PILAR BENAVENTE. Una presunción pendiente, que cabe desvirtuar hasta el momento de liquidarse los gananciales, no puede tener efectos plenos ni definitivos, a no ser a favor de terceros que tengan derechos adquiridos, y sólo los tiene provisionales a favor del cónyuge que no aparezca como adquirente ni haya reconocido la privaticidad del adquirente.

Por consiguiente, pienso que actúa:

1.º A favor de los acreedores de la sociedad conyugal en los supuestos previstos en los artículos 1.319, en relación con los 1.318, 1.365, 1.366, 1.367, 1.368, 1.369 Cc.

2.º En favor de los acreedores del otro cónyuge en el supuesto del artículo 1.373 Cc.

3.º En salvaguarda de los derechos del otro cónyuge, por cuanto el titular no podrá disponer a título oneroso (art. 1.377 Cc.) ni gratuito (art. 1.378 Cc.) sin consentimiento del otro cónyuge, cuya falta será impositiva de su inscripción en el Registro de la Propiedad (artículo 94, 1, RH).

Creo que la eficacia de esa presunción, no sólo *iuris tantum*, sino provisional hasta que se liquida la sociedad de gananciales, no puede producir otros efectos que éstos por falta de persona legitimada para beneficiarse de ella.

3. Las normas del Código civil —que determinan el contenido de la comunidad ganancial y la presunción de ganancialidad, así como las que rigen la disposición de esos bienes, la posibilidad de prueba de la privaticidad y de su confesión por el otro cónyuge— dan lugar a las distinciones que efectúa el Reglamento Hipotecario en sus artículos 93, 94 y 95, reformados el 12 de noviembre de 1982, atendiendo a que los bienes hayan sido adquiridos:

a) Por ambos cónyuges a título oneroso y a costa del caudal común: «se inscribirán a nombre de marido y mujer con carácter ganancial» (art. 93, 1).

b) Por uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales: se inscribirán a nombre del adquirente con dicha indicación (art. 93, 4).

c) A título oneroso por uno solo de los cónyuges sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales; se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial (artículo 94, 1).

d) Por uno solo de los cónyuges como privativos suyos: se inscribirán, también, a su nombre; pero, con las siguientes posibles variantes.

1.º Si se ha justificado —a juicio del Registrador— «mediante prueba documental pública» (art. 95, 2): no se pondrá salvedad alguna.

2.º Si el otro cónyuge hubiese reconocido o confesado esa privaticidad: así se hará constar; aunque esa confesión no afecta a terceros, a quienes seguirá protegiéndole la presunción.

3.º Si no ha habido prueba documental ni reconocimiento o confesión del otro cónyuge, el Registro sigue abierto a la posibilidad de que ésta se aporte y se haga constar en él por nota marginal, incluso en el supuesto de que el cónyuge titular no haya dicho si adquiriría el bien como privativo (acerca de toda esta materia es fundamental el estudio de mi compañero MANUEL DE LA CAMARA ALVAREZ, *La sociedad de gananciales y el registro de la propiedad*, ADC, 1982, 3, pp. 339-515).

Eso conlleva que pueden concurrir:

1.º Bienes inscritos como gananciales a nombre de ambos cónyuges.

2.º Bienes inscritos como gananciales pero titulados a nombre solo de un cónyuge.

3.º Bienes titulados a nombre de un solo cónyuge, sin manifestación alguna de éste acerca de si son privativos o gananciales, inscritos a su nombre como presuntivamente gananciales.

4.º Bienes titulados a nombre del cónyuge adquirente con la manifestación de que son privativos, sin probarlo, ni confesarlo su cónyuge, que se incriben también a nombre del adquirente pero como presuntivamente gananciales.

5.º Bienes que se hallan en las mismas circunstancias del supuesto anterior pero constando, originariamente o después por nota, la confesión del otro cónyuge, que no perjudicará a terceros.

6.º Bienes titulados en las mismas circunstancias que en el supuesto 3.º, pero con prueba documental de la privaticidad coetánea o posterior a la inscripción, o cuando ambos cónyuges «de común acuerdo» les hayan atribuido la condición de privativos (art. 1.355, Cc., por identidad de *ratio*), que se inscriben en el Registro como privativos, sin perjuicio de su impugnabilidad en caso de fraude pero que —aunque prospere ésta— no podrá afectar a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso que se amparen en la fe pública registral (art. 34 LH).

V. TITULARIDAD Y GANANCIALIDAD. DERECHO DEL CONYUGE NO TITULAR EN LOS BIENES TITULADOS A NOMBRE DE SU CONSORTE

1.º Lo expuesto, hasta ahora, nos muestra que *titularidad y ganancialidad* pueden no coincidir. Esta circunstancia ya la había destacado ANGEL SANZ FERNANDEZ (*Los bienes gananciales y el Registro de la Propiedad* «Centenario Ley del Notariado», 3-1, 1960, pp. 279). A esta disparidad se adecuan hoy los artículos 93, 94 y 95 RH, y resulta reconocida expresamente en el Código civil (arts. 1.347-3.º, 1.356, 1.384), que incluso declara: «Serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuran o en cuyo poder se encuentren» (art. 1.384).

La cuestión fundamental que suscita esa divergencia es la de precisar qué derecho corresponde al cónyuge no titular, en el bien ganancial titulado a nombre del otro, durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Cuestión que enfoca, de otro modo, la de «la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales».

Hemos visto que los bienes gananciales y su pasivo inherente, una vez disuelta la sociedad conyugal constituyen una universalidad con un fin determinado.

ANGEL SANZ, en su antes referido estudio de 1960 (pp. 278 y ss.), había destacado «la idea de que el momento decisivo para

la determinación de lo que es ganancial es la disolución del matrimonio (art. 1.392 del Código civil [originario] y, en cierto modo, también, arts. 1.421, 1.422 y 1.423). Es indudable que la idea de comunidad se refiere a todo el patrimonio ganancial no a cada uno de los bienes y derecho que lo integran»; pues, advierte seguidamente, que «las adquisiciones pueden hacerse para la comunidad o para uno de los esposos (art. 1.401 [originario] el texto de cuyo número es casi idéntico al actual 1.347, 3.º)».

Pero, también hemos visto que es meramente lógica la realidad de la *universitas iuris*, como medio que es para determinar *sub specie universitatis* su contenido y la pertenencia de éste, transitoriamente indeterminada, entre ambos cónyuges, o, en su caso, de uno de ellos con los herederos del otro.

No obstante, esta indeterminación, es evidente que ambos cónyuges tienen derechos actuales y limitaciones efectivas respecto esos bienes, ya figuren a nombre del uno o del otro.

Siendo así, ¿cómo se configuran esos derechos, sujeciones o limitaciones?

De las tesis explicativas que se han formulado, dos están, hoy, rechazadas plenamente.

a) Una es la de la cotitularidad —copropiedad, cousinguato, etc.— de cada bien o derecho indiviso, que, como en la herencia, tampoco es concebible en la comunidad de gananciales, puesto que la participación de cada cónyuge en la comunidad se refiere a la masa total líquida y no se concreta sino con la división de ésta.

Por otra parte —como ha expuesto PILAR BENAVENTE—, después de un cuidadoso examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Sala Primera de éste, antes y después del Código civil, ha negado a la mujer la posibilidad de interponer tercería de dominio, en caso de embargo por deudas de su marido, no habiéndose liquidado la sociedad conyugal (STS 1 marzo 1867, 8 octubre 1869, 7 y 11 febrero 1870, 8 mayo 1873, 25 febrero 1885, 20 octubre 1880, 13 abril y 13 octubre 1886, 11 mayo 1889 y 11 febrero 1891; 5 noviembre 1929, 23 enero 1958, 4 diciembre 1958, 27 febrero 1960, 7 marzo 1963, 11 abril 1972). Esta última, para rechazar la tercería, consideró que «es evidente que durante el matrimonio no puede [la sociedad legal de gananciales] constituir una forma de copropiedad de la regulada en los artículos 392 y siguientes del Código civil, al faltar por completo el carácter de parte, característico de la comunidad de tipo romano, que en ellos se recoge, ni atribuye a la mujer, viviendo el marido, la propiedad de los gananciales existentes, porque para saber si éstos existen o no, es precisa la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse, en pago de él, la consiguiente adjudicación»; no teniendo hasta entonces la mujer «una propiedad exclusiva y excluyente», que le permita ejercitar la tercería «con independencia de que pueda tener otros procedimientos para

impugnar los actos efectuados por el marido si son contrarios a la Ley o en fraude de sus intereses».

Reproduciendo los razonamientos de ésta, el mismo criterio ha sido mantenido después de la Reforma de 1981, en SS 26 septiembre 1986 y 29 diciembre 1987. También han denegado tal tercería las de 13 julio y 26 septiembre 1988, 16 mayo y 19 julio 1989.

La propia PILAR BENAVENTE (cap. III, 3, 1, 1) vista la continuidad de esta posición jurisprudencial y ante la igualdad entre ambos cónyuges traída por la Reforma de 1981, pregunta: «¿Quiere decir que ambos cónyuges, ahora tienen un derecho expectante sobre los bienes gananciales?». Si bien, observa que esto contrastaría con otras decisiones, concluye: «La única cuestión que parece clara, y reiteradamente mantenida, es la de excluir la configuración romana o por cuotas dentro de la sociedad de gananciales».

3. La otra tesis explicativa que hoy es rechazada de plano, consideraba que la sociedad de gananciales durante el matrimonio constituye una persona jurídica, que queda disuelta y en liquidación al terminar la sociedad. Esta tesis fue mantenida por SANCHEZ ROMAN, VALVERDE y ATARD. ALFONSO DE COSSIO (*La sociedad de gananciales*, 24, Madrid, INEJ, 1963, pp. 25 y ss.) después de observar que la sociedad legal de gananciales tiene especiales características que la hacen «no asimilable sin limitaciones a las demás formas sociales que nuestro Código regula», indica especialmente que, a su juicio, la verdadera dificultad de esta construcción radica precisamente en «el nacimiento de un nuevo ente jurídico, de una personalidad jurídica distinta de la de cada uno de los socios»; pues, «como observa NAST, sería extraño que se interpusiese entre el marido y la mujer un ser ficticio que sería titular del patrimonio común» ... «No sólo esta idea no ha sido nunca admitida antes del Código civil, sino que la existencia de una persona moral distinta de las esposas, estaría en contradicción con la confusión que durante el matrimonio se establece entre los bienes del marido y los de la comunidad [en la regulación originaria del Código civil] así como la regla de que toda deuda común es, al mismo tiempo, deuda personal de uno de los esposos».

4. La teoría que mayor predicamento ha tenido —DE LA CAMARA ALVAREZ ha escrito (ADC, 1986, 2, p. 341), que la podríamos llamar «teoría oficial» es la de la comunidad germánica, en mano común—, es decir, la *zur gesammte Hand*, por la cual se inclinó la Dirección General de los Registros a partir de su R. 17 noviembre 1917 y sucesivas, sintetizadas en la R. 30 junio 1927, sin que después haya cambiado esta posición.

En su estudio de 1950, LACRUZ ya le había objetado. Refirió, primero (7, pp. 29 y ss.), su inicial planteamiento, por CASTAN TOBEÑAS (RGLJ, 115, pp. 226 y ss.), al que siguió inmediatamente ROCA SASTRE (RCDI, 6, pp. 161 y ss.), generalizándose enseguida su aceptación. Pero, advirtió que el mismo CASTAN, en la edición

de 1949 de su *Derecho civil común y foral* (vol. I, p. 339), había atenuado su postura diciendo que la comunidad germánica «no es normal en nuestro derecho» y «que pueden encontrarse manifestaciones o vestigios de ella en la comunidad matrimonial de bienes y en la que se llama propiedad comunal» [los subrayados son de LACRUZ]; y que ROYO MARTINEZ «en su recientísimo [entonces] *Derecho de familia*, rechaza expresamente la tesis de la comunidad en mano común».

Por su cuenta, explicó LACRUZ (8, p. 31) que, a su modo de ver, «la comunidad matrimonial cabe, en líneas generales, dentro de la figura de la comunidad en mano común. Sin embargo, todavía no me parece indiscutible la utilidad de clasificarla de esta manera, y no mejor, dentro del género de “comunidad”, como “comunidad sobre un patrimonio”, y particularizante más, sobre un patrimonio dinámico vivo: no en liquidación».

A continuación advertía «que la simple invocación de la comunidad en mano común no resuelve el problema de la naturaleza jurídica de la comunidad matrimonial —ni de ninguna otra de las que suelen incluirse en esta categoría— porque, ¿cuál es, a su vez, la naturaleza jurídica de la comunidad en mano común? Más concretamente: ¿qué clarificación jurídica merecen las participaciones de los comuneros en el objeto del consorcio? La más completa confusión reina en este respecto». Y señaló, a seguido, las disparidades que advertía «En suma —concluyó—, no basta incluir simplemente una situación de cotitularidad en el número de las comunidades en mano común, sino que es preciso, además, decir primero qué se entiende por comunidad en mano común, y mostrar luego qué características propias de la comunidad en mano común se cumplen en ella».

A su examen dedicó los epígrafes siguientes (9 a 11, pp. 33-41) en los que mostró un notable conocimiento de la doctrina alemana (GIERKE, BINDER y LARENZ, sobre todo) en unas páginas que he citado al ocuparme del carácter no de cosa sino de mera medida, para diversos efectos, de las cuotas de comunidad mostrando que no son cosificables como objetos de derechos.

Al final de ese repaso concluyó (p. 11)— «Lo importante es determinar las notas que caracterizan la estructura y los principios que informan el funcionamiento de la sociedad de gananciales» ... «A fin de cuentas, una vez hecha tal determinación, poco se gana con saber si las líneas, de la sociedad coinciden con las que marcaron en el siglo XIX algunos autores alemanes para la comunidad germánica; líneas, por otra parte, tan amplias, que en ellas caben variedades muy diversas de consorcio: hasta aquel *ercto non cito* que aparece veladamente en algunas fuentes jurídicas y literarias de Roma y de modo más abierto, en las instituciones gayanas, y que constituyen al tipo originario de la comunidad —y acaso de la sociedad— romana, eminentemente germánico».

4. A primeros del año siguiente a la publicación de este trabajo de LACRUZ, pronunciaba el profesor RAMON PRIETO BANCES en la Academia Matricense del Notariado, el 20 febrero 1951, su conferencia: *Los notarios en la historia de la sociedad de gananciales*. Tuve el gusto de asistir a ella, y recuerdo, muy bien, la impresión que me causó; y ahora releo su texto en el tomo IX de los *Anales*, pp. 83-139 aparecido en 1957. Demuestra, en él, con bastante claridad, que no puede afirmarse que el origen histórico de la sociedad de gananciales sea germánico, como, respecto de España, habían defendido CARDENAS e HINOJOSA.

«Nuestro derecho visigodo —dijo PRIETO BANCES— es derecho romano y es derecho oriental [en el párrafo anterior había dicho: «Aquí se cruzan en la época visigoda, y no por primera vez, ni por última, la civilización de Oriente y de Occidente. La antorcha de Bizancio alumbró Toledo y, cuando Bizancio decae, es España la que ilumina al mundo»]. Las fuentes del *Código de Eurico* hay que buscarlas en el territorio de los Diádocos. Los cánones conciliares toledanos, en las doctrinas de San Isidoro, formado en los clásicos. Las leyes de Chindasvinto y Recesvinto en la cultura de la Iglesia romana. La reforma de Ervigio en el predominio del elemento cristiano».

En el Bajo imperio romano «el cristianismo siembra la idea de la comunidad. El matrimonio deja de ser un puro contrato; el matrimonio para los cristianos es un sacramento que funde dos personas en una, y a esta unidad espiritual corresponde la unidad patrimonial». Esta tesis, explicó PRIETO BANCES, la habían defendido LEFEVRE, en 1908 —en un curso de doctorado, en el cual sostuvo que la comunidad de bienes entre los cónyuges «no puede explicarse más que como un producto de las costumbres cristianas de los esposos franceses», y, en 1919, M. ROBERTI, en su obra *Le origini romano-cristiane delle comunione dei bene fra coniugi*. El propio catedrático asturiano observa que la idea de comunidad se vislumbra, en una novela de Valentiano III (que transcribe) que pasó a la *Lex Romana Visigothorum*. Esa novela de Valentiano fue rectificada por otra del emperador León, en el sentido de aplicar, en el reparto, al disolverse la sociedad, el criterio de adjudicar los *refacta* en proporción a las aportaciones. A juicio de PRIETO BANCES (III, página 100), ambas soluciones se aplicaron en la España visigoda. La solución cristiana, del reparto por mitad, inspiró la fórmula XX de la colección descubierta por MORALES, y la solución romana, del reparto en proporción a las aportaciones, fue acogida en la *Ley Dum cuiuscumque* de Recesvinto. Esta Ley se entendió supletoria del pacto, que él estimó usual entre los antenupciales. En esto último, el profesor asturiano coincidía con la opinión de HINOJOSA; pero, discrepaba de ésta en cuanto creía (pp. 108 y ss.) que la indicada fórmula XX no era supervivencia de una costumbre germánica, sino que «revela la fuerza arrolladora de la civilización romano-cristiana, por-

que la fórmula procede del derecho mediterráneo cristianizado, verdadera médula del derecho español».

Esta fórmula usual —sigue explicando PRIETO BANCES (IV, páginas 129 y ss.)— continuó aplicándose en la época de la Reconquista, en un ámbito territorial nuevo que llegó a Galicia con los monjes mozarabes que se refugiaron en los cláustros gallegos. De allí pasó a Asturias y se extendió a algunas comarcas del Reino de León, observándose en los pactos nupciales entre el Cid y la ovetense Jimena. Nota, no obstante, el profesor asturiano que en las fórmulas altomedievales se observan diferencias.

Años después, ALFONSO DE COSSIO (*La sociedad de gananciales*, Madrid, INEJ, 1963, pp. 41), llegó a concluir que, no se le alcanzaba la razón «de aceptar una fórmula carente de contornos precisos y sin trascendencia legal alguna, como es la llamada comunidad de derecho germánico, para la explicación de un régimen tradicional del derecho castellano, ajeno en todo momento a tan obscuras elucubraciones».

5. Pero, el hecho de ser desechada la tesis de la comunidad germánica, *zur gesammte Hand*, no ha sido óbice para que se mantenga la opinión de que la comunidad ganancial tiene naturaleza de mancomunidad de ambos cónyuges respecto de los bienes que la integran —así resulta de las SS 18 diciembre 1951, 17 abril 1967, 19 octubre 1968— sentencia ésta muy discutida y no entendida en igual sentido por todos sus comentaristas (cfr., PILAR BENAVENTE, I, 4, 2, 3)— y ha constituido —en palabras de CAMARA, antes citadas— la «teoría oficial» asumida por casi toda la doctrina, hasta que, después de la reforma de 1981 se ha dividido en esta cuestión.

Después de la reforma, LACRUZ BERDEJO (*Derecho de familia*, edición, 1982, 198 pp., 399 y ss. y *Elementos*, IV-2, 198, ed., 1989, páginas 425 y ss.), ha dicho de la comunidad de gananciales, que no constituye una persona jurídica, sino que los bienes pertenecen conjuntamente a los comuneros; y, si bien las participaciones que corresponden a cada uno, «no recaen ni pueden recaer sobre el patrimonio como un todo, porque el patrimonio no es un objeto unitario de derecho, y así afectan directamente a cada uno de los objetos que lo integran» ... Pero advierte que «el derecho afecta al objeto indeterminadamente; *sin cuotas*, la cuota existe sólo sobre el conjunto, y, por eso, podemos calificar esta comunidad de *universal*». Es decir, mantiene, en sustancia, su mismo criterio de 1950, y señala que cuando «levemente la jurisprudencia del TS y decididamente la de la DG», atribuyen a la sociedad de gananciales «los rasgos, un tanto imprecisos con que la doctrina describe la llamada «comunidad en mano común» o «germánica», quieren decir con esto, «sobre todo, que ninguno de los cónyuges puede disponer, como bienes privativos suyos, sobre mitades indivisas de los bienes comunes». Esto, como acabamos de ver, lo resuelve LACRUZ indicando que el derecho de cada

cónyuge «afecta al objeto indeterminadamente», pues «la cuota existe sólo sobre el conjunto». De ese modo, explica lo que la jurisprudencia, por él aludida, trata de resolver con el expediente de la propiedad en mano común o mancomunidad. Para LACRUZ —pues— la explicación no está en la «mancomunidad» sino en la «indeterminación». Es decir, en la misma línea del maestro FEDERICO DE CASTRO al clasificar la comunidad ganancial.

Esa *indeterminación* durante el matrimonio, es destacada por L. DIEZ PICAZO y A. GULLON BALLESTEROS (*Sistema*, IV, 1982, páginas 223 y ss.), al escribir que el patrimonio ganancial «es, sobre todo, un conjunto de bienes o una masa patrimonial, sometida a un específico régimen jurídico de gestión, administración, disposición y responsabilidad, por lo que merece el nombre de “patrimonio” y en especial el de “patrimonio conjunto o colectivo”. En él, la titularidad «la ostentan el marido y la mujer, aún cuando en algunos casos puedan existir situaciones en las que un bien de naturaleza ganancial aparezca exteriormente atribuido a uno solo de ellos (p. ej., en el Registro de la Propiedad aparece como titular único el marido o la mujer). Cualquiera que sea la forma aparente de la titularidad, ello no evitará el juego de los preceptos reguladores de la sociedad de gananciales, si el bien efectivamente lo es». A su juicio, «es legítimo pensar que el elemento básico es asociativo y que la comunidad tiene un carácter instrumental. Se forma una comunidad, porque es el mecanismo ideado para materializar la ganancia conyugal sin esperar a determinar con exactitud y a través de los vehículos contables la existencia de tal ganancia».

También DE LOS MOZOS (*Comentario* al capítulo IV, tít. III, libro IV, Cc., vol. XVIII-2.º, pp. 58 y ss.) recalca esa indeterminación. Se trata —dice— «de una comunidad que surge de un régimen económico matrimonial», recae «sobre un *patrimonio separado*, no sobre bienes singulares o la suma de todos ellos»; «no es un *patrimonio autónomo*, porque no es el titular exclusivo de los bienes y derechos que lo componen, al no tener personalidad jurídica independiente; por ello, las titularidades se reparten entre los comuneros y la comunidad de modo que, aunque el derecho *pro parte* recaiga potencialmente sobre el todo, al no tener entidad propia por faltarle esta autonomía, y no poder ser objeto de derechos unitariamente, se materializa no sobre el patrimonio en su conjunto, sino sobre los bienes singulares que lo componen que son los que tienen en el tráfico la condición de *gananciales*». Finalmente, el hecho de ser «*trasunto* de una comunidad familiar más amplia», «se traduce en su estructura, en la disociación entre atribución y titularidad, en la forma de gestión que, aunque conjuntas, permite numerosas excepciones, aparte de la incidencia de las actuaciones separadas e independientes de los cónyuges, fuente de numerosas interrelaciones entre el patrimonio común

y los patrimonios privativos, lo que hace que su situación sea realmente especial en relación con la configuración que se le atribuye».

En suma, además de la «indeterminación», L. DIEZ PICAZO y A. GULLON señalan que, en algunos supuestos, la «titularidad» de algunos bienes gananciales la ostenta sólo el marido o sólo la mujer; y DE LOS MOZOS observa la «disociación entre atribución y titularidad», además de «la interrelación entre el patrimonio común y los patrimonios privativos».

Pues bien, desde hace unos años, esa disociación —como vamos a ver, en el epígrafe siguiente— ha sido destacada hasta hacerla clave de la determinación de la naturaleza de la sociedad de gananciales.

Pero, antes de tratar de esto, creo conveniente efectuar una observación acerca de la utilización de la figura jurídica de la mancomunidad como expediente técnico explicativo de la situación creada por esa indeterminación.

Creo haber mostrado, al ocuparme de la comunidad hereditaria (*Estudios de derecho sucesorio*, I, 2.^a ed., 13, 14 y 20 pp. 364 y siguientes y 20, p. 589 párrafo final), la innecesidad de explicar la indeterminación subjetiva de la titularidad de cada bien hereditario mediante una pretendida mancomunidad entre los coherederos como sujetos relativamente indeterminados. Esta observación la creo aplicable *mutatis mutandae* a la sociedad de gananciales en periodo de liquidación. Pero, en el período activo de la sociedad de gananciales, además de ser innecesaria, resulta inadecuada. Se da el caso de que algunos bienes calificados de gananciales no son administrados mancomunadamente, ni tampoco su disposición requiere mancomunidad (arts. 1.365, 2.º, 1.370, 1.384). Así, durante mi actividad notarial siempre entendí —tanto en el régimen originario del Código civil, como en sus reformas— que la condición de socio o de accionista únicamente correspondía al cónyuge titular (el mismo MANUEL DE LA CAMARA —pese a mantener la naturaleza de comunidad de tipo germánico de los bienes gananciales— estima, sin la menor sombra de duda, que la condición de socio «recae exclusivamente en el cónyuge que constituye con otras personas la sociedad o que después se incorpora a ella»). Esto sin perjuicio de que su contenido económico sea ganancial. Y, además, es un hecho también evidente, que deudor del pasivo ganancial es, personalmente, uno, otro u ambos cónyuges, aunque respondan con los bienes calificados de gananciales.

Por otra parte, la incertidumbre afecta no sólo a la participación de cada uno de los cónyuges en cada bien determinado, sino que se extiende incluso a si tienen o no participación en ciertos bienes. El supuesto específico más claro es el de los bienes presuntamente gananciales que, al liquidarse la comunidad disuelta, puede resultar que no lo son ni lo han sido nunca.

Pienso, pues, que esa insuficiencia y esta inadecuación explicativas inutilizan e invalidan, incluso como expediente técnico explicativo, la

aplicación del concepto de comunidad en man-común a la situación activa de ganancialidad.

6. Después de la Reforma de 1981, la disociación entre ganancialidad y titularidad de los bienes gananciales ha tomado mayor relieve.

Ya antes de la Reforma de 1981, el notario ANTONIO YAGO ORTEGA (*Acerca de la titularidad sobre los gananciales*, IV, RDN, 103, enero-marzo 1979, pp. 386 y ss.), entendió la ganancialidad «*como cualidad de ciertos bienes del marido o de la mujer*», tal como tituló el epígrafe de su estudio en el que desarrolló esa tesis.

Después, en su ponencia *Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge*, (RDN, 113-114, 1981, pp. 9-71), presentada a la mesa redonda, que trató de «*La persona en la constitución*», en el Centro de Estudios Sociales de Valle de los Caídos, del 28-IX al 1-X-1981, fue ROBERTO BLANQUER el primero que distinguió claramente «las cuestiones de titularidad y las de legitimación derivadas de la calificación de ganancialidad de los bienes», advirtiendo que, a pesar de «la preferencia de la legitimación objetiva de la calificación» de ganancialidad respecto «la legitimación subjetiva del titular», en caso de ser uno solo de los cónyuges el titular, «en numerosos casos la calificación de ganancialidad produce simplemente efectos entre cónyuges, y no puede oponerse a terceros» (pp. 70 y ss.).

Meses después, el 25 de febrero de 1982, el mismo BLANQUER pronunciaría en la Academia Matritense del Notariado, su conferencia *La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones* (cfr ., en AAMM, 25, pp. 43-142), en cuyas conclusiones (p. 141), siempre partiendo de la distinción de ganancialidad y titularidad afirmó: «La condición de sujeto activo o pasivo predicable de un solo cónyuge no limita la sujeción a comunicación a las resulta de la liquidación final; aunque sí puede limitar el tiempo de la comunicación».

El siguiente 11 marzo 1982, EMILIO GARRIDO CERDA, desarrolló su conferencia *Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro*, en la misma Academia Matritense del Notariado (cfr. AAMN, 25, pp. 143-238), y, con mayor decisión, sentó que «en el régimen de gananciales la titularidad de los bienes pertenece a los cónyuges, individual o conjuntamente en proindivisión, según quién haya sido el que los ha aportado al consorcio conyugal» (p. 159); y, en otro plano distinto, que esa titularidad jurídica está limitada por su calificación de ganancialidad, en consecuencia de la cual «se forma una comunidad económica de ganancias para repartir al final», que «se forma con las actividades de cada uno de los cónyuges, ejercidas en ese ambiente de independencia e igualdad que caracteriza las relaciones de la familia moderna».

El mismo año, SANTIAGO ECHEVARRIA ECHEVARRIA publicó un artículo, *Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes ga-*

nanciales y ganancias (RDN, 116, abril-junio 1982, pp. 7-35), donde concluyó que la sociedad de gananciales «se convierte en comunidad en el momento de su disolución», mientras que antes; en la fase dinámica, «es un conjunto o masa de bienes calificados como gananciales, e integrado en, o por, dos patrimonios separados (gananciales), el del marido y el de la mujer, y cuya finalidad primaria es el sostenimiento de las cargas del matrimonio y la secundaria la de obtener ganancias» (p. 35). Esta posición la matizaría, él mismo, en cuanto a la calificación jurídica, en la conferencia. Los límites de la responsabilidad ganancial, que desarrolló en la Academia sevillana del Notariado el 15 de noviembre de 1986 (cfr., el volumen correspondiente a dicho Curso, pp. 115-145), de cuyas conclusiones elijo las más interesantes para el tema que nos ocupa: «En las sociedades civiles irregulares despersonalizadas la vida social se desarrolla en las personas y en los patrimonios de los socios y, al disolverse se constituye una comunidad romana». Este mecanismo lo estima aplicable a la sociedad de gananciales por «ser una sociedad civil despersonalizada». Por ello —dice— la frase «se hacen comunes» del artículo 1.344 del Código civil, «tiene una doble interpretación, o se hacen comunes en comunidad o se hacen comunes en sociedad»; y, en ese segundo caso, «permanecen en los patrimonios de los cónyuges hasta la disolución de la sociedad, momento en el que se produce la comunicación y nace la comunidad ganancial» (pp. 143 y siguientes).

En RDN 121-122, julio-diciembre 1983, JOSE CASTILLO TAMARIT (pp. 7-48), publicó su artículo *Aspectos parciales de la Reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales*, en el cual —después de recordar que, ya en su trabajo *Donaciones con reserva de la facultad de disponer gananciales y legítima* (ADC XXXV-II, abril-junio 1982, p. 359), había insinuado que, en materia de gananciales, «el tema de titularidad debe, *prima facie*, desconectarse de la calificación de ganancialidad», pregunta— «¿cómo compaginar la titularidad de la calificación ganancial de los bienes?»; y, adhiriéndose a la opinión de BLANQUER, concluye: «En suma: la sociedad de gananciales, como régimen económico matrimonial, y en atención a las finalidades que trata de cubrir, impone limitaciones y singularidades al titular de los bienes», que «fundamentalmente se traducen en un derecho de control del cónyuge no titular sobre los actos jurídicos realizados por el cónyuge titular, y que inciden sobre los bienes con calificación jurídica de gananciales».

El mismo año 1983, el 15 de diciembre, JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIS, en la Academia Matriense del Notariado, expuso su conferencia *Casos dudosos de bienes privativos y gananciales* (cfr., en AAMN, 26, pp. 357-404). Señaló, en ella, como puntos básicos para determinar lo que es la sociedad de gananciales: 1.º «Los bienes gananciales constituyen un conjunto de bienes. La Ley los contempla en su conjunto: como si fueran una universalidad o integraran (*Pom-*

ponio, D. 41, 3, 30) un *corpus ex distantibus*. Así acontece lo que para la *hereditas* refiere PAPINIANO al definirla como un *intellectus iuris*, que no corresponde necesariamente a un cuerpo determinado, en cuanto pueden existir *etiam sine ullo corpore*. Y es que la sociedad de gananciales, cual predica CORSI (*Il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1979, *Trattato di Diritto civile e commerciale*, CICU-MASSINEO, IV, tomo I, sec. I, p. 65) para su correlativo italiano, es más que nada un régimen matrimonial, antes que una comunidad, pues puede existir sin bienes». 2.º «La Ley no se ha planteado, como nos dice CORSI (p. 66) la situación de los bienes *uti singuli*. Esa consideración como un *corpus*, lo único que implica es una unidad de destino, en absoluto que sobre cada uno de los bienes exista una titularidad. *El Código contempla los bienes como pertenecientes a la sociedad, independientemente de quien sea su titular*, y no dispone que los adquiridos por uno solo de los esposos, por el simple hecho de ser gananciales, devengan comunes». 3.º «*Por consiguiente, en los bienes gananciales no hay formalmente más cotitularidad*, como resalta CORSI (p. 67), *que la que nace del acto de adquisición conjunto*».

En su ponencia de la delegación española para el primer tema del XVIII Congreso Internacional del Notariado latino (Montreal, 1986). *Influencia del derecho público en el derecho de familia*, el mismo MARTINEZ SANCHIS, al tratar de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales (cfr., en RDN, 132, abril-junio 1986, pp. 261 y siguientes), reproduce las conclusiones que, en lo más esencial, acabamos de extraer; pero, además, precisa, entre otros extremos: «La sociedad de gananciales implica un proceso de ganancialidad abierto, mientras que la comunidad sugiere un proceso ya cerrado. En mi opinión no hay comunidad nunca, ni siquiera... en fase de disolución» (página 261); y «sobre la figuración de los gananciales como sociedad, se impone, pura y simplemente, la realidad, integrada por un régimen económico al que se ajustan determinados bienes sin necesidad de interponer conceptos ni de acudir a la idea de comunidad ni germánica ni no germánica».

El 16 de junio de 1988, el Notario de Sevilla VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO, pronunció la conferencia *Sociedad de gananciales y sociedad civil* (cfr., en el volumen que recoge el Curso 1988 de la Academia Sevillana del Notariado, Madrid, EDERSA, 1989, páginas 301-331) en la cual comprobando la frecuente concurrencia de ganancialidad y titularidad privativa, ahonda en la consideración de la sociedad de gananciales como sociedad sin personalidad jurídica, «esquema» que —dice— «permite el juego de estas titularidades individualizada en armonía con el cumplimiento de los fines sociales».

PILAR BENAVENTE MOREDA, en su importante y laudada tesis doctoral que sigo teniendo a mi vista, compulsó las opiniones —acabadas de recordar— de los primeros seis de los siete notarios

últimamente citados, y, en especial, la del primero, YAGO ORTEGA (I, 22,2), respecto de la cual observa: «Se propugna entonces, la vuelta al sistema tal y como se había configurado originariamente, es decir, como una comunidad en liquidación, pero apartándose de la interpretación inicial del Código civil, en el sentido de que si entonces se trataba de permitir la actividad del marido, haciéndola compatible con la de la comunidad, ahora se permite la actividad de ambos cónyuges, haciéndola también compatible con la citada comunidad». Ella, por su parte (II, 2, 2, 3, 2, 3, 3), opina:

«1.º En la esfera o ámbito interno o inter conyugal (ambito de las relaciones patrimoniales, reclamaciones, reembolsos entre cónyuges...) existe una auténtica mancomunidad, sin atribución de cuotas, ni facultad para pedir la división.

»2.º No obstante, en la proyección exterior de la sociedad, ésta se manifiesta como auténtica sociedad civil, sin personalidad jurídica, por lo que la atribución de titularidades ha de coincidir en las personas de los cónyuges, en ambos o en cualquiera de ellos.» Si los bienes aparecen a nombre de uno solo, «es necesario traspasar los límites de las normas internas reguladoras de la gestión del patrimonio ganancial para determinar los límites de su legitimación, en el ámbito externo o del tráfico, según las normas propias de la relación jurídica de que se trate».

Esto es lo que hace PILAR BENAVENTE, al desarrollar su tesis hasta concluir su primer volumen y en todo el segundo, en el que se ocupa de las relaciones arrendaticias activas y pasivas calificables como gananciales.

Después, en el Boletín del Colegio de Abogados de Madrid, 1990, 4, julio-agosto (pp. 43-46), el letrado y profesor titular de Derecho Civil, JOSE MARIA CUTILLAS TORNS ha publicado un artículo *Precisiones entorno de las cargas de la familia y la sociedad de gananciales*, en el cual, siguiendo fundamentalmente la tesis de ECHEVARRIA y de MAGARIÑOS, concluye: «1.º La sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica. 2.º Sólo, existen dos patrimonios, los privativos de los cónyuges, en los que la ganancialidad sólo significa una afección especial de los bienes (cargas del matrimonio, tutela de acreedores, etc.), dentro de los patrimonios privativos. 3.º En el aspecto interno, y en orden a la fijación de la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, preceptuada en los artículos 103 y 1.318 del Código civil, quedan afectos los patrimonios privativos de cada cónyuge, no debiendo considerarse como una deuda ganancial».

VI. EXPEDIENTES TÉCNICOS EMPLEADOS PARA EXPLICAR LA NATURALEZA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES EN NUESTRA HISTORIA DEL DERECHO

1. La labor de los ocho autores a que me he referido en el último apartado del anterior epígrafe, ha constituido un importantísimo esfuerzo para captar la realidad del complejo aspecto dinámico de la ganancialidad. Esta complejidad, antes de ellos y por ellos, se ha tratado de simplificarse con el fin de darle mayor claridad y explicarla mejor, empleando para ello diversos expedientes técnicos: la comunidad por cuotas sobre cada bien, la persona jurídica, la sociedad sin personalidad jurídica, el patrimonio autónomo de fin, la comunidad germánica, la *universitas iuris* como consideración *sub specie universitatis*, la distinción entre contenido económico y titularidad jurídica, o entre ésta y la cualidad de ganancial, significativa de una serie de limitaciones de la facultad de disponer, de especiales normas de gestión y administración y de atribución de responsabilidad, que limitan la propiedad de los bienes y la plena titularidad de los derechos, sin atribuirla a personalidad distinta del cónyuge que aparezca como titular, ni de entenderlos en comunidad de clase alguna si ésta no resulta de la propia titularidad del bien o derecho de que se trate.

Ahora bien, en la ciencia del derecho, los expedientes técnicos no son sino hipótesis explicativas con fines didácticos y ordenadores para orientar y facilitar el examen de una institución. Por eso, su importancia es mayor en la ciencia del derecho que para su práctica. En una metodología de las leyes y, más aún, en la de la determinación del derecho han de ayudar tan solo como medios de ordenación, clarificadores de ideas, para ver mejor la realidad jurídica y centrar las cuestiones prácticas que se planteen. Pero, y muy especialmente si se trata de la determinación del derecho, hemos de evitar el riesgo de que nos desvien del objetivo de hallar «*quod iustum est*», en cada caso concreto, y, especialmente debemos excluir totalmente el procedimiento de inversión empleado por el conceptualismo dogmático.

En cambio, esos expedientes técnicos tienen mucha más importancia para una metodología expositiva y explicativa del derecho e, incluso, para, desde ella, iluminar el proceso de las otras dos metodologías (Acerca de esta clasificación trimembre, cfr., mi *Metodología jurídica*, Madrid, Cívitas, 1988, en especial caps. IV, pp. 103-124 y XV, pp. 368-426. Pienso desarrollar las tres. Acabo de concluir un grueso volumen de *Metodología de las leyes*, y voy a comenzar la *Metodología la determinación del derecho*. Si Dios me concede vida, salud y fuerzas, acometeré una *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*).

Con estas salvedades, voy a tratar aquí de esbozar otro expediente técnico, apoyado en la base del terreno desbrozado por JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO y cimentada por mis compañeros notarios

—desde ANGEL SANZ FERNANDEZ hasta los seis de que especialmente he hablado— y por PILAR BENAVENTE. Pero, antes, creo conveniente reparar, aunque sea muy brevemente, los expedientes técnicos ya utilizados en nuestro derecho histórico.

2. De la mano de PRIETO BENCES hemos ido comprobando cuál fue el origen histórico —ciertamente no germánico— de los gananciales, siguiendo hasta los documentos y cartas de la época de la Reconquista en el Alta Edad Media. Para la historia posterior este profesor asturiano se remitió a los estudios efectuados por el jurista e historiador, académico de las Reales de la Historia, Ciencias Morales y Políticas y de la Matritense de Jurisprudencia y Legislación —después Real Academia de Jurisprudencia y Legislación—, FRANCISCO DE CARDENAS, quién, en 1850, en el volumen IX de la revista *Derecho moderno*, publicó su *Ensayo histórico sobre las leyes y doctrinas que tratan de los bienes gananciales en el matrimonio*, recogido después en el volumen II de sus *Estudios Jurídicos* (pp. 62-116), que tengo ante mis ojos y he releído a partir del punto en que concluye la revisión sustancial de que fue objeto por el profesor PRIETO BANCES. Es decir, la seguiré en la parte referente a la *Segunda época - Costumbres y leyes municipales* (pp. 76 y ss.) y, en especial, a la *tercera época - Leyes de los Códigos generales* (pp. 76 y ss.), y a las *Decisiones de la jurisprudencia* (pp. 107, al fin).

Mientras en los fueros leoneses predominó la distribución de las ganancias proporcional a las aportaciones de cada cónyuge, en los fueros castellanos se impuso la distribución por mitad, recogida en el *Fuero Viejo de Castilla* de 1212, en una Ley que, ampliada por Pedro I, constituye la 5, 1, 1: «Esto es fuero de Castilla... cuando el marido muere, puede ella llevar todos sus paños e suo lecho, e sua mula ensellada, si la adujo... e el mueble que trajo consigo en casamiento, e la *meitad de todas las ganancias que genaron en uno*» (el subrayado es de CARDENAS). El marido estaba facultado para vender los bienes adquiridos «viviendo en uno con la mujer», sin derecho de ésta a restitución.

El *Especulo* 4, 12, 39 dijo *Que hayades vuestra parte en quanto Dios nos diere a ganar de aquí adelante et mejoraremos con nuestro haber*. Y el *Fuero Real*, 3, 3, 1, para precisar cual era esa parte, dispuso, conforme la costumbre de Castilla: *Toda cosa que el marido o la mujer ganarem o compraren ayanlo amos por medio...*

Una ley del *Estilo* había declarado que la mujer podía librarse de la responsabilidad, contraída por el marido como funcionario público, cuando renunciara a la parte que pudiera corresponderle en las ganancias. Pero se dudó si, después del *Fuero Real*, podía la mujer hacer uso de ese derecho; para resolverlo, la Ley 60 de *Toro* dijo que, *cuando la mujer renunciare a las ganancias no sea obligada a pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiere hecho durante el matrimonio*.

Del criterio de los autores del derecho castellano resume CARDENAS (pp. 112 y ss.) que, «aunque la mujer es dueña de la mitad de todas las ganancias su posesión es, como dicen los autores, revocable y ficta durante el matrimonio, y así es que no puede disponer de ellas, ni donarlas, ni aún darlas en limosnas, como no sea con licencia de su marido. A la disolución del matrimonio, es cuando se transfiere a la mujer la posesión efectiva e irrevocable de sus ganancias. No así al marido que, desde luego, es verdadero dueño de todos, pudiendo administrarlos, permutarlos y venderlos, con tal de que no lo haga en fraude de la mujer. No es punto decidido si podrá donarlos, pero nos parece más probable la opinión de los autores que creen sería válida esta donación, siempre que se hiciera a sus consanguíneos y fuera moderada, que no irrogara perjuicio grave a la mujer».

El análisis de la opinión de los autores castellanos en esta materia puede verse más detalladamente en el *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres y leyes de Toro*, de SANCHO LLAMAS Y MOLINA, ley 16, núms. 21 y ss. (cfr., 3.^a ed., Madrid, 1853, páginas 302 y ss.), en el trabajo de LACRUZ, de 1950, que tenemos presente (1 a 4, pp. 8-18), y en la tesis doctoral de PILAR BENAVENTE (I, 1, 2, 2).

3. Resumiendo las posiciones discutidas por los autores castellanos hallamos: 1.º Contrapuestas, más aparente que realmente: a) la tesis de la transmisión *in actu* del dominio a la mujer, y b) la de la conservación por el marido hasta liquidarse los gananciales de los que es deudor de la mitad, a la mujer. Y 2.º las a) afirmativa y b) negativa de que exista sociedad de ganancias y adquisiciones. Estas dos contraposiciones no son incompatibles entre sí; pues, al no tener personalidad jurídica esa sociedad, la segunda contraposición se convierte y retorna a la primera, es decir, a la que discutía si, en virtud del régimen ganancial, la copropiedad del haber lo adquiría *in actu* la mujer o bien si, mientras la sociedad estaba vigente, los bienes eran del marido debiendo la mujer percibir la mitad de ellos sólo al liquidársele sus gananciales. Por eso, me limitaré al examen de esta cuestión que subsume la segunda, de la que algo hemos dicho antes —en especial, de su aceptación por SANCHEZ ROMAN (*Estudios V-I*, cap. XXI, 6; Ed. 1912, pp. 815 y ss.) como *nueva propiedad* de esa *nueva personalidad, conyugal y familiar*; y, hemos visto, que no es admisible en nuestro derecho.

DIEGO CASTILLO, en su *Utilis et aurea glossa super leges Tauri*, ley 16, núm. 41 (cfr., ed. Medina del Campo, 1553, fol. 86 vto *in fine* y ss.) afirmó que la mujer adquiría su mitad de gananciales «*soluto matrimonio*»; pues «*constante matrimonio non dicitur habere*», dado que la posibilidad de enajenar correspondía al marido. También TELLO FERNANDEZ, *Constitutionum Taurinas utilis interpretatio*, ley 19, núms. 2 y ss. (cfr. ed. Granada, 1566, folio 164 y

siguientes) opinó que los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio no se hacían comunes hasta disolverse, y, que, por ello, no adquiriría la mujer el dominio *ipso iure*, sino —como dijo PETRUS ANCHARANO— sólo la acción *pro socio*, e insistió en el argumento de que, en la facultad de enajenar del marido, se incluía la de donar no siendo en fraude de la mujer y, también, la de mejorar, si bien imputándose la mejora a su propia mitad.

Nótese que esta posición correspondía —como ha subrayado COS-SIO (16, p. 17)— a la dominante en derecho francés, en el cual DU-MOULIN afirmaría, incluso que, «*uxor non est proprie socia sed spectatur fore*», y que, en el siglo XVIII, resumiría POTHIER diciendo que el derecho de la mujer, mientras dura la comunidad, «no es más que un derecho informe que se reduce al derecho de dividir un día los bienes que la compongan en el momento de la disolución».

En cambio, ANTONIO GOMEZ (*Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri*, legs. 51, 52 y 53, núm. 76, cfr., ed., Salamanca, 1575, fol. 173 vto. *in fine* y ss.) y GREGORIO LOPEZ, (glosa a las palabras «*comunalmente de so uno*» de la Partida 5, 5, 55 (cfr., ed., Barcelona, 1843, con sus glosas traducidas al castellano, vol. III, páginas 117 y ss.), entendieron que la adquisición de la mujer se verifica *statim* «al momento». Y ésta fue la opinión comunmente aceptada.

Pero, como hemos anticipado, ni aquellos autores consideraron absoluto el dominio del marido, ni estos estimaron firme la adquisición de la mujer. En efecto:

a) Los primeros no podían dejar de reconocer que el marido no podía disponer *mortis causa* de los gananciales y, si bien TELLO le atribuía la facultad de mejorar, era imputándose la mejora a su parte, con lo cual no afectaba a la parte de la mujer. Por otro lado, los autores que, en la facultad de disponer, incluían la de donar no podían menos de excluir ésta en caso de fraude a la mujer. Ya ALONSO DIAZ DE MONTALVO (*Glosa al Fuero Real*, 3, 3, 1, b; cfr. ed. Salamanca, 1569, fol. 111 vto.), había notado que, constante el matrimonio, podía el marido «*ad libitum vendere, nisi hoc malitiose factat*». Esta salvedad era mayor a juicio de PALACIOS RUBIOS (*Repetitio rubricae et capituli «Per vetras, de donationibus inter virum et uxorem»*, rep. rubr. 66, núm. 28 y 29; cfr. ed. Lugduni, 1538, fol. 75, col. 4 y 76 col. 1), quien aceptando que el marido podía enajenar lo adquirido constante matrimonio «*cessante frande*», rechazó que pudiera efectuarlo «*fraudem uxoris*» —como sería si convirtiera lo obtenido en dinero, que entregará a otras personas— y que pudiera donar.

ANTONIO GOMEZ (leyes cits., 74, QUINTUS, fol. 273), estaba más próximo a DIAZ DEL MONTALVO, al resolver: «*Breviter et resolutive teneo quod non possit uxor repetere nec revocare nisi dolo probato, et per consequens maritus possit praedicta bona alienare titulo oneroso vel lucrativo, non potest alienatio revocare nisi probetur dolo in marito alienante qui in dubio numquam praesumitur*».

b) Los segundos, es decir, los autores según los cuales la mujer adquiriría *ipso iure* y *statim* la mitad de los bienes gananciales en cuanto el marido los adquiriese, venían a reconocer, como concretamente leemos en la citada glosa de GREGORIO LOPEZ (pp. 118 in fine y ss.): «Empero es de advertir que el dominio y la posesión que tiene la mujer no son derechos efectivos hasta que la sociedad concluya mediante la disolución del matrimonio; puesto que mientras éste subsista no puede decirse que haya lucros; y, de otra parte, no puede instarse la división mientras la sociedad dura»; pues, «en la práctica», la mujer no puede accionar ni pedir cosa alguna de los gananciales antes de la disolución del matrimonio, mayormente atendido que, mientras el matrimonio subsiste, la administración de dichos bienes y la facultad de enajenarlos reside en el marido, según la 1^a ult., título, 4, lib. 5 del *Ordenamiento Real* y por la ley 205 del *Estilo*... Como testimonio de autoridad, citó a RODRIGO SUAREZ.

Igual criterio vemos en ANTONIO GOMEZ, basándose, no sólo en la facultad de enajenar del marido —que acabamos de ver se le reconocía cuando vendiera sin dolo ni fraude—, sino, además, en la opción a la mujer, conferida por la Ley 60 de Toro, de eximirse de responsabilidad por las deudas, afectantes a la sociedad conyugal, renunciando a su mitad de gananciales; de lo cual, dedujo que su propiedad sobre ella debía «*intelligi revocabiliter*» (76, fol. 274, col. 2).

DIEGO COVARRUBIAS DE LEIVA (*Variarum resolutionum* III, XIX, 2; cfr. *Omnia Opera*, vol. I, Lugduni, 1586, pág. 435, col. 2), explicó que la propiedad de la mitad por la mujer de lo adquirido durante el matrimonio, —«*dimidia pars uxori competit in comunione*»— propiamente no es actual sino en uso y crédito —«*non est propria in actu: sed in habitu et credito*»— en cuanto el marido tiene la propiedad sólo actual —«*solus est in actu dominus*»—, en tanto, por propia autoridad, tiene la potestad de administrar y enajenar, si bien sólo para atender las cargas comunes a él y a su mujer y no a otro fin —pues, de lo contrario tal enajenación sería invalidada, por presunción de dolo y fraude—, ni puede disponer *mortis causa* sino sólo entre vivos: —«*nec ea alienatio ei permittitur in ultima voluntate, sed tantum inter vivos*»—. De modo que esta comunión, disuelto el matrimonio se hace actual y efectiva plenamente —«*unde haec communio, soluto matrimonio ipso iure exit in actu, in vero atque actualem dominium et possessionis societate*»— como elegantemente dijo CAROLUS MOLINEAUS.

JUAN MATIENZO (*Commentaria in librum quintum recollectionem legum Hispaniae*, 5, 9, 2, gl. 3, 18; cfr.: ed. Mantuae Carpetanae, 1580, fol. 259 vto., in fine) precisó «*Nec eo [el dominio de los bienes adquiridos] constante matrimonium residet in mulier proprie in actu sed in credito vel habitus et iste habitus non habet effectum realem, cum absque fraude maritus possit quaesita constante matrimonio alienare et de eis disponere. Itaque dominium hoc quasi nebu-*

la [ahí tenemos, casi con cuatro siglos de anticipación, la idea de la titularidad transitoriamente indeterminada entre los cónyuges] *detentum est, quae durat, donec solvatur matrimonium, eo tamen soluto sive per mortem, sive ex causa divortii, fiunt ex alio quovis casu, quo separatio bonorum fieri debeat* ... «*his omnibus casibus dominium velatum in habitu tantum consistens, exit in actum, et in veran et actualem dominii et possessionis comunione*».

Siguiendo a MATIENZO, en el texto que acabamos de transcribir, pero más brevemente, escribe VELAZQUEZ DE AVENDANO (*Legum Tauriarum a Fernando et Ioana Hispanorum regibus foelicis recordatione, utilisina glosa sequitur*, 14, gl. 1, 6, 3, cfr., ed. Toledo, 1588, fol. 36 vto.) que el referido dominio de su mitad de gananciales, transmitido a la mujer durante el matrimonio «*in habitu tantum est, et ite anichilatum et quasi nebula detentum quo ad effectum disponendi donec morte divortio, aut separatione matrimonio solvatur, quod uxor nequiret de his bonis disponere, neque ullum reale exircium medietatis habebet*».

Con todos estos antecedentes, en el siglo pasado SANCHO LLAMAS Y MOLINA (*Comentario jurídico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, ley 16, núm. 29, cfr., ed., Madrid, 1853, vol. I, p. 304) resumió «que el dominio que tiene la mujer está *in habitu et credito* hasta que se disuelva el matrimonio»; y añade después (núm. 54, p. 300), que «si las palabras *hayarlo por medio* [FR, 3, 3, 1] denotan traslación de dominio, es sólo en el caso de que marido y mujer compren en mancomún».

Ahí está la clave del originario artículo 1.393 del Código civil que en la primera edición de su obra, MACIUS SCAEVOLA (*Código civil*, XXII, Madrid, 1905, p. 75), comentó así: «No hay, pues, ganancias ni pérdidas, o sea bienes gananciales, hasta que se practica la liquidación, y mal, por consecuencia, puede tener dominio verdadero sobre ellos la mujer. Los bienes, sin embargo, adquieren desde luego, conforme a la naturaleza de su adquisición, el carácter de gananciales que les corresponde con arreglo a la ley».

También es ésta la explicación de porque la constante jurisprudencia citada en el epígrafe V, 1 —y que tan cuidadosamente ha recolectado y comentado PILAR BENAVENTE— negó a la mujer la posibilidad de interponer tercería de dominio por su mitad ganancial de los bienes, embargados por deudas del marido constante el matrimonio, por no tener derecho actual en ellos.

Hoy, después de la Reforma de 1981, esa situación es trasladable a ambos cónyuges en los bienes y derechos de los que, aún cuando tengan la cualidad de gananciales, sea titular el otro consorte, conforme las tesis referidas en el epígrafe V, 6.

VII. ESBOZO DE UNA PROPUESTA DE EXPEDIENTE TECNICO EXPLICATIVO DE LA ACTUAL SITUACION DE LOS CONYUGES EN REGIMEN DE GANANCIALES

1. No recuerdo bien si fue la víspera de la exposición de la tesis doctoral de PILAR BENAVENTE, o de camino con su director, ANTONIO MANUEL MORALES, o en el mismo acto de la lectura, cuando tuve la intuición. Lo cierto es que lo dije en mi intervención.

El derecho de sucesiones ha sido el más y mejor elaborado en Roma y partir de ella, tanto que lo autores, han extendido sus conceptos y distinciones a otras ramas del derecho. Así muchas figuras elaboradas de los libros *De legatis et fideicommissis* del *Digesto*, fueron objeto por los pandectistas alemanes de aplicación científica al derecho de obligaciones. Pues bien, pienso que, aquí, puede sernos útil la terminología formulada en el *ius commune*, de donde la retomó mi maestro ROCA SASTRE y yo contribuí a difundirla y matizarla, que clasifica las legítimas en *pars hereditatis*, *pars rerum*, *pars bonorum*, *pars valoris bonorum* y *pars valoris*, aplicables también, en el derecho actual, la primera tercera y cuarta a la distinción entre el heredero con una cuota señalada *ex asse* y el legatario de parte alicuota.

Se trata de explicar el derecho que, durante la vigencia de la sociedad conyugal, tiene el cónyuge no titular de los gananciales y el que obtiene después, en el período en que está disuelta pero pendiente de liquidación; y, también, para clarificar la situación real significada por las limitaciones dispositivas que el cónyuge titular tiene durante la vigencia de la sociedad de gananciales.

Para mayor claridad, comenzaré por referirme a la fase de la sociedad de gananciales disuelta y sin liquidar.

A) Aplicación del expediente técnico explicativo de la «*pars universitatis iuris societatis lucrorum matrimonii*» en el período de sociedad de gananciales en liquidación

Creo previamente precisa una observación terminológica. En la distinción *pars hereditatis* y *pars bonorum* en las legítimas o entre el heredero en una cuota y el legatario de parte alicuota: la primera significa la referencia de la parte alicuota a toda la universalidad que constituye la herencia con su activo y su pasivo; mientras que la segunda expresa sólo el activo líquido que queda una vez satisfecho el pasivo o de asumido éste por el heredero. Por eso, aquí, *pars universitatis iuris societatis lucrorum matrimonii* sustituye a *pars hereditatis*, no a *pars bonorum*.

Con esta perspectiva puede decirse que en el derecho anterior al Código civil, disuelta la sociedad de gananciales, tanto marido como

mujer tenían, *ipso iure*, la mitad de esa universalidad ganancial con su activo y su pasivo, determinados *sub specie universitatis*. La mujer para librarse de su responsabilidad por ese pasivo, no tenía más medio que renunciar —conforme la Ley 60 de Toro— a sus gananciales.

En el régimen del Código civil de 1889, la situación de la mujer cambió, conforme sus artículos 1.421 y 1.426. El marido, gestor en nombre propio de la sociedad de gananciales, tenía una *pars universitatis*, mientras la mujer acreedora preferente en cuanto a la devolución de sus bienes (arts. 1.421), tenía derecho a la mitad del haber líquido (art. 1.426), después efectuados de los abonos previstos en el artículo 1.425. Es decir, su porción era una *pars bonorum*.

Con la reforma de 1981 vuelve a variar la situación de los cónyuges, consecuentemente a la igualdad establecida entre ellos, como gestores generales de la sociedad de gananciales (art. 1.375) y, uno u otro, como gestores específicos, a veces con facultad dispositiva, de los bienes adscritos al ejercicio de su profesión u oficio, en especial de sus explotaciones comerciales, y, en cierto modo, de los bienes de los que sean titulares (art. 1.348). Desaparecida la diferente situación entre marido y mujer de la originaria regulación del Código civil, ambos, por tanto, tienen hoy una *pars universitatis*, aunque con la particularidad, establecida en el artículo 1.401, 1, inc. 2: «*El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial*». Bien entendido que el artículo 1.401 exige que el inventario haya sido bien formulado; pues, de lo contrario, como advertí en mi estudio *Capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio, en previsión de reveses de fortuna*, (7, ARAJL, 15, 1985, pp. 999), serían de aplicación analógica los artículos 1.082, 1.083 y 1.084 del Código civil por remisión del artículo 1.402.

Por lo que se refiere a cada uno de los bienes y derechos integrados en la *universitas*, en que se concreta la sociedad de gananciales disuelta, la titularidad se halla transitoriamente indeterminada entre los cónyuges, o entre el supérstite y los herederos del premuerto, pendiente de la liquidación y división de los bienes integrantes de esa universalidad.

B) Aplicación del expediente técnico a la sociedad de gananciales viva o activa

2. Los expedientes técnicos de los autores castellanos —«expedientes ingenios», dijo LACRUZ en su estudio de 1950 (12, p. 42)— de la indeterminación «*quasi nebula*» y de la propiedad de la mujer «*non in actu*», «*velatam in habitu et credito*», expresaban un dominio de ésta que no era, sino, más bien, un *ius ad rem*; y un dominio

del marido limitado en su facultad dispositiva, y gravado, o sujeto, por ese dominio, *in potentia*, de la mujer.

El Código civil en su versión originaria, sin perjuicio de las facultades de administrar, enajenar y obligar del marido (1.443,1), determinó que no pudieran perjudicar a la mujer ni a sus herederos los actos de disposición del marido en contradicción del Código civil, o en fraude de la mujer (1.413, 2); que éste no pudiera disponer por testamento sino de la mitad de gananciales (1.414), y delimitó su facultad de disponer gratuitamente (art. 1.415).

La reforma de los artículos 1.413 y 1.414 del Código civil en el año 1958 reforzó la posición de la mujer y limitó más las facultades dispositivas del marido, al requerir el consentimiento de aquélla, o, en su defecto, autorización judicial, para realizar actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles gananciales (art. 1.413,1) y reguló la posibilidad de adoptar medidas de aseguramiento fundadas en la actuación irregular del marido (1.413, 2, intercalado entre el nuevo párrafo 1 y el antiguo 2 que pasó a 3).

De la nueva reforma he hablado suficientemente (IV, 3 y V, 1) y hemos visto las distinciones planteadas entre comunicación en sociedad y comunicación en comunidad, entre titularidad y cualidad ganancial y entre titularidad jurídica y comunidad económica. Si, antes, se tenía de esclarecer la situación jurídica del marido y la de la mujer, ahora se trata de hacerlo entre la del cónyuge titular y la del que no lo es. Pienso que, para esto, podemos partir de los antiguos expedientes técnicos, dotándoles de mayor precisión, sin perder de vista las respectivas situaciones actuales bastante diferentes de las que existían en el derecho histórico entre marido y mujer.

El cónyuge titular: a) es, en principio, su administrador, b) tiene facultad dispositiva del dinero (en el cual posesión equivale a título) y de los títulos valores (art. 1.484) y puede ejercitar sus derechos de crédito (art. 1.385). Más amplias son las facultades que le corresponden en ejercicio del comercio, profesión y oficio.

Creo que esto conlleva:

a) Que, de los bienes o derechos titulados o, a falta de título, poseídos por uno de ambos cónyuges en común, cada cual tiene una *pars rerum*, es decir, su copropiedad, aunque limitada, por la necesaria codisposición, mientras esté vigente la sociedad de gananciales.

b) Que en los bienes titulados a nombre de un solo cónyuge, sin reconocimiento por el otro de su naturaleza ganancial, al ser presuntivamente gananciales, tiene preventivamente el otro cónyuge, en tanto la presunción no se disipe, una *pars valoris bonorum qua in specie solvere debet*, también en cuanto quepa, conforme lo previsto en el artículo 1.062 como antes se ha dicho.

c) En los supuestos de los artículos 1.346, final; 1.347, 4.º y 5.º, 1.356, 1.357, 1.359 y 1.360, al cónyuge no titular sólo le corresponde una *pars valoris*.

Pars bonorum y *pars valoris bonorum* vienen aseguradas especialmente, por los artículos 1.377, 1.378, 1.383 y 1.391.

Estos expedientes técnicos, que solo planteo experimentalmente, tienen precedentes. Así GREGORIO LOPEZ, en su glosa antes citada (loc. cit., p. 118, *in fine*), distinguió: «el legatario de una parte alícuota de los bienes se entiende serlo de dicha parte deducidas las deudas y cargas: al paso que la mujer está tenida proporcionalmente al pago de las deudas y es responsable de la misma manera de las cargas». Por ello, en el derecho anterior al Código civil, no le cabía más opción a la mujer que renunciar a su mitad de gananciales o bien ser responsable de las deudas como cotitular de una *pars universalitatis*.

Hemos visto que según COVARRUBIAS, la mujer no se hallaba sino «*et credito*» en su mitad de gananciales.

Sin embargo, ANTONIO AYERVE DE AYORA (*Tractatus de partitionibus bonorum communium inter maritum et uxorem et filios ac heredes eorum*, I parte, cap. VIII, 17; cfr. ed., Granada, 1586, fol. 60 vto. y ss.), preguntó si la mujer, al liquidarse los gananciales, llegar a comprobar que las deudas excedían de los bienes, podía renunciar entonces a su mitad. Frente a la general respuesta negativa de esa posibilidad, AYERVE defendió la afirmativa, señalando que esta posibilidad diferenciaba a la mujer, respecto de los gananciales, del heredero, en relación a la herencia, por entender, él, que éste, por su aceptación, cuasi contrataba pagar las deudas con los acreedores, no siendo así en la mujer que aceptase sus gananciales. Pero no parece aceptable esta opinión, pues olvida que la sociedad de gananciales disuelta es una *universitas iuris* y, en tiempos de AYERVE, sólo sería correcta si la mujer no tuviera en ella sino una *pars bonorum*; mas, de ser así, no hubiese sido necesaria la ley 60 de Toro.

JUAN GARCIA SAAVEDRA (*De expensis et meliorationibus*, capítulo XIII, 21 y ss.; cfr., Amsterdam, 1658, pp. 463 y ss.), trató de si, en caso de enajenar el marido bienes gananciales, en los que se entendía que la mujer tenía el dominio revocable de la mitad, correspondía a ésta una acción hipotecaria sobre tales bienes y los del marido, para el caso de que la enajenación fuera improcedente o en perjuicio de ella. De ese modo la *pars bonorum* vendría supletoriamente subsidiada por una *pars valoris bonorum*.

He ahí mis sugerencias. Espero, sean objeto de comprobación crítica por jóvenes turistas —por cuyo impulso tanto interés tuvo JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO, interés del cual su antigua discípula, PILAR BENAVENTE, es una muestra ejemplar.