

# La naturaleza de la actual sociedad de gananciales

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ

Catedrático de Derecho Civil

**SUMARIO:** I. Introducción.—II. Recapitulación de la teorías acerca de la naturaleza de la sociedad de gananciales. A. La configuración de la sociedad de gananciales antes de la reforma de 1981. 1. La propiedad del marido. 2. La tesis societaria. 3. La tesis de la comunidad germánica. 4. La idea del patrimonio dinámico. B. La cuestión tras la reforma de 1981. 1. La postura del Tribunal Supremo tras la reforma de la sociedad de gananciales. 2. Posturas doctrinales tras la reforma de 1981. a) La tesis de la comunidad germánica. b) La configuración del patrimonio consorcial como comunidad proindiviso. c) La idea de la comunidad diferida. d) La tesis societaria. e) Otras modernas formulaciones acerca de la naturaleza de la sociedad de gananciales.—III. Revisión crítica del tema. A. Crítica de la tesis germanista. 1. Raíces históricas de la comunidad de tipo germánico: su adaptación a la vigente sociedad de gananciales. 2. El contraste evolutivo de la copropiedad con la actual sociedad de gananciales. 3. Las concretas divergencias entre la actual sociedad de gananciales y la comunidad de tipo germánico. a) El relajamiento de la idea de permanencia en la sociedad de gananciales. b) La existencia de la idea de cuota en la sociedad de gananciales. c) La desaparición del principio jerárquico en la gestión de la comunidad conyugal. 4. Problemas prácticos derivados de la configuración germanista de la sociedad de gananciales. B. Revisión crítica de la idea societaria a la luz del nuevo modelo ganancial. C. Revisión de la tesis de la comunidad diferida. D. La opción por la tesis de la comunidad proindivisa: breve recapitulación final.

## I. INTRODUCCION

Desde hace aproximadamente quinientos años los estudiosos hispanos del derecho familiar, que ya entonces los había, se han visto atormentados por una insidiosa pregunta formulada cada vez que acometían el análisis de las reglas con las que articular la economía del matrimonio: ¿qué es la comunidad de gananciales?, ¿en qué consiste esa sociedad conyugal?, ¿cuál es la esencia del fenómeno? Noches y noches en

vela de mentes lúcidas —mentes que llegaron a entender en qué consistía la causa de los contratos e incluso el fenómeno posesorio— a pesar de valerse de astrolabios, sextantes y otros útiles de la época, no consiguieron plasmar un sedimento dogmático del que pudieran participar la mayoría de los autores. Y así ni Matienzo, ni Gregorio López, ni el catedrático salmantino Antonio Gómez o Diego de Covarrubias, ni Velázquez de Avendaño, abogado en la corte vallisoletana, ni Acevedo o más tarde, ya en los albores del siglo XIX, Sancho Llamas y Molina, Francisco Cárdenas, Asso y de Manuel, Sala, Febrero, Benito Gutiérrez o el propio García Goyena, alcanzaron a proporcionar a Alonso Martínez una descripción clara de esa errática figura que irradiaba su propio enigma sobre cuestiones decisivas como lo era, por ejemplo, la manera en que los cónyuges detentaban los bienes matrimoniales (1).

Redactado el Código, sus iniciales comentaristas, con muchos problemas a los que atender, y seguramente cansados de tanta aflicción intelectual, buscaron un consenso doctrinal que les llegó, tras aferrarse a la literalidad del Código, a través de la idea societaria. Sánchez Román, Falcón, Manresa, Scaevola o Valverde entre otros, encontraron un remanso de paz acudiendo, con más o menos variantes, a este tipo contractual que, aún con escasos argumentos, parece que tranquilizó durante algunos años las conciencias de una doctrina que no osó desperezar al león dormido.

Sin embargo, allá por los años veinte, empezaron a llegar vientos germanistas a nuestros exégetas que solo valoraban positivamente todo aquello que tuviera el perfume del Rhin. Y no solo conocimos a Wagner o asumimos el panteísmo de Krause sino que la Dirección General de los Registros nos enseñó que para contar con una institución económico-familiar de tronío nada mejor que acudir al modelo alemán o mejor al suizo, de implantación normativa reciente por aquel entonces. Tendencia que, en este punto, se concretaba en reconducir la sociedad de

---

(1) Sin embargo, y aún siendo parco consuelo, los problemas no eran sólo nuestros. En Alemania, por ejemplo, antes de la publicación del B.G.B. nos encontramos con que ya se manejaban las mismas teorías a las que hoy seguimos dando vueltas. Así lo refleja LEHR, E. (*Tratado de Derecho civil germánico o alemán*, trad. esp. de Alcalde Prieto, Madrid, Libería de Leocadio López, 1878, pp. 534 ss.) quien, al cuestionarse la naturaleza jurídica de la comunidad matrimonial, expone que «no se hallan de acuerdo los jurisconsultos alemanes». Y en su ulterior descripción leemos lo que hoy estamos debatiendo: «unos jurisconsultos califican a los cónyuges de condueños por partes ideales en los bienes que forman la comunidad», es la idea de la comunidad romana. «A su vez DINCKER dice que el marido es el dueño de los bienes comunes», postura que hoy es quizás la única que podemos considerar superada. «Otros jurisconsultos como HASSE y DEITERS sostienen que los bienes comunes en vez de pertenecer a los esposos *pro indiviso* forman el patrimonio de la casa considerada como una persona jurídica distinta», es la idea del ente societario que por aquel entonces LEHR calificaba de peregrina. Por último destaca como más apropiada la idea comunitaria. «con propiedad colectiva de los bienes por parte de los esposos».

gananciales a la comunidad de tipo germánico o en mano común y que fue inicialmente asumida por figura tan señera como lo era por aquel entonces el profesor Castán a propósito de su exquisita riña con Luzón acerca de la renuncia a los bienes gananciales. Con el respaldo de aquél va a ser Roca Sastre quien —y todavía estamos en 1930— sentará con gran precisión dogmática los perfiles germanistas de una institución con clara raigambre castellana.

Con tan seguros valedores el león quedó de nuevo dormido, esta vez profundamente. Y su sueño ha sido celosamente guardado por una importante pléyade doctrinal que antes de 1981 (Pérez González y Alguer, De Castro, Hernández Ros, García Granero, Espín, etc.) se abonó a una tesis oficial que asimismo hizo suya el Tribunal Supremo si bien con una aportación crítica cada vez menor, considerando tal idea como algo que fatalmente se imponía por la propia naturaleza de las cosas. No faltando quienes tras la reforma (García Cantero, O'Callaghan, Peña Bernaldo de Quirós, etc.), si bien desde un punto de vista nuevamente crítico, han reafirmado la naturaleza germánica de la comunidad conyugal.

Sin embargo frente al rodillo de la abrumadora opinión mayoritaria se alzaron pronto las voces de aguerridos exégetas que pretendían suscitar una inquietud que parecía definitivamente apagada. Es Lacruz, e inmediatamente antes Royo Martínez, quien allá por 1950 muestra su disconformidad con la tesis oficial y reabre una discusión que, sin embargo, a pesar de la ulterior aportación de otros insignes tratadistas como Cossio, no logra remover los cimientos de una concepción interesadamente protegida.

Ahora bien, tras la reforma de 1981, una vez más, el gran león se despereza. La vieja dama recibe el toque de la rejuvenecedora piedra filosofal y presenta una nueva apariencia que no encaja plenamente en su arcaica configuración. Son múltiples las voces que desde distintos sectores claman por un nuevo debate. Y, entre ellos, componiendo un homogéneo grupo, aparecen los fedatarios públicos que encabezados por Yago Ortega, quien inicialmente arrostra el riesgo de la contestación, para verse pronto apoyado por otros compañeros (Blanquer Uberos, Garrido Cerda, Echevarría Echevarría, Castillo Tamarit, Martínez Sanchis, etc.), consideran muerta —mejor «non nata»— la comunidad de gananciales: ésta, vigente el régimen, no es esa vieja dama sino, rejuvenecida hasta límites insospechados por su contacto con la fuente de la vida, un «nasciturus» con una gestación más o menos larga, cuyo parto identifican con el momento de disolución del propio régimen legal. Durante la vigencia del régimen ni hay nada en común ni hay comunidad alguna que solo va a aflorar en el momento disolutorio.

Otras voces acucian el letargo del viejo problema y se presentan particularmente críticas con la visión oficial. Entre ellas citemos, sin ánimo exhaustivo, a Gimenez Duart y más recientemente Vallet de Goytisolo. Frente a todo ello el Tribunal Supremo permanece anclado

en los viejos esquemas, que acriticamente mantiene de forma interesada para evitar el gran caudal litigioso que del art. 1373 comenzó a derivar.

Pues bien, reabierto el debate, todos hemos vuelto a las noches en blanco imaginándonos como será ese arcano y hetéreo ente que seguimos llamando sociedad de gananciales de cuya condición femenina nadie duda pero que, con distintos perfiles que difuminan su esencia, pasea imperturbable a lo largo del nuevo Código.

Es momento de concluir esta introducción trayendo a la memoria la obra y la inquietud del citado profesor Lacruz. Fue básicamente él quien inicialmente, hace ya cuarenta años, mostró su disconformidad con una tesis que pecaba de excesiva complacencia germanófila. A él debemos —y es de agradecer— muchas ulteriores noches en blanco donde contemplando de nuevo el curso de los astros hemos podido apreciar que el derecho civil permanece vivo, como vivas estaban las inquietudes de tan ejemplar jurista, y que el dormir de nuestras instituciones es una quimera únicamente propiciada por quienes creen haber culminado sus saberes respecto de una ciencia permanentemente inconclusa.

## II. RECAPITULACION DE LAS TEORIAS ACERCA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

No tiene excesivo sentido ofrecer en este trámite una minuciosa exégesis de las muy diversas configuraciones con que se nos ha aparecido nuestra vieja sociedad de gananciales. Por ello me voy a limitar a una explicación descriptiva de aquellas orientaciones doctrinales que han alcanzado un cierto eco y que sirven para aceptar o rechazar en la actualidad la que estimo adecuada configuración de la comunidad ganancial. Para atender a tal finalidad creo oportuno deslindar este esbozo en dos fases temporalmente diferenciadas pues el espejo en que la institución debe reflejarse es evidentemente diferente antes y después de la ley de 13 de mayo de 1981.

### A. La configuración de la sociedad de gananciales antes de la reforma de 1981

#### 1. *La propiedad del marido*

Arrancando esta exposición con los autores de nuestro Siglo de oro vemos que prepondera la idea de la propiedad inicial del marido, único posible adquirente de bienes conyugales, que en virtud del régimen consorcial y de la comunicación dominical en que consiste su esencia,

cede a la mujer una cuota —mitad— en cada objeto ganado para la sociedad ganancial. Es la idea de la transmisión «in actu» del dominio a la mujer, germen de la consideración de la sociedad de gananciales como comunidad de tipo romano, pues en definitiva se explica la detentación dominical de los bienes comunes a través de la idea comunitaria de tipo romano (1).

Ahora bien, el hecho de que las titularidades así adquiridas por la mujer fueran esencialmente revocables, y ello mediante el ejercicio por el marido de su poder de disposición sobre tales bienes comunes, determinó una variante doctrinal —origen quizás de la actual idea notarial de la comunidad diferida— en cuya virtud se negaba que vigente la sociedad de gananciales la mujer adquiriera el dominio de la mitad de los bienes conyugales. De esta forma los bienes no se hacían inicialmente comunes sino que, permaneciendo en manos del marido, surgía en el momento disolutorio un derecho de crédito a favor de la mujer que alcanzaba la mitad de los gananciales. Tal es, por otro lado, la idea seguida por los antiguos comentaristas del derecho consuetudinario francés producto —en términos destacados por Planiol (2)— de la adaptación del sistema dotal romano a las comunidades conyugales de origen germánico (3).

## 2. La tesis societaria

Avanzando en la historia doctrinal de la institución la siguiente imagen que los autores ofrecen a nuestra consideración es la de la comunidad de gananciales dotada de tintes societarios. Imagen un tanto difusa, de nuevo con variados perfiles, pero que en definitiva predica la esquizofrénica esencia de una institución que desdobra su personalidad en la del propio ente social, por un lado, y en la de los titulares del mismo, por otro.

El origen de esta idea parece que se encuentra, y así lo expone Lacruz (4), en el hecho de que antes de la codificación los autores usaban el calificativo de sociedad para describir la comunidad ganancial y no tanto como expediente técnico preciso sino por las connotaciones que la

---

(1) Sobre el tema, recogiendo exhaustivamente la mención de los autores que con más o menos variantes acogen esta idea (ANTONIO GÓMEZ, MATIENZO, COVARRUBIAS, GREGORIO LÓPEZ, etc.) *vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L. *En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código civil*, publicada en RGLJ, enero 1950, y en *Estudios de Derecho civil*, Bosch, Barcelona 1958, pp. 502 ss.

(2) PLANIOL *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, p. 57.

(3) Los autores que se mostraban partidarios de esta variante pueden verse en VALLET DE GOYTISOLO, J. *En torno a la naturaleza de la sociedad de gananciales*, ADC 1990, IV, páginas 511 ss.

(4) LACRUZ BERDEJO, J. L. *En torno... cit.* pp. 511 ss.

figura guardaba con este tipo contractual. Preocupándose todos ellos de advertir las diferencias entre la comunidad conyugal y el típico régimen societario (5).

Sin embargo, con tal impulso semántico previo, que más tarde continúan Asso y de Manuel, Sala, Febrero, García Goyena y Benito Gutiérrez, los redactores del Código civil asumen la terminología empleada y continúan esta vía recogiendo ciertos datos normativos que apuntan hacia la configuración societaria de la comunidad conyugal. Y así, aún sin dotarla expresamente de personalidad civil, el art. 1395 remitía con carácter supletorio al contrato de sociedad.

No les hizo falta mayor apoyo a los comentaristas ulteriores del Código para intentar encuadrar sólidamente la sociedad de gananciales en un molde cómodo —por estar positivamente regulado— como lo era el societario, aunque para ello fuera necesario cubrir la laguna del propio Código y dotar a la sociedad de gananciales de una cierta personalidad que el texto sustantivo no reconocía. A la par, para curarse en salud, se acude frecuentemente a la mención de estarse a presencia de una sociedad que se califica de excepcional y especialísima tanto en su origen como en su objeto y régimen (6).

Tal idea es defendida por la práctica totalidad de los autores del momento (Manresa, Scaevola, De Diego, Valverde, Alas, De Buen) y recibe un refrendo doctrinal importante cuando es desarrollada con más precisión en el derecho francés, inicialmente por Bonecasse (7) y más tarde, con gran eco ulterior, por Carbonnier (8) y Deschenaux (9). La misma tarea realizada por los citados autores galos la asume en nuestro país Royo Martínez (10) quien, aún reconociendo la falta de personalidad jurídica de la comunidad conyugal, considera y justifica el encaje de la misma en el genérico concepto de sociedad del art. 1665 del Código civil. Más tarde será Cossio (11) el que, antes de la reforma de 1981, establecerá de nuevo con claridad los postulados de esta tesis a la par que destacará la absoluta inutilidad de asumir la idea de la sociedad de gananciales como comunidad de tipo germánico —implantada como

---

(5) Así, por ejemplo, hablaba SANZ MORQUECHO en su *Tractatus de bonorum divisione*, XV 2, Madrid 1691, p. 143 de que «maxima differentia est inter societatem inter socios conventionales contractam et inter societates coniugalem».

(6) Puede verse en tal sentido SÁNCHEZ ROMÁN *Estudios de Derecho civil*, t. V, p. 816.

(7) BONNECASSE en el supplement al «Traité de Droit Civil» de Baudry-Lacantinerie, t. IV, París 1928.

(8) CARBONNIER «Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous les rapport des notions de société et d'association» Bordeaux 1932.

(9) DESCHENAUX «La nature juridique de la communauté de biens entre époux», París 1934.

(10) ROYO MARTÍNEZ *Derecho de familia*, Sevilla 1949.

(11) COSSIO *La sociedad de gananciales*, Madrid, 1963.

luego veremos hacia ya tiempo en nuestro país— ante la imprecisión y carencia de regulación normativa o de tal construcción.

### 3. *La tesis de la comunidad germánica*

Paralelamente, y desde hacía algún tiempo, soplaban vientos germanistas desde la Dirección General de Registros. Resoluciones como las de 29 de abril de 1902, 30 de marzo de 1904, y con menos claridad la de 9 de enero de 1915, sancionadoras de la idea de que la sociedad conyugal era una entidad distinta a la personalidad de sus integrantes, ceden fulgurantemente el paso a una nueva vía que inicia la Resolución de 17 de noviembre de 1917, continúan las Resoluciones de 15 de julio de 1918 y 12 de mayo de 1924, y resume —en términos aún hoy vigentes en el sentir de dicho organismo— la Resolución de 30 de junio de 1927 cuando sin rodeos proclama que «entre distintas construcciones jurídicas con que la técnica moderna trata de explicar la situación jurídica de la sociedad de gananciales, parece ajustarse a los dictados de nuestro Derecho positivo la que admite una especie de mancomunidad de bienes entre marido y mujer, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división mientras dura la vida en común, y con atribución de los poderes de disposición a título oneroso y en ocasiones a título gratuito al mismo marido, como jefe económico de la familia, y excepcionalmente a la mujer».

No parece muy difícil encontrar las causas, al menos alguna de ellas, que llevaron a esta nueva catalogación de la sociedad familiar. Afirma Lacruz (12) que esta tesis tiene su origen en Gierke recibiendo en nuestro país a través de los juristas italianos, especialmente de Ferrara. Aún sin objetar frontalmente esta afirmación toda vez que, por ejemplo, Castán en su inicial trabajo de 1929 cita y conoce las investigaciones germanistas de Ferrara y también de Ruggiero, creo posible sin embargo matizarla y significar que es en el Código suizo de 1907, así como en la doctrina que le interpreta, donde principalmente se fija la Dirección General y posteriormente Roca Sastre para elaborar con mayor detalle que Castán la conceptualización germanista de la comunidad conyugal. Así cuando en 1930 elabora Roca Sastre (13) el primer trabajo de desarrollo de la tesis apuntada por Castán acude al modelo suizo para implantar y justificar la idea germanista sobre la base de los primeros e influyentes autores que comentaron tal texto normativo. De esta manera, a través de una simple lectura del estudio de Roca Sastre, po-

---

(12) LACRUZ BERDEJO J. L. «En torno...» *cit.* p. 535.

(13) ROCA SASTRE *La comunidad de gananciales: destino de éstos en caso de renuncia*, RCDI n.º 63, 1930, pp. 161 ss.

demos comprobar que la tesis de la sociedad de gananciales como comunidad de tipo germánico es fiel trasunto de los comentarios que sobre el particular efectúan tanto Wieland (14) como Rossel y Mentha (15), a quienes nuestro compatriota expresamente cita, a propósito de la «propiedad común» que el Código suizo regula diferenciadamente (arts. 652 a 654) de la «copropiedad» (arts. 646 a 651). recogiendo, por ejemplo, Wieland (16) como supuestos de propiedad común la comunidad universal (art. 215), la comunidad prolongada (art. 229), la comunidad reducida (art. 237), la comunidad de adquisiciones (art. 239) y la comunidad hereditaria, entre otras.

Pues bien, el ejemplo del Código suizo, en el que normativamente se precisaban las pautas definitorias de la siempre difusa mancomunidad germánica, en él denominada propiedad común, sirvió como punto de referencia para hacer decir a nuestro Código civil lo que realmente no decía y, en consecuencia, para encajar en una categoría dogmática, ajena al derecho positivo, una figura de difícil encuadre.

Pero junto con esta razón, que pudiéramos denominar instrumental, existieron razones sustantivas determinantes de aceptarse la catalogación de la sociedad de gananciales como comunidad de tipo germánico pero que entiendo —y luego concretaremos esta afirmación— pudieron haberse solventado por otras vías. Concretamente lo que pretendía la Dirección General de los Registros, y más específicamente la doctrina apuntada, era destacar y justificar que ninguno de los cónyuges podía disponer, como bienes privativos suyos, de la mitad indivisa de los bienes comunes inscritos con tal carácter ganancial. En este sentido la antigua configuración de la comunidad familiar por parte de los juristas hispanos de los siglos XVI y XVII partía de la existencia de una copropiedad singular de los cónyuges por mitades indivisas en cada una de las cosas comunes. Esta idea ya no cuadra sin embargo ante la explicación de la comunidad conyugal como ente societario donde esos bienes pasan a incorporarse al propio ser social interpuesto que, sin embargo, al no estar dotado de personalidad todavía puede dar lugar a dudas acerca de la titularidad dominical de unos bienes consorciales que pueden seguir, por mitad, en manos de uno y otro cónyuge.

Frente a estos planteamientos la idea de la mancomunidad resuelve a la perfección el problema eventualmente cuestionado de la disponibilidad individual de la cuota en los particulares bienes. De esta manera los términos con que el Código suizo describía la propiedad común servían perfectamente para imposibilitar la disposición unilateral de la mi-

---

(14) WIELAND *Les droits réels dans le Code civil suisse*, t. I, París 1913.

(15) ROSSEL et MENTHA *Manuel de droit civil suisse*, Tome deuxième, Librairie Payot, pp. 316 ss.

(16) WIELAND *op. cit.*, comentario al art. 652, p. 111.



tad de los singulares bienes gananciales que se consideraba absolutamente inviable dentro del sistema. Sin embargo, insisto, como veremos, hay otras posibilidades de llegar a esta misma e inevitable conclusión. Posibilidades que el Código suizo vigente de 1988 nos va a confirmar por lo que me permito recomendar el que se siga mirando hoy el ejemplo suizo de igual manera a como en 1930 hizo Roca Sastre para germanizar la comunidad conyugal.

Es preciso citar por último la explicación que desde una perspectiva analítica de pura técnica hipotecarista efectúa Magariños Blanco a propósito de la justificación del fundamento en que se asentaron las Resoluciones que acogieron la tesis de la comunidad germánica (17). Y así, tras examinar las de 15 de mayo de 1924 y 30 de junio de 1927, pone de relieve que el razonamiento de ambas consiste en la afirmación de que cada uno de los cónyuges es potencialmente titular del patrimonio íntegro de la sociedad de gananciales mientras no se liquide la misma y que los herederos entran en el goce de sus derechos y acciones sin que sea necesaria la previa inscripción de los bienes gananciales a favor del cónyuge superstite al no existir ya como tal la sociedad de gananciales. En definitiva, concluye el mentado autor, «la Dirección General acoge una solución de tracto abreviado o comprimido para evitar, como en otras ocasiones manifestó, inscripciones transitorias de colocación intermedia, con mera función de asiento puente, y de vigencia fugaz por durar solo un instante». Es decir, en términos quizás más asequibles, se pretende admitir la validez del acto dispositivo que realicen todos los interesados sin exigir el previo acto formal de adjudicación individualizada que teóricamente debiera efectuarse ante el fallecimiento de uno de los cónyuges.

Siendo la indicada la finalidad perseguida por la Dirección General, el propio Magariños destaca que la misma pudiera haberse conseguido sin necesidad de recurrir al complejo expediente técnico de la comunidad germánica pues «la titularidad instrumental de un cónyuge publica y da cobijo a los derechos del otro, sin que sea necesaria la inscripción específica de éstos, pues la cohesión social mantiene la unidad patrimonial durante el período de liquidación, ahora con fines distintos» (18).

#### 4. *La idea del patrimonio dinámico*

El profesor Lacruz a partir del ya citado trabajo que ve la luz en 1950, se mostró crítico con la aséptica consideración de la sociedad de

---

(17) MAGARIÑOS BLANCO V. *Sociedad de gananciales y sociedad civil*, Academia Sevillana del Notariado, EDERSA, 1989, p. 308.

(18) MAGARIÑOS BLANCO, *op. y loc. cit.*

gananciales como comunidad de tipo germánico. Y así sin llegar a rechazarla expresamente se aleja cada vez más de ella por considerar que resulta no tanto inexacta como imprecisa. Todo ello para acabar afirmando —y en tales términos resumo lo que es una compleja elaboración— que la comunidad ganancial constituye una comunidad sobre un patrimonio dinámico (19) institucionalmente inalienable e indivisible pero respecto del cual (20) predica la existencia de cuotas intelectuales necesarias «para no caer en el extremo de configurar la titularidad común como una especie de titularidad solidaria».

Quizás uno de los pocos reparos que cabe poner a la idea que en última instancia defiende Lacruz es el no haber destacado suficientemente su origen que se encuentra, al parecer, en Messineo (21) quien, en contra de Ferrara, defendió la tesis de la existencia en la comunidad matrimonial de la idea de cuota, haciendo observar en tal sentido que «todo depende del concepto mínimo de cuota que se adopte». Destacando que en la comunidad entre cónyuges la cuota, —aún faltando el carácter de disponibilidad debido a la imposibilidad de que un tercero sustituya la posición del cónyuge— está presente en su núcleo esencial, como razón y medida del reparto final, pudiendo también hablarse de expectativa sobre bienes futuros o de derecho en estado de pendencia, pues aún aludiéndose con ello a un contenido de futura identificación no por ello se niega la existencia de un poder actual.

Es preciso destacar, asimismo, que no es Lacruz quien por primera vez acoge en nuestra doctrina la tesis iniciada por Messineo. Antes que él Attard (22) parece inclinarse por esta vía al considerar a la sociedad de gananciales dentro de las que denomina «entidades patrimoniales sin persona», aunque más bien parece acercarse su idea a la que hoy se denomina comunidad diferida en cuanto, a continuación, expresa que «la sociedad de gananciales surge como tal en nuestro derecho cuando la sociedad conyugal está en liquidación, cuando el titular de goce de la sociedad económica conyugal ha desaparecido».

---

(19) Tal calificativo de dinámico busca superar la afirmación de quienes defienden la tesis societaria que consideraban el aspecto esencialmente estático de la idea de comunidad frente al dinamismo de la idea social. Habla ROYO MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 200) que «algo intuitivo, fenomenológico, si se quiere, nos descubre como más adecuada para los gananciales la idea de sociedad que la de comunidad, porque en ellos no domina la idea de goce plácido de algo común, nota estática, sino la nota dinámica del esfuerzo del desvelo y de la ganancia o conquista».

(20) LACRUZ BERDEJO «En torno...» *cit.*, p. 547.

(21) MESSINEO *La natura giuridica della comunione legali dei beni*, Roma 1920, pp. 155 ss., especialmente p. 162, nota 2.

(22) ATTARD R. «Ensayo de construcción sistemática de las titularidades *ob rem*» en Conferencias sobre «Algunas de las construcciones jurídicas que exige el desenvolvimiento técnico de nuestro sistema hipotecario y su mayor eficacia práctica» publicadas en R.D.P, septiembre 1924, pp. 273 ss., especialmente pp. 275 y 276.

Retomando el hilo expositivo del profesor Lacruz diremos que concluye su tesis afirmando que «si bien hay una cuota sobre el conjunto, al tratarse de un copropiedad sobre un patrimonio no es posible realizar la determinación de la cuota con referencia a bienes singulares no siendo la participación de cada cotitular sobre los objetos absolutamente indeterminable sino temporalmente indeterminada».

## **B. La cuestión tras la reforma de 1981**

Producida la reforma de 1981 la sociedad de gananciales sufre una profunda remodelación que obliga a una revisión de las pautas doctrinales anteriores. En cuanto nos interesa es preciso destacar que inmediatamente antes de producirse la modificación del derecho familiar la cuestión que viene ocupándonos se encontraba ciertamente aletargada pues apenas planteaba ya consecuencias prácticas la asunción de una u otra tesis acerca de la naturaleza sociedad de gananciales (23). Sin embargo, tras la reforma, la aparición del complejo art. 1373 va a rememorar de nuevo, y con gran virulencia, el viejo problema de la naturaleza de la sociedad conyugal pues de la toma de postura que se adopte derivan, una vez más, importantes consecuencias prácticas. Y así, concretamente, la tesis adoptada por el Tribunal Supremo, que para obviar la legitimación de cónyuges terceristas acude de nuevo a considerar la naturaleza germánica de la sociedad de gananciales, nos obliga a un replanteamiento de la cuestión que debemos iniciar, antes de exponer las posturas doctrinales que surgen o desarrollan las anteriormente vigentes, con la mención de la trayectoria vacilante y entiendo que a menudo contradictoria seguida por el Tribunal Supremo a partir de la entrada en vigor de la nueva normativa económico-matrimonial.

### *1. La postura del Tribunal Supremo tras la reforma de la sociedad de gananciales*

Cuando tras la reforma de 1981 el Tribunal Supremo se encuentra por primera vez en la tesitura de valorar la legitimación activa de un cónyuge para interponer una acción de tercería en defensa de los bie-

---

(23) En algún supuesto valorado por el T.S. seguía teniendo importancia práctica la configuración germanista del consorcio. Así ocurrió en la Sentencia de 27 de mayo de 1980 (R. ARANZADI 1968) respecto de la venta de un bien perteneciente a la sociedad conyugal continuada del derecho aragonés en la que intervenía un incapaz y el cónyuge superviviente. Frente a la alegación de que debía mantenerse la venta de la mitad perteneciente a este último se resuelve por el T.S. la nulidad de la venta en su integridad por cuanto

nes gananciales echa mano del baúl de los recuerdos y el avisado Ponente de la misma, que no es otro que D. Jaime de Castro García, ilustre jurista, encuentra una valiosísima Sentencia que es la de 11 de abril de 1972 (R. Aranzadi 1666) cuyo Ponente, D. José Beltrán de Heredia Castaño, ya había tenido ocasión de mostrar desde el foro casacional su preferencia por la configuración germánica de la comunidad conyugal (24) a favor de la cual se había pronunciado en su monografía sobre «La comunidad de bienes en el derecho español» fechada en 1954 (25).

Sin embargo aquella primera Sentencia —y ello no debe olvidarse— surge frente a una sociedad conyugal muy diferente, en la que las facultades del marido permanecen aún indemnes y en la que aún no es posible la mutación paccionada del régimen económico constante matrimonio que solo la reforma de 1975 va a amparar. Pues bien, como he apuntado, Castro García acudirá sin embargo a los términos literales del Fallo emanado varios años antes originando una perpetuación de la argumentación de D. José Beltrán que va a reproducirse hasta la saciedad para rechazar la legitimación de toda esposa tercerista que pretenda el

---

en tal mancomunidad los cotitulares «no tienen la propiedad de los bienes, sino que únicamente les pertenecen cuotas ideales». Términos un tanto crípticos y creo que desafortunados, al menos semánticamente.

Asimismo, es decisiva la consideración germánica para desestimar una tercería de dominio en términos resueltos por la Sentencia de 11 de abril de 1972, que ulteriormente se comenta con detalle, y que parece alterar el criterio presente en las Sentencias de 13 de enero de 1916 y 1 de abril de 1932 (R. ARANZADI 4947) en la que se decreta la nulidad de una traba sobre bienes gananciales. Sin embargo, en cuanto específicamente nos interesa, no son contradictorias toda vez que en este segundo caso no se sigue la vía de la tercería de dominio por lo que no se desvirtúa la argumentación específica de la anterior sobre la naturaleza de la sociedad de gananciales determinante de la falta de legitimación de la tercerista. De igual manera la Sentencia de 1 de abril de 1932 tampoco mantiene una doctrina que ulteriormente vulnera la de 11 de abril de 1972, pues si bien se había ordenado seguir la vía de apremio contra los bienes de la sociedad conyugal para la exacción de las costas impuestas a la mujer en procedimiento de divorcio por adulterio, no se accede a la casación por la vía de la tercería sino que ante la providencia que ordenó acudir al apremio y frente al auto que denegó la reposición de la misma se interpuso el recurso de casación que determinó el alzamiento de la traba.

(24) Así, por ejemplo, en la Sentencia de 17 de abril de 1967 (R. ARANZADI 1871) de la que asimismo fue Ponente, menciona diversos antecedentes que indujeron «a interpretarla como una forma de comunidad, no de las de tipo romano sino de las llamadas germánicas o en mano común, con la que evidentemente, aún sin identificarse, ofrece analogías debidas a su especial carácter y finalidad... y produce en este caso el nacimiento de un patrimonio especial, vinculado al cumplimiento de los fines del matrimonio, sobre todo al levantamiento de las cargas comunes, siendo titulares del mismo conjuntamente y por partes iguales el marido y la mujer, aunque con desigualdad de derechos, vinculación que impide la división».

(25) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. *La comunidad de bienes en el derecho español*, EDESA, Madrid 1954.

alzamiento del embargo sobre bienes gananciales. Tal continuidad aconseja reproducir los términos literales del viejo Fallo en los que se afirma que «sea cual fuere la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, dentro de la variable gama de posturas doctrinales, es evidente que durante el matrimonio el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los arts. 392 y ss. del C.c. al faltar por completo el concepto de parte característica de la comunidad de tipo romano que en ellos se recoge, ni atribuye a la mujer viviendo el marido la propiedad de la mitad de los gananciales, porque para saber si éstos existen o no es precisa la previa liquidación, no teniendo hasta entonces más que un derecho expectante que no legítima para interponer la tercería de dominio».

El antecedente más remoto de esta solución parece que ha de buscarse en la Sentencia de 22 de diciembre de 1925, ulteriormente acogida de forma literal en la de 23 de diciembre de 1958 (R. Aranzadi 545). En ellas se negó la legitimación de la esposa tercerista para defender su mitad ganancial por deudas que intentaba fueran de su cónyuge pues «no es posible estimar, viviendo el marido, de la propiedad de la mujer la mitad de los bienes embargados porque para saber si hay o no ganancias es necesaria una previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse en pago de él la consiguiente adjudicación que sería en tal caso el título suficiente para la acción reivindicatoria». Acción ésta, la reivindicatoria, con la que se identificaba absolutamente por aquel entonces la tercería de dominio (26).

Pues bien, como he dicho, cuando en 1986 se plantea a la consideración de D. Jaime de Castro un supuesto similar se acude a la misma argumentación que literalmente, con expresa cita de la Sentencia de 11 de abril de 1972, recoge la Sentencia de 26 de septiembre (R. Aranzadi 4790). A partir de ella el Tribunal Supremo va a persistir en tal fundamentación en ulteriores Sentencias que a continuación mencionaré. Ahora bien al menos indiciariamente, es preciso destacar desde un primer momento que tras la reforma de 1981 el Código contiene un nuevo precepto, como es el art. 1373 que, al margen de su posible incidencia sobre la naturaleza de la nueva sociedad de gananciales, exige de un cauce procesal a través del cual poder actuarse. Exigencia obligada como consecuencia del derecho constitucional a la tutela jurisdiccional

---

(26) Es asimismo interesante la Sentencia de 4 de diciembre de 1958 (R. ARANZADI 4036) donde se mantiene también que en la sociedad conyugal no se atribuye a ninguno de los socios (*sic.*) propiedad exclusiva alguna sobre los bienes que la constituyen. Si bien ello se hace como «obiter dicta» pues la «ratio decidendi» desestimatoria de la tercería radica en la entonces predicada estrechez del cauce procedimental de la tercería ya que en el caso no se debatía «el desconocimiento del dominio sino si se hallan o no tales bienes en el caso de responder de la deuda, cosa que no se puede hacer a través de una tercería de dominio...».

efectiva. Y con la línea jurisprudencial que vamos a ir examinando parece que el Tribunal Supremo persistentemente desconoce este derecho si valoramos el hecho de que frente a deudas privativas determinantes del embargo de bienes comunes ex art. 1373 la tercería parece ser el único medio adecuado de reaccionar defensivamente y de hacer efectivas las prerrogativas que al cónyuge no deudor ofrece el mentado proyecto paralizando la vía de apremio instada.

Retomando el hilo doctrinal del Tribunal Supremo diremos que en la línea apuntada otras muchas Sentencias niegan con posterioridad la legitimidad de uno de los cónyuges para entablar tercerías en defensa de los bienes consorciales. Así ocurre por ejemplo, entre otras, en las Sentencias de 29 de septiembre de 1986 (R. Aranzadi 4923) y 29 de diciembre de 1987 (R. Aranzadi 9656).

La de 13 de julio de 1988 (R. Aranzadi 5992) recoge una argumentación profundamente contradictoria. En ella habla de que la recurrente parte del carácter de propietaria de los bienes embargados, cuando es lo cierto que a esa propiedad no tiene más que un derecho expectante. «Consideración ésta que, por un lado, la priva de la cualidad de tercero, esencial para poder ejercitar con éxito la tercería de dominio, y, por otro, de la cualidad de propietaria exclusiva de los bienes litigiosos». Es decir, en primer lugar se afirma su falta de titularidad dominical actual sobre los bienes embargados, lo cual determina la lógica consecuencia de su falta de legitimación para entablar la acción de tercería básicamente similar a la reivindicatoria y en consecuencia ejercitable solo por el propietario. Frente a tal afirmación, de inmediato, imaginamos que el Ponente se plantea la duda de saber quien será el propietario ya que los cónyuges no parecen serlo. Y por ello se ve obligado a hacer un segundo pronunciamiento un tanto incoherente por innecesario una vez que ha rechazado la legitimación de la tercerista. Y así se dice, tras haberla negado inicialmente la titularidad actual, que no es una propietaria exclusiva. Con ello, en definitiva —y he aquí la contradicción— se está afirmando *sensu contrario* y sin lugar a la duda que es cotitular, con lo que se salva el expediente de dejar «nullius» los bienes matrimoniales. Ahora bien quizás la cotitularidad que se predica es incompatible con la previamente afirmada falta de legitimación dominical.

Un tanto frívola resulta la siguiente Sentencia en la que se niega la legitimación dominical de otra sufrida tercerista. Concretamente la Sentencia de 19 de julio de 1989 (R. Aranzadi 5727) dice que «cualquiera que sea la naturaleza de la sociedad de gananciales la esposa no puede ser tenida como tercero a efectos de legitimación para entablar demanda de tercería en defensa de sus derechos consorciales».

Afirmación profundamente imprecisa y que debería sustituirse por otra en la que para llegar a tal conclusión se partiera de que únicamente

aceptando la naturaleza germánica de la sociedad de gananciales puede negarse la legitimación de la tercerista.

El apuntado razonamiento es asimismo literalmente utilizado en la Sentencia de 6 de junio de 1990 (R. Aranzadi 4740) de la que es Ponente, y ello tiene su trascendencia, Casares Córdoba. Tampoco admite su legitimación la Sentencia de 12 de junio de 1990 (R. Aranzadi 4754).

Por último, misteriosamente, nos encontramos la Sentencia de 16 de noviembre de 1990 (R. Aranzadi 8950) en la que el mismo Ponente — Casares Córdoba— que pocos meses antes había rechazado sin paliativos la legitimación de la esposa para defender de la traba los bienes comunes llega a la solución contraria, levantando la traba del inmueble ganancial. Y lo que resulta más asombroso es que ni tan siquiera se haga una leve mención a una tesis defendida a rajatabla durante largo tiempo y que sin embargo quiebra con este Fallo.

Esa inicial estupefacción, sin embargo, no es tal porque, en otras muchas ocasiones el Tribunal Supremo había entrado en el fondo de no pocas tercerías si bien en todas ellas para desestimar las pretensiones del cónyuge tercerista. Y así, salvo en una primera Sentencia de 23 de enero de 1987 (R. Aranzadi 348) en que se estima una tercería de dominio, la lista de las tercerías admitidas y desestimadas es larga a la par que contradictoria con la otra línea jurisprudencial anteriormente expuesta. Sin ánimo exhaustivo pueden mencionarse las Sentencia de 16 de febrero de 1987 (R. Aranzadi 698), 20 de febrero de 1987 (R. Aranzadi 701), 15 de febrero de 1988 (R. Aranzadi 1993), 28 de abril de 1988 (R. Aranzadi 3299), 18 de noviembre de 1988 (R. Aranzadi 8609), 20 de marzo de 1989 (R. Aranzadi 2186), 12 de mayo de 1989 (R. Aranzadi 3764), 27 de junio de 1989 (R. Aranzadi 4788), 6 de diciembre de 1989 (R. Aranzadi 8805) y 8 de octubre de 1990 (R. Aranzadi 7482).

El resumen de esta amplia línea jurisprudencial es un tanto difícil de reconducir a términos de coherencia y uniformidad. En general en todos estos casos se intuye una persistencia en el Alto Tribunal de la caduca idea de que el marido sigue siendo gestor omnipotente de la sociedad conyugal y como tal endeuda con cualquier actuación los bienes comunes. Ante los intentos de defensa de tales bienes —y teniendo en cuenta planteamiento procesales a veces altamente defectuosos— el Tribunal Supremo admite unas veces las tercerías, sin entrar a valorar su adecuación procesal, para, ulteriormente, sancionar la ganancialidad de las deudas que determinaron la traba y que inviabilizan cualquier acción defensiva de la mitad de sus bienes por parte del otro cónyuge, en general la mujer. Para, en otros supuestos, sin más, rechazar el ejercicio de estas tercerías con una argumentación que debía valer universalmente para todas las que se plantearan: la de que la mujer (obviamente tampo-

co el marido) no tiene una propiedad actual que la legitime para interponer las mismas.

Para acabar con esta breve descripción de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo mencionaré que en otros casos, evidentemente mucho más esporádicos y con más o menos conciencia de lo que se afirma, se hace referencia también a la comunidad proindiviso o a la idea de cuota en términos que más detenidamente expondré al tratar la configuración romana de esta comunidad conyugal.

## 2. *Posturas doctrinales tras la Reforma de 1981*

Como venimos afirmando las reformas de 1981 producen una intensa remodelación de la sociedad de gananciales y despiertan de nuevo un debate que, en cierta medida, había quedado anquilosado ante la abrumadora acogida jurisprudencial de la tesis oficial y la escasa relevancia del tema sobre nuevos supuestos prácticos a resolver en función de una u otra concepción de la comunidad conyugal. Es quizás el propio Tribunal Supremo quien propicia de nuevo el debate ante el arcaico mantenimiento de tesis pasadas, que no somete a revisión a la luz de la nueva sociedad de gananciales, aún cuando es ya tema que ahora va a tener graves consecuencias prácticas.

Efectuando una visión general del panorama doctrinal surgido en los últimos diez años, podemos decir que vuelven a aflorar partidarios de las tesis que en su día estuvieron vigentes, actualizando los planteamientos básicos de anteriores autores. —unicamente, quizás, va a aparecer como novedad —si bien ya hemos apuntado que no lo es tanto— la teoría de la comunidad diferida potenciada enormemente por un numeroso grupo de notarios y cuya semilla fue sembrada, inmediatamente antes de la reforma de 1981, por Yago Ortega (27).

Paralelamente la idea de que existe un patrimonio autónomo o separado, destinado a cubrir las necesidades económico-familiares, detentado en régimen de comunidad, va a ser nota tenida en cuenta por los partidarios de las tesis germanistas que hacen recaer el objeto de la mancomunidad sobre ese patrimonio colectivo cuyo perfil, con gran precisión, había aislado el profesor Lacruz, si bien sin atribuir su titularidad mancomunadamente o, al menos, mostrándose reticente a tal consideración. Partiendo de la existencia de ese patrimonio separado ha de destacarse asimismo la eventual configuración proindiviso del mismo en términos que con detalle expondré e intentaré justificar por oposición a la tesis que he denominado oficial.

---

(27) YAGO ORTEGA *Acerca de la titularidad sobre los gananciales*, RDN, 1979, enero-marzo, pp. 386 ss.



Junto con todo ello tampoco será posible marginar el análisis de la idea societaria que es expuesta por cierto sector doctrinal y que como veremos se intuye también en alguna Sentencia de nuestro más Alto Tribunal.

#### a) La tesis de la comunidad germánica

Tras la reforma de 1981 la doctrina especializada se ha encargado de modernizar la que hemos denominado tesis oficial adaptándola a la actual normativa y a los nuevos rumbos doctrinales propiciados especialmente por Lacruz. Junto con tal nota podemos seguir afirmando que la tesis germanista persiste como concepción dominante, especialmente si tenemos en cuenta que el Tribunal Supremo, hasta ahora tibio en una postura que defendía con ahínco la Dirección General de Registros, ha echado mano de esta explicación de una forma tajante elevando a la categoría de norma lo que incluso para los autores defensores de la misma no deja de ser una construcción dogmática de difícil adaptación. Para ello ha recurrido a la argumentación que ideó el propio Tribunal con motivo de la Sentencia de 11 de abril de 1972 que literalmente acogen las decisivas Sentencias ulteriores de 26 de septiembre de 1986 y 1988, ya comentadas.

Sin ánimo exhaustivo podemos citar como autores que defienden la concepción mayoritaria a Albadalejo o Espín entre quienes se limitan a referir la misma sin profundizar excesivamente en los entresijos de la materia. Con más detalle explican esta consideración acerca de la sociedad de gananciales Díez Picazo, García Cantero, O'Callaghan y Peña Bernaldo de Quirós. Ahora bien, todos ellos han asumido en gran medida las consideraciones que propagó en nuestra doctrina el profesor Lacruz de forma que proyectan la idea de la comunidad de tipo germánico sobre ese patrimonio separado o autónomo del que hablaba aquél y que se integra por los bienes comunes. Y así, con más o menos variantes se dice que el objeto de esta mancomunidad germánica «son los derechos y los bienes determinados» (28). Por su parte García Cantero indica estarse a presencia de un patrimonio colectivo sin personalidad. Y frente a la duda de si se trata de una comunidad de tipo romano o germánico se inclina decididamente por esta segunda (29). En parecidos términos Peña Bernaldo de Quirós (30) considera que el objeto de esa comunidad es un patrimonio colectivo separado: «los bie-

---

(28) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho civil*, t. IV, 3.ª ed., EDERSA, Madrid 1991, p. 108.

(29) GARCÍA CANTERO, G. en la revisión y puesta al día de Castán, J. *Derecho civil español común y foral*, t. V, vol. 1.º, 10.ª ed., 1983, pp. 366 ss.

(30) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derecho de familia*, Madrid 1989, p. 215.

nes se integran en una masa patrimonial escindida de los patrimonios personales de los cónyuges y pasan a constituir realmente un ámbito autónomo de poder y responsabilidad». De los Mozos (31) y con ello acabamos, manifiesta asimismo que, «en cuanto comunidad no es una comunidad ordinaria o de tipo romano sino que responde a la idea un tanto vaga de lo que la doctrina viene calificando de comunidad en mano común», añadiendo a continuación que recae sobre un patrimonio autónomo y separado.

En definitiva tal y como hemos visto plantea adecuadamente García Cantero, parece existir una cierta unanimidad en que se está en presencia de una masa consorcial autónoma, encajable en la idea del patrimonio separado, la cual es detentada por ambos cónyuges. Ahora bien con tales presupuestos el problema ulterior se centra en determinar su modalidad de dominación. Y así, frente a la tesis oficial de la detentación en mano común creo posible referir también la detentación «proindiviso» en términos ya propiciados desde diversos sectores que más tarde mencionaré. Antes de hacerlo parece oportuna una breve referencia a la justificación que de la titularidad mancomunada de ese patrimonio separado efectúan los defensores de la tesis germanista.

Dos son en esencia las notas a través de las que fundamentalmente se caracteriza esa mancomunada por oposición a la proindivisión romana. Una primera es la inexistencia de cuota. Otra la imposibilidad de ejercitar los partícipes la «*actio communi dividundo*». Aspectos reiterados, con más o menos precisión, por los distintos autores que mantienen esta consideración acerca de la naturaleza de la sociedad de gananciales.

#### i. La inexistencia de cuota

Quizás sea García Cantero (32) quien con más precisión expone esta nota característica de la comunidad de tipo germánico al decir que «marido y mujer son indistintamente titulares de un patrimonio, sin que ninguno de ellos tenga derecho actual a una cuota que pueda ser objeto de enajenación ni pueda dar lugar a la acción de división».

Peña Bernaldo de Quirós no llega a negar expresamente la existencia de una cuota sobre el conjunto del patrimonio, limitándose a afirmar que los bienes concretos se detentan mancomunadamente pues «cada uno de los diversos bienes o derechos comunes no está atribuido individualmente por cuotas —por mitad— a uno y otro cónyuge; la cotitularidad recae sobre la masa patrimonial». Términos no excesivamente cla-

---

(31) DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L. *Comentarios al CC y compilaciones forales*, t. XVIII, vol. 2.º, EDESA, Madrid 1984, pp. 57 ss.

(32) GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 368.

ros y que parece dan a entender la existencia de una proindivisión sobre el conjunto y de una mancomunidad sobre los particulares bienes y derechos (33).

Obviamente, ante la inexistencia de cuota alguna, no será posible hablar de disponibilidad de la misma. Sin embargo, en algunas ocasiones se observa una cierta contradicción pues partidarios de esta tesis hablan de que como consecuencia de tal configuración germanista «un cónyuge no puede enajenar o disponer de las mitades indivisas de los bienes comunes por si solo» (34). Mas propiamente habría que concluir, desde los postulados de esta idea germanista, que «el cónyuge no puede transmitir su parte porque no la tiene» (35). Es decir, hay que tener perfectamente claro, a los efectos de nuestro ulterior tratamiento, que una cosa es que la cuota resulte indisponible y otra la inexistencia de la cuota, si bien en este último supuesto, obviamente, también resulta la indisponibilidad al igual que falta cualquier otra característica con que pudiera calificarse a la cuota.

## ii. Inexistencia de acción de división

La segunda característica básica para configurar la comunidad conyugal como comunidad de tipo germánico radica en la imposibilidad de que los cónyuges, en este caso comuneros, ejerciten la «*actio communi dividundo*» la cual, por considerarse esencial en la comunidad proindiviso y al resultar inviable en la sociedad conyugal, aleja ésta de aquéllas.

Sin embargo, como más tarde justificaremos, el tratamiento normativo de esta cuestión ha experimentado una profunda variación desde la publicación del Código civil hasta nuestros días, siendo muy distinto el grado de perdurabilidad y las posibilidades disolutorias de la sociedad de gananciales en relación con las que inicialmente sancionó en su Código Alonso Martínez. Tal variación también puede verse en el tratamiento doctrinal de la cuestión pues frente a las tajantes afirmaciones de que cada cónyuge «no puede dar lugar a la división» (36) o de que no existe «facultad de pedir la división mientras dura la vida en común» (37), matiza tal consecuencia Peña Bernaldo de Quirós (38) indicando que «cada uno de los cotitulares no puede a su arbitrio imponer la división de las cosas comunes».

---

(33) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pp. 215 y 217.

(34) DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 58.

(35) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 217.

(36) GARCÍA CANTERO *op. cit.*, p. 368.

(37) Rs. de la DGR de 30 de junio de 1927.

(38) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 217.

## b) La configuración del patrimonio consorcial como comunidad proindiviso

En mi trabajo sobre «Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales» (39) defendí la idea de que el patrimonio ganancial es detentado en régimen de proindivisión por los cónyuges. Idea que surgía en cierta medida a modo de reacción frente a la aplicación que de la tesis germanista efectuaba el Tribunal Supremo para rechazar el uso de la facultad contenida en el art. 1373 a través del cauce de las tercerías. Es momento de ampliar tal exposición para en su momento intentar justificarla con más detalle.

No es sin embargo la mía una opción que quepa significar como aislada. Así por ejemplo, aún admitiendo la tesis germanista, hablaba De los Mozos —ya lo he reseñado (40)— de que un cónyuge no puede disponer de la mitad indivisa de los bienes. Términos que técnicamente no encajan en la idea de la sociedad conyugal como comunidad germánica pues respecto de tales mitades indivisas no es que no pueda disponerse sino que no existen.

También Lacruz se mostró reticente a la hora de rechazar tajantemente la idea de cuota, base de la configuración romana de esta comunidad, como igualmente se mostraba tibio en orden a admitir su encaje en la comunidad germánica. Y así, en su día (41) afirmaba —lo cual no ha sido suficientemente destacado— que «el concepto de cuota intelectual es absolutamente necesario para no caer en el extremo de configurar la titulariada común como una especie de titularidad solidaria», añadiendo que no «contradice la existencia de cuotas el hecho de que las participaciones en la comunidad matrimonial estén substraídas al tráfico, desde el momento en que tales participaciones tienen una existencia actual aunque su realización material solo tenga lugar en el futuro». A la vista de tales términos creo que solo faltó que el profesor Lacruz hubiera dicho que se estaba en presencia de una comunidad de tipo romano cuyo objeto era el patrimonio ganancial si bien la cuota que sobre el mismo cada cónyuge poseía era indisponible.

Más tarde (42) el propio autor desplaza algo la idea de cuota que parece proyectarse más bien sobre los particulares bienes que sobre el conjunto patrimonial, tema que analizaremos con detalle y que en este momento me limito a apuntar recogiendo su idea de que «esas partici-

---

(39) GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Ed. Lex Nova, Valladolid 1991, pp. 76 ss.

(40) DE LOS MOZOS *op. cit.*, en nota 34.

(41) LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho civil, Derecho de Familia*, t. IV, Barcelona 1984, p. 400.

(42) LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho civil, Derecho de Familia*, t. IV, Barcelona 1984, pág. 400.

paciones 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 el derecho afecta al objeto indeterminadamente; sin cuotas; la cuota existe solo sobre el conjunto, y por eso podemos calificar a esta comunidad de universal». Quizás con estas últimas afirmaciones no resulten todo lo claras que debieran las ideas de Lacruz.

Pero quien definitivamente se atreve a hablar «nominatim» de la comunidad romana es Giménez Duart suministrando una explicación diáfana por su sencillez que, paralelamente, la hace difícilmente objetable (43). Y así, por oposición a las comunidades germánicas típicas, como pueden serlo las comunidades vecinales de pastos, indica el que «en la comunidad ganancial sólo hay dos sujetos, sin que pueda haber ni menos ni más, por lo que cada uno sabe que cuota le corresponde en el conjunto. Sólo ese motivo debiera ser suficiente para arrumbar la idea de patrimonio en mano común. Un patrimonio de dos que sólo puede ser de dos no es un patrimonio en mano común sino un patrimonio por mitad lo que implica cuota por definición. Que luego cada uno de los comuneros pueda o no disponer de su cuota es cuestión puramente accidental».

Creo que tales términos son por diáfanos y lógicos absolutamente inobjectables. Quizás la mayor dificultad para que sean asumidos radica en su propia sencillez y en destacar algo que parece obvio. De tal forma que al exégeta de la sociedad de gananciales, que desea encontrar una explicación sinuosa donde quizás no haya dificultad, le cuesta asumir tal facilidad interpretativa sobre una materia en la que tantos autores han elaborado, tras largas disquisiciones, una construcción tan abstrusa y críptica como es la de la comunidad germánica.

También la Dirección General de los Registros, inicial adalid de la tesis germanista, y en tiempos su principal valedora, se ha manifestado expésamente partidaria en alguna Resolución de la idea de cuota abandonando la configuración anterior o, al menos, matizando lo que entiende por comunidad de tipo germánico.

Y así, por ejemplo, parece obligada la cita de la Resolución de 16 de octubre de 1986 (R. Ar. 6068) donde se manifiesta que «frente a lo alegado no cabía que el Registrador hubiese anotado el embargo sobre la mitad indivisa de la comunidad ganancial, no porque tales cuotas o participaciones no existan sino porque esas cuotas son indisponibles». Términos con los que evidentemente parece acercarse a la idea romana de comunidad si bien, para evitar tal consecuencia que quebraría una línea profundamente arraigada en su quehacer, concluye su argumento añá-

---

(43) GIMÉNEZ DUART, T. *La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge*, AAMN, t. XXVIII, 1987, pp. 262 ss.

diendo: «punto en que se centra, según la moderna doctrina alemana, la esencia de toda comunidad germánica».

Los términos últimos de tal pronunciamiento merecen de un breve comentario que iniciaremos rechazando en principio ese celo por acudir a la moderna doctrina alemana —tan vagamente citada— cuando la española ha sido lo suficientemente profusa como para remitirnos a ella en este particular. Al margen de lo anterior diremos que, efectivamente, la Dirección General, a la hora de configurar la comunidad conyugal como comunidad de tipo germánico, está pensando en una mancomunidad típica, uno de cuyos rasgos principales y definidor de su esencia es la ausencia de cuota. Por ello si hablamos de una comunidad con cuotas indisponibles —y al margen de lo que sobre este particular opine la moderna doctrina alemana— nos estamos alejando enormemente de la configuración inicial que del instituto efectuó el citado Centro Directivo quebrándose, por otro lado, los postulados que ha venido manteniendo y sobre los que se han asentado ulteriores consecuencias prácticas que estamos intentando rebatir.

Debemos además añadir que esa referencia a la moderna doctrina alemana parece que pueda identificarse con la evolución en los modernos derechos germánicos de distintas comunidades especiales que han originado una evidente unificación de ambos tipos comunitarios. Unificación que doctrinalmente fue efectuada básicamente por Larenz hace ya tiempo (44) y a la que no escapan las comunidades matrimoniales como puede verse en la moderna regulación del Código suizo que tendremos ocasión de comentar más adelante. Ahora bien, en definitiva, si partimos de una difuminación de las diferencias entre ambas categorías dogmáticas no tiene sentido alguno el presente debate que surge a raíz de la consideración tajante por parte del Tribunal Supremo de la sociedad conyugal como comunidad germánica típica en cuya caracterización, por definición, tal y como expresamente menciona el Tribunal Supremo (45) «falta por completo el concepto de parte».

Por último, en esta línea de ambigüedad que vengo destacando, cabe también la cita de la Sentencia de 17 de abril de 1967 (R. Aranzadi 1871), paradigmática en cuanto que en ella D. José Beltrán de Heredia asentó como doctrina Jurisprudencial su idea germánica de la sociedad conyugal que ulteriormente va a dar pie a la Sentencia de 11 de abril de 1972, ya comentada y de la que hemos destacado su continuidad literal en la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pues bien en la

---

(44) LARENZ *Zur lehre von der Rechtsgemeinschaft*, en Anuarios de Ihering, XLVIII 1933, pp. 108 ss.

(45) Sentencias de 11 de abril de 1972, 26 y 29 de septiembre de 1986, 29 de diciembre de 1987, 4 de febrero de 1988, 13 de julio de 1988 y 26 de septiembre de 1988, entre otras.

Sentencia inicialmente mencionada, y tras sentar que se está a presencia de una comunidad de tipo germánico «con la que evidentemente, aún sin identificarse, la comunidad conyugal ofrece analogías debidas a su especial carácter y finalidad», afirma a continuación que se «produce en este caso el nacimiento de un patrimonio especial, vinculado a los fines del matrimonio, sobre todo al levantamiento de las cargas comunes, siendo titulares del mismo conjuntamente y por partes iguales el marido y la mujer». Pues bien si con la referencia a esa titularidad compartida por partes iguales no se describe mas bien una comunidad romana por cuotas en lugar de una mancomunidad germánica típica es que partimos de unos conceptos dogmáticos diferentes a los utilizados por D. José Beltrán.

### c) La idea de la comunidad diferida

Ya he tenido ocasión de mencionar anteriormente la existencia de una corriente doctrinal, fundamentalmente propiciada por una serie de notarios, estudiosos de un tema que afectaba directamente a su práctica diaria, y que a partir de la idea sembrada por Yago Ortega (46) inmediatamente antes de la reforma de 1981 han desarrollado una tesis cuyo origen más remoto quizás pueda buscarse en la doctrina de Tello Hernández (47) quien, partiendo de las ideas vertidas por Antonio Gómez, niega que la mujer adquiriera constante matrimonio el dominio y la posesión de su mitad de gananciales, dada la facultad de disposición que en todo caso continúa perteneciendo al marido sobre dichos bienes. De forma que, como resumía Cárdenas (48), «a la disolución del matrimonio es cuando se transfiere a la mujer la posesión efectiva e irrevocable de sus gananciales».

Pues bien la tesis que vamos a exponer resulta en alguna medida heredera de aquélla si bien sobre unos postulados igualitarios totalmente diferentes a los que en su día propiciaron la idea de que hasta la disolución no se producía la comunicación a favor de la mujer de su mitad ganancial. Hoy el núcleo de la concepción apuntada consiste en negar que durante la vida del régimen exista comunidad de bienes alguna la cual solo va a surgir una vez que se produzca el evento disolutorio del régimen económico matrimonial. La base doctrinal para tal

---

(46) YAGO ORTEGA, A. *Acerca de la titularidad sobre los gananciales*, RDN n.º 103, 1979, pp. 386 ss.

(47) TELLO FERNÁNDEZ citado por LLAMAS Y MOLINA en *Comentario crítico jurídico literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid 1852, p. 145.

(48) FRANCISCO CÁRDENAS *Ensayo histórico sobre las leyes y doctrinas que tratan de los bienes gananciales en el matrimonio*, en vol IX de la revista *Derecho moderno*, Madrid 1850 y en sus *Estudios jurídicos*, vol. II, p. 112.

formulación la expuso en su día Yago Ortega a partir de la distinción entre ganancialidad y ganancias, pues mientras que aquélla «no es sino una cualidad de ciertos bienes del marido o de la mujer, los bienes gananciales son los que resultan como tales en el momento de la liquidación del régimen».

La tesis de la comunidad diferida es lo suficientemente conocida como para entrar al detalle de sus numerosos partidarios (49). Baste para resumirla con mencionar la última de las exposiciones que de ella se ha realizado y traer a colación los términos con que cierra su descripción Echevarría Echevarría (50) a modo de resumen interpretativo del art. 1344: «mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes en (régimen de) sociedad las ganancias o beneficios concretos que se incorporan al patrimonio del cónyuge que los genera como bienes gananciales, y que será atribuidos de por mitad entre los cónyuges como ganancias gananciales, finales o matrimoniales, tras la comunicación y comunidad ganancial, que se produce al disolverse la sociedad despersonalizada».

Ideas que podemos complementar afirmando que solo existen dos patrimonios, los privativos de los cónyuges, en los cuales la ganancialidad significa una especial afección de ciertos bienes dentro de los patrimonios privativos.

Para acabar esta breve descripción podemos mencionar que incidentalmente el Tribunal Supremo efectúa a veces manifestaciones que se inscriben plenamente en esta línea. Y así, por ejemplo, con gran claridad, la Sentencia de 24 de octubre de 1990 (R. Aranzadi 8045) nos recuerda que no debe olvidarse «que los gananciales no existen hasta que no tiene lugar la liquidación de la sociedad conyugal». Idea que literalmente parece ir directamente encaminada a apoyar la tesis de la comunidad diferida pero que, sin embargo, mas bien creo tiene su raíz en la doctrina del Tribunal Supremo —ampliamente contestada en estas páginas— en cuya virtud como argumento para rechazar las tercerías de dominio se parte de que la comunidad germánica, vigente el régimen,

---

(49) Entre los defensores de esta postura cabe la cita de los siguientes autores: BLANQUER UBEROS, R. *Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge*, RDN ns.º 113-114, 1981, pp. 9 ss.; *La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones*, AAMN, t. XXV, 1982, pp. 43 ss.; GARRIDO CERDA, E. *Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro*, AAMN, t. XXV, 1982, pp. 143 ss.; ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S. *Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias* RDN n.º 116, 1982, pp. 7 ss.; *Sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales*, RDN 1983; *La comunicación ganancial*, Academia Sevillana del Notariado, EDERSA 1988, pp. 117 ss.; MARTÍNEZ SANCHÍS *Casos dudosos de bienes privativos y gananciales* AAMN, t. XXVI, 1985, pp. 359 ss.; CASTILLO TAMARIT *Aspectos parciales de la reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales*, RDN 121-122, 1983, pp. 7 ss.

(50) ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA *La comunicación... cit.*, p. 145.



determina que no se sepa si existen bienes gananciales en tanto no se liquide el régimen.

#### d) La tesis societaria

Modernamente se ha revitalizado en profundidad la tesis societaria en virtud fundamentalmente de las reflexiones de Magariños Blanco en un reciente trabajo que lleva por título «Sociedad de gananciales y sociedad civil» (51) cuyo punto de arranque es el mismo que me ha movido a las presentes reflexiones: la constatación de la absoluta ineficacia de la comunidad germánica para explicar actualmente el fenómeno de la sociedad conyugal que emana de la reforma de 1981.

Sin embargo, y aún valorando en su justa medida la investigación de Magariños Blanco, que con mas detalle será objeto de análisis ulteriormente, me permito hacer un inicial reproche que ya he predicado a propósito de ciertas exposiciones actuales de la comunidad de gananciales como comunidad germánica. En este sentido y con carácter general y previo, diremos que nuestro discurso tiene por objeto encuadrar la comunidad conyugal dentro de los esquemas típicos que sirven de base a la discusión doctrinal: sociedad civil, comunidad romana, comunidad germánica, etc. Pero si el «modus operandi» consiste en difuminar las características de estas instituciones con la consiguiente mitigación de las diferencias entre unas y otras la polémica pierde gran parte de su originario sentido,.

El citado autor, tras realizar un análisis detallado de la postura germanista, con especial detenimiento en la fundamentación registral de su existencia, efectúa una interesante exposición que resume con brevedad en términos que para ser respetuosos con su obra creo de interés reproducir literalmente. Y así habla de que estamos a presencia de una sociedad civil universal de ganancias cuyo fin es el reparto de éstas cuando se disuelva, tipificada en el C.c. (arts. 1344 a 1410) cuyas notas diferenciales son (52):

«1°. Carece de personalidad jurídica plena, si bien alcanza un alto grado de unificación y autonomía. 2°. Funciona con el mecanismo típico de las sociedades (la representación) prácticamente desvanecido o eclipsado, utilizando el legislador dos resortes restitutorios y de equilibrio, que son la subrogación real y la presunción de ganancialidad. 3°. El patrimonio común constituye un mero soporte económico

---

(51) MAGARIÑOS BLANCO, V. *Sociedad de gananciales o sociedad civil*, Academia Sevillana del Notariado, EDESA 1989, pp. 305 ss. Más recientemente aún *vid.* del mismo autor *El órgano de administración de gananciales y la adquisición de bienes*, Academia Sevillana del Notariado, t. IV, EDESA 1991, pp. 395 ss.

(52) MAGARIÑOS BLANCO *op. cit.*, p. 331.

de la sociedad y, por lo tanto, la comunicación es compatible con la existencia de una titularidad individualizada determinante de una legitimación que permite, por un lado, un amplio margen de actuación independiente de los cónyuges, y por otro, un flexible funcionamiento orgánico de la sociedad que es la que informa la regulación de aquellas titularidades».

Para acabar esta sucinta exposición de la teoría que he denominado societaria creo oportuno apuntar algún otro atisbo jurisprudencial en el que parece subyacer esta idea. Y ello al margen de las viejas e iniciales Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 29 de abril de 1902 y 30 de marzo de 1904, favorecedoras de la personalidad jurídica de la sociedad de gananciales en función de la tesis doctrinal por aquel entonces dominante. Tesis de la que se hizo eco el propio Tribunal Supremo, inicialmente reticente a los vientos germanistas por los que luego se ha dejado mecer sin reparo, como las de 22 de mayor de 1915, 11 de marzo de 1946 y 18 de diciembre de 1950. Esta línea societaria perdura hasta que resulta tajantemente contestada a partir de la Sentencia de 17 de abril de 1967, ya comentada, de la que fue ponente D. José Beltrán de Heredia.

Retomando el hilo expositivo diremos que cabe la mención de alguna Sentencia en la que perdura la concepción societaria del consorcio familiar. Así, por ejemplo, la Sentencia de 4 de diciembre de 1958 (R. Aranzadi 4036), donde se toma partido por la naturaleza germánica de la sociedad conyugal, afirma sin embargo que «la sociedad de gananciales no atribuye a ninguno de los socios...», referencia semántica que indudablemente revela todavía una convicción societaria no marginada del todo.

Pero además, al lado de esas ya añejas Resoluciones y Fallos, tanto de la Dirección General como el Tribunal Supremo, tras la reforma de 1981, siguen ofreciéndonos datos que hacen pensar indirectamente en la configuración societaria de la sociedad conyugal. Así la propia Resolución de 28 de marzo de 1983 (R. Aranzadi 1662), básica como es sabido en la exégesis del reformado art. 144 del Reglamento Hipotecario, habla de que «cuando la ley establece que uno de los cónyuges, como órgano social, puede obligar los bienes gananciales...». Términos que, evidentemente, también reflejan una íntima convicción societaria y que además van a ser literalmente asumidos en no pocas Sentencias del Tribunal Supremo (53) a la hora de negar la necesidad de litisconsorcio pasivo cuando se trate de demandar a la sociedad conyugal.

---

(53) Sentencias de 29 de septiembre de 1986 (R. ARANZADI 4790) y 20 de marzo de 1989 (R. ARANZADI 2186), entre otras.

e) Otras modernas formulaciones acerca de la naturaleza de la sociedad de gananciales

En su momento, al hacer referencia a la simplicidad de la tesis comunitaria propugnada por Giménez Duart, mencioné el hecho de que la doctrina especializada cuando trata la presente cuestión parece verse obligada a asumir posiciones cuyo necesario presupuesto es la complicación interpretativa. Hasta el punto de que sencillez y acierto parecen dos conceptos absolutamente reñidos cuando se trata de describir los perfiles de esa arcana imagen en la que se refleja la sociedad de gananciales.

Paralelamente, y como consecuencia de lo anterior, se observa que el intento de explicar la sociedad de gananciales con tal presupuesto produce esfuerzos imaginativos realmente encomiables, difícilmente objetables en lo particular, pero que desde un punto de vista global creo complican aún más una cuestión cuyo actual enredo se debe esencialmente a la «lucidez» de la Dirección General de los Registros. Frente a tal manera de operar creo que la guía que debe presidir un análisis como el que nos ocupa radica en hallar una explicación lo más sencilla y racional posible, utilizando para ellos los esquemas clásicos y globales que el ordenamiento y el método investigador proporciona. Quiero también destacar en este momento que la finalidad perseguida consiste en dar una explicación general de la institución en la que se puedan incluir ulteriormente las diversas manifestaciones normativas que recoge el articulado del Código y, a la vez, que los principios que irradian de esa su condición global sirvan para integrar las posibles lagunas que el régimen normativo consorcial presenta. Por ello —y esta es la finalidad de estas líneas— quizás carezca de excesivo interés a tal efecto el llegar a explicar la institución atomizando excesivamente el supuesto de hecho analizado. Es decir dando diversas explicaciones sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales en función de la faceta normativa del consorcio conyugal que se cuestione. Evidentemente tal examen presentará aportaciones que particularmente serán a menudo válidas y que sirven para mejor entender concretos aspectos de la genérica sociedad de gananciales. Sin embargo, la finalidad que pretendo conseguir en este trabajo es otra y consiste en dar una explicación unitaria del fenómeno que, teniendo en cuenta las particularidades de la institución, permita sin embargo adaptarse a todas ellas y sirva, a la vez, como marco general a través del cual resolver las lagunas normativas que la regulación de nuestra sociedad conyugal presenta.

En la línea que he indicado, lo cual no implica descalificación alguna ante las novedosas aportaciones que contienen, creo pueden inscribirse los recientes trabajos de Vallet de Goytisolo y Benavente Moreda.

El primero de los autores citados, en un reciente y documentado estudio cuya guía —como la de muchos de nosotros— son los estudios

del profesor Lacruz, acude a los clásicos autores del derecho castellano y nos ofrece no tanto una consideración global de cuál sea la naturaleza de la sociedad de gananciales como un particularizada, a la vez que acertada, explicación de cuales sean los derechos de los cónyuges en relación con la detentación de los bienes gananciales en las diversas modalidades que puede revestir su titulación. Explicación, insisto, difícilmente objetable y de gran utilidad para ulteriormente comprender de forma general el problema fundamental de cómo se detentan los bienes que componen esa unidad patrimonial conyugal en términos que más adelante destacaremos.

Lo abreviado de la formulación con que resume su tesis nos permite una vez más, traerla a colación literalmente (54):

a) Que, de los bienes o derechos titulados o, a falta de título, poseídos por uno de ambos cónyuges en común, cada cual tienen una «pars rerum», es decir, su copropiedad, aunque limitada, por la necesaria co-disposición, mientras esté vigente la sociedad de gananciales. b) Que los bienes titulados a nombre de un sólo 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 art. 1062. c) En los supuestos de los arts. 1346 final, 1347.4º y 5º, 1356, 1357, 1359 y 1360, al cónyuge no titular sólo le corresponde una «pars valoris».

Por último me permito recoger la idea de Benavente Moreda si bien he de manifestar que no he podido consultar directamente su trabajo sino únicamente lo que de él expone el propio Vallet de Goytisolo (55). En este sentido parece que es posible resumir su argumentación en los siguientes términos, de los que deriva la asunción de la tesis societaria en la relación externa y la idea mancomunitaria en el ámbito de las relaciones internas:

«1º. En la esfera o ámbito interno o inter conyugal (ámbito de las relaciones patrimoniales, reclamaciones, reembolsos entre cónyuges, ...) existe una auténtica mancomunidad, sin atribución de cuotas, ni facultad para pedir la división. 2º. No obstante, en la proyección exterior de la sociedad, ésta se manifiesta como auténtica sociedad civil, sin per-

---

(54) VALLET DE GOYTISOLO, J. *En torno a la naturaleza de la sociedad de gananciales*, ADC 1990, fasc. IV. p. 1053.

(55) BENAVENTE MOREDA, P. *La actuación individual de los cónyuges en la administración de los bienes gananciales y el problema de la naturaleza de la sociedad de gananciales*, Tesis inédita, Madrid 1990. Extraigo sus referencias de VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, pp. 1021 y 1044.

sonalidad jurídica, por lo que la atribución de titularidades ha de coincidir en las personas de los cónyuges, en ambos o en cualquiera de ello».

### III. REVISION CRITICA DEL TEMA

#### A. Crítica de la tesis germanista

##### 1. *Raíces históricas de la comunidad de tipo germánico: su adaptación a la actual sociedad de gananciales*

Cuando los Códigos de base germánica acogen la regulación de la llamada propiedad en mano común, a la que se opone como es sabido la proindivisión de raigambre romana, es evidente que no hacen sino normativizar un modelo de detención patrimonial ampliamente sedimentado en aquellos países pero que, paralelamente, apenas tuvo virtualidad en el atípico sistema socio-económico de nuestra Edad Media.

De esta manera tenemos que al regular el Código civil suizo de 1907 la propiedad común (arts. 652 a 654) por oposición a la copropiedad (arts. 646 a 651) no se está creando una figura de laboratorio sino que aquella institución recoge una fórmula de dominación colectiva de los bienes vigente en la práctica y que, como trataré a continuación de acreditar, resulta ser totalmente ajena a la manera en que hoy se detentan por los esposos los bienes consorciales, muy especialmente tras la reforma de 1981.

Para acreditar la proposición anterior cabe subrayar el dato de que, inicialmente, con una visión un tanto superficial del tema, la sociedad de gananciales pudiera encajar más precisamente en la idea de mancomunidad que en la propiedad indivisa. Así, por ejemplo, si acudimos a las explicaciones doctrinales primeras de una y otra figura cuadra mejor nuestra sociedad conyugal en la mancomunidad de tipo germánico. En este sentido distinguía Wieland (1) ambos tipos de propiedad colectiva indicando que hay copropiedad cuando los diversos titulares están vinculados por una simple relación de comunidad real mientras que estaremos ante una propiedad común cuando entre los copropietarios existe además un vínculo personal respecto del cual se encuentra subordinada la propia relación real. Comentaba también el mencionado autor que «relaciones tales como la comunidad de bienes entre esposos o la sociedad en nombre colectivo sólo podían reglamentarse antes del Código civil suizo desde la óptica de la propiedad común».

El B.G.B., en su día, si bien un tanto asistemáticamente, también encauzó en esa doble vía la regulación de la copropiedad. Y así, junto

---

(1) WIELAND, C. *Les droits réels dans le Code civil suisse*, t. I, París 1913, p. 74.

con una copropiedad de tipo romano disciplinada por un lado en los párrafos 1088 y siguientes y, asimismo, en ciertas normas que sobre comunidad se incluyen en el derecho de obligaciones (párrafos 741 y ss.), recoge diversas manifestaciones de la copropiedad en mano común entre las que se encuentra la comunidad universal de bienes de los párrafos 1437 y siguientes. Hedemann (2) nos describe los rasgos de esta figura «en su absoluta pureza» respecto de los cuales observamos que, de nuevo, parecen coordinarse mejor con los de la sociedad de gananciales. No es ocioso describir esos rasgos característicos a los efectos de nuestro ulterior discurso: «1° Nadie puede disponer libremente de su parte. 2° Nadie puede exigir libremente la división. 3° La administración ordinaria es común en el más estricto sentido de la palabra, es decir, de forma que no hay régimen de mayorías, que para dar cualquier paso se necesita unanimidad».

Ahora bien esta concepción comunitaria, que los Códigos germánicos acogen y cuyas características la doctrina inmediatamente posterior se encarga de perfilar, responde como he anunciado a una base histórica en cuyas raíces creo interesante profundizar. Simplificadamente diremos que los autores alemanes explican el fenómeno indicando que a medida que se poblaban los territorios se dividía el terreno en partes privadas y comunes. Por lo general las propiedades particulares consistían en una casa para habitar (Word, Were, Hef) o un pequeño campo o prado para el servicio ordinario. La parte colectiva se componía de bosques y tierras en los que todos los individuos ejercían y conservaban igual derecho: son las tierras comunales (allmende) (3).

Pues bien esa manera de detentar los bienes en que consiste la propiedad colectiva surge en función de unas causas económicas y sociales absolutamente ajenas a las que hoy determinan la atribución común de los bienes gananciales, resquebrajándose profundamente la eventual identidad del supuesto en uno y otro caso a pesar de que se quiera so-

---

(2) HEDEMANN, J. W. *Derechos reales*, vol. II, traducción española de Díez Pastor y González Enríquez, EDERSA, Madrid 1955, pp. 265 y 266.

(3) Para una aproximación al tema *vid.* LEHR, E. *Tratado de Derecho civil germánico o alemán*, trad. española de Alcalde Prieto, Madrid 1878, pp. 115 ss. y con mayor precisión BRUNNER, H. *Historia del derecho germánico* según la 8.ª edición alemana de C. Von Schwerner. Trad. española de Alvarez López, ed. Labor 1936, p. 9. Fórmula profundamente distinta a la contemplada en nuestros Fueros Municipales y Cartas Pueblas. A propósito del tema puede ser orientativo el completo estudio de GIBERT, R. (*Los Fueros de Sepúlveda*, Edición crítica, Segovia 1953, especialmente pp. 475 y 480) donde al compendiar el régimen de la propiedad inmobiliaria que resulta de los Fueros de la época no hace referencia alguna a la existencia de propiedades comunes salvo la de «pedreras, veseras, canteras y fuentes perennes» (Fuero de Cuenca VII, 2,4). Propiedad por lo tanto, la pública o comunal, absolutamente esporádica y marginal respecto a la genérica detentación individualizada de los bienes que ha de considerarse régimen de dominación exclusivo en nuestro derecho histórico. Y ello con independencia del régimen señorial de propiedad de los bienes que nada tiene que ver tampoco con las comunidades de tipo germánico analizadas.

meter a un encuadre dogmático uniforme. En este sentido diremos que la propiedad colectiva, origen de la regulación ulterior en los Códigos suizo y alemán, surge como consecuencia necesaria del espíritu de solidaridad medieval imperante en las colectividades de etnia germánica y que se apoya en el peso que tienen las dos grandes fuerzas sociales de la época: familia y ciudad. De tal manera que la propiedad comunitaria, a menudo familiar, es uno de los aspectos más importantes de la apropiación del suelo en el anciano derecho (4). En la base de tal asociación se encuentra la voluntad de trabajar juntos para obtener un rendimiento económico —identificable a menudo con la estricta supervivencia— inalcanzable individualmente. Otras veces la comunidad colectiva desborda el vínculo familiar, más o menos amplio, dando lugar a las comunidades «villageoises» en función de que el bien sujeto a denominación común exige de mayores usuarios dando lugar a la ampliación del vínculo de solidaridad. Todo ello, evidentemente, en función de la mayor o menor riqueza del entorno pues como en su día destacó Ihering (5) la necesidad de agruparse está vinculada a ese dato: a mayor pobreza más amplio será el vínculo que limita la propiedad colectiva desde el momento en que «el arte de ayudarse es patrimonio de los pobres».

En definitiva, y es ésta la conclusión que trato de obtener, estos tipos de copropiedad, origen de las comunidades en mano común de los Códigos del siglo XX, responden a una estructura económica en que los componentes individualizados del colectivo carecen absolutamente de autonomía patrimonial alguna que queda, como se ha visto, subordinada al interés común. Rasgo que destaco como decisivo a la hora de contrastarlo con nuestra sociedad de gananciales. En tal sentido, en términos expuestos por Patault (6) «la comunidad no es una institución jurídica. Es un fenómeno social, una solidaridad económica que no puede por ello reducirse a una indivisión».

Ahora bien, la evolución de la propiedad colectiva nos muestra también ciertas pautas de interés que, en definitiva, van a dar lugar a la preponderancia de la regulación comunitaria de tipo romano en los Códigos. Y así por ejemplo, acudiendo al derecho francés, puede constatarse que, a partir del s. XVI la idea de comunidad colectiva (familiar o «villageoise») va perdiendo vigor ya que las nuevas posibilidades económicas favorecen el que se pueda usar y disponer individualmente de los bienes. Y a partir de entonces, cuando tales circunstancias cambian, deja de tener sentido esa vinculación solidaria como única forma de detentar los bienes y se va hacia una indivisión que basada en la idea de

---

(4) Así lo destaca en su interesantísimo trabajo PATAULT, A. M. *Introducción histórica al droit de biens*, París 1989, p. 61.

(5) IHERING, *El espíritu del derecho romano*, IV, 236.

(6) PATAULT, A. M. *op. y loc. cit.*

cuota permite una disponibilidad impensable en el modelo colectivo anterior (7). Y así, frente a la propiedad comunitaria que hemos descrito va a tenderse hacia el exclusivismo que la Revolución Francesa encumbrará y llevará a los Códigos.

En definitiva a partir del siglo XVI el espíritu medieval de solidaridad y estabilidad fundiaria cede ante el desarrollo del comercio y la apertura al mundo exterior de forma que la economía capitalista fundada en el comercio y la ganancia sucede a la vieja economía estrictamente rural. Paralelamente las propiedades colectivas basadas en ese vínculo de solidaridad familiar o social aparecen como trabas al nuevo espíritu capitalista. Una potente corriente de pensamiento, donde confluyen ideas económicas, filosóficas y jurídicas traduce y orienta esa evolución hacia la concepción exclusivista de la propiedad fundiaria que, en materia de copropiedad, se refleja en la evidente preeminencia de la proindivisión incidental romana presidida por la que se estima sagrada e inobjetable acción de división.

## 2. *El contraste de los rasgos evolutivos de la copropiedad con la actual sociedad de gananciales*

El discurso que precede, necesariamente debe llevar a conclusiones que puedan interesarnos en orden a la configuración actual de la sociedad de gananciales. Objetivo que creo posible alcanzar.

Para ello podemos recordar, siquiera muy brevemente, cual sea la finalidad económica a la que atiende la propiedad colectiva o en mano común. Esta no es históricamente otra que un mejor aprovechamiento de los recursos económicos, especialmente la tierra, en un momento en que individualmente no es posible obtener tal logro. En tal organización colectiva es presupuesto necesario una total ablación de la capacidad patrimonial individual de cada uno de sus miembros que se pierde en favor del colectivo y que tiene como lógica manifestación la inexistencia de una acción de división.

Pues bien tal base de hecho podía encontrarse —al menos algunos de sus rasgos— en la sociedad de gananciales que norma nuestro Código civil de 1889, y cuya regulación va a dar lugar en el primer tercio del siglo XX a esa identidad por parte de la doctrina entre sociedad consorcial y comunidad de tipo germánico. Para ello hay que pensar que en aquel entonces la sociedad conyugal se configura en el Código como colectivo con un interés común y uniforme al que se denomina interés

---

(7) En relación con el tema *vid.* GAUDEMET, J. *Etude sur le régime juridique de l'indivision*, Strasbourg 1934.



familiar. Interés que determina el marido y en que se funden, hasta desaparecer, los intereses individuales de los miembros del consorcio. Ello lleva, paralelamente, a la imposible mutación consensuada del régimen y a la dificultad de salir de él como regla general mientras el matrimonio perviva.

Sin embargo la familia cambia a la par que lo hace la estructura social y económica en que se asienta. Y en la materia que nos ocupa el cambio se refleja en la profundísima alteración del régimen de gananciales que propicia la reforma de 1981. Como consecuencia de ella y conjugándola con los dictados constitucionales, entiendo que la persistencia en la configuración de la sociedad de gananciales como propiedad colectiva de tipo germánico resulta altamente disonante.

Concretando la afirmación anterior diremos que hoy se destacan como esenciales la capacidad patrimonial individual de marido y mujer incluso en el seno de la sociedad de gananciales. De tal manera que se ha procurado la equiparación haciendo que la esposa, e incluso los hijos económicamente independientes —si bien esta referencia exigiría de mayores precisiones— gocen de una ilimitada capacidad patrimonial de la que antes sólo disfrutaba el marido y a los fines familiares. Debe hacerse asimismo constar que si bien antes de tal cúmulo de poderes maritales eran en cierta medida instrumentales —en pro siempre del interés familiar— hoy han perdido ese carácter, preponderando la idea individualista de que el interés familiar, al menos en la esfera patrimonial, no es un suprainterés sino en cualquier caso la suma de los intereses individuales de sus componentes.

El punto de inflexión a partir del cual el modelo normativo familiar cambia creo ha de colocarse en la reforma de 1975. En ella se supera la inicial incapacidad de la mujer y se sanciona en el art. 62 que «el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges». Norma ésta que, por obvia, ha desaparecido ya en la reforma de 1981 bastando con la genérica declaración de igualdad del art. 32 de la Constitución que refrenda el vigente art. 66 del Código civil.

Pues bien, como digo, la recuperación por los cónyuges de la capacidad de gestión individual de sus intereses patrimoniales, incluso en el ámbito de la sociedad de gananciales, resulta altamente contradictoria con la configuración colectiva y solidaria que la idea de comunidad germánica conlleva, de tal forma que se producen múltiples quiebras al contrastar las concretas posibilidades de gestión individual con la idea de solidaridad familiar ínsita en la comunidad en mano común como sus raíces históricas demuestran. Es decir se nos aparece, por ejemplo, altamente contradictorio con la idea de propiedad colectiva el que cada cónyuge pueda responder de sus deudas privativas con la parte que en consorcio le corresponde (ex art. 1373).

Pero además ocurre que la propia evolución social y su reflejo jurisprudencial han desembocado en una cada vez mayor reafirmación de la capacidad de gestión individual de los cónyuges en el ámbito de la sociedad conyugal de manera que si bien el legislador no se atrevió a dar el paso definitivo hacia el régimen de separación como régimen legal (8) es evidente que nos encontramos actualmente ante un régimen consorcial mucho más disociativo que el vigente antes de 1981 y que, en consecuencia, por definición, se explica mucho mejor desde la óptica de la comunidad incidental romana que desde el prisma colectivo y solidario de la comunidad germánica.

Haciéndonos eco de concretas manifestaciones jurisprudenciales de lo que antecede se puede mencionar inicialmente la Sentencia de 20 de enero de 1989 (R. Aranzadi 109) que nos recuerda como «el matrimonio no limita la capacidad jurídica de los esposos» -quizás hubiera sido más propio hablar de capacidad de obrar— pues «ambos pueden obligarse individualmente y responder con sus propios bienes» entre los cuales se encuentra la mitad en los bienes conyugales sobre el cual el cónyuge no deudor puede concentrar la traba ejerciendo la opción del art. 1373.

Tal declaración, y en supuestos de mayor trascendencia, se repite a partir de entonces con una cierta asiduidad haciendo cada vez más palpable esa idea de disociación patrimonial en el seno de la comunidad conyugal. Y así, por ejemplo, la interesante Sentencia de 2 de julio de 1990 (R. Aranzadi 5765) lleva por derroteros distintos, y realmente más adecuados, el viejo problema de si el aval prestado por uno sólo de los cónyuges es o no nulo. Análisis erróneo que se seguía efectuando hasta entonces desde la óptica de la comunidad como consorcio de tipo germánico. Y así el planteamiento que la referida Sentencia efectúa ya no es tal sino el más propio de considerar que «el marido, al avalar, hizo uso de su facultad de contratar, de la que gozan ambos esposos y que en modo alguno queda limitada por el matrimonio». El problema por lo tanto se centra ya en determinar si tal obligación puede vincular los bienes gananciales o solo los privativos del cónyuge contratante pero, en ningún caso, se examina la eventual nulidad o anulabilidad del acto por contraste con haber servido o no al interés familiar. Sin que quepa olvidar —nos recuerda la Sentencia— «que los acreedores pueden hacer efectivos sus créditos derivados de obligaciones no contraídas por los cónyuges deudores en beneficio de la comunidad o para atenciones familiares, incluso persiguiendo los bienes gananciales».

---

(8) A propósito de la elección por parte del legislador de 1981 del régimen de gananciales como régimen legal *vid.* la explicación que del tema efectúo en mi trabajo sobre *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Ed. Lex Nova, Valladolid 1991, pp. 40 ss.

También se reitera esa inhabilidad del matrimonio para restringir la capacidad de los cónyuges en la Sentencia de 24 de octubre de 1990 (R. Aranzadi 8045) y del mismo Ponente la de 10 de diciembre de 1990 (R. Aranzadi 9926). En parecidos términos la Sentencia de 5 de febrero de 1991 (Act. Civ. 40/1991) efectúa de nuevo el que estimamos adecuado tratamiento de una fianza concertada por uno de los esposos cuestionando no la validez de la misma sino el círculo patrimonial afecto a tal responsabilidad.

En la línea que venimos exponiendo resulta obligada la referencia a la ley 18/1991 de 6 de junio, que reforma el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y donde se persiste en esa tendencia a la «disociación» de la comunidad conyugal si bien desde una óptica que considero absolutamente irrespetuosa con los postulados del Código civil en materia de sociedad de gananciales. Cuestión que, imagino, va a dar lugar a no pocas reacciones.

La Exposición de Motivos de la mentada Ley es significativa de lo que para el legislador tributario es la sociedad de gananciales y así se dice, tras hacer una particular lectura de la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1989, que «en definitiva, el I.R.P.F. debe obviar, como punto de arranque, la idea del *grupo*, para centrar su enfoque en el individuo, en la persona física, única que puede ser considerada *sujeto pasivo* del tributo».

La anterior declaración de intenciones se concreta ulteriormente en el art. 30 de la Ley donde, al regular la «Individualización de los rendimientos del trabajo» se produce la que entiendo inobjetable derogación, al menos a efectos fiscales, del art. 1347.1º del Código civil en cuanto que individualiza en su perceptor los rendimientos del trabajo personal que el Código civil considera bienes gananciales básicos. No es ésta la sede adecuada en que tratar a fondo tan compleja norma y, especialmente, las relaciones entre la norma civil y tributaria. Baste significar, para mantener el hilo de nuestro discurso, que el citado art. 30 representa la imagen —al menos desde el punto de vista contributivo— del régimen de gananciales como sistema puramente disociativo en lo que a esta importante fuente de rendimientos familiares se refiere. En cualquier caso, insisto, la regla del apuntado art. 30 encaja mal con cualquier con-

---

(9) En cualquier caso la absoluta falta de respeto para con la legislación civil ya se intuía en el Libro Blanco para la Reforma del I.R.P.F. («Informe sobre la Reforma de la Imposición personal sobre la renta y el patrimonio», Ministerio de Economía y Hacienda, junio 1990, Cap. 6, p. 46) donde se llegaba a decir que «además, por razones de respeto a la intimidad personal, los cónyuges deben tener derecho a un sistema de tributación individual, que no les obligue a desvelar su capacidad económica al otro cónyuge». Realmente hubiera sido conveniente poner en contacto al autor de tales líneas con el Código civil y recomendarle la lectura del art. 1383 ya que el deseo que sus palabras traslucen llevaría a los cónyuges a incurrir en la causa de separación que deriva del artículo 1393.4.

sideración colectiva del consorcio, tanto comunitaria como societaria, y muestra la clara tendencia a individualizar dentro del mismo la capacidad individual de sus componentes (9).

En definitiva se observa que la sociedad de gananciales resultante de la reforma de 1981 aparece como muy diferente a la que en su día sirvió para asentar la idea de la comunidad de tipo germánico. Pilares básicos de aquella como lo eran la idea de permanencia, la jefatura marital única del consorcio o la necesidad de dirigir la gestión exclusivamente al interés familiar con amortización de los intereses individuales, están hoy ausentes del perfil de la nueva sociedad conyugal en la que se busca, como medio de alcanzar la igualdad, el desarrollo del particularismo patrimonial de los cónyuges dentro del consorcio. Esta finalidad ha producido el que quede relegada a un segundo plano la idea del interés familiar pues si bien éste sigue presidiendo la esfera personal de los cónyuges (art. 67 del C.c.) expresamente ha sido omitido en sede de régimen de gananciales (10).

Todo ello nos lleva, al margen de concretas matizaciones, a considerar desde un punto de vista general como mucho más adecuado el encaje de la sociedad de gananciales en los moldes de la clásica comunidad romana —que no olvidemos es la única que el Código recoge— y no en la oscura idea de la mano común que tantos problemas ocasiona. Insisto que el actual perfil de la comunidad de gananciales cuadra mejor con la movilidad e individualismo patrimonial que las comunidades proindiviso propugnan y no con la vinculación y afección permanente de los bienes, básica en las copropiedades colectivas de tipo germánico.

### 3. *Las concretas divergencias entre la actual sociedad de gananciales y la comunidad de tipo germánico*

Ya he efectuado una genérica exposición de las diferencias que, en su propia esencia, parecen existir entre las instituciones que venimos contrastando. Pero, al margen de esa diferenciación un tanto general, cabe resaltar diversos aspectos de la concreta regulación ganancial en los que el Código se separa de las comunidades de tipo germánico o, si se quiere, se acerca a la regulación común de las comunidades proindiviso. Tema que pormenorizadamente paso a acometer.

---

(10) En relación con la pérdida de relevancia del criterio del interés familiar como determinante de la responsabilidad patrimonial del consorcio, hoy sustituido por otras concretas normas, *vid.* mi trabajo sobre *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, *cit.* pp. 46 ss. y 435 ss.

a) El relajamiento de la idea de permanencia en la sociedad de gananciales (11)

El primero de los aspectos que origina la consecuencia que pretendo afirmar se asienta en la desaparición progresiva de la idea de permanencia, característica fundamental en toda comunidad de tipo germánico y que arraigadamente se daba en nuestras viejas comunidades de gananciales.

Es sabido que la comunidad de raíz germánica responde a un principio colectivista característico de su organización socio-económica donde se considera esencial tal manera de detentación de ciertos bienes básicos. Como consecuencia de ello se hace preciso dotar de un necesario carácter de estabilidad a todo consorcio que se pretenda asimilar a las comunidades de tipo germánico pues tal organización comunitaria no tiene sentido frente a colectividades accidentales. Es decir, la organización social germánica crea un tipo de comunidad que tiene como característica esencial la permanencia, constituyendo ello a la vez una consecuencia que se ha de reflejar en las situaciones que se pretendan posteriormente incardinar dentro de esta forma de disciplina comunitaria. Tan es así que en las primitivas colectividades familiares germánicas la muerte de alguno de sus miembros no producía la disolución de la misma que transcendía la vida del individuo pues era medio que se consideraba más adecuado para la explotación de bienes (12).

Es por ello que nuestras antiguas sociedades de gananciales se asimilaban, como ya he dicho, a las comunidades de tipo germánico ante la prácticamente imposible disolución de las mismas. La normativa vigente en el primer tercio del siglo, donde con mayor auge se acoge la tesis indicada, refleja, por un lado, la práctica imposibilidad de disolver el matrimonio y, en consecuencia, la sociedad de gananciales, salvo que se produjera la muerte de uno de los esposos. Por otro lado, constante matrimonio, tampoco existe la posibilidad de alterar el régimen vigente al inicio del vínculo por lo que parecía razonable considerar que la socie-

---

(11) GIMÉNEZ DUART, T. *La adquisición y disposición de bienes gananciales por uno sólo de los cónyuges*, AAMN, t. XXVIII, 1987, p. 262 centra su crítica de la idea germánica en este aspecto al destacar el hecho de que la doctrina actual incurre en la inercia de mantener los esquemas elaborados en la segunda mitad de los años veinte para una comunidad en que uno de los partícipes lo era todo y el otro nada y sobre todo en que la disolución estaba vedada a la voluntad de los componentes.

(12) Expresamente destaca este dato PATAULT (*op. cit.*, p. 63) a propósito de las comunidades familiares organizadas desde el prisma de la solidaridad y vigentes en Francia con gran vigor en los siglos XIII y XIV.

dad de gananciales originaba una comunidad de la que resultaba imposible salir (13).

Sin embargo desde tal momento hasta hoy se ha recorrido un largo trecho de forma que esa necesaria vocación de permanencia de la sociedad de gananciales se ha visto desvirtuada ante las cada vez mayores posibilidades de que, constante matrimonio, se proceda a la disolución del consorcio.

El primer paso en ese camino se da con motivo de la reforma de 1975 al admitirse la posibilidad de que, por mutuo acuerdo, se produzca la disolución de la comunidad económico-matrimonial mediante la modificación capitular del régimen operada constante matrimonio.

Pero además, posteriormente, la reforma de 1981 contiene varias normas en las que acusadamente se observa que el ideal del legislador ya no es ese deseo de estabilizar la comunidad de gananciales sino más bien al contrario. De tal manera que existe una evidente tendencia a posibilitar la disolución de la comunidad ganancial, consecuencia propia de la «communio incidens» romana y nunca de la mancomunidad germánica estructural y teleológicamente vinculada a la idea de la permanencia.

Al hilo de las consideraciones que anteceden hay que afirmar las múltiples posibilidades de disolución o relajación del vínculo matrimonial hoy existentes y unir tal dato a la disciplina del art. 95 del Código civil en cuya virtud todas aquellas causas llevan aparejada la disolución de la comunidad de gananciales, caso de que exista. Hay que tener además muy presente la mencionada facilidad para modificar el vínculo que, en materia de separación matrimonial, recoge el art. 82 del Código. Por último debe además valorarse a estos fines que la mera presentación de una demanda de separación, divorcio o nulidad produce una serie de efectos que evidentemente están prelujiando la disolución de la comunidad consorcial.

Pero al margen de lo anterior, en que la disolución es consecuencia de la ruptura del vínculo matrimonial, lo verdaderamente interesante es que hay otros muchos casos en los que, sin llegar a ello, el legislador busca de propósito la disolución evidenciando esa accidentabilidad característica del sistema romano y absolutamente impropia de la comunidad germánica.

Quizás el caso más patente de lo que exponemos sea el del art. 1373 respecto del cual, además de otras consecuencias, deriva una gran facilidad, al menos teórica, para procederse a la disolución del consorcio, exigiéndose tan solo que un cónyuge contraiga e incumpla una deuda

---

(13) Cabe destacar en este punto el originario art. 1394 del CC cuya redacción ha perdurado hasta 1981, donde se establecía que «la renuncia a esta sociedad no puede hacerse durante el matrimonio sino en el caso de separación judicial».

privativa como consecuencia de la cual se produzca la traba de los bienes gananciales.

Por último, debe subrayarse que la mera lectura de los arts. 1393 y 1394, donde se recogen los casos de disolución de la sociedad de gananciales, muestra un elenco de posibilidades infinitamente más amplio que el del derogado art. 1417, vigente antes de la reforma de 1981, determinante de una deseada por aquel entonces fosilización de la sociedad de gananciales. Ello disipa posibles dudas sobre cual sea el propósito del legislador acerca de la permanencia de la sociedad de gananciales al permitir la disolución de la misma tan pronto se dé por parte de cualquiera de los esposos una conducta contraria a las finalidades del grupo. Con todo ello queremos resaltar que si fuera objetivo del legislador el de mantener a ultranza la sociedad de gananciales como fórmula comunitaria exigida por la propia configuración estructural del matrimonio, no se hubieran regulado y otorgado tantas facilidades para su posible disolución y se habría tendido, por el contrario, a dar respuestas diferentes a la disolución frente al incumplimiento de ciertos deberes conyugales por parte de uno de los cónyuges. Sin embargo entendemos que desde el momento en que se instaura la posibilidad de disolver el régimen mediante capitulaciones pactadas constante matrimonio la idea de permanencia estaba herida de muerte. Máxime si pensamos que en la comunidad puramente germánica la posibilidad de disolución escapa no solo de la voluntad unilateral de sus miembros sino de su voluntad colectiva al ser un vínculo que se superpone a la misma como medio de aprovechamiento adecuado de los bienes.

#### b) La existencia de la idea de cuota en la sociedad de gananciales

En la línea que venimos tratando otra cuestión que puedes ser indiciariamente reveladora consiste en constatar la posible acogida por el derecho positivo de la idea de cuota en sede de gananciales, presupuesto característico de la comunidad de tipo romano y a la vez absolutamente impensable en una comunidad de tipo germánico.

Respecto de este punto también parece evidente que no puede predicarse diáfananamente la existencia de la idea de cuota en los términos específicos con que la misma aparece recogida en el art. 399 y concordantes del Código, pero si se observan ciertos indicios en la regulación de la sociedad de gananciales que se acercan a su reconocimiento.

Ya en su día puso de relieve Cossio (14) el hecho de que la posibilidad de disponer el marido por testamento «de su mitad de ganancia-

---

(14) COSSIO, A. *La sociedad de gananciales*, Madrid 1963, p. 35. Con más claridad se había pronunciado anteriormente MESSINEO (*op. y loc. cit.*) defendiendo la idea de cuota

les» presuponía en alguna medida la aceptación de la idea de cuota en sede de gananciales. Normativa perpetuada en el actual art. 1379 si bien, obviamente, extendiendo tal facultad a ambos cónyuges. No es tampoco de despreciar, al hilo de esta argumentación, el hecho de que el art. 1380 sancione para la disposición testamentaria de un bien ganancial, realizada por un sólo cónyuge, la misma consecuencia que el art. 399 en cuanto al efecto de la enajenación por un comunero de la cosa común.

Sin embargo, donde con más claridad se recoge hoy la idea de cuota es en el art. 1373 del Código civil que expresamente menciona el que se «podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes conyugales por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal». Incuestionablemente tal denominada «parte» no es sino la cuota que se concreta en unos determinados bienes una vez que se ejercite la atípica «*actio communi dividundo*» que en el precepto se contiene. En este sentido, al menos desde el prisma de la responsabilidad, la idea de cuota se encuentra perfectamente delimitada pues únicamente esa mitad del patrimonio ganancial va a responder de las deudas privativas, previa disolución del consorcio. En definitiva, desde la óptica de la responsabilidad patrimonial del deudor es evidente que cada esposo tiene como soporte patrimonial de su actividad la mitad de lo que en el conjunto de los bienes gananciales le corresponde. Mitad que puede responsabilizar y que en cualquier momento puede dar lugar a que se materialice sobre ella la agresión patrimonial de los terceros a falta de bienes privativos y con las matizaciones que el complejo art. 1373 exige.

Por último debemos destacar algo decisivo y que en su día fue intuído por Messineo como ya hemos puesto de relieve. Consiste en indicar que la existencia de la idea de cuota no depende exclusivamente de que conste su eventual disponibilidad. O, planteado en términos

---

si bien indisponible. También, como hemos destacado, hace mención LACRUZ (*En torno a la... cit.*) a la idea de cuota cuando afirmaba que «si bien hay una cuota sobre el conjunto, al tratarse de una copropiedad sobre un patrimonio no es posible realizar la determinación de la cuota con referencia a bienes singulares, no siendo la participación de cada cotitular sobre los objetos absolutamente indeterminada sino temporalmente indeterminada». Hablando también este mismo autor de que las «cuotas son necesarias para no caer en el extremo de configurar la titularidad común como una especie de titularidad solidaria». Por último reitero ideas de VALLET DE GOYTISOLO (*op. y loc. cit.*) que asume la idea de cuota al afirmar 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». Al margen de todos ellos ya he puesto de relieve la tesis de GIMÉNEZ DUART (*op. y loc. cit.*) quien expresamente se pronuncia a favor de la idea de cuota en el ámbito de la sociedad de gananciales.



inversos, diríamos que es posible hablar de cuotas indisponibles sin que ello afecte a su esencia tal y como recientemente ha sancionado el párrafo 2º del art. 215 del Código suizo donde, tras declararse que los bienes de la comunidad universal matrimonial pertenecen proindiviso a ambos cónyuges se indica que «ni la mujer ni el marido pueden disponer de su parte». Norma a complementar con el art. 217 que permite la disposición conjunta de los bienes que componen dicha comunidad.

Con tales precedentes y por referencia a nuestro derecho subrayaremos que la eventual indisponibilidad de la cuota no parece dato suficiente para considerar inviable su existencia, de la misma manera que tampoco se desvirtúa la propia comunidad proindiviso —esencialmente incidental— por el hecho de que desaparezca la posibilidad de ejercitar la acción de división, característica básica configuradora del instituto y que el art. 400, en su párrafo 2º, permite difuminar. Confirmando cuanto se expone cabe también reiterar el contenido de la Resolución de la Dirección General de los Registros de 16 de octubre de 1986 (R. Aranzadi 6068) en la que se afirma la imposibilidad de anotar un embargo sobre la mitad indivisa de la sociedad conyugal «no porque tales cuotas o participaciones no existan sino porque esas cuotas son indisponibles».

### c) La desaparición del principio jerárquico en la gestión de la comunidad conyugal

Otra vía a través de la cual se produce la resaltada disimilitud entre la institución ganancial y la organización comunitaria germánica la encontramos en la supresión del principio jerárquico que resulta clave para articular colectividades mancomunadas en las cuales la falta de cuota hace imposible el funcionamiento del denominado principio democrático.

En este sentido, tal y como en su día puso de relieve Hernández Ros (15) la consideración de la sociedad de gananciales como comunidad de tipo germánico se reflejaba en el hecho de que el propio legislador español arranca en su configuración de una institución organizada jerárquicamente, característica típica de las colectividades en mano común, y que se pone de manifiesto en la atribución al jefe de la familia de la gestión y disposición absoluta de la economía familiar.

Pero hoy, como fácilmente se intuye, el profundo cambio que la reforma de 1981 ha operado sobre el tema hace que resulte contradictorio,

---

(15) HERNÁNDEZ ROS *La naturaleza jurídica de la sociedad conyugal*, RDP 1943, p. 510. En el mismo sentido, refiriéndose al marido como «jefe económico de la familia», *vid.* la Rs. de la D.G.R. de 30 de junio de 1927.

o más propiamente inconstitucional, tal referencia a esa idea de jerarquía que resultaba básica en la organización y régimen de una comunidad en la que no existe la idea de cuota. Por esta razón ya es posible que el régimen de administración y disposición de la actual comunidad conyugal se base en un principio democrático pues se exige la mayoría —coincidente con la unanimidad ante la estructura dual de la sociedad conyugal— como principio que disciplina la gestión del consorcio. Principio incompatible con la comunidad jerárquicamente organizada en las colectividades de tipo germano. Y aunque, como queda dicho, ese principio de mayorías no se revele con claridad ante la estructura dual de la comunidad, lo que si es evidente —y acorde con aquél— es la absoluta igualdad en el plano de la gestión patrimonial del propio consorcio siendo incluso posiblemente nulos pactos que atenten contra tal igualdad (art. 1328).

Pero es que además la pérdida de poderes por parte del marido en orden a la dirección y representación de la economía familiar ha producido otro fenómeno impensable frente a la solidaridad ínsita en una mancomunidad de tipo germánico y que a la vez encaja perfectamente en los esquemas de la comunidad ordinaria. Tal fenómeno, circunscrito al ámbito procesal, consiste en la constatación de la existencia, en ciertos casos, de un litisconsorcio pasivo necesario entre los cónyuges. De tal forma que frente a litigios que afecten a determinados bienes conyugales es necesario demandar a uno y otro al considerarse como algo esencial su autonomía patrimonial incluso en defensa de los bienes gananciales (16). Cuestión, insisto, inexplicable desde la visión solidaria que de la propiedad común ofrece el modelo germánico.

La comparación con el moderno sistema francés emanado de la reforma de 23 de diciembre de 1985 nos permite también extraer alguna conclusión. Ay así, a diferencia de cuanto nuestro sistema sanciona en orden a la gestión de los bienes comunes, gestión que precisa de ser conjunta como principio general, en el derecho francés se parte de una gestión indistinta o solidaria (art. 1421). Hecho que evidentemente refleja una línea normativa más acorde con la idea de la comunidad germánica y al margen de que las excepciones al principio general de gestión indistinta acerquen el resultado final al que nuestra normativa establece (17). Es decir, al establecer nuestro le-

---

(16) Vid. el tratamiento que efectúo sobre la legitimación pasiva de los esposos frente a litigios que afecten a la sociedad conyugal en mi trabajo sobre *Gestión y responsabilidad...* cit. pp. 281 ss. Concretamente allí se recogen determinados Fallos en que es apreciada la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario entre los cónyuges como son la S.T.C. de 31 de octubre de 1986 y las SS. del T.S. de 4 de abril de 1988, 6 de junio de 1988, 25 de enero de 1990 y 6 de febrero de 1990.

(17) Vid. la comparación entre uno y otro sistema en mi trabajo sobre *Gestión y responsabilidad...* cit. p. 155.

gislador esa gestión conjunta, que se ha preferido a la gestión solidaria como sustitutivo de la antigua prepotencia marital, se está eclipsando cualquier mecanismo representativo a la par que se potencia el individualismo patrimonial en el seno del consorcio: como regla general no se quiere dejar en manos de uno u otro cónyuge la atención de la cosa común sino que se exige la confluencia de ambas voluntades a la hora de determinar cual sea la dirección por la que encauzar el interés del consorcio que, en definitiva, parece no ser sino la suma de ambos intereses individuales.

En resumen, el que la antigua administración del marido se haya visto sustituida por la conjunta de uno y otro en defecto de otras fórmulas que, como la gestión indistinta, también aseguran «a priori» el respeto al principio de igualdad, nos lleva de nuevo a reafirmar el rechazo de la configuración germanista del consorcio conyugal y su proximidad a la comunidad proindiviso en la que para cualquier acto de administración es necesaria la intervención de la mayoría de comuneros que se convierte en unanimidad frente a actos dispositivos.

#### 4. *Problemas prácticos de la configuración germanista de la sociedad de gananciales*

He destinado las páginas que anteceden al rechazo de la persistente configuración germanista de la sociedad de gananciales, rechazo que he intentado fundar en los aspectos dogmáticos de una y otra institución. Sin embargo, y al margen de debates doctrinales, el punto de arranque que me ha llevado a estas conclusiones surge de los problemas prácticos que la conceptualización en mano común del consorcio ha ocasionado a partir de la reforma de 1981, especialmente al haber determinado la inviabilidad del importante mecanismo contenido en el art. 1373 del C.c.

En este sentido, ya lo he apuntado, entiendo que ha resultado altamente nocivo para el entendimiento conjunto del sistema, el que se haya acudido a la configuración germanista —en su absoluta pureza— de la comunidad conyugal para con ello amparar el rechazo de las tercerías de dominio interpuestas por el cónyuge no deudor quien vea en tal procedimiento el único medio de hacer viable, paralizando a la vez la vía

---

(18) El tema, que resulta ser de una gran amplitud, puede verse en mi trabajo sobre *Gestión y responsabilidad*, cit., especialmente pp. 522 ss. A lo allí comentado cabe añadir el contenido de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 26 de enero de 1991 (Vid. comentario de la misma por HUALDE MANSO, T. en Act. Civ. n.º 29, 1991, pp. 395 ss.) en la cual, a propósito de los bienes de conquista, se adopta la solución que hemos defendido y por la que en su día optó la S.T.S. de 16 de enero de 1987 de inmediato contestada por la de 16 de febrero de 1987.

de apremio, las prerrogativas que al esposo no deudor concede el mentado art. 1372 (18).

Pues bien, al margen de cuantas explicaciones se han vertido hasta ahora entiendo que resulta difícil de entender la razón por la cual el Tribunal Supremo sólo lleva hasta sus últimas consecuencias la idea germanista desde la óptica de los cónyuges deudores pero no desde la de sus acreedores. Es decir únicamente aplica tal concepción cuando el cónyuge tercerista pretende defender sus bienes pero no respecto de los acreedores a la hora de trabarlos. Y así, si se piensa que los esposos no tienen sobre los concretos bienes conyugales una titularidad actual, o dicho en términos con que literalmente se pronuncia el Tribunal Supremo no tiene «la propiedad de los bienes gananciales sino un mero derecho expectante, lejos de una propiedad exclusiva y excluyente», no se entiende el que por deudas de uno sólo de ellos se permita la agresión individualizada sobre alguno de tales bienes que configuran el patrimonio consorcial y, a la vez, se deniegue la condición de propietario al otro cónyuge a los efectos de entablar la eventual reivindicación que la tercera implica. La idea de la comunidad germánica, llevada hasta sus últimas y naturales consecuencias, imposibilitaría sin duda el ejercicio de una acción reivindicatoria —no se tiene vigente la sociedad una propiedad exclusiva y excluyente— pero, previamente, también debiera ser obstáculo para proceder a la traba de concretos bienes por la misma razón y muy especialmente cuando figurase como deudor uno solo de los cónyuges *ex art.* 1373. Sin que sea válido en tal sentido el argumento de indicar que el art. 1373 permite la traba de los bienes gananciales pues de igual manera hay que contestar que este artículo permite también la exoneración de la mitad ganancial. Es decir con base en una interpretación germanista del consorcio conyugal habría que buscar otros cauces a este precepto y no sólo para la defensa de la mitad por parte del cónyuge no deudor sino respecto a la posibilidad de la traba, no siendo de recibo tratar este último aspecto al margen de la idea germanista y el otro —el intento de liberación de la mitad consorcial— desde tal punto de vista.

En definitiva diríamos que el art. 1373 posibilita la traba de los bienes gananciales por deudas privativas pero, para resultar coherente con la denegación de las ulteriores tercerías, habría que pensar en una traba que abarcara genéricamente a todo el patrimonio consorcial, sin poder concentrarse —ni en teoría anotarse— sobre bienes concretos en tanto no se produjera la liquidación del consorcio. Es decir, permitir al acreedor desencadenar su actuación sólo una vez liquidada la sociedad conyugal, momento en que ya se podrían trabar los concretos bienes que formarían el activo partible y antes del cual el cónyuge no deudor habría rescatado su mitad consorcial. Solución que, obviamente, no definiendo, no amparada por la letra del art. 1373 ni por el art. 144 del Reglamento Hipotecario, pero que evidencia la contradicción que supone

el considerar propietario de los bienes consorciales al cónyuge deudor a efectos de permitir la traba pero a la vez no considerar tal condición dominical en el cónyuge no deudor a los efectos de liberar su mitad consorcial.

Al margen del tema anterior y con una argumentación parecida diríamos que, en la práctica, y aunque sea tema que ni tan siquiera se ha planteado, tampoco tiene excesivo sentido —desde este prisma puramente germanista— el permitir la enajenación de los concretos bienes conyugales vigente la sociedad y aunque intervengan en la disposición ambos cónyuges. Es decir, desde una perspectiva estrictamente mancomunada de la comunidad conyugal en la cual se dice que los cónyuges no tienen sobre los concretos bienes una propiedad actual, ni exclusiva ni excluyente sino en el momento liquidatorio, parece que el concurso de ambos no es tampoco suficiente para la disposición de los bienes si previamente no media la liquidación de esa comunidad que convierte a sus partícipes en propietarios exclusivos. Y ello a salvo de que se piense que tal falta de propiedad exclusiva y excluyente obedece a que sólo tienen una mitad en los bienes en cuyo caso estaríamos ante la copropiedad romana que creo soluciona mejor cualquier expediente práctico de los numerosos que la sociedad de gananciales plantea.

Y así, concretamente y a modo de ejemplo, acudiendo a la explicación de la sociedad de gananciales como patrimonio separado detentado en proindivisión, proindivisión que se extiende a la forma de dominación de los particulares bienes que componen el acervo común, el deba-

---

(19) Cabe asimismo efectuar una breve referencia a la compleja cuestión de la validez de los negocios de aportación, comunicación o atribución, respecto de los cuales la Dirección General de los Registros ha tenido ocasión de pronunciarse en orden a la posible inscripción como privativos o gananciales de bienes que según las reglas del Código debieran seguir el régimen contrario. En tal sentido *vid.* Resoluciones de 10 de marzo de 1989 (R. ARANZADI 2468), 14 de abril de 1989 (R. ARANZADI 3403) y 25 de septiembre de 1990 (R. ARANZADI 7153), planteadas todas ellas en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León y que no han sido suficientes para determinar una línea de actuación uniforme como lo demuestra el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 8 de mayo de 1991 que sigue rechazando este tipo de inscripciones al faltar la descripción fehaciente de los diversos elementos del negocio transmisivo. Sin entrar en tal polémica, que entiendo cabalmente resuelta en la última de las Resoluciones citadas, un tanto salomónica, creo que la entidad real del problema radica en la dificultad de precisar ese negocio de atribución o comunicación si se piensa en la comunidad conyugal, que recibe o transmite el bien, como comunidad de tipo germánico. Muy al contrario si partimos de la configuración romanista del tema el problema queda deslindado con mucha mayor precisión al estarlo el objeto que se transmite y las personas entre las que se produce el negocio transmisivo. De tal forma que la atribución por parte de un cónyuge para su sociedad de gananciales, de un bien anteriormente privativo, implica sencillamente la enajenación de la mitad de dicho bien pues la otra mitad le va a seguir perteneciendo. Tal transmisión será onerosa en función de que surja un derecho de reembolso *ex art.* 1358 o conste otro tipo de contraprestación.

tido problema de la legitimación de las esposas terceristas creo quedaría definitivamente resuelto. Es decir, si se considera la propiedad indivisa sobre los concretos bienes gananciales por parte de los esposos y con arreglo a cuotas iguales si bien indisponibles aisladamente quedaría al margen de toda cuestión la legitimación de cada uno de ellos para intervenir en defensa reivindicatoria de la mitad de concretos bienes consorciales *ex art. 1373 (19)*.

## B) Revisión crítica de la idea societaria a la luz del nuevo modelo ganancial

Ya hemos tenido ocasión de comentar, al exponer la tesis societaria de Magariños Blanco, que esta formulación, en los términos con que actualmente se configura, ha perdido sus rasgos esenciales apareciendo altamente difuminados en la elaboración del mencionado autor.

Desde esta perspectiva efectuábamos una crítica inicial vinculada a aspectos semánticos: es decir, se utiliza el término «sociedad» cuando, realmente, tras él, se está describiendo una figura profundamente dissociativa incompatible con aquélla. Y así, exponía Magariños, como rasgos definidores de su sociedad, el que carece de personalidad. A la vez, que tiene eclipsado el mecanismo de representación propio de las sociedades y, por último, la existencia de un amplio margen de actuación independiente de los cónyuges que se compatibiliza con «un flexible funcionamiento orgánico de la sociedad que es la que informa la regulación de aquellas titularidades».

Esta atemperación de los rasgos societarios difumina, paralela y obligadamente, la crítica que de tal configuración ha venido haciéndose desde que la Dirección General de Registros y D. José Castán derribaron el andamiaje societario sobre el que se asentaba el consorcio, doctrinal y jurisprudencialmente, en la época inmediatamente posterior a la publicación del Código civil. En cualquier caso, para evitar reiteraciones, me remito a la crítica tradicional que de la idea societaria se ha hecho (20). A la vez, es preciso subrayar que tras la

---

Y gratuita si no aparece tal contrapartida. Lo mismo ocurrirá ante el fenómeno contrario como es la declaración de privatividad de un bien que, conforme a las reglas del Código, hubiera de considerarse ganancial. En este caso, en definitiva, diremos que se produce la disolución de la comunidad proindiviso sobre ese concreto bien al concentrarse en un solo propietario las cuotas que con anterioridad se encontraban dominicalmente diversificadas lo cual, a su vez, implica la transmisión onerosa o gratuita de la mitad de dicho bien por parte del cónyuge que en el futuro permanecerá ajeno a la dominación del mismo.

(20) Resumidamente expone tal crítica O'CALLAGHAN (*Compendio de Derecho civil*, t. IV, Derecho de Familia, 3.ª ed., EDERSA 1991, p. 108) diciendo que «no cabe duda que la comunidad de gananciales no tiene el fin de lucro de toda sociedad, ni existe la af-

reforma de 1981 ha desaparecido su principal apoyo normativo que venía constituido por el viejo art. 1395 del Código civil que remitía con carácter subsidiario a las normas del contrato de sociedad. Y a propósito de esta supresión es conveniente recordar que una de las principales finalidades de la indagación que estamos generando consiste en la búsqueda de un principio general que informe la sociedad de gananciales y que, en la práctica, se traduzca en la aplicación subsidiaria de las normas en que ese principio se concreta. Dicho en otros términos averiguar si es el principio societario el que fundamenta la sociedad de gananciales y, en consecuencia, si las normas de este tipo contractual sirven para su aplicación subsidiaria ante lagunas que la regulación del Código eventualmente pueda presentar en materia de sociedad de gananciales.

Desde la anterior perspectiva, suprimida expresamente la referencia del viejo art. 1395, parece que persistir en la idea societaria puede resultar un tanto anacrónico y carente de todo interés práctico. Todo ello, insisto, al margen de que sean difícilmente rebatibles los rasgos con los que Magariños, por ejemplo, caracteriza a la que él sigue denominando «sociedad» conyugal pero que, insisto, cuadran mal con los rasgos típicos de la institución contractual elegida.

Al margen de todo lo anterior, quizás no excesivamente novedoso, creo de interés contrastar los resultados de nuestro anterior discurso con la idea societaria. Y así observar que pueden sernos útiles cuantas afirmaciones hemos referido conducentes a la actual potenciación de la individualidad patrimonial de los cónyuges en el marco de la comunidad de gananciales. Evidentemente tanto el legislador como, poco a poco, la Jurisprudencia tienden tras la reforma de 1981 a reafirmarse en la descrita autonomía patrimonial de los esposos como fórmula de asegurar la igualdad conyugal que la Constitución propicia. Pues bien, con este enfoque, básico para comprender la esencia de la comunidad ganancial, creo también desacertado persistir, aún cuando sea semánticamente, en la idea societaria que, por definición, parece buscar también la refundición del interés individual en el más amplio interés societario.

Desde otra perspectiva también apuntaríamos que la existencia del principio general de cogestión (21) resulta altamente incompatible con la fundamentación societaria pues no es fácilmente coordinable esa necesidad de actuación de todos los «socios» con la obligada existencia de

---

*fectio societatis* como voluntad de constituir una sociedad, ni se dan las normas sobre administración y disposición de los bienes, ni se aplican las reglas sobre disolución de la misma».

(21) Vid. a propósito del que considero principio general de administración conjunta mi trabajo sobre *Gestión y responsabilidad... cit.*, pp. 229 ss., así como el tratamiento del principio general de codisposición y sus excepciones en pp. 306 ss.

órganos de gestión social al ser el mecanismo representativo algo básico en la configuración mínima de la estructura societaria.

Para concluir este tema es interesante subrayar la importancia de una norma, que considero de gran interés, pero escasamente recogida por la doctrina y de la que no me consta se haya obtenido conclusión alguna. Tal norma es la que deriva del art. 1699 del Código civil en cuya virtud las sociedades civiles sin personalidad, como evidentemente lo es la sociedad de gananciales caso de configurarse societariamente, se rigen por «las disposiciones relativas a la comunidad de bienes». Tal conclusión cuadra perfectamente con la naturaleza que venimos predicando del consorcio conyugal, a la par que dota de un evidente apoyo normativo a esa consideración proindivisa de la comunidad entre cónyuges. Asimismo entiendo que no es obstáculo a esta conclusión el que la carencia de personalidad no se deba, en este caso, a la existencia de pactos secretos entre los socios sino a la propia estructura normativa de esta sociedad conyugal. Estructura determinante de que concurra el supuesto de hecho —carencia de personalidad jurídica— al que el Código anuda la consecuencia de someterlas al régimen de la comunidad de bienes.

### C) Revisión de la tesis de la comunidad diferida

La configuración de la comunidad conyugal como comunidad diferida se muestra, al contrario de lo anteriormente concluido, mucho más próxima a la idea individualista que, a mi entender, subyace en la actual regulación del Código en términos que anteriormente he intentado justificar.

Al margen de concretas formulaciones y desde un prisma más general parece claro que cuadra mejor esta idea de la comunidad diferida con la potenciación de la individualidad patrimonial de los cónyuges en el seno de la sociedad de gananciales que, por ejemplo, la idea societaria, antitética como ya vimos frente a la nueva exégesis del consorcio conyugal.

No tiene excesivo sentido reiterar en esta sede la crítica que a la configuración de la comunidad diferida se ha efectuado desde otras instancias doctrinales. Por ser labor ya hecha —y al margen de la opinión que a cada uno le merezca— creo suficiente con la remisión a la completa contrargumentación que respecto de la naturaleza del consorcio a la que nos venimos refiriendo efectuó en su día Giménez Duart (22) replicando, punto por punto, las diversas bases sobre las que Martínez

---

(22) GIMÉNEZ DUART, T. *La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge* (Ensayo contra el art. 1322) AAMN, t. XXVIII, 1987, pp. 253 a 256.



Sanchís, Echevarría Echevarría, Castillo Tamarit y sobre todo Garrido Cerda asentaban la tesis de la comunidad diferida.

Ahora bien, dejando a un lado la confrontación casuística de los argumentos esgrimidos por los autores citados, labor como digo ya hecha, creo interesante ofrecer una visión más global de la tesis de la comunidad diferida en contraste con las pautas que hemos destacado como básicas en la actual configuración del consorcio. Desde esta óptica, y al menos en un plano teórico, la idea de la comunidad diferida es evidente que se coloca en el extremo contrario a la consideración de la sociedad conyugal como colectividad de tipo germánico y, también, de la propia idea societaria. Y así, mientras que en las apuntadas teorías hemos visto primaba la estructura comunitaria y la búsqueda de un interés colectivo, la idea de la comunidad diferida potencia hasta su último confín el individualismo patrimonial del consorcio conyugal. En este sentido, con la explicación referida, vigente la sociedad de gananciales estaríamos en presencia de un régimen disociativo que hace innecesaria la búsqueda de una fórmula que explique la detentación conjunta que el Código civil parece traslucir. De esta forma, paralelamente, diríamos que se valora como principio general (detentación individual y consiguientes poderes de gestión individual sobre los bienes gananciales) lo que mayoritariamente es considerado como excepcional (detentación conjunta y gestión conjunta del patrimonio consorcial). Resulta también obligado para los defensores de esta tesis considerar excepcionales los aspectos comunitarios que la disciplina del Código contiene en artículos como el 1367 o 1375. Normas que desde tal prisma se valoran con carácter meramente instrumental dirigidas a conseguir que realmente, en el momento disolutorio, exista una ganancia común partible.

En definitiva, como acertadamente aparece configurada esta tesis por Peña Bernaldo de Quirós, a propósito de la crítica que de ella efectúa (23), la misma conlleva la explicación de la sociedad de gananciales a través del mecanismo del «régimen de participación en las ganancias, no en su valor sino *in natura*»

Pues bien, no parece que sea tal la idea del legislador aunque evidentemente la reforma de 1981 se ha aproximado a ella desde el momento en que, como venimos afirmando, el nuevo régimen de gananciales participa de un alto grado de disociación siendo la comunidad conyugal que surge en la reforma de 1981 cada vez más próxima al régimen de separación. Sin embargo, insisto, creo que el legislador aún no ha dado ese postrer paso que lleve a construir el régimen de gananciales como un sistema en el que lo único común sean las ulteriores y futuras ganancias y no los propios bienes vigentes el régimen. Aun

---

(23) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derecho de familia*, Madrid 1989, p. 214.

siendo especialmente interesante el esfuerzo exegético de los partidarios de esta tesis e intuendo que preconizan una línea hacia la que tiende el actual régimen consorcial, nuestro legislador no ha dado ese ulterior paso que evidentemente hubiera podido efectuar de una forma más sencilla a través de la sanción del régimen de separación o participación como régimen supletorio. Por el contrario ha mantenido un régimen de tipo comunitario y como línea medular del sistema persiste la idea de comunidad sobre ciertos bienes que, a su vez, sirve para explicar una normativa estructuralmente comunitaria como es la derivada de los arts. 1345, 1347, 1353, 1367, 1375, 1378, etc., normas todas ellas difícilmente inteligibles desde una perspectiva puramente disociativa al menos vigente la sociedad conyugal.

Por todo ello, y en resumen, creo que si bien la potenciación de la igualdad en la esfera conyugal es objetivo buscado por el legislador y encauzado a través de la entrega, cada vez en mayor medida, a cada uno de los esposos de un amplio ámbito de capacidad de gestión patrimonial individualizada, aún en el seno de la sociedad de gananciales, no se ha llegado a sentar, como principio general, el de la inexistencia de un patrimonio separado común. Sin embargo también considero, y así lo he expuesto, que la explicación del actual fenómeno comunitario debe efectuarse hoy partiendo de que el vínculo comunitario es, en el ámbito patrimonial, cada vez más tenue. Y tal tendencia se combina mal con la reafirmación de un ente comunitario colectivista o de tipo germánico o con la explicación societaria a la par que encaja mejor con la constatación de una comunidad proindiviso atemperada por una serie de características obligadas ante la naturaleza dual y especial de la institución matrimonial a la que el régimen económico sirve.

En cualquier caso, la eventual persistencia de afirmaciones como la contenida en la Sentencia de 24 de octubre de 1990 (R. Aranzadi 8045), donde se nos indica que no debemos olvidar «que los bienes gananciales no existen hasta que no tiene lugar la liquidación de la sociedad conyugal», nos llevaría quizás a la necesidad de decantarnos

---

(24) Ya he tenido ocasión de destacar que la presente afirmación, un tanto incidental respecto del Fallo del recurso, obedece más que a la consideración de la comunidad conyugal como comunidad diferida, a la idea de que vigente la sociedad conyugal no se tiene un derecho actual sobre los bienes que integran el patrimonio ganancial al incluirse los mismos en esa mancomunidad germánica que precisa de una liquidación para saber si realmente existen o no esos concretos bienes como parte del acervo ganancial. En tal sentido entiendo que la afirmación jurisprudencial reproducida se enmarca en la misma línea que el argumento reiterado hasta la saciedad para el rechazo de la legitimación de las esposas terceristas en cuya virtud la mujer, vigente el régimen «no tiene la propiedad de los bienes gananciales sino un mero derecho expectante lejos de una propiedad exclusiva y excluyente».

por la idea de la comunidad diferida por la que aún no parece oportuno optar (24).

Y para finalizar estas líneas creo oportuno rememorar el contenido del art. 30 de la Ley 18/1991 de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que, evidentemente, resulta acorde con la tesis de la comunidad diferida en cuanto niega la consorcialidad de los rendimientos del trabajo personal. Ahora bien también creo necesario subrayar que la finalidad que late en esta medida no tiene nada que ver con la idea de la comunidad diferida obedeciendo, al parecer, simplemente a la voracidad recaudatoria de la Hacienda Pública como lo acredita el hecho de no sancionarse la misma consecuencia ante otros rendimientos de menor entidad en el conjunto de la tributación nacional.

D) La opción por la tesis de la comunidad proindivisa: breve recapitulación final

A lo largo de las páginas precedentes nos hemos decantado claramente por la tesis de la proindivisión ordinaria para explicar la naturaleza de la sociedad conyugal y, más concretamente, para aclarar la fórmula de detentación tanto del patrimonio consorcial como de los particulares bienes que lo componen. Concepción que arrastra como corolario necesario y deseado el que las lagunas que la regulación del Código civil presenta en materia de sociedad de gananciales puedan ser integradas con la normativa de los arts. 392 y siguientes del propio texto y, muy especialmente, con la amplia doctrina jurisprudencial que se ha desarrollado en este campo.

Varios son los motivos que nos han llevado hacia la opción elegida. El primero de ellos, suficientemente destacado, es la necesidad de reaccionar contra una excesiva sacralización de la hasta no hace mucho tiempo difusa consideración de la comunidad ganancial como comunidad de tipo germánico. En este sentido entiendo falta de rigor técnico la reciente consagración como norma —así lo ha venido haciendo el Tribunal Supremo para el rechazo de tercerías interpuestas al amparo del art. 1373— de lo que no era sino una explicación vaga e imprecisa de la naturaleza de la sociedad conyugal propiciada por la entonces germanófila Dirección General de los Registros. Y tal reacción contra esta idea se agudiza si tenemos en cuenta que la razón de asumir esta configuración de la sociedad conyugal fue únicamente la de evitar algo evitable por otros medios más sencillos: el que cada cónyuge no pudiera disponer de su mitad en el patrimonio ganancial o en los concretos bienes que lo componen.

Sembrada la semilla de la reacción doctrinal era preciso fundamentar la contestación. Y para ello creí oportuno profundizar en las raíces del fenómeno mancomunario. De esta forma a través del análisis histórico de la figura y contrastando la etiología de su génesis con el substrato en que se apoya la vigente sociedad conyugal los resultados obtenidos nos ponían de manifiesto la absoluta incompatibilidad de los presupuestos de las colectividades en mano común con una sociedad conyugal, como es la emanada de la reforma de 1981, enormemente dissociativa y en la que prima la capacidad individual de los cónyuges tanto en el aspecto de gestión como de responsabilidad patrimonial. Las pautas jurisprudenciales e incluso la nueva normativa fiscal, contenida en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, hemos visto propician también, cada vez con mayor auge, esa individualidad de los cónyuges en el seno del consorcio conyugal acercando paulatinamente nuestro régimen legal a los modelos dissociativos. Con este enfoque, la solidaridad en que se sustenta toda colectividad en régimen de mano común resulta absolutamente antitética con la aplicación del nuevo sistema que, como hemos destacado, chirría a menudo si se lleva hasta sus últimas consecuencias la concepción germanista.

Desechada la tesis de la comunidad germánica parece que debiera correr igual suerte la idea societaria desde el momento en que, asimismo, resulta contraria a la potenciación de ese individualismo patrimonial hacia el cual tanto el derecho positivo como la moderna doctrina jurisprudencial parece inclinarse. Sin embargo, al analizar las exposiciones de los modernos exégetas que asumen la tesis societaria, hemos puesto de relieve las dificultades para rebatir sus concretas argumentaciones. Ahora bien, paralelamente, también destacué como causa de tal hecho el que la postura adoptada, en sus más modernas formulaciones, había difuminado enormemente los rasgos del tipo contractual societario al que se adscribía el consorcio conyugal. Causa ésta determinante de la validez de muchas de sus argumentaciones pero que no nos debe llevar a equívocos a la hora de persistir en el rechazo de la idea societaria en su contexto químicamente puro.

Ante la tesitura de optar por concepciones menos colectivistas de la sociedad de gananciales dos eran las alternativas doctrinales restantes. Una primera la detentación proindiviso. Una segunda, que exigía ir más lejos en la marginación de la idea colectivista, aceptar la tesis de la comunidad diferida, que a diferencia de la anterior, de escasa aceptación, contaba con brillantes valedores. Tesis que llevaba a un acercamiento, casi identidad, del régimen de gananciales con el de participación. Pues bien, en el actual estado normativo consideré que no se ha dado aún el postrer paso que permita considerar la inexistencia de un patrimonio común y la constancia exclusiva de dos patrimonios privativos de los cónyuges en los cuales la ganancialidad sea una cualidad de ciertos bie-

nes sancionada instrumentalmente para salvaguardar un reparto por mitades en el momento disolutorio. Al contrario, persisto en la idea de que la proindivisión, expresamente sancionada en el moderno derecho suizo, a la par que resulta absolutamente respetuosa con la normativa del Código da respuesta segura a los problemas prácticos que la regulación positiva del régimen plantea.

Para admitir la idea romana hay que romper con esquemas tradicionales y, en primer lugar, aceptar la idea de cuota en el seno de la sociedad de gananciales. Cuota sobre el total del patrimonio común y que además se refleja en la detentación individual de cada bien. En este sentido entiendo, matizadamente en contra de lo que exponía el profesor Lacruz, que ha de considerarse afirmativamente la existencia de dos cuotas por mitad sobre cada uno de los bienes que componen el acervo común. Bienes que no pierden su autonomía por el hecho de estar integrados en el patrimonio consorcial y que, en consecuencia, necesitan de un titular dominical. Por ello quizás sin necesidad de privar a los bienes conyugales de esa autonomía patrimonial —que les arrebató el profesor Lacruz— baste con indicar que la cuota sobre cada uno de ellos es individualmente indisponible. Ello explica mejor el que de común acuerdo si sea posible la enajenación de cualquiera de los bienes que se integran en ese patrimonio separado.

En una línea argumental similar diremos también que no parece adecuada la formulación que persistentemente nos ofrece el Tribunal Supremo al indicar que no se tiene una propiedad actual sobre los bienes conyugales en tanto no se produzca la liquidación del régimen. Más bien diremos que cada cónyuge tiene sobre ellos una cuota indisponible pero que le legítima plenamente para actuar en defensa de cualquiera de ellos frente a agresiones patrimoniales externas. Y ello en los mismos términos con que doctrinal y jurisprudencialmente se acepta la legitimación de cualquiera de los comuneros para actuar en provecho de la cosa común.

Junto a cuanto antecede hemos de destacar otra serie de datos que nos han llevado a decantarnos por la idea de la comunidad proindivisa. Entre ello, y en primer lugar, la constatación positiva que de la idea de cuota efectúa a propósito del pasivo ganancial el art. 1373. Asimismo es factor a tener en cuenta la desaparición del principio jerárquico y la sustitución por el régimen democrático en la gestión de los bienes comunes. Por último las facilidades normativas para disolver el régimen, incompatibles con la tradicional permanencia de las mancomunidades de tipo germánico, nos han movido a sostener la idea de la comunidad ganancial proindivisa aún conscientes de la gran dificultad de luchar contra un esquema mental —la comunidad germánica— profundamente arraigado a través de varias generaciones de juristas a quienes nos han imbuído la doctrina que el profesor Castán sacralizó difundiendo la por entonces idealizada importación de concepciones germanistas

tan en boga en un determinado momento de nuestra reciente historia jurídica.

Para acabar esta indagación me permito exponer lo que quizás hubiera debido ser propósito previo. Obviamente no es posible dogmatizar en sede tan propensa al debate. Soy consciente de la dificultad de alterar una doctrina profundamente asumida. Por ello el objetivo inmediato perseguido es exponer, asumir e intentar justificar una tesis que aboga por la sencillez y con la que se busca dar cabal respuesta a problemas prácticos a los que la abstrusa concepción germanista de la sociedad de gananciales nos ha llevado. Aceptando de antemano una crítica buscada de propósito quede reflejado en estas últimas líneas mi reconocimiento a la labor de todos aquellos que desde diversas perspectivas han revisado, aún asumiendo el riesgo de la contestación, tesis mayoritariamente defendidas respecto de las cuales siempre resulta osado exponer su caducidad.