

I

EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE COMUNIDAD DE GANANCIALES*

M^a Begoña Fernández González

1. ANTECEDENTES DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES

En una obra colectiva de este carácter, donde se va a exponer, analizar y hacer una crítica, si es preciso, de la multitud de cuestiones que plantea la comunidad de gananciales, conviene dedicar, aunque sea unas breves líneas al origen y antecedentes de este régimen económico matrimonial.

Uno de los defectos fundamentales de los estudios modernos sobre el régimen económico del matrimonio es la falta de historicidad. Se demuestra con ello la influencia de SÁNCHEZ ROMÁN y CASTÁN sobre la doctrina española, que, en general, no ha prestado atención a aquellos puntos que ellos no han tratado. Se diría que la doctrina española ha olvidado el régimen patrimonial del matrimonio en el Derecho histórico. La falta de historicidad en los estudios civilistas del régimen económico del matrimonio se ha debido a la gran complejidad que estos temas tienen en la doctrina jurídica de los siglos XVIII y XIX (donde finalmente se mezclan principios de procedencia diversa y seguramente contradictoria) y, también a los insuficientes estudios específicamente históricos sobre el régimen económico del matrimonio. Por otra parte, es destacable la originalidad de la experiencia histórica española respecto de otras europeas, en especial por la extensión, importancia y diversidad de los derechos territoriales¹.

* La parte del capítulo relativa al Derecho comparado se ha realizado a partir de la concesión de una ayuda de investigación del Banco Santander-CEU para llevar a cabo una estancia de investigación en la Scuola de Santa Anna, Universidad de Pisa.

¹ Con acierto lo expone ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ J. A. *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio y régimen económico*, Cívitas, Madrid 1988, p. 189.

Cuando se intenta averiguar el origen remoto de la comunidad de gananciales se pueden comprobar distintas opciones: hay quien se remonta a los pueblos celtíberos, cuyas costumbres permanecieron a pesar de la invasión de romanos y visigodos. Los celtas formaban una masa común con las aportaciones de ambos cónyuges². Otra dirección apunta al cristianismo. Si bien se consideraba que marido y mujer eran iguales en derechos y obligaciones, sin embargo, en caso de conflicto, debía admitirse una prevalencia del poder del marido frente a la esposa. Se puede fijar aquí el nacimiento de la autoridad y licencia marital que ha existido en España hasta hace algunos años³.

Por fin, también se aprecia cierta manifestación de comunidad ganancial en las costumbres germánicas, según las cuales se formaba una masa común entre los cónyuges, aunque el marido no era dueño absoluto ya que necesitaba el consentimiento de la mujer para disponer libremente.

Lo que no cabe duda es que esta institución va adquiriendo cada vez más fuerza durante la Edad Media, a la vez que se va consolidando una protección mayor de la mujer, debido a la influencia de las ideas cristianas⁴.

Por tanto, el origen es germano introducido en nuestro país a través del *Liber Iudiciorum* (de donde pasó a los Fueros Municipales, Fuero Real, Fuero Viejo y Leyes de Toro).

Efectivamente, en la Alta Edad Media, hay manifestaciones de la existencia de una comunidad ganancial en el Libro IV, Ley 16, Título 2 del *Liber Iudiciorum*, que consideraba al matrimonio como una sociedad que, al disolverse, debía repartirse el patrimonio en función de los que cada miembro había aportado a la unión.

El Fuero Juzgo recogió este principio de reparto en proporción a las respectivas fortunas (reparto desigual), y de ahí fue cediendo progresivamente hacia la igualdad. Ésta ya se introduce en el Fuero Real (siglo XIII) donde la ganancialidad implica dividir por mitad los bienes adquiridos por uno y otro cónyuge⁵.

² Así lo explica GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. *Cotitularidad y comunidad en mano común*. RCDI, 1946. págs. 145 y ss.

³ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. “Evolución histórica de los derechos de la mujer”. *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres*, números 12-13. 1994-1995. Págs. 313 y ss.

⁴ HINOJOSA NAVEROS, E. “Sobre la condición de la mujer casada en la esfera del Derecho civil”. *Estudios de investigación*. Instituto de Estudios Jurídicos. Madrid, 1955. Pág. 349.

⁵ El Fuero Real de Castilla, promulgado en 1255, entendía aplicable el régimen legal de gananciales a todos los matrimonios diciendo: “*Toda cosa que el marido o mujer ganen o compraren, estando de consuno, háyanla ambos por medio, y los frutos sean comunes de ambos a dos*” (3, 3, 1).

YZQUIERDO TOLSADA, M. *Tratado de Derecho de Familia. Volumen II. Los regímenes económicos matrimoniales*. Madrid, 2011. Pág. 632, resume los caracteres que tenía la comunidad matrimonial de bienes en esta etapa:

- El marido era el administrador de los bienes gananciales.
- El marido respondía de las deudas contraídas para hacer frente a necesidades comunes, con los bienes comunes, en proporción al capital respectivo, aunque luego se generalizó a todos los bienes comunes.
- Los cónyuges debían actuar conjuntamente para los actos de disposición. Por tanto la esposa tenía un derecho actual sobre los bienes, no solo diferido al momento de disolución de la comunidad.

Tal idea se mantiene y estará presente tanto en las Leyes de Estilo como en las de Toro, donde se construye completamente el régimen de comunidad de adquisiciones que después acogerá la Novísima Recopilación, y ya en su momento, pasará al Código civil.

Respecto a las Leyes de Toro, son destacables las siguientes normas:

- La Ley 16 reconocía a la mujer el derecho a la mitad de las ganancias habidas durante el matrimonio, pero se hacía efectivo en el momento de la muerte del marido.
- Las Leyes 54 y 55 establecían la necesidad de la licencia marital para ciertos actos: repudiación de herencia, contratar y comparecer en juicio la esposa. Aunque respecto a la herencia se permitía su aceptación a beneficio de inventario, sin necesidad de licencia del marido.
- El juez podía sustituir la licencia marital por un permiso cuando estimaba que había justa causa.

Lo más llamativo de estos principios contenidos en las Leyes de Toro (1505) era la consideración de la comunidad ganancial como una comunidad diferida para la esposa. Mientras el matrimonio estaba vigente, funcionaba como si los bienes fueran del marido, y la esposa solo recibiría el remanente, si es que lo había⁶.

Efectivamente, La perspectiva histórica originaria de los gananciales, según Álvarez Caperochipi, es un sistema de partición de ganancias en el momento de disolución del matrimonio, que tiene su origen en la práctica de otorgarse recíprocamente los cónyuges derecho a la mitad de las ganancias a modo de pacto por razón de matrimonio, donación mortis causa o legado. Los gananciales serían originariamente un sistema sucesorio (partición de las ganancias, con obligación de reservar a los hijos comunes) y consuetudinario (generalización de la práctica de pactos mortis causa). Los gananciales son, por otra parte, según el mismo autor, en su origen, una excepción a la troncalidad y a la vinculación familiar de los bienes de abolengo, que se inicia en el derecho territorial de la alta Edad Media

⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L.: “En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código civil”. *Estudios de Derecho civil*. Barcelona, 1958. pág. 502. Opinaba que aunque la esposa tenía en posesión su mitad de gananciales, en realidad esto era un acto ficticio y revocable por ley, por tanto podía renunciar y no llegar a adquirir la mitad de los bienes gananciales, igual que alguien a quien se le defiere una herencia.

Por su parte, considera Yzquierdo Tolsada que con el transcurso de los siglos, la sociedad de gananciales se fue convirtiendo de hecho en una comunidad de bienes diferida. Durante la vigencia del régimen funcionaba como un patrimonio del marido, que administraba y disponía a su conveniencia, y los derechos de la mujer se concretaban en recibir la mitad de lo que quedara cuando se liquidase la comunidad. Dice este autor que la esposa era una “acreedora de esperanza”, porque solo tenía derecho a los bienes gananciales en el único caso de que hubiera remanente tras la liquidación. Op. cit. pág. 636.

(se respetan los bienes propios, se reparten los adquiridos). La idea de una comunidad de bienes gananciales durante el matrimonio es propia de los humanistas, y seguramente se inicia en España con las Leyes de Toro, aunque no se generaliza hasta la codificación⁷.

Estas ideas se mantuvieron durante mucho tiempo, prueba de ello son algunos preceptos del Proyecto de Código civil de 1851 de GARCÍA GOYENA⁸, en los que se revelaba una manifiesta inferioridad y discriminación para la mujer casada en régimen de gananciales. Todo ello en contra de los principios de comunidad de tipo germánico que proclamaban la igualdad en la gestión de sus bienes.

Con la promulgación del Código civil en 1889, las características del sistema de gananciales se resumen en tres ideas:

- El marido era el administrador de la sociedad de gananciales.
- Era obligatoria la licencia marital en aquellos casos de actuación de la esposa.
- El marido podía disponer a título oneroso de los bienes gananciales sin que interviniera el consentimiento de su esposa.

El fundamento del régimen de gananciales en esta época, donde la desigualdad entre ambos cónyuges era evidente, reside en considerar al marido como único miembro que mantiene y procura el sustento de la familia con su trabajo, mientras que la mujer (la mayoría) se dedicaban al cuidado de la casa y de los hijos.

Por tanto, los gananciales suponían una compensación y una comunicación de beneficios a favor de la esposa. Como bien dice GUILARTE GUTIÉRREZ,

⁷ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Curso de Derecho de Familia*. Tomo I. “Matrimonio y régimen económico”, 1^a edic. Madrid, 1988, págs. 189-192.

⁸ GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852. Reimpresión, Zaragoza, 1974. Pág. 41. Como ejemplo de esta regulación, donde la mejor quedaba en peor situación cabe citar...” *porque la mujer tiene el concepto de menor de edad, porque el marido es como su curador...*” (art. 62). ...”*ni en la realidad haya para ella gananciales sino hasta que se disuelva la sociedad...*” (art. 1331). Este Proyecto fue calificado de “ultramachista” y no llegó a consolidarse, así lo dijo Lacruz Berdejo, J. L. “La reforma del régimen económico del matrimonio”. *ADC*, 1979. Pág. 345.

YZQUIERDO TOLSADA, I: Op. cit. pág 637 resume la situación que había previamente la publicación del Código civil en los siguientes puntos:

- Vigente matrimonio, la esposa sólo tenía el denominado “crédito de esperanza” sobre los bienes gananciales.
- Constante matrimonio, el marido tenía la facultad de enajenar los bienes gananciales, a título oneroso, sin necesidad de consentimiento del cónyuge.
- Durante el matrimonio, la mujer podía renunciar a su mitad y no llegar a adquirirlos.
- Sólo en caso de disolución del vínculo, nacía un derecho actual de la esposa sobre la mitad de los bienes gananciales.

se puede concluir que solidaridad, desigualdad y principio de autoridad son las bases del sistema, sin las cuales el mismo no se entiende⁹.

A partir de este momento y hasta hoy el sistema ha ido evolucionando progresivamente en una dirección: conseguir la igualdad real entre ambos esposos y dar prioridad al principio de autonomía de la voluntad en materia de pactos conyugales.

Un primer paso se dio con la reforma de 24 de abril de 1958. Se introduce la novedad del requisito de exigir el consentimiento de la mujer (o bien autorización judicial) para realizar actos de disposición onerosos sobre los bienes gananciales, aunque referidos a los inmuebles o establecimientos mercantiles. Así, se comprueba que a la esposa se le atribuye un derecho actual sobre los bienes conyugales¹⁰.

Un nuevo avance tiene lugar con la reforma derivada de la Ley de 2 de mayo de 1975, cuyo efecto más importante fue suprimir la licencia marital. Se va dando un pequeño paso más hacia la igualdad. Desde ese momento, la mujer casada volvía a recuperar su plena capacidad (que tenía antes de casarse y perdía después) para realizar actos por sí misma con total eficacia.

Otra consecuencia importante de esta reforma fue la posibilidad de modificar el régimen de gananciales durante la vigencia del matrimonio¹¹. De este modo, se acaba con la inmutabilidad del régimen de gananciales. De hecho, la consideración de la propiedad ganancial como una propiedad en mano común (teoría seguida en su mayoría por la Jurisprudencia) pone de relieve esa idea de eternidad, propia de las comunidades de tipo germánico desconocedoras de la acción de división. Esa idea de perpetuidad, decae cuando se permite que la comunidad conyugal nazca con una vocación de permanencia (no perpetuidad)¹².

Así estaba la situación cuando se publica la Constitución en 1978. Esta circunstancia hace que el lento camino hacia la igualdad conyugal sea un hecho. Su artículo 14 recoge el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación

⁹ GUILARTE GUTIÉRREZ, V. “La sociedad de gananciales: caducidad de un modelo” en *Propiedad y Derecho civil*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil. Madrid, 2006. Pág. 36.

¹⁰ En la STS de 9 de mayo de 2007, se expone el desorden de la Jurisprudencia de aquel momento. Considera que antes de la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981, la trascendencia de la falta de consentimiento en las enajenaciones de bienes gananciales realizadas por el marido no tenía unas consecuencias pacíficas porque para unos daba lugar a la inexistencia o nulidad radical del negocio, para otros determinaba la anulabilidad o nulidad relativa y para un tercer sector, la rescindibilidad o ineficacia parcial.

Según el entonces artículo 62 del C.c.: “*El matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges*”.

¹¹ Decía el artículo 1315: “*Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes o después de celebrarlo...*”.

¹² Esta inmutabilidad es lo que GUILARTE GUTIÉRREZ llama “*vocación de eternidad*” del régimen de gananciales. Op, cit. Pág. 41.

por razón de sexo, se concreta en el artículo 32.1: “*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*”, y el C.c. lo reitera en su artículo 66 por si quedaba alguna duda.

Sin embargo, hubo que esperar a la reforma de 13 de mayo de 1981, para que el legislador se hiciera eco de esta nueva normativa y lo reflejara en la regulación civil. Con esta ley se redactan de nuevo muchos de los preceptos relativos al régimen de gananciales con el fin de adaptar las normas al nuevo contexto y realidad social. Con todo, en la sociedad de 1981, la mujer no había logrado la total equiparación al marido. Esta es la única explicación que se encuentra para justificar que el Código civil siga considerando el régimen de gananciales con el carácter de legal supletorio de primer grado, y la administración conjunta de ambos en su gestión.

El legislador intentaba proteger a la parte más débil, la esposa, y por eso insiste en el establecimiento de la comunidad de gananciales como medida de protección de la desigualdad que se daba en la realidad. Al mismo, más allá del matrimonio, la mujer tendrá derecho a la pensión compensatoria en el caso de divorcio.

Por tanto, a pesar de la creciente equiparación, autonomía personal y patrimonial de los esposos, no se consideró la opción del régimen de separación de bienes. Durante el matrimonio la comunidad ganancial supone un remedio para solucionar la desigualdad, haciendo a la esposa partícipe de los beneficios que el trabajo e industria del marido proporciona al matrimonio. Una vez que termine el matrimonio, se recurre a la pensión compensatoria que servirá para seguir manteniendo a la esposa, cuya situación sea de inferioridad patrimonial y social respecto a su ya exmarido, en una posición semejante a la que disfrutaba constante matrimonio¹³.

Ya en el siglo XXI va siendo cada vez más progresiva la crítica que se hace a este sistema de economía matrimonial. Mantener la comunidad de gananciales como régimen legal supletorio de primer grado en nuestro Derecho común solo puede explicarse por la raigambre histórica que ha tenido siempre. Sin embargo, los pilares en los que encontraba su fundamento: la desigualdad, la compensación e incluso la solidaridad entre esposos, en la actualidad no pueden servir de puntos de apoyo para defender la continuidad de este régimen como legal.

La realidad social actual es muy distinta de la analizada en las líneas anteriores. Hoy la mujer está completamente integrada en el mundo laboral y profesional, y ha dejado de ser “la parte débil” del matrimonio. Evidentemente, la comunidad de gananciales sigue teniendo sentido en aquellas parejas en las que

¹³ Con la Ley de 15 de octubre de 1990, se rematan los vestigios que todavía quedaban de cierta discriminación. La Exposición de Motivos de esta Ley establecía: “*Se pretende eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad*”.

uno de sus miembros tenga como ocupación principal las tareas domésticas y no procure ingresos para la familia.

En el resto de los casos, cuando ambos, en su mayoría partiendo de cero, van formando un patrimonio con sus respectivos ingresos, procedentes de su trabajo, es lógico que lo más aconsejable sea el régimen de separación de bienes. Teniendo en cuenta además que para todos aquellos gastos comunes u ordinarios de la pareja, ya existen las normas relativas al régimen primario, aplicables a todo sistema matrimonial. Y en caso de disolución del vínculo, también se encontrarán las normas oportunas para corregir los posibles desequilibrios patrimoniales de aquél miembro de la pareja cuyo interés requiera más protección¹⁴.

A juicio de GUILARTE GUTIÉRREZ¹⁵, es obvio que la sociedad de gananciales puede persistir pero sobre unos presupuestos normativos totalmente diferentes. Sobre todo, tal comunidad ganancial ha de ser el resultado de una solidaridad patrimonial expresamente querida por los cónyuges, y en ningún caso impuesta por el legislador.

¹⁴ Dice con acierto YZQUIERDO TOLSADA: *Op. cit.* pág. 662 que el régimen de la sociedad de gananciales ha entrado en una crisis profunda, que solo puede terminar con su postergación a un segundo plano. Resulta más satisfactorio aclarar definitivamente los papeles de cada cónyuge en el actual matrimonio, equilibrando las facetas individual y común, que sostener la vigencia de un régimen económico comunitario que, paradójicamente, tenía su sentido cuando no existía igualdad entre los cónyuges.

¹⁵ GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *Op. cit.* pág. 49. Dice este autor que las consideraciones que preceden llevan a que la sociedad de gananciales que el legislador diseñe debe asentarse en unos postulados muy diferentes a los que soportaron su establecimiento, hace ya tiempo, y asimismo, alcanzada la igualdad sociológica de los esposos, debe llevarse hasta sus últimas consecuencias dicho principio de igualdad que la reforma de 1981 no se atrevió a plasmar en aquél momento en el sistema de gananciales.

Uno de los argumentos que se utilizan para demostrar las dificultades prácticas de la comunidad de gananciales, es la norma de la cogestión, o administración conjunta. Si bien el artículo 1375 consagra esta regla general, el propio precepto admite excepciones, que van a ser tan frecuentes en la práctica que da que pensar sobre la eficacia de tal norma general. En este sentido, para Cuadrado Iglesias son tan numerosos los supuestos de gestión individual, que la regla general queda en duda. Y resume las excepciones de este modo: CUADRADO IGLESIAS, M., *La gestión en el...* op. cit., págs 413 y ss.,

1. Administración de bienes por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren.
2. Disposición de dinero o títulos valores por el cónyuge a cuyo nombre figuren o poder se encuentren.
3. Ejercicio de los derechos de crédito por el cónyuge a cuyo favor estén constituidos.
4. El ejercicio de la potestad doméstica.
5. La potestad conyugal de amparo, que excede de la potestad doméstica y comprende las necesidades Extraordinarias.
6. La defensa de los bienes gananciales, tanto por vía de acción como de excepción.
7. Gestión individual de gananciales consistentes en frutos o ganancias de bienes privativos.
8. Anticipo de dinero ganancial.
9. Gestión individual por disposición legal.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES

Tras la breve evolución histórica que ha sufrido este régimen económico, cabe señalar que desde siempre lo que caracteriza esencialmente a un régimen de comunidad es la existencia de una masa común en la que ambos cónyuges están llamados a participar. Con esta idea coincide sustancialmente BONET¹⁶, para quien el régimen de comunidad es aquel que comporta esencialmente la existencia de un patrimonio común a los dos esposos, afecto ante todo a las necesidades del hogar y destinado normalmente a ser dividido a su disolución entre el marido y la mujer o sus herederos.

Pero también es conveniente destacar la importancia de la que gozan dentro del régimen de gananciales los bienes propios de los cónyuges. Así lo manifestaba MUCIUS SCAEVOLA¹⁷ al señalar que a la sociedad legal de gananciales no se la caracteriza debidamente si nos fijamos solo en la idea de asociación de ganancias; hay que tener en cuenta también la posibilidad y autorización legal de que cada uno de los cónyuges adquiera y conserve una propiedad individual, no comunicable a las necesidades del matrimonio, perfectamente concebible e independiente de la propiedad social, representada por la aportación de aquellos bienes que pasan al acervo común y a sufragar las cargas de la sociedad matrimonial.

A tenor del artículo 1344 del Código civil: *“Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella”*.

Son dos las ideas principales que se derivan de este precepto: por una parte, un conjunto de bienes (masa común) que se forma en el matrimonio contraído bajo este régimen, y por otra, el reparto de ganancias o beneficios que procede realizar cuando el matrimonio se disuelva, y que será por partes iguales.

Por tanto, en la llamada sociedad de gananciales convive un patrimonio privativo de los cónyuges con una masa patrimonial común formada por las ganancias de ambos esposos, debidas a la industria, al trabajo, o a los frutos, rentas e intereses de sus bienes privativos o gananciales, por las adquisiciones onerosas, a costa del patrimonio común, o los bienes que se adquieren por subrogación, o por derecho de retracto de carácter ganancial y las empresas o establecimientos mercantiles e industriales fundados por los cónyuges con capital común, constante el régimen.

¹⁶ Bonet R. “Los poderes dispositivos de la mujer casada en el Derecho común”, en Centenario de la Ley del Notariado, vol. 11, Madrid, 1962, pág. 20.

¹⁷ Mucius Scaevola, Q. *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*, T. XXI, Madrid, 1904, pág. 204.

De la lectura de este artículo se extraen las siguientes consecuencias:

- a) Se hacen comunes una serie de bienes “ganancias o beneficios” desde que comienza la sociedad. Son los que se mencionan en los artículos 1347 y siguientes del Código. Sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido considerando que tales gananciales no existen hasta que no se produce la liquidación de la sociedad conyugal (STS de 10 de junio de 2004). Sin embargo, esta opinión no se puede mantener en la actualidad, ya que los bienes comunes se entienden desde que son percibidos, no es necesario esperar a la liquidación.
En realidad, la redacción del artículo puede servir para poner fin a esa reiterada jurisprudencia según la cual no existen gananciales hasta que termina el régimen, ya que el precepto atribuye en presente “se hacen comunes” las ganancias o beneficios. El propósito de esta norma es poner de manifiesto el carácter común de los bienes durante la vigencia del régimen ganancial, sin imputación de cuotas concretas en bienes determinados, y destacar que la atribución se produce por mitad al tiempo de la disolución. Una lectura correcta de este artículo permite deducir que lo que impone el precepto al disolverse la sociedad es la “atribución por mitad de los bienes”, pero es evidente que la comunicación de éstos se ha producido en un momento anterior¹⁸.
- b) Esos bienes forman una masa patrimonial que pertenece a ambos, tiene un tratamiento jurídico propio y es independiente de los patrimonios privativos de cada uno de ellos. Son tres patrimonios los que concurren.
- c) En consonancia con lo anterior, el caudal común ganancial tiene un objetivo principal: hacer frente al levantamiento de cargas familiares y tiene una normativa propia sobre responsabilidad, gestión, disposición, disolución y liquidación.
- d) Tanto la masa común de bienes, como cada uno de los patrimonios privativos se interrelacionan entre sí, mediante un sistema de reintegros y reembolsos y a través de la subrogación real.
- e) Cuando el régimen de gananciales termina, se procede a su división y reparto por mitad, previa su liquidación, lo que implica el pago de deudas o de reintegros entre patrimonios. Sólo después de esta operación tendrá lugar el verdadero reparto de “ganancias o beneficios”, que serán los rendimientos netos que restan una vez hecha la liquidación.

¹⁸ Así lo expresa, Rams Albesa, J. y Moreno Martínez, J. A. *El régimen económico del matrimonio* (Comentarios al Código civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial). Dykinson. Madrid, 2005. Pág. 238. En el sentido expresado en el texto STS 12 de abril de 2000.

Desde este punto de vista es cuando procede la distinción entre bienes gananciales (aquellos que se hacen comunes durante el matrimonio) y las ganancias que serán una realidad si tras esa liquidación y el sistema de reintegros y reembolsos, hay bienes sobrantes¹⁹.

En este sentido, el artículo 1344 debe ponerse en relación con el 1404 del Código civil: “*Hechas las deducciones en el caudal inventariado que prefijan los artículos anteriores, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos*”.

Con buen criterio, y a modo de conclusión, DE LOS MOZOS²⁰ ha dado un concepto del régimen de gananciales diciendo que se caracteriza porque atribuye a determinados bienes y derechos la condición de comunes, con los que se constituye un patrimonio en comunidad perteneciente a ambos cónyuges, que se halla sometido a unas cargas o deudas comunes, que surgen tanto de las necesidades del matrimonio como de los respectivos patrimonios privativos, destinándose los remanentes que existieran a su disolución a su reparto por mitad entre ambos cónyuges.

En relación con lo anterior, se debe señalar que el Código civil no contiene, como se ha dicho, una definición de lo que deba entender por gananciales, sólo se refiere a los efectos de la comunidad en el momento de liquidación. Sin embargo, es pacífico y unánime tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que se trata de un régimen económico legal supletorio ya que es la ley quien declara que a falta de estipulación en contra se entiende que es el medio general de organizar la economía del matrimonio.

En lo relativo a su **naturaleza jurídica**, se parte de un presupuesto que es pacífico en la doctrina y jurisprudencia: la comunidad de gananciales no tiene personalidad jurídica, y corresponde su representación y defensa a cualquiera de los cónyuges.

La cuestión más debatida es si se trata de una sociedad, como así se denomina en el Código civil, o se trata de una comunidad, como hemos venido nombrándola a lo largo de este trabajo.

La teoría de la sociedad se mantiene todavía hoy por algunos autores²¹.

¹⁹ Lo expresado en el texto es razonado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *Curso de Derecho civil. Tomo IV. Derecho de Familia*. Colex. Madrid, 2007. Pág. 226. Considera este autor que el objetivo que persigue el régimen de gananciales: hacer frente a gastos familiares y tener unas normas propias, es lo que hacen de este patrimonio un conjunto diferente del privativo de cada cónyuge: la diferencia estriba no solo en los bienes que lo componen, sino por las reglas a que tales bienes se someten y por las necesidades o gastos a que tales bienes responden.

²⁰ DE LOS MOZOS, Op. cit. *Comentarios...* Pág. 65.

²¹ BLANQUER ÜBEROS, R. *La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones*. AAMN, T. XXV, 1982, pág. 57. MONTES PENADÉS, V. L. *Derecho de Familia*, en MONTES PENADÉS y ROCA TRÍAS, E. (coords.), Valencia, 1997. Pág. 199 y ss.

También MANRESA se ocupa de explicar, de forma más detallada, los caracteres de la sociedad

Cossío Corral²² hizo una rotunda crítica a la opinión de los gananciales como comunidad de tipo germánico. Consideraba que el caudal común era un patrimonio especial, completamente distinto de los patrimonios privativos, y lo llamó “*verdadero embrión de persona jurídica*”, además de catalogarlo de régimen tradicional del Derecho castellano.

Por el contrario, otras posturas ponen de manifiesto diversas notas que alejan a los gananciales de ser una sociedad: inexistencia de ánimo de lucro, falta de *affectio societatis*, atribución de personalidad jurídica a la sociedad (no al régimen económico), reparto periódico de ganancias²³.

Por lo que respecta a la **teoría de la comunidad**, hay que señalar que es la tesis mayoritaria seguida tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia. Me refiero a la comunidad de tipo germano, ya que a excepción de algún autor aislado²⁴, la opinión favorable es la opción germánica.

legal de gananciales en relación a los de otras sociedades: 1º La sociedad de gananciales nace por el mero hecho del matrimonio, sin que sea necesaria la expresión de la voluntad de los interesados, puesto que la ley la presume cuando no se pacta expresamente un sistema distinto. Las sociedades ordinarias, por el contrario, no se conciben sin un acto expreso de la voluntad de los asociados que se reúnen para un fin u objeto determinado, sin que, por otra parte, se requiera más que su voluntad. De modo que estas nacen solo en virtud de dicha voluntad, mientras que en la sociedad de gananciales, ni es necesaria la voluntad de los socios, ni nunca sería bastante por sí sola, ya que sin el matrimonio no podría subsistir. 2º En la sociedad de gananciales su fin u objeto, su duración, sus reglas, están determinadas de antemano por el legislador. Caben modificaciones de detalle, siempre establecidas con anterioridad al matrimonio, pero la sociedad ha de empezar y terminar cuando la ley lo marca, funcionar como ella lo determina, cumplir las cargas que se le imponen y liquidarse como se previene por el legislador. Por el contrario, en las sociedades ordinarias, la voluntad que las formó es la que determina su objeto, duración, reglas y, en definitiva, todo cuanto le atañe, e, incluso, cambiar las condiciones de su existencia o funcionamiento. 3º En la sociedad de gananciales las ganancias, si resultan, han de partirse con igualdad entre los cónyuges, con arreglo a la ley, independientemente del capital aportado por cada uno de ellos. En las sociedades ordinarias, en cambio, la regla es la proporción con ese capital aportado o lo libremente convenido por los socios. 4º En la sociedad de gananciales los derechos de los socios en lo relativo a la dirección, administración, e incluso disposición, son desiguales porque así lo establece el legislador, dando al marido derechos que niega a la mujer, e imponiendo a aquel, en cambio, responsabilidades que no alcanzan a esta. En las sociedades ordinarias son iguales, en principio, las facultades de todos los socios y, a lo más, se escoge de mutuo acuerdo a alguno o algunos para que ejerzan la dirección y administración.

Comentarios al Código civil español, t. IX, 6.º edic revisada por D. MIGUEL MORENO MOCHOLI, Madrid, 1969, pp. 632-633.

²² COSSÍO CORRAL, A. “La sociedad de gananciales”, en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*. Tomo 50. vol. I. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963, pág. 41.

²³ Esta es la opinión de O’CALLAGHAN, X. *Compendio de Derecho civil. Tomo IV. Derecho de Familia*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2009. Pág. 324.

²⁴ GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *La naturaleza actual de la sociedad de gananciales*. ADC, 1992. Pág. 875.

También hace crítica y se opone a la consideración de comunidad: MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. *Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes*. Colegios Notariales de España, Ma-

Si se sigue la postura de la comunidad germana se extraen importantes consecuencias²⁵:

- Cada uno de los bienes o derechos comunes no está atribuido individualmente por mitad a los cónyuges. Falta el concepto de parte.
- Los cónyuges tienen cierta obligación de permanecer en la comunidad, no es posible pedir su división excepto en casos legalmente previstos en el C.c.
- Ninguno de los cónyuges puede disponer libremente, de modo individual, por acto intervivos, de las participaciones que pudieran corresponderle.

Lo expuesto debe completarse con la idea de que los gananciales es una comunidad que surge en un régimen económico matrimonial, por tanto, la condición de comunero no es separable de la de cónyuge y es inalienable. El patrimonio común recae sobre una masa separada, y no sobre los bienes propios de cada miembro, por tanto, sobre el caudal común no hay plena autonomía de la voluntad, que sí se manifiesta con toda su extensión para los bienes privativos. Al mismo tiempo, al tratarse de una comunidad familiar amplia, tiene atribuciones y cargas que no se dan en otros tipos de comunidad, lo que explica las particularidades del régimen en cuanto a la atribución y titularidad de los bienes, o de las reglas sobre administración y disposición²⁶.

Más recientemente, YZQUIERDO TOLSADA²⁷ propone una teoría, intermedia, al considerar que la sociedad de gananciales es un producto de la fusión

drid, 2003. págs. 127 y 128. Dice este autor que los bienes gananciales constituyen un conjunto de bienes, como universalidad, que forman un patrimonio separado y contrapuesto al que se tenga sobre los bienes privativos. En consecuencia, en los bienes gananciales no hay formalmente más cotitularidad que la que nace del acto de adquisición conjunta.

Fuera de estos casos de adquisición conjunta, no hay comunidad nunca, ni siquiera en fase de disolución, ya que sobre la figuración (consideración) de los gananciales como sociedad, se impone pura y simplemente, la realidad, integrada por un régimen económico al que se ajustan determinados bienes, sin necesidad de interponer conceptos, ni de acudir a la idea de comunidad, ni germánica, ni romana. En este sentido, el régimen protege la situación de los esposos sin necesidad de arbitrar conceptos intermedios. el cónyuge no titular detenta los derechos y acciones especialmente dispuestos por ley. Así el no titular tiene ostenta una *pars valoris bonorum* suya que debe hacerse efectiva en la liquidación de los bienes conyugales. Con acierto estima este autor que en el patrimonio ganancial anidan titularidades individuales y cotitularidades, como resultan del título de adquisición. La titularidad sobrevive a la ganancialidad.

²⁵ Se sigue en este punto la obra de Rams Albesa, J y Moreno Martínez, J. A. Op. cit. *El régimen económico...* Pág. 243.

²⁶ Sobre estas ideas trata el estudio del Prof. DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. T. XVIII. Vol. 3, Madrid, 1985. Pág. 176.

²⁷ En el sentido expuesto en el texto, vid. la obra de IZQUIERDO TOLSADA, I. *Tratado de Derecho de Familia*. (Volumen III). Régimen económico del matrimonio. Dykinson, Madrid, 2007. Pág. 688.

entre la comunidad y la sociedad. Dice este autor que se trata de un **ente jurídico híbrido**, producto de esa fusión. Tiene un doble destino: familiar y de reparto de bienes, que la hace distinta de todas las demás comunidades: ordinaria, de tipo romano, de propietarios, hereditaria, incluso distinta de la comunidad germánica.

Concluye este autor resumiendo las siguientes ideas:

La sociedad de gananciales tiene en común con la comunidad de bienes dos notas: que carece de personalidad jurídica, y que puede surgir sin necesidad de pacto entre las partes.

Por otra parte, el régimen de gananciales participa también de ciertas características de la sociedad: su patrimonio varía continuamente, uno o los dos cónyuges pueden aportar su trabajo, lo que no se permite en la comunidad de bienes. Los administradores de la sociedad de gananciales están legitimados para vincular los bienes comunes, sin embargo, en la comunidad de bienes, se exige un poder de los comuneros para estas actividades.

Parece, con buen criterio, que puede predicarse una compatibilidad de las dos ideas: sociedad y comunidad para explicar su naturaleza jurídica. La primera daría respuesta a los temas de las relaciones entre esposos: derechos y obligaciones entre ambos. Y la idea de comunidad explicaría la titularidad de los bienes y a las relaciones jurídico reales. La esfera externa de la vida conyugal, determinando normas de legitimación tanto para disponer como para obligar los bienes gananciales, será el ámbito de actuación propio de la comunidad²⁸.

La STS 24 julio 1993 señaló que: *“las comunidades de bienes suponen la existencia de una propiedad en común y proindivisa, perteneciente a varias personas (art. 392 C.c.), lo que se traduce en su mantenimiento y simple aprovechamiento plural. En cambio, en las sociedades civiles, además de la existencia de un patrimonio comunitario, éste aporta al tráfico comercial, ya que la voluntad de los socios se orienta este objetivo principal para obtener ganancias y lucros comunes, partibles, divisibles, y en consecuencia, lo mismo sucede con las pérdidas”*.

Por su parte, la STS 12 junio 1990, señala que *“el artículo 1344 determina el momento de la división, determinación y atribución consiguiente, de lo que a cada cónyuge corresponde en concepto de ganancial, el de la disolución de la sociedad, y es que en verdad, mientras dicha sociedad, constituida por marido y mujer, subsista, se mantiene una comunidad que responde a aquella denominada de mano común o manos reunidas, de la técnica germana, sin atribución de cuotas, muy distinta a la comunidad romana, en cuanto a la gestión y disposición de los bienes considerados o presumidos como gananciales, por el artículo 1375 del C.c., conforme al cual, corresponde conjuntamente a los cónyuges”*.

Y también la STS 8 febrero 2007 estima que la sociedad de gananciales no constituye propia comunidad regulada en el artículo 392 del C.c., al faltar por

²⁸ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, E: *La naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales*. RdP. n. 6, 2001. Pág. 133

completo el concepto de parte o cuota característica de la comunidad de tipo romano y que el Código civil refiere en dicho precepto. Se presenta más bien la sociedad de gananciales como de tipo germánico, en la que corresponde a los esposos una participación sobre la globalidad de los bienes, por lo que no cabe decir que cada uno es titular por mitad concreta de todos y cada uno de los bienes del haber conyugal, cuando se trata más bien de participación que se determinará y precisará con las necesarias operaciones de disolución y liquidación.

3. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y FUNDAMENTO DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES

Como ya se adelantó en un apartado anterior, con la Ley 11/1981 de 13 de mayo, se introduce una profunda reforma del régimen económico matrimonial, motivada por la incidencia en este tema de los nuevos principios constitucionales. En el nuevo derecho del matrimonio recogido en la Constitución, y después en el Código civil, destaca la autonomía y la libertad de ambos cónyuges, y va a suponer, entre otras cosas, un notorio acercamiento de todos los regímenes económicos del matrimonio al régimen de separación.

Este es el único que se adapta a los nuevos principios de igualdad y autonomía en la gestión, y el único sistema patrimonial compatible con un matrimonio disoluble, y con libertad de separación unilateral.

Pero en aquellos matrimonios que optan por el régimen de gananciales existe la comunidad. La ganancialidad funciona como un sistema de apariencia y responsabilidad frente a terceros para evitar la sustracción de bienes a los acreedores (tutela del crédito). Supone un desarrollo de los principios constitucionales de asistencia familiar (levantamiento de las cargas familiares, contribución proporcional, etc.). Al mismo tiempo, implica una aplicación pormenorizada de los principios que fundamentan la juridicidad privada (prohibición de pactos sucesorios, herencia forzosa), que interesa al Estado (dividen la propiedad y frenan la concentración de capitales).

Estos son los principios que conforman el concepto de ganancialidad o masa común. Partiendo de la tendencial aproximación de todos los regímenes económicos al régimen de separación, la sociedad legal de gananciales significa algo mucho más profundo que un mero régimen legal supletorio. Significa un régimen imperativo de protección a terceros frente a las posibles maniobras defraudatorias a las que se presta la intimidad del matrimonio²⁹, peligro que ahora se ve agravado por la potestad de administración libre y voluntaria del matrimonio.

²⁹ Esta es la opinión de ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. *Curso de Derecho de Familia...* Op. cit., págs. 211-212. Añade este autor que el régimen de gananciales significa, un sistema de protección

Por tanto, la autonomía privada y la libertad de pactos en la organización y el establecimiento de la economía del matrimonio, son los conceptos jurídicos que informan la vigente regulación del régimen económico matrimonial, y todavía más, son los pilares que sirven de base a la normativa económica de la familia en nuestro Derecho Privado.

En la actualidad, las relaciones económicas de la pareja tienen unas características habituales: los cambios en las capitulaciones matrimoniales, pactos de modificación o alteración de los convenios, autorización para transmitir el dominio sobre los bienes entre cónyuges, así como todo tipo de contratos. Todas esas posibilidades hacen del régimen económico un sistema abierto y flexible.

La autonomía sólo estará sometida a los límites conocidos: ley imperativa, orden público, la moral y las buenas costumbres. Por otra parte, al exigir una forma solemne en el otorgamiento de capitulaciones, así como su publicidad en los Registros, Civil, de la Propiedad y Mercantil, se consigue dotar de garantías a los terceros que contraten con los cónyuges.

En pleno siglo XXI, y habiendo transcurrido más de 30 años desde la reforma del Código civil de 1981, se cuestiona si es oportuno que el régimen de comunidad de gananciales siga siendo el régimen legal supletorio de primer grado en el Derecho vigente. Se han dado diferentes argumentos, por un lado, cada vez viene siendo más frecuente que los matrimonios pacten el régimen de separación de

de los legitimarios y de salvaguarda de la prohibición de pactos sucesorios (ambos principios favorecen la división de la propiedad y dificultan la concentración de capital, lo que interesa al Estado). Por otra parte, el régimen de gananciales significa también el desarrollo y pormenorización del mecanismo patrimonial asistencial con que la Constitución define a la familia. En virtud de esta significación constitucional de los gananciales, su normativa no puede considerarse dispositiva o supletoria, sino que es esencialmente imperativa. La Ley de 13 de mayo de 1981 ha supuesto una fundamental reforma en la materia del régimen económico matrimonial. Frente a algo más de cuarenta artículos dedicados hasta entonces por el Código a regular la sociedad de gananciales, hoy se regula por más de sesenta, por lo que se pone de manifiesto la superior dedicación normativa instaurada por el nuevo régimen. Su importancia proviene de que es el régimen comúnmente vigente en la mayoría de los matrimonios, al regir como supletorio cuando, como suele acontecer, no se pacta otro. En la nueva ley, sin embargo, se mantiene como régimen legal subsidiario la sociedad de gananciales. La conservación como régimen legal es resultado de una decisión largamente pensada y contrastada frente a quienes pretendían sustituirla por el régimen de separación o por el de participación en las ganancias —en las discusiones parlamentarias el grupo socialista, principalmente, sostenía esta última posición—. Se estimó que el primero de tales regímenes no tiene en cuenta el hecho de que, mientras se mantiene la vida en común de los esposos, el lucro, ganancia o incremento patrimonial que cada uno experimente obedece, en cierta medida, al esfuerzo, la actividad y espíritu de economía y ahorro de ambos; siendo particularmente injusta la separación frente a la mujer que trabaja en el hogar y no tiene ingresos fuera, o los tiene en menor medida.

Sobre este tema, analizando la evolución histórica, Vid. COLLANTES DE TELLAN DE LA HERA, M. J. *Comunidad de gananciales capitulaciones matrimoniales en la codificación civil española*. ADC, 1999. Págs. 389-426.

bienes mediante capitulaciones (dejando a un lado, los territorios de Cataluña, Baleares y Comunidad Valenciana, donde la separación de bienes es el régimen aplicable). Por otra parte, si todavía no fue suficiente con la modificación del año 1981, la Ley 15/2005 de 8 de julio introduce máximas facilidades para acceder al divorcio. Es evidente que un régimen tan denso y profusamente regulado debe corresponderse con la idea de un matrimonio duradero y con vocación de cierta estabilidad y permanencia. Antes esta era la idea, ahora no. Parece que en la nueva mentalidad social ya no subyace una intención de contraer matrimonio “*para siempre*”. No quiero decir con esto que ahora las parejas no concedan importancia al vínculo o no lo tomen con la seriedad debida, sino que esta institución es en nuestros días más frágil e inestable que hace unos años.

Por estos motivos, parece más conveniente que, salvo que los propios cónyuges, interesados, así lo decidan y pacten expresamente la comunidad de gananciales, el régimen que debería existir en el matrimonio tendría que ser el de separación de bienes³⁰. Es evidente que la comunidad de gananciales debe mantenerse pero sobre unos pilares diferentes a la idea de evitar el enriquecimiento injusto de uno de sus miembros a costa del otro.

La comunidad ganancial debe ser el resultado de una solidaridad patrimonial expresamente querida por los cónyuges, nunca impuesta por el legislador. Considera Guilarte Gutiérrez que para evitar las grandes disfunciones que se producen en el momento de liquidación, debe volverse a la idea de copropiedad ordinaria como fórmula de detentación de bienes comunes. Ello evitará la inviabilidad del sistema de agresión por terceros de los bienes comunes ante deudas legítimas, pues los excesos que pueda haber realizado un cónyuge en su gestión del caudal común, deberán solucionarse en la esfera interna³¹.

³⁰ En opinión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso de Derecho civil. Derecho de Familia*. Colex, Madrid, 2007. Pág. 228.

A favor de la supresión del régimen de gananciales, como legal, se manifiesta Guilarte Gutiérrez, V. “*La sociedad de gananciales: Caducidad de un modelo*”, en *Propiedad y Derecho civil*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil. Madrid, 2006. Págs. 23 y ss. Dice este autor que tras la implantación del sistema que se diseña en la reforma de 1981, no es posible seguir manteniendo como régimen legal, un sistema-tipo nacido para atender otro modelo matrimonial y que en líneas esenciales se construye en 1505 con ocasión de las Leyes de Toro. Ello propicia la necesidad de una profunda reforma para evitar la perpetuación de situaciones irresolubles e inaceptables que la praxis evidencia tanto ante la crisis matrimonial como ante la crisis patrimonial de la familia. Todo esto se deriva de la arraigada idea que considera la propiedad en mano común de los bienes gananciales tan difícil de coordinar con el Registro de la Propiedad, con las legítimas expectativas de los acreedores y con la seguridad de los propios esposos en orden a conocer los perfiles de su derecho dominical.

Concluye este autor diciendo que “*solidaridad, desigualdad y principio de autoridad son las bases del sistema de gananciales, sin las cuales el mismo no se entiende.*”

³¹ GUILARTE GUTIÉRREZ, V. Op. cit... pág. 49.

4. LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD

4.1. Formulación del principio. Alcance del artículo 1361 del Código civil

En virtud de la redacción dada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código civil en materia del derecho a contraer matrimonio, el artículo 1361 establece que “*se presumen gananciales, los bienes existentes en el matrimonio en tanto no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges*” (la redacción anterior decía “al marido o la mujer”)³².

Esta presunción tiene una consolidada presencia en nuestro Derecho, ya se mencionaba en la Ley IV, Título IV, libro X de la Novísima Recopilación³³, y también por una temprana jurisprudencia³⁴. Es evidente la importancia que adquiere esta presunción en la práctica, especialmente cuando se trata bienes muebles, pues los esposos no conservarán datos del origen de tales bienes que así se convierten en comunes. Por tanto, mientras no se pruebe lo contrario los bienes afectados por ésta se presumen adquiridos durante el matrimonio y a título oneroso. Al amparo del beneficio de la duda, este principio reconduce al caudal común una multitud de bienes, cuyo origen privativo no es posible demostrar, incluso aunque lo tuviera, porque los cónyuges no suelen guardar facturas de sus adquisiciones personales³⁵.

Ya decía Manresa que la prueba en las adquisiciones directas de bienes, como aportaciones al matrimonio o adquiridos durante él por herencia, legado o donación, es relativamente sencilla, y aún más tratándose de fincas u objetos de valor, pues podrá justificarse fácilmente, aun con testigos, la posesión anterior al matrimonio o la pertenencia anterior por el testador o donante, y el hecho de su transmisión al cónyuge heredero, legatario o donatario. Cuando se trata de adqui-

³² El precedente inmediato del art. 1361 —en sus dos redacciones— era el antiguo art. 1407 C.c., a cuyo tenor: «*Se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer*».

Realizan un detallado estudio de la evolución legislativa de la norma: ÁVILA ÁLVAREZ, P. *El régimen económico matrimonial en la reforma del Código civil*, RCDI, núm. 547, noviembre-diciembre de 1981, p. 138; o RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*. Tecnos, Madrid, 1992, pp. 152- 153. *Vid.* Asimismo la STS de 20 de noviembre de 1991 —fundamento jurídico segundo— y la RDGRN de 13 de febrero de 1999 —fundamento jurídico primero—.

³³ Ley 203 de Estilo (Ley IV, Título IV, Libro X de la Novísima Recopilación): «Como quier que el derecho diga, que todas las cosas que han marido y muger, que todas se presumen ser del marido, hasta que la mujer muestre que son suyas; pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido y muger, que son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente».

³⁴ *Vid.* las SSTs de 26 de noviembre de 1958 —considerando primero—, 28 de octubre de 1965 —considerando primero—.

³⁵ LACRUZ, J. L. *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*. Tomo IV. Vol. 1º. Barcelona, 1963, págs. 446 y ss.

siciones a título oneroso durante el matrimonio en virtud de subrogación, la prueba puede ser difícil, sobre todo en caso de compra. Muchas veces las aportaciones en metálico y bienes fungibles, y aun en fincas, constan en simples documentos privados, sin garantía alguna de autenticidad ni aun en cuanto a su fecha. Aun en las particiones de herencia, el deseo de librarse de ciertos gastos, sobre todo del pago del impuesto de derechos reales, hace que no se incluyan en documento formal más que los bienes inmuebles u objetos que por su naturaleza no pueden excluirse sin grave riesgo. La simple enunciación de estos hechos demuestra cuán difícil es justificar cuando llega la necesidad de hacerlo, que el dinero empleado en la adquisición de ciertos bienes procede de tal cantidad aportada, o tal suma comprendida en determinada herencia, legado o donación, cuando aún la verdad de que haya existido ese dinero, o resulta de documentos sin fuerza ni valor, o no consta en modo alguno, o está contradicha por documentos solemnes en que no fue comprendido, debiendo lógica y racionalmente comprenderse³⁶. De este modo, queda patente el valor y la justicia de esta presunción que favorece, sin duda, a la comunidad conyugal³⁷.

A juicio de COSSÍO y CORRAL³⁸ podría formularse la presunción en términos más rotundos, diciendo que son comunes todos los bienes que no se pruebe que pertenecen a uno u otro cónyuge, lo que hace a los autores hablar de una clase de bienes “presuntivamente gananciales” que son aquellos cuyo origen no puede acreditarse.

De acuerdo con esta concepción, todos aquellos bienes habidos durante el matrimonio y cuya procedencia personal no conste acreditada, pasan a ser considerados como “presuntivamente gananciales” y no claramente como privativos o como gananciales. Esto no significa que formen parte de otra masa de bienes diferente, en principio se incluyen dentro de la prevista para los bienes gananciales.

³⁶ MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, cit., IX, págs. 537-538. Ed. revisada por Moreno Mocholí. Madrid, 1969.

³⁷ Considera LASARTE ÁLVAREZ que la mayoría de los matrimonios suelen ser duraderos y, por otro lado, ni se caracterizan por la llevanza de una contabilidad detallada, ni por conservar de por vida las facturas y otros documentos contables. *Principios de Derecho civil*, tomo sexto, 4^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 205.

³⁸ COSSÍO y CORRAL. A. *Instituciones de Derecho civil*, tomo II, revisado y puesto al día por M. de Cossío y Martínez y J. León Alonso, primera edición, Civitas, Madrid, 1988, p. 436. En el mismo sentido, las SSTs de 10 de julio de 1995 —fundamento jurídico quinto— y 24 de febrero de 2000 —fundamento de derecho segundo—.

En contraste con la presunción muciana (D. 24,1,51), recuerda este autor, que nuestra presunción de ganancialidad activa «se basa en razones objetivas de utilidad y verosimilitud, juega a favor de la sociedad conyugal, y no de uno solo de los cónyuges, y es (...) susceptible de prueba en contrario». *La sociedad de gananciales*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963, p. 48. Mantienen la misma opinión: PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, vol. I, Bosch, Barcelona, 1967, pp. 674-675; o ESPÍN CANOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, vol. IV, 8^a ed., Edersa, Madrid, 1984, p. 277.

Ahora bien, lo que sí quedan es sometidos a un régimen especial de administración y disposición, regulado en el artículo 93 y siguientes del Reglamento Hipotecario, para los bienes inmuebles³⁹. Cuando un bien es adquirido a título oneroso para la comunidad de gananciales, se inscribirá con este carácter. Si se trata de un bien adquirido por uno de los cónyuges, sin confirmar si es para el caudal común, se inscribirá con la indicación de “presuntivamente ganancial” (art. 94.1 RH). En ambos casos solo se coincide en la adquisición a título oneroso, ya que si la adquisición no es claramente ganancial, para realizar actos de enajenación a título oneroso siempre tiene que consentir el titular registral, ya que puede ocurrir, que el bien resulte ser privativo, y si eso es así, hay que evitar que el otro cónyuge tenga la posibilidad de enajenar dicho bien provocando una enajenación nula.

De este modo, la fuerza de esta presunción no llega al punto de proteger la disposición de un bien, que se pensaba ganancial, y luego se demuestra que es privativo, produciendo la nulidad de la transmisión. La solución que ofrece el Reglamento Hipotecario es que cuando existe un bien que consta en el Registro con ese carácter «presuntivamente ganancial», en razón de que puede ser, en realidad, privativo del cónyuge adquirente, el RH (art. 94.3) considera necesario, para la inscripción de los actos de disposición a título oneroso de dicho bien, que los mismos hayan sido otorgados por el titular registral con el consentimiento de su consorte, o, en su defecto, con autorización judicial⁴⁰.

Con buen criterio, considera Rivera Sabatés⁴¹, que de no mediar el consentimiento del cónyuge que adquirió el bien, si con posterioridad este bien resulta ser privativo de aquél, el acto dispositivo desarrollado sobre el mismo por el otro esposo, aun cuando se hubiese contado con la autorización judicial y aunque se

³⁹ Se inscribirán como bienes privativos del cónyuge adquirente los adquiridos durante la sociedad de gananciales que legalmente tengan tal carácter», añadiendo su número 2 que: «El carácter privativo del precio o de la contraprestación del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública». En los demás casos, los bienes se inscribirán como gananciales (arts. 93.1 y 93.4) o presuntivamente gananciales (art. 94.1). Cuando el carácter privativo, en todo o en parte (arts. 95.4 y 95.5), resultare sólo de la confesión del otro cónyuge, se hará constar esta circunstancia 23. Por último, tanto la confesión del carácter privativo de un bien, como su justificación, se hará constar por nota marginal (art. 95.6).

Para los bienes muebles la presunción de ganancialidad opera, en la práctica como si se tratase de una presunción *iuris et de iure*, lo que claramente no es, ya que la prueba que se exige «frente a los acreedores ha de ser plenamente convincente» (STS de 23 de marzo de 1979) y la posesión de tales muebles no sirve para combatir la presunción de ganancialidad. RAMS ALBESA, J. *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid 1992, p. 151.

⁴⁰ En este sentido PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. en los *Comentarios al Código civil* del Ministerio de Justicia, comentando el artículo 1361, en p. 680, poniendo de manifiesto cómo es la única excepción al principio de especialidad, ya que el bien se inscribirá sin saberse si realmente es ganancial o privativo.

⁴¹ RIVERA SABATÉS, V. “Acerca de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del C.c.”. Pág.74.

hubiera inscrito dicho acto, éste sería nulo (art. 33 LH). Únicamente a un nuevo tercer adquirente o subadquirente, le cabría apelar a la protección, basada en la fe pública registral, que brinda el art. 34 LH. Por tanto, la inscripción de esta clase de adquisiciones no cierra el camino para que acreedores y legitimarios impugnen los actos en su perjuicio o fraude, sino que se ven amparados por el Registro en una situación jurídica que en principio aparece como legítima y autenticada, lo que se considera que es suficiente para garantizar a los terceros la tutela hipotecaria. Diferente sería cuando en juicio ordinario recae sentencia declarando que unos bienes son privativos o definitivamente gananciales⁴².

4.1.1. *Momento en el que opera y aspectos sobre los que recae la presunción*

Es opinión pacífica que la presunción de ganancialidad se refiere a situaciones de hecho, pero no atañe a cuestiones jurídicas. No tiene ninguna fuerza cuando lo que se discute es la naturaleza del negocio jurídico por el que un determinado bien fue adquirido, sino que despliega su fuerza cuando existen problemas de prueba, pues, como señala la R. de 13 febrero 1999: la presunción de ganancialidad no es título de atribución legal, sino simplemente un medio de prueba⁴³, ya que actúa cuando se sospecha que hubo alguna adquisición incluíble en la comunidad de gananciales, pero no se cuestiona la causa o naturaleza jurídica de tal adquisición.

La misma teoría mantiene De los Mozos⁴⁴, al tener en cuenta que la presunción del art. 1361 actúa frente a hechos, pero no frente a determinaciones legales, ni frente a la valoración jurídica de los hechos que a ella se oponen. Siendo doctrina tradicional que la presunción no es aplicable *in dubio iuris*, es decir, cuando se discute si un bien determinado por su naturaleza es ganancial o privativo, o cuando se discute sobre la naturaleza del negocio o acto que da lugar a la adquisición.

De este modo, el Código civil potencia la fuerza de la presunción sobre la masa ganancial, en perjuicio del patrimonio privativo⁴⁵. Esto es consecuencia de considerar a la comunidad ganancial como régimen legal supletorio de primer grado, y acorde con la idea de que los bienes comunes se hallan vinculados al levantamiento

⁴² PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo IV-1, Barcelona, 1967. Págs. 676-677.

⁴³ PEREÑA VICENTE, M. *Masas patrimoniales en la sociedad de gananciales: transmisión de su titularidad y gestión entre los cónyuges*. Dykinson, 2004. Pág. 30 Esta ya era la opinión de LACRUZ, J. L. *El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 447, y de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS *Comentario del Código civil*, dirigido por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, R. BERCOVITZ, L. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN y P. SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1991, p. 679.

⁴⁴ DE LOS MOZOS, J. L. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Tomo XVIII, vol. 2º, 2ª edición, Edersa, Madrid, 1999, pp. 283 y 284.

⁴⁵ Esta *vis atractiva* de la masa consorcial se pone de manifiesto en las RDGRN de 20 de enero de 1983, considerando tercero y las SSTs de 10 de noviembre de 1986, F.J. tercero, 8 de febrero de 1993, F.J., tercero, 2 de julio de 1996, F. J. cuarto, 24 de julio de 1996, F. J. cuarto, o 29 de diciembre de 2001, F.J. segundo.

de cargas familiares. Es evidente, que durante el matrimonio, por efecto de la presunción, muchos bienes privativos adquieren el carácter de gananciales (aunque pueda haber cierto crédito privativo sobre la comunidad por su importe). Estos bienes, ya comunes incrementan el activo del caudal común, pero no por eso habrá ganancias. Sólo las habrá cuando el activo supere al pasivo de la comunidad.

Respecto al momento en el que la presunción despliega toda su eficacia, se han planteado algunas dudas. Una es la relativa a si se aplica sólo durante el matrimonio, o también en el momento de la disolución del mismo. Lo que no ofrece lugar a duda es que cuando se quiere hacer uso de la presunción, habrá que demostrar que el bien reúne alguna de las condiciones que el Código civil exige para que sea privativo, es decir: o ha sido recibido a título gratuito por uno de los cónyuges, o ha sido adquirido por subrogación real en sustitución de un bien privativo, o antes del matrimonio o en virtud del principio de accesión. Y esto puede hacerse constante la comunidad de gananciales o a su disolución⁴⁶.

La opinión contraria se defiende por Vallet de Goytisoló⁴⁷, quien considera que la presunción de ganancialidad no puede tener la misma fuerza durante la comunidad de gananciales que una vez que se produce la disolución. El argumento que emplea es que mientras el matrimonio y el régimen está vigente, la presunción es provisional, cabe prueba en contra, sin embargo, en el momento de la disolución y liquidación de la comunidad, el carácter de los bienes se consolida y se hace definitivo.

Por tanto, la presunción es eficaz a favor de los acreedores de la comunidad conyugal, también a favor de los acreedores del cónyuge que no realiza la adquisición, a tenor del art. 1373, y del mismo modo, a favor de los acreedores del cónyuge no titular, porque el otro no podrá disponer a título oneroso, ni gratuito, sin consentimiento del consorte, ya que esa omisión será motivo para denegar la inscripción en el Registro.

En concreto, respecto a la situación de los acreedores, parece que los que sean de la comunidad están en situación de ventaja respecto a los acreedores personales de un cónyuge. Por ejemplo, cuando uno de ellos embarga, corresponde al cónyuge que no está personalmente obligado por la deuda la carga de probar que el bien embargado es privativo suyo. Por otra parte, tampoco hay que olvidar que esta presunción del artículo 1361 viene complementada por otra, la del artículo 1316 del Código civil, según el cual, se presume que los cónyuges están casados bajo el régimen de gananciales, en defecto de capitulaciones.

⁴⁶ Así lo pone de manifiesto DE LOS MOZOS, J. L., en Op. Cit. *Comentarios... vol. 2.* Pág. 286. Y ya, en su momento, LACRUZ, J. L. *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, cit., pág. 447, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil*, cit., V-1, pág. 356.

⁴⁷ VALLET DE GOYTISOLO, *En torno de la naturaleza de la sociedad de gananciales*, ADC, tomo XLIII, fascículo IV, octubre/diciembre de 1990, p. 1031.

En cambio, correlativamente, la presunción perjudica a los acreedores personales de un cónyuge, a quienes la Ley no permite perseguir el cobro de su crédito sino sobre los bienes privativos de su deudor, pues sobre los bienes comunes no podrá cobrar sino por la mitad correspondiente a dicho deudor (art. 1373)⁴⁸.

Otra de las cuestiones debatidas sobre el momento en el que opera la presunción es si sólo se aplica vigente el matrimonio, o también subsiste en caso de separación de hecho de los esposos. DE LOS MOZOS⁴⁹ a quien sigue buena parte de la doctrina, considera que la separación de hecho no es causa de extinción del vínculo matrimonial. Este subsiste, por tanto el aspecto relativo al régimen patrimonial de la pareja continúa, a salvo cualquier pacto que se haga en contrario. Y la presunción se extendería a los bienes que no sean personalísimos, e incluso a los de uso personal que cada uno conserve en su poder y que no estuvieran comprendidos en el artículo 1346.7 y 8 del Código. Por otra parte, la separación de hecho no provoca, por si misma, la disolución de la comunidad ganancial, siendo necesaria resolución judicial⁵⁰.

No obstante lo anterior, hay algunos ejemplos en la jurisprudencia en los que se ha suavizado el tenor literal del artículo 1392.3, ya que la libre y consentida separación de hecho, seria y prolongada, excluye la razón de ser de la comunidad de gananciales. Asimismo, una vez rota la convivencia conyugal, no tiene sentido reclamar por un cónyuge, derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso del derecho, al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos (STS de 24 de abril de 1999)⁵¹.

4.2. Caracteres de la presunción de ganancialidad

4.2.1. ¿Se trata de una norma imperativa o dispositiva?

Hasta el momento se ha explicado que la finalidad de la presunción contenida en el artículo 1361 es proporcionar cierta seguridad jurídica en aquellos casos en los que haya duda o incertidumbre sobre el origen de un bien y su correspondien-

⁴⁸ Así lo expone LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, Tomo IV, fasc. 2.º Madrid, 2005. Pág. 401. RAMS ALBESA, J. *La sociedad de gananciales*. Tecnos. Madrid, 1992. Pág. 155.

⁴⁹ DE LOS MOZOS, *Comentarios...* Op. cit. Pág. 286.

⁵⁰ GONZÁLEZ GARCÍA, J. *Curso de Derecho civil IV*, coordinado por F. J. SÁNCHEZ CALERO, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 200. Y en la jurisprudencia, SSTS de 8 de febrero de 1993 y 15 de julio de 1998.

⁵¹ Conforme a las SSTS de 27 de enero de 1998, F.J. tercero, SSTS de 13 de junio de 1986, F.J. segundo, 17 de junio de 1988, F.J. cuarto, 23 de diciembre de 1992, F.J. cuarto, 14 de marzo de 1998 F.J. cuarto, 24 de abril de 1999, F. J. quinto, 11 de octubre de 1999, F.J. quinto, 26 de abril de 2000, F.J. tercero.

te inclusión en alguna de las dos masas conyugales: la común o la privativa de alguno de los esposos. Por tanto, el precepto busca dar una solución legal, cuando en la práctica no hay datos ciertos sobre el carácter del bien en cuestión.

Esa idea hace que se cuestione el carácter imperativo o dispositivo de la norma. A juicio de ciertos autores, este precepto no se puede considerar que tenga un carácter imperativo ya que hoy se permite la contratación entre cónyuges, se consiente la modificación del régimen económico del matrimonio y se acepta la atribución conjunta de ganancialidad *ex art. 1355 C.c.*. En consecuencia, no queda sino postular la naturaleza dispositiva del precepto, que no puede prevalecer sobre lo voluntariamente pactado por los cónyuges (STS de 18 de mayo de 1992 F.J. primero).

A este respecto, no se observa en la actualidad ningún obstáculo para que los esposos acuerden en capitulaciones matrimoniales principios de presunción distintos del general de ganancialidad del art. 1361, con tal que dichos pactos respeten el límite establecido por el art. 1328 del Código⁵².

La postura contraria, considerar el carácter imperativo de la norma se mantiene, entre otros autores, por DE LOS MOZOS⁵³. Considera que aunque se permite la contratación entre cónyuges y ya no se sigue la regla de la inmutabilidad de las capitulaciones, la presunción de ganancialidad, por formar parte de la propia coherencia del régimen económico de la comunidad de gananciales, no pierde por ello su carácter de norma imperativa por razones sistemáticas, aunque hayan desaparecido aquellas prohibiciones, ya que la razón de su “*utilidad*” subsiste plenamente; mientras que, por otra parte, el régimen económico matrimonial es inmutable en el tiempo, mientras no se modifique de acuerdo con las normas establecidas al efecto (art. 1325), y el de gananciales subsiste, mientras los cónyuges no convengan un régimen distinto (art. 1392.4).

Sin embargo, lo dicho antes no es óbice para que los cónyuges, en capitulaciones matrimoniales, puedan modificar los efectos de la presunción de ganancialidad, respecto de determinadas clases de bienes, por su naturaleza mueble o inmueble o por razón de su situación, indicando su procedencia privativa.

⁵² La postura a favor del carácter dispositivo es mantenida por PÉREZ SANZ, *Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales*, AAMN, tomo XXVI, 1982, pág. 27. También por GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A.: *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*, Dykinson, Madrid, 2002, pág.105.

⁵³ DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil*, cit., T. XVIII-1, 2.a ed., Madrid, 1999, págs. 88 y ss. La misma opinión se compartía por A. DE COSSIO, *La sociedad de gananciales*, cit., pág. 48; CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil*, cit., V-1, págs. 355 y ss.; PUIG BRUTAU J., *Fundamentos de Derecho civil*, cit., IV-1, pág. 675; LACRUZ J. L., *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, cit., págs. 450-451, y Sentencia de 8 enero 1968.

4.2.2. *Relación de la presunción con la posibilidad de atribución de ganancialidad prevista en el artículo 1355 del Código civil*

Pasando a otro tema, es preciso poner en relación la presunción del artículo 1361, con la posibilidad que otorga el artículo 1355 del Código civil. Según este último, los esposos pueden, de común acuerdo, otorgar el carácter de comunes a los bienes que adquieran a título oneroso, durante el matrimonio, con independencia de la procedencia de precio o contraprestación, y de la forma y plazos en que se satisfaga. Siendo perfectamente posible, aplicado en sentido contrario, que por acuerdo puedan atribuir el carácter de privativo a un bien adquirido de la misma forma e idénticas circunstancias⁵⁴.

Una vez más, parece que el juego de autonomía de la voluntad conyugal tiene cierta prevalencia sobre el texto legal. Es evidente que si por acuerdo de ambos cónyuges, se confiere a un bien el carácter de ganancial, esta consideración es definitiva e irrevocable. No habrá lugar a dudas y por ende, pierde fuerza e incluso utilidad la aplicación de la presunción del artículo 1361⁵⁵.

Ahora bien, cabe pensar que ambos preceptos producen consecuencias diferentes. Es muy interesante el planteamiento que hace Olivares James⁵⁶. Para este autor, la estructura de la atribución de ganancialidad del artículo 1355.1, significa una de estas dos cosas:

⁵⁴ Estiman aplicable en sentido inverso el artículo, es decir, la asignación de carácter privativo De la CÁMARA ÁLVAREZ, M. *La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad*, ADC, tomo XXXIX, fascículo II, abril-junio de 1986, p. 430; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Comentario...*, cit., tomo II, pp. 667 y 668.

En cuanto a resoluciones: 2 de febrero de 1983 y 25 de septiembre de 1990. En contra de esta interpretación: GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. *La atribución voluntaria de ganancialidad*, primera edición, Montecorvo, Madrid, 1986, p. 133.

⁵⁵ RIVERA SABATÉS, V, Op. Cit. Pág. 70. Si bien considera este autor que, aunque la aplicación del artículo 1355 convierte en innecesaria la actuación del 1361 de igual texto sustantivo permanece incólume, no obstante, el vigor de la presunción de este último precepto, no en relación con la naturaleza ganancial del bien adquirido, mas sí respecto al origen del precio o contraprestación, que se presumirá ganancial mientras no se demuestre lo contrario.

Recogen lo innecesario de la aplicación del art. 1361, las STS de las SSTs de 30 de mayo de 1991, F.J. quinto, y de 8 de octubre de 2004, F.J. cuarto así como la RDGRN de 10 de enero de 1994.

⁵⁶ OLIVARES JAMES, J. M. “Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo artículo 1324 del Código civil”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXV (1982), pág. 311. Añade este autor que, esto es importante porque en este caso y en las relaciones frente a acreedores y legitimarios del patrimonio a cuya costa se adquirió el bien, el desplazamiento producido por la atribución deberá ser tratado como tal donación a los efectos del posible ejercicio de las acciones rescisorias si dichos terceros se consideran perjudicados en sus derechos.

- Si el precio o contraprestación es ganancial, la atribución fija con carácter definitivo lanaturaleza ganancial del bien objeto de adquisición, que de no existir tendría carácter meramente presuntivo conforme al artículo 1361.
- Si el precio o contraprestación es privativo, se ha producido por voluntad de los cónyuges un desplazamiento de bienes del patrimonio privativo al ganancial, alterando los efectos normales que se hubieran derivado de la estricta aplicación del principio de subrogación, recogido en el número 3 del artículo 1346.

Caso distinto es el del párrafo segundo de este mismo artículo 1355, pues en él, se establece una presunción que refuerza a la del artículo 1361, aunque el artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario no distingue entre uno y otro supuesto, acaso por considerarle manifestación tácita y no presunción. En una palabra, la aplicación del artículo 1355.1, excluye la del artículo 1361⁵⁷.

4.2.3. Presunción *erga omnes* y prevalente frente a otras

Otra de las características que ostenta la citada presunción en estudio es su alcance *erga omnes*. Esto significa que una vez que los esposos la utilizan, su eficacia se extiende tanto a las relaciones entre ambos, como a los efectos que pueda tener frente a sus causahabientes (acreedores o terceros adquirentes⁵⁸). La presunción a favor de la comunidad es general, no sólo en cuanto a los bienes, sino también respecto a las personas⁵⁹.

Por otra parte, esta presunción tiene la consideración de ser especial, de modo que prevalece frente a cualquier otra que tenga el carácter de general, y con la que tenga contradicción. En este sentido, se pueden señalar algunos ejemplos: así en una antigua Sentencia de 1 de marzo de 1929 ya se mantenía que, tratándose de bienes muebles, si bien el art. 464 C.c. contiene la presunción de que la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título, además de hallarse establecido por este Tribunal Supremo en varias sentencias que la presunción de carácter general, como lo es ésta, no puede admitirse que se oponga a una espe-

⁵⁷ Cf. BLANQUER UBEROS, R. *La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones*, AAMN, tomo XXV, 1981, p. 87; o DE LOS MOZOS, J. L.: *Comentarios...*, cit., tomo XVIII, vol. 2º, pp. 292 y 293.

⁵⁸ Indica, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario...*, cit., tomo II, p. 680), v. gr., que les conviene invocar la presunción a los terceros adquirentes de derechos sobre determinado bien, les serviría para cimentar la eficacia de los actos de administración o disposición, dado el caso de que dichos actos sólo resultasen válidos de ser los bienes gananciales.

⁵⁹ STS de 24 de julio de 1996 F.J. segundo.

cial, en la del presente caso precisa la adquisición de buena fe, cuya prueba falta y sería indispensable para destruir la presunción especial del art 1361 C.c.

La presunción del artículo 464 resuelve una cuestión de titularidad, pero no indica nada de a cuál masa patrimonial debe pertenecer: si a la ganancial o a la privativa⁶⁰, por tanto en este caso será de aplicación preferente el artículo 1361.

Otro ejemplo, ¿debe prevalecer la presunción de ganancialidad sobre la presunción de legitimación registral que se recoge en el artículo 38 de la LH? Si se piensa en una posible discordancia del Registro con la realidad extrarregistral, si el titular no figura con el correcto estado civil de soltero o casado, o bien no figura en qué régimen matrimonial está casado, no hay duda que debe prevalecer el texto del artículo 1361⁶¹.

En otro orden de cosas, cuando el artículo 448 del Código se refiere a la posesión en concepto de dueño, si se trata de uno de los cónyuges, se entiende que lo es como titular de un bien de carácter ganancial, por el juego de la presunción. Respecto al supuesto del artículo 359, que hace referencia a que las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario a su costa, y por tanto son suyas, mientras no se diga otra cosa, aplicado este extremo al objeto de estudio, se puede concluir que en el caso de una edificación, si no se logra probar a costa de quien se hizo, si del caudal común o privativo, debe interpretarse que lo edificado tiene carácter ganancial. Prevalece, una vez más el artículo 1361 por ser *especial*, frente al *general*.

4.2.4. Presunción *iuris tantum*

La presunción a favor del carácter ganancial de un bien es *iuris tantum*, lo que se sabe que en Derecho significa que es posible demostrar lo contrario, en cuyo caso, quedará desvirtuada, siendo la consecuencia que el bien, objeto de duda, será considerado privativo de uno de los cónyuges.

⁶⁰ Entendemos como dice PEREÑA VICENTE, M. Op. Cit. *Masa patrimoniales...* pág.36, lo que ocurre no es que, la posesión del 464 no tenga fuerza para desvirtuar la presunción de ganancialidad, sino que lo que en realidad ocurre es que se refieren a cuestiones diferentes: de una parte la posesión del 464 es título suficiente a favor de cualquiera de los cónyuges para vencer en una pretensión sobre la cosa poseída, pero por otra parte ese título no es suficiente para determinar que el bien sea privativo de ese cónyuge como tampoco lo es un título escrito referente a un inmueble en el que aparezca como único comprador uno de los cónyuges. En uno y otro caso el bien será presuntivamente ganancial siendo ambos títulos perfectamente válidos.

La misma opinión GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal*, Tecnos, Madrid 1987, p. 80. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Régimen económico del matrimonio*, Edersa, Madrid 1982, p. 199.

⁶¹ Sobre este tema opina PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Op. Cit., pág. 679 y 680, que si de los términos de la inscripción se colige que la presunción de gananciales fue oficialmente tenida en cuenta por el Registrador antes de que éste hiciera pronunciamientos registrales acerca de la índole privativa del bien, tendrá primacía la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

Son muchas las sentencias que se han pronunciado sobre la naturaleza *iuris tantum* y la admisión del hecho que demuestre la exclusividad del bien⁶².

A título de ejemplo, luego reiterada por otras, la STS de 24 de julio de 1996 considera que la presunción *iuris tantum* de que se trata “ha de aplicarse no sólo en las relaciones con los terceros, como argumenta la recurrente, sino también entre ambos cónyuges, como es el caso, y así ha establecido, y la doctrina jurisprudencial tiene declarada la necesidad de darse prueba en contrario suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento a la situación de privatividad, y, por tanto, no basta, para estimar el motivo que nos ocupa, que la Audiencia haya apreciado la existencia del «*indicios acusados*», pues la «*vis atractiva*» de la ganancialidad de los bienes, del actual artículo 1361, impone la exigencia de una prueba —no sólo de indicios— que reúna las características señaladas jurisprudencialmente, debiendo resolverse las situaciones dudosas, como la presente, en favor de la naturaleza ganancial de los bienes”.

En la Sentencia del 7 de abril de 1997, fundamento de derecho segundo. El Tribunal supremo establece que: “...efectivamente, el artículo 1361 del Código civil, que la parte ahora recurrente, estima infringido en la sentencia recurrida, establece una presunción de naturaleza «*iuris tantum*», es decir, que admite prueba en contrario, y así se desprende del contexto del referido precepto. En el presente caso, existe un bien inmueble ya delimitado, adquirido durante la existencia de un matrimonio que rige su aspecto patrimonial, por el sistema de la sociedad de gananciales. O sea, que en principio hay que presumir dicho bien como ganancial. Pero, ocurre, que esa presunción, como todas las de este ámbito, puede destruirse por cualquier clase de pruebas en contrario...”.

Por su parte, la Sentencia de 29 de septiembre de 1997, dice en su fundamento de derecho segundo que: “La presunción que el último párrafo del precepto establece, al reputar gananciales los bienes que se adquieren en forma conjunta y sin atribución de cuotas, es de naturaleza «*iuris tantum*», y por ello puede enervarse mediante prueba acreditativa de la voluntad contraria de los cónyuges otorgantes, como aquí ha sucedido y queda estudiado”.

¿A quién corresponde la carga de la prueba?, la respuesta no puede ser otra que al cónyuge que alegue la naturaleza privativa del bien, y pretenda ser titular del mismo, oponiéndose por tanto a la consideración del carácter ganancial. Esta legitimación puede extenderse a los herederos del cónyuge interesado y a sus acreedores.

En lo relativo al momento en el que se debe probar que el bien es privativo, es pacífica la opinión a favor de ser válido cualquier momento, y no necesariamente tiene que ser coetánea a la adquisición del bien, ni en su caso, anterior a su inscripción en el Registro de la Propiedad a favor del cónyuge titular. Esta opinión es

⁶² SSTS, 7 de abril de 1997, F.J. segundo, 29 de septiembre de 1997, F.J. primero, 19 de diciembre de 1997, F.J. segundo, 15 de julio de 1998, F.J. cuarto, 20 de julio de 1998, F.J. cuarto, 24 de septiembre de 1998, F.J. primero, 23 de noviembre de 1998, F.J. tercero, 15 de febrero de 1999, F.J. primero, 25 de septiembre de 2001, F.J. primero, o 27 de mayo de 2005, F.J. cuarto.

conforme con la regulación que hace el artículo 95 del RH, ya que “Se inscribirán como bienes privativos del cónyuge adquirente los adquiridos durante la sociedad de gananciales que legalmente tengan tal carácter”, añadiendo su número 2 que “El carácter privativo del precio o de la contraprestación del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública”. En los demás casos, los bienes se inscribirán como gananciales (art. 93.1 y 4) o presuntivamente gananciales (art. 94.1). Cuando el carácter privativo, en todo o en parte (art. 95.4 y 5), resultare sólo de la confesión del otro cónyuge, se hará constar esta circunstancia 23. Por último, tanto la confesión del carácter privativo de un bien, como su justificación, se hará constar por nota marginal (art. 95.6). Solo con relación a terceros de buena fe no podrá ser eficaz la prueba que se practique con posterioridad a la adquisición de su derecho por ellos⁶³.

Sobre este tema, abunda la Resolución de la DGRN de 5 de marzo de 1999, diciendo que: “...naturalmente, esta presunción puede destruirse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho, si bien, en el ámbito registral y a los efectos de obtener la inscripción del bien con el carácter de privativo, el artículo 95 del Reglamento Hipotecario exige que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública; la simple manifestación del adquirente de que emplea, para su adquisición, dinero privativo no es suficiente para destruir registralmente la presunción de ganancialidad. El hecho de que el adquirente haya enajenado con anterioridad un bien privativo prueba que un día existió en su patrimonio privativo una cierta cantidad de dinero pero no que sea ese dinero el que se está empleando ahora para la adquisición de otro bien”.

En orden a la admisión de datos que sirvan de modo fehaciente para probar que un bien no es presuntivamente ganancial, la jurisprudencia ha sido extensísima y muy prolija en la exigencia de ciertas condiciones que debe reunir. En este sentido, se ha dicho que la prueba tiene que ser suficiente, satisfactoria y concluyente, sin que valgan los meros indicios o simples conjeturas⁶⁴, y en la medida de

⁶³ Sobre esta cuestión, estima PUIG BRUTAU. Op. Cit. *Fundamentos de Derecho civil...* IV-1, págs. 676-677, que dada la finalidad de la publicidad registral, la prueba en contra de la presunción de ganancialidad ha de ser anterior a la adquisición del derecho por parte del tercero protegido, como ha reconocido la propia jurisprudencia, porque si tiene lugar después ya no puede perjudicarlo, sin embargo, en muchos casos, por el solo hecho de la inscripción, cuando el título es ambiguo, será difícil configurar la buena fe del propio tercer adquirente.

⁶⁴ La doctrina también se expresa en términos parecidos, así lo ponen de manifiesto PEREÑA VICENTE, M. Op. Cit. *Masas patrimoniales...* pág 37. LACRUZ BERDEJO, J. L., en *Elementos... IV*, op. cit., p. 260; DE LOS MOZOS, J. L., en *Comentarios...* vol. 2.º, op. cit., p. 287, aunque este se refiere a que la prueba ha de ser plenamente convincente solamente cuando se hace frente a acreedores. No opina de igual manera RAMS ALBESA, J., que entiende que debe darse el mismo valor a la prueba en todo caso, es decir, cuando se haga entre cónyuges o frente a terceros, sean legitimarios o acreedores, salvo en lo que se refiere al tiempo de dicha prueba. Vid. *La sociedad...* op. cit., p. 157.

lo posible, que se presenten documentos suficientes que demuestren la propiedad privativa del bien.

4.3. Destrucción de la presunción de ganancialidad: la confesión

Siendo la presunción objeto de análisis, *iuris tantum*, es posible prueba en contrario que demuestre que el bien no es ganancial⁶⁵. A tenor del artículo 1324, “*Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges*”.

No es momento para detenerse en la naturaleza jurídica de la confesión. Sobre esta cuestión se han seguido dos posturas: considerar que se trata de un negocio jurídico, o bien, que constituye una declaración de ciencia o conocimiento, por tanto, acto jurídico. En el completo trabajo de GADIVIA SÁNCHEZ se exponen ambas teorías: la primera es seguida por Messineo en Italia, según la cual se

Respecto a la Jurisprudencia, la mayoría de las sentencias emplean los términos de prueba *suficiente, satisfactoria, convincente, adecuada, expresa y cumplida, seria, rigurosa y fehaciente...*, 28 de octubre de 1965, 15 de junio de 1982, 8 de febrero de 1993, 10 de noviembre de 1986, 18 de julio de 1994, 24 de julio de 1996, 10 de marzo de 1997, 29 de septiembre de 1997, 24 de febrero de 2000, 22 de febrero de 2000, 25 de septiembre de 2001, STS de 26 de diciembre de 2002.

⁶⁵ La mayoría de la doctrina comparten la opinión de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS y consideran que como medios de prueba se admiten todos los previstos en Derecho, siendo el más eficaz la demostración de que el bien procede de un hecho adquisitivo que lo convierta en privativa. Entre los diversos tipos de prueba, la confesión es el previsto expresamente por el Código para este supuesto, en su artículo 1324. En, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid 1989, p. 222. La misma opinión, LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho civil*, Tomo 6º, Trivium, Madrid 1997, p. 211; DIEZ-PICAZO y GULLÓN en *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 8ª ed., Tecnos, Madrid 2001. p. 172, y O'CALLAGHAN, X. *Compendio de Derecho civil, T. IV*, Edersa, Madrid 2009, p. 157.

Hay una teoría que se aparta de la mayoritaria, seguida por ALCAÍN MARTÍNEZ, E. *La declaración de propiedad de bienes matrimoniales*. MCGRAW-HILL, Madrid 1996, p. 42, quien considera que la confesión no es suficiente, por sí misma, para desvirtuar la presunción de ganancialidad del art. 1361, lo que no implica que no tenga cierto valor probatorio. Dice esta autora que “la presunción del artículo 1361 C.c. no queda desvirtuada por la simple confesión del 1324 87. Y esto por dos razones: primera, que el artículo 1324 C.c. no tiene por objeto atribuir la condición de privativo a un bien, sino que se refiere a su titularidad, y, segunda, que las afirmaciones de los cónyuges no son por sí mismas suficientes para alterar la titularidad de los bienes”.

Otro autor, que ha estudiado en profundidad la confesión, GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal*, Tecnos, Madrid. 1987, p. 80, influido por la desconfianza existente antes de la reforma del año 1981, opina que la confesión es un medio idóneo para producir un fraude ya que puede encubrir una transmisión entre cónyuges, a título de donación. Esta circunstancia es posible, pero no se puede argumentar que sea lo habitual, siendo en la actualidad, completamente normal la contratación entre esposos.

trataría de un verdadero negocio; y la segunda, como declaración de ciencia, por Furno⁶⁶, quien consideraba que era un medio probatorio.

Compartimos la opinión de DE LOS MOZOS⁶⁷ en cuanto a considerar la confesión como acto jurídico probatorio, sirve para resolver la incertidumbre sobre la calificación de un bien, pero no es título suficiente para cambiar la naturaleza que tuviera dicho bien⁶⁸. También se decide por esta postura la STS de 19 de diciembre de 1999, F.J. segundo, y la R. 13 febrero 1999 ha entendido que la confesión de privatividad no se configura en nuestro Derecho como una declaración de voluntad sino como un medio de prueba.

Precisamente esa incertidumbre es un requisito exigido para que entre en juego la aplicación del artículo 1324⁶⁹. Se trata de un presupuesto para la aplicación del precepto, lo cual equivale a decir que la confesión ha de recaer sobre bienes de la sociedad conyugal cuyo carácter o titularidad no estén cumplidamente probados, por lo que se presumen comunes. Ahora bien, es preciso distinguir, según se trata de bien mueble o inmueble. En tema de inmuebles se debe tener en cuenta que el Registro de la Propiedad no sólo publica la titularidad formal, sino también la naturaleza privativa o ganancial. Por lo tanto, si en el correspondiente asiento de inscripción consta que el bien es probadamente privativo o ganancial, la confesión contraria no podrá tener acceso al Registro; sólo tendrá acceso cuando el bien al que se refiera esté inscrito como presuntivamente ganancial, por no haberse probado su carácter. Fuera

⁶⁶ FURNO, *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*, trad. Por Luis Sancho Mendizábal, EDERSA, Madrid. 1957, p. 25.

En nuestro país Díez-PICAZO opina que el artículo 1324, recoge ambas hipótesis, como negocio y como medio de prueba, en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid. 1984, p. 1513.

⁶⁷ DE LOS MOZOS, J. L. *Comentarios... vol. 2.º*, op. cit., p. 292. Dice este autor que: “La confesión, pues, es un acto no un negocio que en el juego ínter partes de los cónyuges tiene plena eficacia para determinar o fijar el carácter de los bienes, como privativos de uno de ellos, en razón a las intensas relaciones entre sus patrimonios y como un reconocimiento a la vinculación de los mismos como consecuencia de la existencia entre ellos de la sociedad de gananciales”. En el mismo sentido, CASTILLO TAMARIT, V. J. *Aspectos parciales de la reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales*, RDN, julio-diciembre 1983, pp. 7-47, p. 43.

⁶⁸ A juicio de ALCAÍN MARTÍNEZ, E. *La declaración de propiedad...* op. cit., p. 76: «Debemos rechazar el planteamiento de que, tras la confesión que haga un cónyuge, el bien cambia de titular y, por supuesto, la adquisición de carácter privativo. En primer lugar porque una declaración no siempre está contemplada en un negocio traslativo, que es el que determina el cambio en la titularidad del bien (si la confesión se ha producido al realizar un contrato de compraventa entre cónyuges, el cambio se ha producido por la compraventa, no por la confesión)”.

«Pero si en la adquisición del inmueble no se ha hecho la confesión de privatividad del precio y, en consecuencia, no se deduce aquella subrogación, cabrá hacer la subsanación de la escritura de compra (pongamos como ejemplo de contrato) correspondiente para incluir tal confesión y con ello obtener la rectificación de la inscripción que proclamaba la ganancialidad de la adquisición».

⁶⁹ Cf. GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., en *La confesión de privatividad...* op. cit., p. 75. También O'CALLAGHAN, X., *Compendio... T. IV*, op. cit., p. 157.

de este caso la confesión sólo podrá referirse al dinero que sirvió de contraprestación en la adquisición del inmueble, cuando el carácter de este no dependa del origen de aquélla, es decir, cuando la adquisición haya sido hecha en virtud de un derecho de retracto, cuando los cónyuges hayan ejercitado la facultad que se les reconoce en el artículo 1355 o cuando se trate de bienes adquiridos a plazos. Por otra parte, en el caso de la confesión se refiera al dinero con el que la adquisición se realiza, el bien, se convertirá en privativo por aplicación de la subrogación real que, en materia de bienes privativos, se consagra en el artículo 1346.3 del Código⁷⁰.

Por otra parte, la fuerza de la confesión se puede referir tanto a la titularidad del bien como a su carácter privativo. De hecho, en su mayoría, se referirá al carácter privativo del bien y no a la titularidad formal. Es decir, en aquellos supuestos en que el bien es adquirido por un cónyuge a título oneroso es evidente que el titular formal del bien es el cónyuge adquirente, pero si no se prueba el origen de la contraprestación este bien pasa a ser ganancial por aplicación combinada de la presunción de ganancialidad y del artículo 1347.3. En este caso, la confesión no prueba la titularidad, sino el carácter privativo del bien⁷¹.

Pasando a los efectos propios de la confesión, el objetivo prioritario es que el bien considerado presuntamente ganancial, deja de serlo y se convierte en privativo. De este modo, el bien pasa a regirse por las normas de administración y disposición de los bienes privativos⁷². La Sentencia de 13 de febrero de 1999 pone de manifiesto las dificultades existentes para aplicar íntegramente a estos bienes el régimen jurídico de los bienes privativos o de los gananciales y, consecuencia de ello es que a efectos del Registro de la Propiedad se inscribirán como privativos confesados creando, según la resolución, una indeterminación registral.

⁷⁰ Cf. OLIVARES JAMES, J. M^a. *Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo artículo 1324 del Código civil*, AAMN, t. XXV p. 279-326, p. 318.

⁷¹ PEREÑA VICENTE, M. Op, cit. Pág 42,43. Dice esta autora que respecto a la referida titularidad, entendemos que sólo cuando ésta no esté suficientemente acreditada podrá el artículo 1324 tener alguna incidencia a efectos de su prueba, pero, en ningún caso este precepto podrá operar un cambio en dicha titularidad, que sólo podrá tener lugar en virtud de un negocio jurídico traslativo.

Del mismo modo considera que si el esposo compra un bien mueble con su dinero pero no lo acredita en el momento de la adquisición, mediante la confesión de su mujer podrá probar la titularidad y el carácter privativo del bien e incluso, mediante la confesión del marido podría quedar acreditada la titularidad y el carácter privativo del bien que corresponde a su esposa si realizó la adquisición con dinero privativo de esta sin acreditarlo en su momento. Pero si existe un título de adquisición a favor del cónyuge adquirente mediante su confesión el bien no podrá pasar a la titularidad de la esposa, ya que un cambio de titularidad sólo es posible mediante un negocio jurídico debidamente causalizado, no correspondiendo a esta figura de la confesión dicho efecto.

⁷² Esta es la opinión dominante en la doctrina. Entre otros, CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la, en *La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia*, BIAGN, mayo 1986, pp. 5-186, p. 134; HERRERO GARCÍA, M^a J., en *Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 600. O'CALLAGHAN, X., *Compendio... T. IV*, op. cit., p. 157: "Se desvirtúa con ella la presunción de ganancialidad del artículo 1361".

En la Sentencia de 5 de marzo de 1999, se mantiene una postura intermedia porque entiende que la presunción opera entre los cónyuges, pero no para acreedores y legitimarios a quienes no puede perjudicar. En su fundamento segundo, dice que “*El alcance «erga omnes» de la presunción de ganancialidad, cuya desvirtuación requiere una prueba satisfactoria y, en su conjunto, suficiente... El limitado efecto de la confesión de privatividad que sólo opera en el ámbito interconyugal, sin perjudicar a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores comunes o de uno de los cónyuges, lo que implica que dicha confesión no es suficiente para desvirtuar la presunción de ganancialidad en perjuicio de estos*”.

Considero que sin lugar a dudas y siguiendo la teoría de que nadie puede ir contra sus propios actos, la presunción vincula a los cónyuges. Ahora bien, esto no significa que no puedan alegar un motivo de impugnación de su declaración si concurre causa suficiente para ello. En la Sentencia de 3 de octubre de 1987 se mantenía la doctrina de los actos propios, diciendo en su fundamento tercero que “la fuerza vinculante del acto propio (*nemine licet adversus sua facta venire*) estriba en ser éste expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar, o extinguir algún derecho o al explícito reconocimiento de una situación jurídica, generando una actitud desacorde con la posterior conducta del sujeto»... y en base al cual la Sala de instancia entendió correctamente, que la primitiva actora en este procedimiento Dña. R.S., contradecía sus propios actos, pues si consciente, voluntaria y reflexivamente el 2 de febrero de 1961, tomó, en compañía de su marido, todas las prevenciones razonablemente necesarias para que en el futuro no existieran dudas respecto a la naturaleza jurídica de la totalidad de los bienes matrimoniales (acta de rectificación de errores y testamento), su unilateral conducta posterior, en la liquidación de la sociedad conyugal y cuaderno particional de la herencia de su fallecido esposo y en esta demanda, representa una actitud totalmente desacorde con el reconocimiento primitivamente prestado que viola el concepto doctrinal al que nos estamos refiriendo⁷³. En último lugar, la confesión también se extiende a terceros que contraten con el cónyuge a quien la confesión favorece, ya que adquirido un bien entre ese cónyuge y el tercero, la adquisición es plenamente válida y eficaz, no siendo necesario el consentimiento del otro cónyuge “confesante”.

Cuestión distinta es la eficacia que tiene la confesión respecto a los legitimarios y a los acreedores, de cada uno de los cónyuges, o del caudal común. Conforme la redacción literal del artículo 1324, “...*tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de*

⁷³ La misma opinión de que nadie puede ir contra sus propios actos se recoge en la STS de 7 de abril de 1997. F.J. segundo. Sin embargo en la STS de 14 de julio de 1997, F.J. segundo, declaró que si no se incluyen bienes gananciales en en las operaciones liquidatorias de los mismos, ha declarado esta Sala, que carece tal circunstancia de intensidad jurídica suficiente para destruir la presunción de ganancialidad establecida, ya que ni siquiera constituye acto propio vinculante, pues procede en todo caso su complemento o adición.

la comunidad o de cada uno de los cónyuges”. Con este último párrafo el artículo indica que el acto en sí de confesar que un bien es del otro cónyuge, no debe afectar, ni perjudicar a los legitimarios, ni a los acreedores del cónyuge “confesante”, ni a los acreedores de la comunidad, o del que podríamos denominar “confesado” (aquél que recibe el bien como privativo, debido a la confesión). Algún autor ha estimado que la confesión respecto a los legitimarios debe producir las mismas consecuencias que si fuera una donación. Esto supone que en el momento del cómputo de la legítima debe incluirse el valor de la mitad del bien que fue objeto de la confesión. Si haciendo ese cálculo, la legítima resultara perjudicada, el legitimario podría utilizar en este caso la acción de reducción de una donación por ser inoficiosa, y de este modo, dejar sin efecto la confesión⁷⁴.

Por lo que se refiere a los acreedores, como es lógico el posible perjuicio sería sólo para los que fueran del cónyuge confesante, ya que entonces su reclamación se debería dirigir contra sus privativos o contra la parte correspondiente en su mitad de gananciales. Los acreedores del cónyuge que ha recibido el bien, merced a la confesión, resultarán claramente favorecidos.

La solución que se ha estimado más justa y eficaz es considerar que para los acreedores del cónyuge confesante, los bienes siguen siendo considerados “presuntivamente gananciales”, conforme al artículo 1361, y en este único supuesto, el precepto no queda desvirtuado por la confesión. De cualquier modo, los acreedores del cónyuge confesante podrán perseguir el bien pero sólo después de haber agotado todas las posibilidades, esto es, después de haber perseguido todos los bienes privativos del deudor y todos los gananciales, en el caso del artículo 1369, o la mitad, en el caso del 1373 C.c.⁷⁵.

5. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN EL DERECHO COMPARADO

5.1. Los distintos sistemas matrimoniales en Europa continental

En todos los países europeos se observa la existencia de un régimen legal y otros posibles entre los que los cónyuges pueden elegir libremente. Aunque hay

⁷⁴ Siguen esta teoría ÁVILA ÁLVAREZ, P. *El régimen económico...* op. cit., p. 1387: ¿En qué consistirá ese *no perjuicio* a los herederos forzosos? Pues sencillamente en la consideración de la confesión como una donación, con la consiguiente aplicabilidad del artículo 654 del Código civil, es decir que se considerará dentro de la masa hereditaria del confesante, al menos contablemente y acaso realmente, la participación que en el bien confesado o subrogado le correspondiera. Lo mismo, GIMÉNEZ DUART, T. en *La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981*, RDN, julio-diciembre 1981. p. 117, quien dice que, en realidad la posición de los legitimarios frente a la confesión es análoga a la que podrían adoptar frente a la donación.

⁷⁵ GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. *La confesión de privatividad...* op. cit., p. 200.

una gran variedad, es posible reducirlos a dos grupos, atendiendo la diferencia entre ambos a los efectos que el matrimonio produce sobre las relaciones patrimoniales entre cónyuges y a la titularidad sobre sus bienes.

5.1.1. Sistema de separación de bienes

En este caso, el matrimonio no cambia la situación de los cónyuges en relación con su patrimonio. Cada uno conserva la titularidad, disposición y administración de sus bienes. Tanto los ya habidos antes del matrimonio y que aporta, como los adquiridos con posterioridad.

Puede pactarse por los cónyuges que la separación de bienes sea absoluta: total independencia de patrimonios, o bien, puede haber separación relativa. En este último supuesto, la consecuencia es que en caso de disolución del vínculo se arbitran mecanismos legales para que el cónyuge más desfavorecido pueda obtener cierta compensación a cargo de los bienes del otro.

Si se opta por esta segunda solución, este sistema admite diferentes formas:

5.1.1.1. Comunidad de participación en las ganancias

Es la variedad seguida en Alemania (también se regula en España como régimen convencional).

Esta comunidad de participación en las ganancias en Alemania está pensada para ser un instrumento de reparto que proporcione una solución en caso de disolución del matrimonio. Se trata de calcular las ganancias obtenidas hallando la diferencia entre el patrimonio inicial conyugal y el final.

Una vez calculadas las ganancias obtenidas por cada cónyuge durante el matrimonio, se suman y se dividen entre dos. Esta es, por tanto, la ganancia a la que cada cónyuge tiene derecho, de modo, que el que tenga la mayor ganancia deberá pagar al otro la diferencia.

5.1.1.2. Comunidad de bienes “aplazada”

Es la propia de los países nórdicos y, a pesar de su denominación, se inscribe dentro de los sistemas de separación de bienes porque durante el matrimonio, los bienes de cada uno están completamente separados, sin embargo, en caso de disolución, cada miembro de la pareja tendrá derecho a la mitad del patrimonio neto actual del otro.

Es división igualitaria debe ser matizada: aunque normalmente la comunidad “aplazada o diferida” es universal, quedan fuera los bienes recibidos por donación o herencia respecto a los cuales se haya dicho expresamente que su titulari-

dad sea separada. Lo mismo en relación a cualquier clase de bien sobre el que se haya pactado esta circunstancia en capitulaciones.

El reparto igualitario sólo procede de modo obligatorio en el supuesto del divorcio, porque en otros casos, el Juez tiene suficiente arbitrio para señalar otro reparto cuando estime que existe cierta injusticia. Sin embargo, siempre teniendo en cuenta que la decisión del Juez sobre este asunto sería una excepción.

El problema reside en determinar cuándo se da esta injusticia. Por ejemplo, en Dinamarca solo se puede establecer un reparto no igualitario cuando la duración del matrimonio fue breve. En Suecia y Finlandia el criterio es más flexible ya que se permite la distribución desigual cuando las circunstancias de cada miembro del matrimonio lo aconsejen, para evitar una ventaja económica irrazonable o inapropiada. En Noruega se permite que cada cónyuge pueda excluir los bienes anteriores al matrimonio, y los posteriores, adquiridos de modo gratuito.

5.1.1.3. Participación en los gananciales

Constituye una variedad de las formas anteriores. Se aplica en Suiza y se distingue de la comunidad de gananciales en que, en esta, desde el principio se forman cuatro masas patrimoniales: los bienes privativos del marido, los privativos de la mujer, los adquiridos por el marido y los adquiridos por la mujer durante el matrimonio.

En el caso de disolución, se aplica una participación (en la ganancia) sólo en las adquisiciones nuevas, pero no en el patrimonio propio.

5.1.2. *Sistemas de comunidad de bienes: comunidad de gananciales*

La comunidad de gananciales es el régimen económico mayoritario que acogen casi todos los Ordenamientos europeos de inspiración romanista (Francia, Italia, España) y también los países del Este (Polonia, Chequia, Rumanía, Bulgaria, Hungría).

Según este sistema, hay tres masas de bienes: una común, formada por el conjunto de adquisiciones de los cónyuges durante el matrimonio y otras dos, privativas de cada uno de los esposos (son los aportados al matrimonio o los recibidos después a título gratuito). En algunas legislaciones también forman parte del patrimonio común los frutos derivados de los bienes comunes como privativos, como ocurre en España.

Con la comunidad de gananciales se establece también un doble sistema de administración y disposición de los bienes, lo que aumenta la complejidad de las relaciones internas y externas de los cónyuges. Por un lado, la necesidad de administración conjunta en el caso de la masa común, y por otro, la posibilidad de ejercicio individual respecto a los bienes cuya titularidad es privativa.

Y todo lo anterior, teniendo en cuenta las conexiones e interrelación entre ambas masas, ya que en el tiempo de duración del régimen surgirán deudas y créditos tanto a favor y/o en contra de la comunidad como para cada uno de los esposos.

5.2. Sistemas matrimoniales en los Ordenamientos del Common Law

Lo primero que llama la atención en las legislaciones que siguen el Common Law es la ausencia de un régimen económico concreto. La pareja no tiene que elegir entre una forma de comunidad o de separación de bienes. Al contrario, se sigue un criterio fáctico, consolidado por la situación personal de cada pareja.

En efecto, en Inglaterra, Gales, Austria, Nueva Zelanda, entre otros, los bienes de la pareja son los adquiridos constante matrimonio, incluso antes del mismo si la finalidad fue servir a la familia, como sería el ejemplo de la vivienda conyugal. Todos los demás bienes permanecen como privativos de cada uno.

En Austria, los bienes de uso ordinario y los ingresos de los cónyuges pueden repartirse, según criterio del juez, si entre ambos no hubo acuerdo sobre la distribución. Estas normas sobre el reparto de bienes se combinan con la regulación de la pensión por alimentos.

En Inglaterra, concretamente, no se conoce ningún régimen económico, existe una clara separación de bienes, salvo que los esposos hayan pactado una copropiedad.

En realidad, tampoco existe una definición de bienes privativos, sólo la procedencia de los bienes actúa como “pista” para lograr la igualdad y procurar los menores perjuicios.

En todos estos países, en caso de disolución del vínculo, el juez valora la situación del cónyuge más necesitado, el que puede quedar en desequilibrio patrimonial respecto del otro, y adopta las medidas oportunas que consistirán en una participación del más desfavorecido en el patrimonio del otro.

Para realizar esta atribución se tendrá en cuenta la necesidad de alimentos, la contribución que realizó cada uno al sustento de la familia, cuidado de la casa y al de los hijos. De este modo, se intenta conseguir un resultado justo y equitativo, con independencia del origen de los bienes y su titularidad.

Un caso especial es el de Escocia. En principio su legislación en el ámbito del régimen económico no se ajusta a los principios del Common Law, sin embargo, tampoco es posible incluirlo dentro de los países que siguen el Civil Law.

En Escocia, durante el matrimonio, cada uno conserva la titularidad, administración y disposición de sus bienes, los anteriores y los posteriores a la unión. En caso de disolución, el juez, haciendo uso de su discrecionalidad, podría repartir el denominado “marital acquest”, es decir, el conjunto de bienes adquiridos durante el matrimonio, incluidos eventuales derechos a una pensión (menos los recibidos a título de herencia o donación). No se incluyen en reparto los bienes prematrimoniales, salvo que en estos se encuentre la vivienda conyugal o el ajuar doméstico. Además, el juez podrá establecer pensiones que atenúen cualquier desventaja patrimonial con el fin de garantizar un resultado justo y equitativo.

En conclusión, todos los sistemas analizados tratan de modo diferente los bienes anteriores al matrimonio, ya que como no se han obtenido por el esfuerzo conjunto, no hay que compartirlos. Sin embargo, desde una perspectiva anglosajona, esos bienes no matrimoniales pueden llegar a “convertirse” y quedar sujetos al reparto, como ocurre casi siempre con la vivienda u hogar familiar.

De este modo, se desprende una cierta tendencia por parte de los Ordenamientos de Inglaterra y Gales a aproximarse a los de Europa continental.

Son tres los principios que se siguen a la hora de valorar las consecuencias económicas de un matrimonio y conseguir la justicia entre esposos: la necesidad, la compensación y el reparto⁷⁶.

5.3. La Comunione legale en Italia

En Italia, el *Codice Civile* de 1942, en su redacción originaria, regulaba la denominada comunidad de ganancias y adquisiciones como régimen convencional y podía pactarse antes o después del matrimonio (en el Código anterior, el pacto sólo podía hacerse antes). Se consideraba patrimonio común el formado por las adquisiciones realizadas durante la comunidad por cada uno de los cónyuges en virtud de cualquier título, incluso los beneficios obtenidos de los juegos de azar. Se excluían las ganancias derivadas de donaciones o sucesiones. También estaban incluidos los frutos derivados del resto de bienes privativos de cada cónyuge.

De igual forma, se permitía la coexistencia entre el régimen de la comunidad de bienes y el dotal, ya que los frutos de los bienes dotales cuya utilidad pertenecía al marido, ingresaban en la comunidad mientras coexistieran tales sistemas matrimoniales⁷⁷.

Destaca en este momento, la escasa aplicación de la comunidad de bienes, como lo demuestra la casi total ausencia de jurisprudencia en aplicación de la misma, en favor del régimen legal de separación de bienes y del sistema matrimonial convencional de la dote. En este sentido, como ejemplo cabe señalar que de 1940 a 1950 sólo el 4,1% de todas las capitulaciones matrimoniales realizadas recogieron la comunidad de bienes como régimen matrimonial, porcentaje que descendió en 1962 pasando al 4%⁷⁸.

⁷⁶ Vid. El completo estudio comparativo que hace sobre este tema SCHERPE, J. M. “Estudio comparativo del tratamiento de los bienes no matrimoniales, de su indexación y de sus aumentos de valor”. *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. www.Indret.com. Barcelona, 2014.

⁷⁷ BUSNELLI, F.D. “Comunione dei beni tra coniugi.” *Enc. Dir.*, t. VIII, 1961, p. 265.

⁷⁸ Datos tomados de SPINELLI, “Contro il regime legale della comunione dei beni tra coniugi”, en *La riforma del diritto di famiglia*. Atti del Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Giorgio Cini nei giorni 30 aprile - 1 maggio 1967, Padova, 1967, p. 119.

En realidad, todavía en esta etapa, el Código civil italiano regulaba con mucha dedicación el régimen dotal debido a la tradición romanista y al sentir de la sociedad.

Por otra parte, ante el silencio del legislador, se interpretaba que el régimen legal era el de separación de bienes. Así lo entendía la doctrina, tal régimen de separación de bienes resultaba únicamente de la imposibilidad de aplicar las reglas del régimen dotal por falta de constitución de dote. Por ello, sin régimen dotal, ni otro de carácter convencional, a la mujer había que aplicarle la regulación relativa a los bienes parafernales, lo que en definitiva, suponía la separación de bienes⁷⁹.

Con posterioridad y como consecuencia de la promulgación de la Constitución italiana en 1947, su artículo 29.2 recogía el principio de igualdad entre los cónyuges, y se hizo necesaria una reforma del Código civil, incluso considerando que las normas que se referían a la comunidad de bienes no podían entenderse inconstitucionales ya que se trataba de una libre elección de los esposos, y no una imposición del legislador⁸⁰.

Dicha reforma se produce por Ley de 19 de mayo de 1975, y por primera vez, se introduce la comunidad de bienes como régimen legal supletorio.

La reforma se inspira en un modelo de matrimonio que deja a un lado el principio de autoridad marital en la dirección de la organización familiar. De acuerdo con el principio de igualdad, el régimen legal se estructura como un modelo mixto de comunidad por dos razones: una, porque tiene las características propias de una comunidad de bienes matrimonial y, otra, porque al mismo tiempo, asume los rasgos propios de un régimen de participación en las ganancias⁸¹.

La mayoría de la doctrina estuvo de acuerdo en afirmar que esta regulación constituía un avance normativo en el seno de la familia. Sobre las razones que se dieron para justificar el cambio del régimen de separación de bienes al de comunidad de ganancias se argumentó la necesidad de dar actuación al principio de igualdad entre los cónyuges así como la consolidación del carácter comunitario de la vida familiar, lo que suponía en última instancia, el reconocimiento de la participación común de los cónyuges en la formación del patrimonio durante el

⁷⁹ DE RUGGIERO, R./MAROI, F. *Istituzione di Diritto Privato*, vol. I, Milano, 1955, p. 293. RHEINSTEIN, M./GLEDON, M. A. *Interspousal Relations*, en *International encyclopedia of comparative law*, vol. IV, persons and family, cap. 4, Tübingen-Alphen, 1980, p. 95.

Vid. Sobre esta cuestión la obra de BUSTOS MORENO, Y. B. "El pasivo ganancial en la relación interna". Alicante, 2001. Pág. 120 y ss.

⁸⁰ Según la opinión de SCHLESINGER, P. *Ibíd.* loc. cit., pp. 67-8; BUSNELLI, F. D.: *Ibíd.* loc. cit.

⁸¹ BUSTOS MORENO, Y. *Op. Cit.* Pág. 144.

matrimonio. Al mismo tiempo, se empezó a valorar el trabajo de la mujer en el hogar o en la empresa del otro cónyuge⁸².

Por otra parte, a tenor del texto italiano, parece que la comunidad carece de personalidad jurídica propia. No obstante, sobre la naturaleza jurídica de este régimen se han expuesto diferentes opiniones. Antes de la reforma, y partiendo de la comunidad convencional, se asimilaba más a una comunidad en mano común que a una de tipo romana⁸³. Después de la reforma, DE MARCHI⁸⁴, entiende que se trata de una cotitularidad de bienes entre esposos, diferenciándose claramente de la sociedad civil y de una comunidad ordinaria. Es significativo que Messineo⁸⁵ ya planteaba hace tiempo esta comunidad de bienes como un patrimonio colectivo de destino dotado de autonomía, y ahora, las posturas más recientes, siguen esta tesis y defienden la idea de patrimonio separado⁸⁶.

En virtud de la regulación vigente, la *comunione legale* italiana está formada por tres conjuntos patrimoniales:

- Los bienes que actualmente forman la comunidad que son los adquiridos constante matrimonio por ambos o individualmente por cada uno de ellos, excluyendo los bienes de carácter personal.
- Aquellos bienes que se incluyen solo en el momento de disolución de la comunidad, llamada comunidad de residuo o eventual. Se trata del ahorro que realice cada uno de los cónyuges que se derive del producto de los

⁸² CATAUDELLA, A. *Ratio dell'istituto e ratio della norma nella comunione legale tra coniug*, *Diritto di famiglia raccolta di scritti di colleghi della facoltà giuridica di Roma e di Allievi in onore di Rosario Nicolò*, Milano, 1982, pp. 301-3. También, *Comunione legale*, en *Sulla riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1973, pp. 259 y ss.; RUSSO, E. *Considerazioni sull'oggetto della comunione*, cit., pp. 378 y 384-5; BESSONE, M. La riforma del regime giuridico della famiglia e il suo programa di politica del diritto, IDFP, 1979, p. 835; BERNARDI, G. La responsabilità sussidiaria dei beni personali, en *La comunione legale a cura di C. Massimo Bianca*, t. II, Milano, 1989, p. 782; COSTI, R. *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1976, pp. 12-3; DE CUPIS, A. *Il diritto di famiglia*, Padova, 1988, p. 88; CARRARO, L. Il nuovo diritto di familia. Riv.dir.civ., 1975-I, p. 101; BESSONE, M./ALPA. G./D'ANGELO, A./ FERRANDO, G. *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1986, p. 114.

⁸³ DAINO, M. G. In tema di comunione coniugale e atti di disposizione da parte del singolo coniuge (a proposito di una sentenza della Corte costituzionale), RTDPC, 1990, pp. 269-70.

⁸⁴ DE MARCHI, "Natura e oggetto della comunione legale", en *Il nuovo diritto di famiglia. Contributi notarili*, Milano, 1975, p. 540.

⁸⁵ La natura giuridica della comunione coniugale dei beni, Roma, 1920, pp. 227 y ss.

⁸⁶ OPPO, G. "Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di familia", Riv. dir. civ., 1976-I, p. 113; SCHLESINGER, P. "Il regime patrimoniale della famiglia, Il nuovo diritto di familia". *Atti del convegno organizzato da Sinsacato avvocati e procuratori di Milano e Lombardia*, Milano, 1976, pp. 78-9; DOGLIOTTI, M. "Il regime patrimoniale della familia", Riv.dir.civ., 1984/I, p. 201.

En contra de la postura de patrimonio separado: BIANCA, "Il regime della comunione legale", en *La comunione legale* T. II, Milano, 1989, pp. 6-10.

frutos de los bienes privativos y los ingresos de la actividad profesional, siempre que no se hayan invertido en la compra de bienes.

- Y los bienes personales de cada uno de los esposos. Tienen esta consideración aquellos de los que cada uno era titular antes del matrimonio⁸⁷.

5.4. La comunidad de bienes en el Derecho alemán

A partir de la publicación del BGB, se unificó en todo el territorio alemán el régimen económico matrimonial. Del mismo modo que ocurrió en otros Ordenamientos, con la Constitución de Weimar, que estableció el principio de igualdad de derechos entre hombre y mujer, fue necesario acometer una reforma del Código en esta materia.

⁸⁷ Art. 179 del Código. *Bienes personales*. No constituyen objeto de la comunidad y son bienes personales de los cónyuges:

Los bienes de que el cónyuge era propietario antes del matrimonio o respecto de los cuales era titular de un derecho real de disfrute.

Los bienes adquiridos con posterioridad al matrimonio por donación o sucesión, cuando en el acto de liberalidad o en el testamento no se hubiera especificado que se atribuirían a la comunidad.

Los bienes de uso estrictamente personal de cada uno de los cónyuges y sus accesorios.

Los bienes que sirvan al ejercicio de la profesión del cónyuge, excepto los destinados a la explotación del establecimiento mercantil que forme parte de la comunidad.

Los bienes adquiridos con el precio de la transmisión de los bienes personales anteriormente mencionados o con su permuta, siempre que así se haya declarado expresamente en el acto de la adquisición.

Los bienes obtenidos a título de resarcimiento de un daño y las pensiones correspondientes a la pérdida parcial o total de la capacidad laboral.

Art. 177. *Objeto de la comunidad*. Constituyen objeto de la comunidad: las adquisiciones realizadas por ambos cónyuges, conjunta o separadamente durante el matrimonio, con exclusión de las relativas a los bienes personales.

Los frutos de los bienes propios de cada uno de los cónyuges percibidos y no consumidos a la disolución de la comunidad.

Los productos de la actividad separada de cada uno de los cónyuges si a la disolución de la comunidad, no hubieran sido consumidos.

Los establecimientos comerciales explotados por ambos cónyuges y constituidos después del matrimonio. Cuando se trate de establecimientos comerciales pertenecientes a uno solo de los cónyuges con anterioridad al matrimonio, pero explotados por ambos la comunidad recaerá únicamente sobre las utilidades y los incrementos.

Art. 178. *Bienes destinados a la actividad de la empresa*. Los bienes destinados a la actividad de la empresa de uno de los cónyuges constituida después del matrimonio y los incrementos de la empresa creada con anterioridad, se considerarán objeto de la comunidad sólo si existieran en el momento de la disolución de ésta.

Parece que la reforma del Derecho de Familia italiano por la Ley de 19 de mayo de 1975 influyó en la regulación que se dio a la sociedad de gananciales en España tras la reforma de 1981. Bustos Moreno, Op. Cit. Pág. 134.

En Alemania rige como régimen legal, como ya se apuntó, una variante de la separación de bienes, denominada participación de ganancias (zugewinnausgleich).

Es el régimen automático en defecto de capitulaciones matrimoniales que digan lo contrario.

Tras el matrimonio cada cónyuge conserva su “patrimonio anterior” al matrimonio, que consiste en el patrimonio neto del cónyuge al inicio de este régimen económico matrimonial una vez restadas las obligaciones existentes.

El patrimonio de cada cónyuge anterior al matrimonio y el patrimonio que cada cónyuge adquiriera tras el matrimonio por vía de sucesiones y/o donaciones no se convierten en “patrimonio común”.

Cada cónyuge administra su patrimonio de manera independiente con la salvedad de que cada cónyuge necesita la conformidad del otro para cualquier acto de disposición de la totalidad de su propio patrimonio. Hasta que el otro cónyuge preste su conformidad, el tercero afectado podrá revocar las actuaciones. A falta de la conformidad el acto de disposición será ineficaz.

El “patrimonio final” que pertenece a un cónyuge al finalizar este régimen es el resultado de haber añadido al “patrimonio inicial” las adquisiciones habidas durante la vigencia del régimen una vez descontadas las obligaciones existentes.

Al finalizar el régimen se cuantifican las ganancias patrimoniales de cada cónyuge una vez descontadas las obligaciones existentes. Si las ganancias de un cónyuge son superiores a las del otro, el cónyuge con menos ganancias o cónyuge “acreedor” tendrá derecho a percibir del otro cónyuge o cónyuge “deudor” la mitad del exceso.

El derecho del cónyuge “acreedor” surge con la finalización del régimen, es hereditario y transmisible, y prescribe a los tres años, si bien el cónyuge “acreedor” puede demandar la compensación de las ganancias con anterioridad a dicha finalización si el cónyuge “deudor” no ha cumplido en un tiempo con sus obligaciones económicas derivadas de la convivencia matrimonial de manera dolosa, o ha concluido un contrato sin la conformidad del otro, o ha reducido su patrimonio de manera contraria a los mandatos de la buena convivencia matrimonial, o le niega la información sobre su patrimonio.

En cualquiera de los casos de demanda de divorcio, de solicitud de disolución del matrimonio o de demanda de compensación de las ganancias “antes de tiempo” el cónyuge solicitante puede pedir que el otro cónyuge preste garantía cuando se tema que el comportamiento del “deudor” pueda poner en peligro el derecho a la compensación.

El cónyuge “deudor” puede negarse a compensar al otro si la compensación de las ganancias atendidas las circunstancias del caso fuera inequitativa.

El derecho del cónyuge “acreedor” a la compensación puede ser pospuesto por el Juzgado de Familia a instancia de parte y con la conformidad del cónyuge

“deudor”, dado que se devengan intereses e incluso el Juzgado puede decidir que el “deudor” preste garantía.

A petición del “acreedor” el Juzgado puede ordenar que el “deudor” transmita determinados objetos de su patrimonio al “acreedor”, cuyo importe será descontado del importe a que ascienda el derecho a la compensación.

El Código Civil español regula un régimen convencional que se podría equiparar al de “Zugewinnausgleich”, el régimen de participación, conforme al cual, cada cónyuge adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por el otro durante el tiempo de duración del régimen, y conforme al que cada cónyuge administra, disfruta y dispone libremente de los bienes que ya le pertenecían antes de contraer matrimonio y de los que adquiera después. Con la extinción del régimen se determinarán las ganancias por la diferencia entre los patrimonios finales y los iniciales de cada cónyuge. Si la diferencia entre los patrimonios final e inicial de los cónyuges da resultado positivo, el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge.

Lo expuesto no impide que en Alemania puedan los cónyuges pactar un régimen semejante a nuestra Comunidad de gananciales. Efectivamente, como regímenes con carácter contractual existieron, en su momento, la comunidad general de bienes, la comunidad de ganancias, y la comunidad de muebles.

En la comunidad de ganancias, la más próxima a los gananciales, se preveían cuatro masas patrimoniales: el patrimonio común, los bienes aportados por el marido, los bienes aportados por la mujer y los bienes reservados de ésta. El patrimonio común lo constituían las ganancias de los cónyuges durante el matrimonio, salvo que, por excepción se consideraran como un bien aportado de uno de los cónyuges. Se consideraba patrimonio *aportado* de los cónyuges todo lo que les perteneciera al iniciarse la comunidad de ganancias (§ 1520), lo que un cónyuge adquiriera durante el matrimonio por causa de muerte o en atención a un derecho hereditario futuro, por donación o como dotación (§ 1521). También obtenían esta calificación los objetos no transmisibles por negocio jurídico (el llamado patrimonio especial de la comunidad general de bienes § 1522), lo declarado como tal por contrato matrimonial (§ 1523) y los bienes subrogados, no los beneficios, de los bienes aportados (§ 1524). Por último, el patrimonio reservado de la mujer, estaba formado por los bienes que se declararan como tal en virtud de contrato matrimonial.

Posteriormente, con la reforma de 18 de junio de 1957, se lleva a cabo una completa y nueva regulación del régimen económico matrimonial. Es entonces cuando se instaura la participación de ganancias como régimen legal y al mismo tiempo, e prevén dos regímenes convencionales: el de separación de bienes y la comunidad de bienes.

Con esta reforma, desaparece la antes denominada comunidad de ganancias. Uno de los motivos que se alegaron para defender la eliminación de la comuni-

dad de ganancias fue la complejidad en la regulación de aspectos tan importantes como la administración, representación, responsabilidad frente a los acreedores o la liquidación del régimen. Se consideraba que estas dificultades iban a aumentar cuando la comunidad de gananciales se adaptara al principio de igualdad porque la administración del patrimonio común sería conjunta, lo que implicaría que ambos cónyuges podrían comprometer de igual modo a la comunidad. Igualmente, se aducía que al liquidar la comunidad no resultaría fácil determinar qué masa estaba gravada en la relación interna debido a las excepciones al principio general según el cual las obligaciones del patrimonio común son también cargas del patrimonio común⁸⁸.

En opinión de Bustos Moreno⁸⁹, el espíritu de la comunidad de ganancias continúa presente en el actual BGB a través del régimen de la comunidad de bienes. En principio, esta consideración se pone de manifiesto a través de la lectura de algunos párrafos de la antigua comunidad de gananciales y la comunidad bienes, cuyo texto resulta prácticamente coincidente.

Sin embargo, existen unas diferencias si comparamos las masas patrimoniales: en la comunidad de bienes hay cinco patrimonios, y en la antigua comunidad de gananciales cuatro, que se reducen a tres en la actual configuración de este régimen en el Derecho comparado⁹⁰.

En conclusión, los cónyuges pueden optar en Alemania, mediante capitulaciones matrimoniales por la llamada “comunidad de bienes”, muy semejante a la comunidad de gananciales del Ordenamiento español.

En este caso, tanto el patrimonio del marido como el de la mujer existentes al inicio de este régimen como el patrimonio que el marido o la mujer adquieran durante la vigencia del régimen se convierten en patrimonio común.

Los “bienes privativos” no pertenecen al patrimonio común y serán administrados por cada cónyuge por cuenta del patrimonio común.

Los “bienes reservados de cada cónyuge” tampoco pertenecen al patrimonio común y serán administrados por cada cónyuge por cuenta propia.

La sociedad supone un vínculo mancomunado, conforme al cual ningún cónyuge puede disponer ni de su parte en el patrimonio común ni de cualquiera de sus componentes, ni puede pedir la partición.

⁸⁸ Esta es la interpretación de DÖLLE, H. *Errungenschaftsgemeinschaft – gesetziicher Güterstand*, JZ, 1953, p. 618-19. A favor de este argumento cabe citar a HANISCH, H.: “Le régime matrimonial légal du B.G.B.”, en Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, H.-A., *L'évolution contemporaine du droit allemand. Mariage et famille en question*, Lyon, 1980, p. 87; HENRICH, D.: *Ibid.*, p. 251; THIELE, W., en STAUDINGERS, J., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch IV, Berlin, 1985, p. 8.

⁸⁹ BUSTOS MORENO, Y. *Op. Cit.* Pág. 179.

⁹⁰ NAKE, A. *Der spanische gesetzliche Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft mit vergleichenden Ausführungen zum deutschen Recht*, Frankfurt am Main, 1996. Pág. 210.

Los ingresos en el patrimonio común se aplicarán a los gastos de mantenimiento de la familia antes que los ingresos procedentes de los bienes reservados.

Los cónyuges deberán estipular en las capitulaciones quién administrará el patrimonio común: el marido, la mujer o ambos. A falta de pacto ambos serán los administradores.

Dentro de este régimen es posible que el patrimonio común lo administre bien uno sólo de los cónyuges, bien ambos cónyuges.

5.5. La comunidad de bienes gananciales en el Derecho francés

En la redacción originaria del Código civil francés en 1804, se estipulaba como régimen legal el de comunidad de muebles y gananciales y como régimen convencional la comunidad de bienes gananciales.

Las diferencias eran: el primero estaba constituido por los bienes inmuebles adquiridos a título oneroso vigente el matrimonio y por todos los bienes muebles. Por tanto, quedaban fuera de la comunidad los inmuebles de los que eran propietarios antes de casarse y aquellos que recibían después a título gratuito (donación, sucesión).

Si bien, los frutos y rendimientos de unos y otros, incrementaban el caudal común.

En el segundo régimen, comunidad de bienes gananciales, no se incluían los bienes muebles ni anteriores ni posteriores a la unión.

Por otra parte, a semejanza de otros Ordenamiento europeos en esa época, el marido tenía una posición de preeminencia respecto a la esposa. Considerado el cabeza de familia, era el que administraba el patrimonio y el autorizado a contraer obligaciones en nombre de la comunidad. La mujer no comprometía a la comunidad conyugal, salvo que se demostrara que actuaba con permiso del marido⁹¹.

Con la Ley de 13 de julio de 1965 se produce una primera reforma del Código y con ella se establece como régimen legal el de comunidad de gananciales⁹². La novedad de este texto fue que la mujer ya no podía renunciar a la comunidad, resultando obligada respecto al pasivo conforme a las mismas reglas que se aplicaban al marido.

Con posterioridad, y de modo análogo con otros países europeos, aunque más tarde, se dicta la Ley de 23 de diciembre de 1985 cuyo objetivo prioritario era instaurar la efectiva igualdad entre hombre y mujer. De hecho, la mayor repercusión de esta ley fue en las relaciones de los cónyuges con los acreedores, es decir, en sus re-

⁹¹ Sobre la evolución de la normativa, COLIN, A. y CAPITANT, H. *Curso elemental de Derecho civil*. Tomo IV. Trad. De Buen, Madrid, 1955. Pág. 208.

⁹² Comenta con detalle el cambio de régimen CHOTEAU, "La réforme des régimes matrimoniaux". Paris, 1950. Pág. 455 y ss. ESMEIN, P. "Les principales innovations dans le droit de gens mariés par la loi du 13 juillet 1965. Gaz Pal. 1965. Págs. 86 y ss.

laciones externas. Es en esta esfera externa donde se afirma que, como consecuencia de la imposición del principio de igualdad entre los cónyuges a través de la Ley, el marido y la mujer van a administrar conjuntamente la comunidad, por lo que ambos la podrán obligar. Se permite a los acreedores de un cónyuge, cuya deuda es anterior al matrimonio, perseguir además de los bienes propios de su deudor, sus ingresos.

En la medida que una parte importante de los ingresos de un cónyuge pertenecen a la comunidad ganancias y salarios, que son los ingresos de los bienes propios ahorrados, es lógico, tratándose de pagar una deuda personal, que la comunidad tenga un derecho de recompensa.

Las recompensas no pueden ser exigibles durante la aplicación del régimen matrimonial. Estos derechos de reintegro ingresan en una cuenta que es indisponible constante la comunidad legal hasta la disolución de ésta. Sólo en el momento de la liquidación el saldo de la cuenta debe hacerse efectivo. La liquidación de las recompensas se realiza en los términos que previene el Code civil, salvo que los cónyuges hayan dispuesto la renuncia a la exigibilidad de determinados créditos o hayan estipulado un modo distinto de cálculo. Es importante puntualizar que este carácter dispositivo de la normativa de las recompensas sólo es predicable tras la disolución del régimen matrimonial y en el curso de la liquidación, pero no durante la vigencia de la comunidad conyugal, pues durante ese periodo rige el principio de inmutabilidad del régimen. Algún autor opina, además, que el saldo puede ser susceptible de prescripción desde el momento en que la partición se solicita⁹³.

El pasivo y su estructura no dependerán ahora directamente del ámbito de poder de cada esposo, puesto que estos son idénticos, sino de la fuente de procedencia de los bienes comunes. Además, debido a la independencia profesional de los cónyuges, se excluyen los ingresos profesionales de cada uno de ellos de la garantía de los acreedores del otro cónyuge⁹⁴. Las soluciones de esta nueva ley se aplicarán a las deudas que se adquieren en fecha posterior a su entrada en vigor, mientras que las anteriores quedan sujetas a la normativa existente antes.

5.6. Particularidades del régimen económico en el Derecho inglés

Precisamente lo más peculiar del Derecho inglés (incluyendo Gales) es que no existe una comunidad de bienes. En realidad no existe un régimen económico del matrimonio, tal y como es entendido en el Derecho continental. El matrimonio, por sí mismo, no produce ningún cambio en el patrimonio de los contrayentes,

⁹³ GRIMALDI, M. "*Techniques des liquidations et partages des communautes et successions*". Sujet 1^o Annales du diplôme supérieur du notariat, 1995/96. Paris, pág. 26. Opinión compartida por BUSTOS MORENO, Y. Op. Cita. Pág. 104.

⁹⁴ Así lo explica BUSTOS MORENO, Y. Op. Cit. Pág. 84. En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, A. "La reforma francesa de los regímenes económicos matrimoniales por la Ley de 23 de diciembre de 1985". Págs. 536 a 539.

por tanto, cada uno conserva la titularidad de aquellos bienes que aporta a la unión, así como los que vaya adquiriendo con posterioridad. Esto hace que, en ocasiones, se haya dicho que rige una separación de bienes, pero la realidad es que, salvo pacto, los cónyuges no ven modificada su situación económica⁹⁵.

Esto implica una amplia discrecionalidad del juez a la hora de determinar los efectos económicos del matrimonio en caso de disolución. Para conseguir la oportuna equidad se siguen una serie de criterios denominados “*ancillary relief*”, dirigidos a obtener la liquidación de los efectos económicos del matrimonio. Con esta expresión se hace referencia al conjunto de normas que los tribunales tienen en cuenta para adoptar las medidas oportunas en caso de ruptura matrimonial, sin cubrir los aspectos relativos a los menores.

Esta aparente libertad y discrecionalidad judicial tiene ciertos límites que vienen impuestos de dos formas:

- Por la ley que regula los procesos de divorcio, Matrimonial Causes Act. 1973.
- Y por las propias matizaciones que hace la jurisprudencia inglesa (case law), que procuran llevar a cabo un reparto igualitario de los bienes en caso de divorcio, salvo que exista justa causa para apartarse de dicho principio.

Respecto a la mencionada Ley, la Sección 25 establece una serie de factores que deben tenerse en cuenta:

- «a) *los ingresos, capacidad adquisitiva, propiedades y otros recursos financieros que cada una de las partes del matrimonio tuviera o pudiera adquirir previsiblemente en el futuro, incluyendo en el caso de capacidad adquisitiva, cualquier incremento en dicha capacidad que pudiera ser, en la opinión de los Tribunales, razonable esperar que una de las partes del matrimonio realizara;*
- b) *las necesidades financieras, obligaciones y responsabilidades que cada uno de los miembros del matrimonio tenga o pueda tener en el futuro;*
- c) *el nivel de vida disfrutado por la familia antes de la ruptura del matrimonio;*
- d) *la edad de cada una de las partes al casarse y la duración del matrimonio;*
- e) *cualquier incapacidad física o psíquica de cualquiera de los miembros del matrimonio;*
- f) *las contribuciones hechas por cada una de las partes o las que pudiera hacer en el futuro para el bienestar de la familia, incluyendo cualquier contribución para el mantenimiento del hogar o el cuidado de la familia;*

⁹⁵ Curiosamente, éste no fue siempre el criterio, pues cambió a partir de la promulgación de la Ley de Propiedad de 1925, cuya sección 37 dejó sentado que:

«*El marido y la mujer, a los efectos de adquisición de cualquier participación en propiedad, en virtud de una disposición ya hecha o que se llevara a efecto después de la entrada en vigor de esta Ley, serán tratados como dos personas distintas*».

- g) *la conducta de cada una de las partes, si dicha conducta fuera en opinión del Tribunal injusto no considerar;*
- h) *en el caso de procedimientos de divorcio o anulación del matrimonio, el valor para cada una de las partes del matrimonio de cualquier beneficio que, como consecuencia de la disolución del matrimonio, la parte perdiera la posibilidad de adquirir».*

En cuanto a los Tribunales ingleses, no tienen ningún reparo en transmitir bienes de un cónyuge a otro o de una parte a otra, y ello incluye hasta las pensiones de jubilación. Un Tribunal inglés no tiene ningún problema en transmitir la titularidad de una propiedad recibida por herencia por una de las partes a la otra si lo considera necesario. El hecho de quién sea titular del bien es irrelevante a efectos prácticos⁹⁶.

Además, los Tribunales ingleses tendrán en cuenta la jurisprudencia, en particular las decisiones de la Casa de los Lores que es el más alto Tribunal del Reino Unido. En concreto, en caso de separación o divorcio, las partes deberán cumplimentar un formulario, y hacer una relación de todos sus bienes y derechos, ya sean adquiridos con anterioridad al matrimonio, durante la vigencia del mismo, o que esté previsto adquirir en un futuro. Todos estos bienes y derechos forman el llamado «saco matrimonial», cuyo contenido el Juzgado ha de distribuir entre las partes.

El principal factor a tener en cuenta en la mayoría de los casos son las necesidades de la familia más que las contribuciones de los cónyuges (que en la mayoría de los casos modestos será prácticamente irrelevante). No se tiene en cuenta, especialmente, ni resulta vinculante, ni relevante el origen o procedencia de los bienes.

Esta tendencia es la que se ha seguido en diferentes causas, por ejemplo, *Charman vs Charman*, 2007, respecto al cual, el tribunal de apelación inglés declaró: “...entendemos que “el principio de reparto” significa que los bienes deben ser repartidos en proporciones iguales a no ser que exista una buena razón para apartarse de ese criterio...”.

Por tanto, curiosamente, parece que en la práctica se sigue un procedimiento parecido al de la comunidad de bienes española. Sin embargo, no es comparable la gran capacidad discrecional con la que cuenta el juez inglés para determinar el reparto de bienes, frente a la actuación más limitada del juez español, que está obligado a respetar el carácter de los bienes: privativo o ganancial, o la especial normativa de la vivienda conyugal.

Por último, hay que señalar que, en los últimos años, y a partir de algunas decisiones de la jurisprudencia inglesa, se ha venido distinguiendo entre propiedad

⁹⁶ COOPER, L. y CARRILLO MARTÍN, S. “La existencia o no de regímenes matrimoniales en Inglaterra y Gales” *A.C. Portal de Revista*, 2013. Pág. 3.

matrimonial y privativa de los cónyuges. Se han propuesto por algunos jueces dos planteamientos sobre los bienes conyugales:

- El primero, es más convencional, no es partidario de poner límites a la libertad del juez para decidir, porque considera que los conflictos de derecho de familia son tan diferentes que no es posible fijar unos principios semejantes para todos.
- El segundo, sin embargo, defiende limitar la discrecionalidad judicial, porque se parte de que los bienes no matrimoniales no deben ser objeto de reparto, a salvo siempre de criterios de justicia o equidad, porque algún miembro de la pareja y sus circunstancias lo aconsejen⁹⁷.

5.7. ¿Es posible una futura unificación del régimen económico matrimonial en la Unión Europea?

Desde hace más de dos décadas se está intentando avanzar en un proceso de unificación normativa europea. En este camino se han encontrado algunos obstáculos, lo que ha implicado que la consecución del objetivo es lenta y requiere gran esfuerzo. Si esta impresión es la que se desprende de materias como el Derecho de obligaciones y contratos, cuyos trabajos para conseguir esa unificación están muy avanzados, el ánimo desciende mucho más en la parte relativa al Derecho de Familia, donde los problemas son más específicos y delicados.

No obstante, algo se ha iniciado por parte de Organismos internacionales. La realidad demuestra que hay cierta intención de aproximación e interpretación, si quiera espontánea, entre los Ordenamientos de la Unión Europea. Es cierto que las legislaciones sobre familia se ven influidas entre sí por estudios comparativos, que suelen ser previos a cualquier reforma legislativa, y que en algunas materias ya se van imponiendo. Y ello a pesar del argumento en sentido contrario sobre las diferencias entre los sistemas de *civil law* y *common law*⁹⁸. Con buen criterio, opina Vaquer Aloy⁹⁹, que las distancias entre las dos grandes tradiciones jurídicas occi-

⁹⁷ A favor de la segunda de las posturas expone sus argumentos SCHERPE, J. M. Op. Cit. Pág. 19.

⁹⁸ Esta es la opinión de LEGRAND, "Against a European civil code", p. 56.

⁹⁹ VAQUER ALOY, A. "La vocación europea del Derecho civil". La Ley. 2002 Pág. 146. Entre otros, ZIMMERMANN, R. "El carácter europeo del derecho inglés", en id., *Estudios de Derecho privado europeo*, pp. 161 ss.; HELMHOLZ, R. "Continental law and Common Law: Historical Strangers or Companions?", *Duke Law Journal*, 1990, pp. 1207 y ss.; REINMANN, M. "Who is afraid of the common law? Kontinentaleuropäisches Recht und Common Law im Spiegel der englischen Literatur seit 1500", *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, 1999, pp. 357 y ss.

Sobre lo que se afirma en el texto, VAQUER ALOY, A. "El retraso desleal en el ejercicio de los derechos. La recepción de la doctrina de la *Verwirkungen* la jurisprudencia española", *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999/2, pp. 89 y ss.

dentales no son siempre insalvables, y que a veces bajo distintas denominaciones laten principios jurídicos plenamente compatibles. En efecto, no todo el derecho inglés es *case law*, sino que especialmente en la segunda mitad de este siglo han proliferado las leyes formales aprobadas por el correspondiente legislativo (*statutes*). Y, en sentido inverso, a nadie se le escapa la trascendencia en los países continentales de la jurisprudencia en la interpretación y en la aplicación del derecho.

Todo lo anterior es lo que se ha dado en llamar *soft law*, y constituye un eficaz mecanismo de armonización sobre todo en el derecho de familia, donde el creciente papel que realiza la jurisprudencia debe prevalecer para considerar, al menos, que las legislaciones europeas no están tan distanciadas, sino que se mezclan y complementan en muchas ocasiones.

En el ámbito de las relaciones personales es preferible seguir criterios flexibles y abiertos, recogiendo la intensa actividad jurisprudencial y formulando grandes principios, sin descender a particularidades.

5.7.1. Situación normativa actual en el Ordenamiento comunitario

Aunque había algún precedente en materia de Derecho de Familia, uno de los pasos más importantes fue la adopción por parte del Consejo del Reglamento de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil. A partir de ese momento se han venido sucediendo diferentes proyectos y propuestas que muestran la preocupación del Derecho comunitario en este ámbito. Como ejemplo, el Reglamento del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de sentencias en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

En realidad uno de los principales escollos para la armonización es el tema de la competencia que tiene la Unión para legislar sobre este tema. Hay algunas manifestaciones de competencia en ámbitos cercanos relativos a política social, lucha contra la discriminación y cooperación judicial. Por otra parte, cabe la posibilidad de dictar normas materiales comunitarias de Derecho familia con base a principios como la creación de un estatuto del ciudadano europeo¹⁰⁰.

Considero que una posible solución pasaría por el intento de unificar los distintos criterios de los países miembros a través del *soft law* al que antes se ha hecho referencia. En este sentido, existen varias recomendaciones del Consejo de Europa apelando a los Estados miembros para incorporar o consolidar políticas familiares en su país. Por otra parte, del estudio de las resoluciones del TJCE, se pueden extraer ciertas tesis que promuevan un debate sobre materia familiar en

¹⁰⁰ Así lo manifiesta LLODRÁ GRIMALT, F. “*La armonización del Derecho de Familia en Europa: ¿Hacia una armonización de los regímenes económicos matrimoniales?*”. Primera ponencia en Les XIII Jornades de Dret Catala a Tossa.

los Estados miembros de la UE. Todo esto culmina en una especie de “armonización espontánea” del Derecho de Familia a través de la interpretación que se ha venido realizando de algunos artículos del Convenio europeo para la protección de los Derechos humanos y las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950¹⁰¹, y también de la intensa actividad de la doctrina en sus estudios sobre Derecho comparado.

Desde esta perspectiva, se comprende que para conseguir una posible unificación del Derecho de Familia el mejor camino no es el normativo, sino que es preciso realizar una comparación para poner de relieve los aspectos comunes, sin ocultar las diferencias, pero intentando fomentar los puntos de conexión y suavizar aquellos en los que no hay acuerdo.

La mayoría de los estudios consideran lo delicado que supone esta uniformidad ya que el Derecho de familia es la parte del Derecho privado que refleja unos principios, costumbres y culturas que se debe proteger y mantener.

Como formas de unificación se han propuesto:

- Elaboración de Convenios internacionales. Suele ser el medio más utilizado para unificar las normas de conflicto.
- Directivas, aunque sobre el Derecho de Familia la Unión desempeña un escaso papel.
- Leyes marco y leyes modelo, que influyan en el legislador nacional, a pesar de su carácter no vinculante.
- Recomendaciones, siendo el mecanismo de armonización más flexible.
- Armonizaciones espontáneas, a partir de estudios doctrinales de Derecho comparado y de las interpretaciones que se hacen de las resoluciones judiciales de los Tribunales Europeos¹⁰².

Esta sensación de dificultad de unificar el Derecho de Familia, comenzó a superarse en el año 2001, cuando se creó la Comisión permanente de Derecho de Familia Europeo, cuyo principal objetivo es el ejercicio de intentos de aproximación entre los diferentes Estados.

De modo paralelo a los trabajos sobre los Principios Europeos en materia de Contratos, esta Comisión pretende formular lo que serían Principios del Derecho Europeo de Familia. Evidentemente, serían conceptos genéricos, amplios y flexibles que facilitarían la armonización normativa.

¹⁰¹ Como ejemplo de trabajos para la “Europeización de Derecho de Familia” se pueden señalar: *Europaischen Familienrecht—Utopie oder Nowendigkeit*, de Dieter Martiny, 1995. Pags. 419-453, si bien el debate sobre la armonización del Derecho de Familia en Europa se enmarca en otro más amplio que trata sobre la armonización del Derecho privado en Europa.

¹⁰² LLODRA GRIMART, Op. Cit. Vid. Cita. 25.

No se puede desconocer las dificultades con las que se ha encontrado la Comisión en el momento de llevar a cabo esta empresa. Es evidente que en muchas materias familiares la legislación es tan diferente que incluso es casi imposible encontrar unos principios generales. No obstante, se comprobó que precisamente en materia de relaciones patrimoniales, concretamente en lo referente al régimen económico matrimonial es donde se podían encontrar puntos de conexión. No para establecer un único régimen matrimonial europeo, pero sí para reducir o limitar la multiplicidad de los existentes e intentar concretar algunos sobre los que luego cada legislador pudiera elegir el régimen legal aplicable en su país.

5.7.2. Armonización del régimen económico matrimonial en los países de la UE

Los regímenes económico-matrimoniales derivan de la existencia de relaciones de familia. De hecho, el régimen económico matrimonial, afecta a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y entre éstos y terceros. Sólo existe en virtud del matrimonio y desaparece con su disolución (por fallecimiento de un cónyuge, divorcio o separación).

El objetivo, desde un punto de vista comunitario, es establecer un conjunto completo de normas de Derecho internacional privado aplicables en materia de regímenes matrimoniales. Dichas normas deben ser idénticas a fin de garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad para los ciudadanos.

A esta finalidad responde el Reglamento del Consejo 2011/0059 que se refiere a la competencia judicial, la Ley aplicable y el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas en materia de regímenes matrimoniales. Sobre el concepto de régimen económico del que se parte, se considera que debe interpretarse de forma autónoma y abarcar tanto los aspectos de gestión cotidiana de los bienes de los cónyuges como los relativos a su liquidación como consecuencia de la separación de los cónyuges o del fallecimiento de un cónyuge.

Respecto a la Ley aplicable al régimen matrimonial, el Consejo estima que será la elegida por los cónyuges o determinada, a falta de elección, por otras disposiciones, y se aplicará al conjunto de los bienes de los cónyuges, muebles e inmuebles, con independencia de su localización. En la mayoría de los Estados miembros, la mayoría de los cónyuges no elige expresamente la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial, de ahí la importancia de prever disposiciones comunes a todos los Estados que permitan determinar la ley aplicable a estas situaciones. La lista de puntos de conexión objetivos, que se aplican jerárquicamente, permite identificar la ley aplicable y garantizar así la previsibilidad, tanto para los cónyuges como para terceros.

A título de ejemplo, para garantizar la protección de la vivienda familiar, el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la vivienda podrá imponer sus propias normas de protección de la vivienda familiar. Excepcionalmente, este Estado puede aplicar su propia ley a toda persona que viva en su territorio, con

«preferencia» respecto de las disposiciones de la ley normalmente aplicable o la ley del contrato de matrimonio de la persona celebrado en otro Estado miembro.

Respecto a terceros, si la ley aplicable al régimen económico matrimonial debe regir las relaciones jurídicas entre un cónyuge y un tercero, es conveniente, no obstante, que las condiciones de oponibilidad de dicha Ley puedan ser reguladas por la Ley del Estado miembro en que se encuentre la residencia habitual del cónyuge o del tercero, a fin de garantizar la protección de este último. Así, la Ley de este Estado miembro podría prever que el cónyuge sólo pueda oponer la Ley de su régimen económico matrimonial a un tercero si se cumplen las condiciones de registro o publicidad previstas en dicho Estado miembro, a menos que el tercero conociera o debiera conocer la Ley aplicable al régimen económico matrimonial.

En la actualidad, se sigue trabajando lenta y progresivamente por conseguir una reducción de las particularidades de cada sistema. El objetivo es que los cónyuges puedan elegir su régimen, pero los previstos, deben ser los mismos en toda Europa.

Como ya se ha expuesto en el epígrafe anterior, la evolución de cada uno de los regímenes económicos ha ido en una misma dirección. En todos se ha conseguido el trato igualitario entre hombre y mujer. El problema reside ahora en determinar cuál de los diferentes modelos debe ser tomado en consideración como punto de partida: la comunidad de ganancias o la separación de bienes.

Sobre este aspecto, se ha considerado que en la mayoría de los países predomina el sistema de comunidad, por lo que se piensa que es el que tiene mayores posibilidades para una uniformización. Al mismo tiempo, es un modelo que provoca importantes conflictos, tanto durante su vigencia, en lo que a la administración de bienes se refiere, como en el momento de su disolución y liquidación.

En cuanto a la administración, por la necesidad de contar con el acuerdo de ambos cónyuges en la realización de actos, y en materia de responsabilidad por deudas por las implicaciones que tienen ambos caudales, el común y el personal de cada uno de los cónyuges.

Se hace necesario ir incorporando cierta flexibilidad, es evidente, que las cuestiones domésticas, son muy “personales” y cada familia, en cada país, se mueve con arreglo a unos valores, costumbres y tradiciones arraigadas y difíciles de cambiar.

Sin embargo, nada impide la adopción de soluciones, como la aportada por el Derecho italiano. En éste, la *comunione dei beni* distingue entre *beni personales* y *beni comuni*. Este sistema ya se sigue también en España, Francia y Bélgica, y poco a poco se va tomando en consideración por la jurisprudencia británica. Al mismo tiempo, sería oportuno admitir la administración independiente y poner límites razonables a la responsabilidad conjunta¹⁰³.

¹⁰³ En este sentido, LLODRÁ GRIMALT. Op. Cit. Pág. 5.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCAÍN MARTÍNEZ, E. *La declaración de propiedad de bienes matrimoniales*. McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ J. A. *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio y régimen económico*, Cívitas, Madrid, 1988.
- ÁVILA ÁLVAREZ, P. *El régimen económico matrimonial en la reforma del Código civil*, RCDI, núm. 547.
- BERNARDI, G. La responsabilità sussidiaria dei beni personali, en *La comunione legale a cura di C. Massimo Bianca*, T. II, Milano, 1989.
- BESSONE, M. La riforma del regime giuridico della famiglia e il suo programa di politica del diritto, IDFP, 1979.
- BESSONE, M./ALPA, G./D'ANGELO, A./FERRANDO, G. *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1986.
- BIANCA. "Il regime della comunione legale", en *La comunione legale*, T. II, Milano, 1989.
- BLANQUER UBEROS, R. "La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones". AAMN, T. XXV, 1982.
- BONET R. "Los poderes dispositivos de la mujer casada en el Derecho común", en *Centenario de la Ley del Notariado*, vol. 11, Madrid, 1962, pág. 20.
- BUSNELLI, F. D. "Comunione dei beni tra coniugi," Enc. Dir., t. VIII, 1961.
- BUSTOS MORENO, Y. B. "El pasivo ganancial en la relación interna", Alicante, 2001.
- CÁMARA ÁLVAREZ DE LA, M. *La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad*, ADC, tomo XXXIX, fascículo II, abril-junio de 1986.
- *La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia*, BIAGN, mayo 1986.
- CARRASCO PERERA, A. "La reforma francesa de los regímenes económicos matrimoniales por la ley de 23 de diciembre de 1985".
- CARRARO, L. Il nuovo diritto di famiglia. Riv.dir.civ., 1975-I.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil*. Tomo IV. Derecho de Familia, 1976.
- CASTILLO TAMARIT, V. J. *Aspectos parciales de la Reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales*, RDN, julio-diciembre 1983.
- CATAUDELLA, A. *Ratio dell'istituto e ratio della norma nella comunione legale tra coniug*, *Diritto di famiglia raccolta di scritti di colleghi della facoltà giuridica di Roma e di Allievi in onore di Rosario Nicolò*, Milano, 1982.
- CHOTEAU. "La réforme des regimes matrimoniaux", Paris, 1950.
- COLIN, A. y CAPITANT, H. *Curso elemental de Derecho civil*. Tomo IV. Trad. De Buen, Madrid, 1955.
- COLLANTES DE TELLAN DE LA HERA, M. J. "Comunidad de gananciales capitulaciones matrimoniales en la codificación civil española", ADC, 1999.

- COOPER, L. y CARRILLO MARTÍN, S. “La existencia o no de regímenes matrimoniales en Inglaterra y Gales”. *A.C., Portal de Revista*, 2013.
- COSSÍO CORRAL, A. “La sociedad de gananciales”, en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*. Tomo 50. vol. I. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963.
- *Instituciones de Derecho civil*, tomo II, revisado y puesto al día por M. de Cossío y Martínez y J. León Alonso, primera edición, Cívitas, Madrid, 1988, p. 436.
- COSTI, R. *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1976, pp. 12-3; DE CUPIS, A.: *Il diritto di famiglia*, Padova, 1988.
- CUADRADO IGLESIAS, M. *La gestión en el...* op. cit.
- DAINO, M. G. In tema di comunione coniugale e atti di disposizione da parte del singolo coniuge (a proposito di una sentenza della Corte costituzionale), RTDPC, 1990.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN en *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 8.^a ed., Tecnos, Madrid, 2001.
- *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984.
- DE MARCHI. “Natura e oggetto della comunione legale”, en *Il nuovo diritto di famiglia. Contributi notarili*, Milano, 1975.
- DE LOS MOZOS. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Tomo XVIII, vol. 2.^o, 2.^a edición, Edersa, Madrid, 1999.
- DOGLIOTTI, M. “Il regime patrimoniale della familia”, *Riv. dir. civ.*, 1984/I.
- ESMEIN, P. “Les principales innovations dans le droit de gens mariés par la loi du 13 juillet 1965. Gaz Pal. 1965.
- ESPÍN CANOVAS, D. *Manual de Derecho civil español*, vol. IV, 8.^a ed., Edersa, Madrid, 1984.
- FURNO. *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*, trad. por Luis Sancho Mendizábal, EDERSA, Madrid. 1957.
- GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. “Cotitularidad y comunidad en mano común”. RCDI, 1946. págs. 145 y ss.
- GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852. Reimpresión, Zaragoza, 1974.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal*, Tecnos, Madrid 1987.
- *La atribución voluntaria de ganancialidad*, primera edición, Montecorvo, Madrid, 1986, p. 133.
- GIMÉNEZ DUART, T. en *La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981*, RDN, julio-diciembre 1981.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. *Curso de Derecho civil IV*, coordinado por F. J. Sánchez Calero, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. “La sociedad de gananciales: caducidad de un modelo” en *Propiedad y Derecho civil*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil, Madrid, 2006.
- “La naturaleza actual de la sociedad de gananciales”, *ADC*, 1992.
- GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*, Dykinson, Madrid, 2002.
- GRIMALDI, M. “*Techniques des liquidations et partages des communautes et successions*”. Sujet 1º Annales du diplôme superior du notariat, 1995/96, Paris.
- HANISCH, H. “Le régime matrimonial légal du B.G.B.”, en Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, H-A., *L’evoluzione contemporanea del diritto allemand. Marriage et famille en question*, Lyon, 1980.
- HELMHOLZ, R. “Continental law and Common Law: Historical Strangers or Companions?”, *Duke Law Journal*, 1990.
- HERRERO GARCÍA, Mª J. *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- HINOJOSA NAVEROS, E. “Sobre la condición de la mujer casada en la esfera del Derecho civil”. *Estudios de investigación*. Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1955.
- IZQUIERDO TOLSADA, I. *Tratado de Derecho de Familia*. (Volumen III). Régimen económico del matrimonio, Dykinson, Madrid, 2007.
- “Tratado de Derecho de Familia. Volumen II. Los regímenes económicos matrimoniales”, Madrid, 2011.
- LACRUZ BERDEJO, J.L.
- “La reforma del régimen económico del matrimonio”, *ADC*, 1979.
- “En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código civil”. *Estudios de Derecho civil*, Barcelona, 1958.
- “Derecho de Familia. El matrimonio y su economía. Tomo IV. Vol 1º”, Barcelona, 1963.
- *Elementos de Derecho civil*, Tomo IV, fasc. 2º Madrid, 2005.
- *El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963.
- LASARTE ÁLVAREZ. *Principios de Derecho civil*, tomo sexto, 4ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.
- LLODRÁ GRIMALT, F. “*La armonización del Derecho de Familia en Europa: ¿Hacia una armonización de los regímenes económicos matrimoniales?* Primera ponencia en Les XIII Jornades de Dret Catala a Tossa.
- MANRESA y NAVARRO. *Comentarios al Código civil español*, t. IX, 6ª edic. revisada por D. Miguel Moreno Mocholi, Madrid, 1969.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “*Curso de Derecho civil*” Tomo IV. *Derecho de Familia*”. Colex, Madrid, 2007.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. “*Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes*.” Colegios notariales de España, Madrid, 2003.

- MONTES PENADÉS, V. L. “Derecho de Familia”, en Montes Penadés y Roca Trías, E. (coords.) Valencia, 1997.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q. “Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la edición oficial”, T. XXI, Madrid, 1904.
- NAKE, A. Der spanische gesetzliche Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft mit vergleichenden Ausführungen zum deutschen Recht, Frankfurt am Main, 1996.
- O’CALLAGHAN, X. “Compendio de Derecho civil. Tomo IV. “Derecho de Familia”. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2009.
- OLIVARES JAMES, J. M. “Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo artículo 1324 del Código civil”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXV (1982).
- OPPO, G. “Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia”, Riv. dir. civ., 1976-I.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II. Madrid, 1991.
- *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1989.
- PEREÑA VICENTE, M. *Masas patrimoniales en la sociedad de gananciales: transmisión de su titularidad y gestión entre los cónyuges*, Dykinson, 2004.
- PÉREZ SANZ. *Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales*, AAMN, tomo XXVI, 1982.
- PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, vol. I, Bosch, Barcelona, 1967.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. “Evolución histórica de los derechos de la mujer”. *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres*, números 12-13. 1994-1995.
- RAMS ALBESA, J. y MORENO MARTÍNEZ, J. A. “El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)”, Dykinson. Madrid, 2005.
- *La sociedad de gananciales*. Tecnos, Madrid, 1992.
- RIVERA SABATÉS, V. “Acerca de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del C.c.”.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, E. “La naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales”. *RdP*. n. 6, 2001.
- RUSSO, E. *Considerazioni sull’oggetto della comunione*.
- SCHLESINGER, P. “Il regime patrimoniale della famiglia, Il nuovo diritto di famiglia”. *Atti del convegno organizzato da Sinsacato avvocati e procuratori di Milano e Lombardia*, Milano, 1976.
- SCHERPE, J. M. “Estudio comparativo del tratamiento de los bienes no matrimoniales, de su indexación y de sus aumentos de valor”. *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. www.Indret.com. Barcelona, 2014.

- SPINELLI. “Contro il regime legale della comunione dei beni tra coniugi”, en *La riforma del diritto di famiglia*. Atti del Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Giorgio Cini nei giorni 30 aprile - 1 maggio 1967, Padova, 1967.
- VAQUER ALOY, A. “El retraso desleal en el ejercicio de los derechos. La recepción de la doctrina de la *Verwirkungen* en la jurisprudencia española”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999/2.
- “La vocación europea del Derecho civil”, La Ley, 2002.
- VALLET DE GOYTISOLO. *En torno de la naturaleza de la sociedad de gananciales*, ADC, tomo XLIII, fascículo IV, octubre-diciembre de 1990.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Régimen económico del matrimonio*, Edersa, Madrid, 1982.
- ZIMMERMANN, R. “El carácter europeo del derecho inglés”, en id., *Estudios de Derecho privado europeo*.