

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO  
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXII

Febrero 1946

Núm. 213

## Notas sobre el régimen legal económico en el matrimonio

Ante cualquier institución de orden civil siempre se siente veneración, respeto y acatamiento. El hecho de venirse observando durante siglos una regulación determinada de las relaciones humanas supone un acervo de experiencia y un continuo contraste de la manera de pensar de un pueblo, que intimida a quien reflexiona sobre una posible reforma, y sólo queda justificado el intento crítico, si es sincero y no responde a afán de controversia o impulso impensado.

La labor crítica, por penosa que sea, no debe considerarse ajena a la incumbencia del jurista; la misión de éste no es solamente hermenéutica, como parece considerarse, sobre todo a partir de las Codificaciones. Al lado de la reforma técnica a que le lleva el estudio histórico, comparativo y dogmático de las instituciones, debe proponer la nueva pauta determinada por la variación de los hechos sociales, procurando aparezcan éstos siempre encuadrados dentro de la norma legal y reguladora.

En el Derecho civil hay instituciones cuyo origen y desenvolvimiento son obra de la técnica jurídica; ésta parte de conceptos apriorísticos, que, como dice Reinach, el Derecho encuentra ya creados y los desgrana en normas de deducciones lógicas, independientemente de la manera de pensar o de ser de cada comunidad. En este caso el Derecho, más que voluntad, es convicción que se impone. Exponente acabado de esta elaboración es la teoría de la representación, susceptible de una aplicación universal.

Pero otras instituciones responden a una particular intuición y determinada voluntad histórica a través del tiempo y del espacio; tienen un fondo consuetudinario, son la expresión del espíritu popular (Völkgeist, de la escuela histórica). Dentro de este marco aparecen la organización familiar y sucesoria. Cada país, tiene la suya propia, única, con muchas analogías que podamos encontrar con los demás. Incluso dentro de una nación puede existir diversidad legislativa, en este respecto, como ocurre en España. Aunque de curso lento, estas instituciones sufren una evolución paralela a la económica y social, a la cual deben responder.

Dos conductas primordiales pueden seguirse respecto de la regulación económico-familiar: o dejar esta materia al arbitrio de los interesados o imponer un sistema legal (bien directo o supletorio).

El sistema tradicional español, con excepción de Cataluña, ha sido el régimen legal impuesto en Castilla y supletorio en Aragón, Navarra y Vizcaya. El Código civil, encargado de recoger la tradición castellana, se aparta de ella al permitir la libertad de pacto como principio.

El régimen legal supone la homogeneidad de la materia regulada, en este caso, la economía familiar. Hasta tiempos relativamente recientes, la familia se concibe con una gran extensión: son los cónyuges, los hijos, los colaterales y ascendientes, incluso los criados; con el matrimonio se traban los lazos entre familias distintas y hay que respetar los intereses de cada una; por último existe una gran masa de clase servil que aparece adscrita a la familia de sus respectivos amos sin propia sustantividad y patrimonio. Tal es el tipo familiar en que se inspiran nuestras leyes.

Hoy la familia, oigamos a los filósofos, son los cónyuges y los hijos (Keyserling); son los que viven bajo un mismo techo, unidos entre sí, con relación jurídica, según los juristas (Stolfi). El tipo de familia patriarcal aristocrática tiende a desaparecer, y como un nuevo hecho se presenta la familia rural independiente y la urbana, desenraizada del suelo (1). La aspiración de los nuevos tiempos es crear una fuerte economía agraria a base del paulatino trán-

(1) En la misma distinción se inspira Roca Sastre, para propugnar la necesidad de diferenciar un doble régimen, urbano y rural, en las materias de derecho sucesorio, en su conferencia de la Academia Matritense del Notariado. Anales, 1943.

sito de la tierra al cultivador directo, y la realidad actual nos muestra en gran escala al labrador-propietario. A consecuencia de ello se aplican constantemente normas legales, a situaciones y personas, no tenidas en cuenta al tiempo de su formación, resultando, por tanto, inadecuadas.

Ante la heterogeneidad actual es inútil intentar una misma regulación legal; en unos casos convendría la conservación del patrimonio como base de la independencia económica de la familia; en otros, habría de atenderse a más amplios intereses familiares concebida la familia con más extensión, y en todos, los imponderables factores morales, tan importantes en esta esfera, no podrían encuadrarse en la rigidez de la ley.

No pretendemos con esto que el Estado se desentienda de la organización económica de la familia; pero el problema hay que enfocarlo desde otro punto de vista. La finalidad perseguida, la defensa de la posición de la mujer y de los hijos, la verdadera familia, se consigue con el establecimiento de un sistema de legítimas distinto al de hoy, trazado también con vistas a otros intereses.

Establecer un régimen legal, bien impuesto o supletorio, es regular a ciegas los intereses familiares. En algunos casos podrá adaptarse a las circunstancias, pero en muchos otros será una rémora, una complicación perniciosa.

En este sentido intentaremos hacer la crítica del régimen de gananciales. No es, por tanto, fundamental del régimen de gananciales en sí, al que reconocemos sus ventajas sobre otros, sino del sistema como continúa establecido en nuestras leyes.

La doctrina actual es favorable al sistema ganancial, incluso con carácter legal. No es necesario multiplicar las citas; basta con señalar la opinión de nuestro civilista más ponderado y ecuaníme: «Por lo general, la opinión científica, dice Castán (notas a Enneccerus, IV, 1.º, pág. 281), juzga acertada la conservación por el Código civil de un régimen que en terreno histórico representa el sistema tradicional castellano y el más generalizado en el Derecho español y que además, en el orden práctico, responde quizá mejor que ningún otro a las exigencias del estado económico y social de nuestro tiempo», y en su obra *Hacia un nuevo Derecho civil*, página 129, insiste en la misma tesis: «El régimen de gananciales, en efecto, aunque un tanto complicado, es insustituible por el arrai-

go histórico que tiene en nuestra Patria y por las ventajas prácticas que lleva consigo.»

A pesar de dicha unanimidad, nos atrevemos a señalar los siguientes reparos a nuestro actual régimen:

1.º Los gananciales tenían antiguamente distinto significado al de ahora.

Nuestro Código civil califica el sistema de sociedad legal, y con acierto, pues sociedad es «un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias» (artículo 1.665 del Código civil) y el régimen de gananciales se explica perfectamente en todos los casos en que hay aportación común de bienes o de trabajo, o sea como sociedad de capital o de trabajo. Por eso no es de extrañar que la Rusia soviética, no obstante tan diferente de nosotros en su organización social e ideológicamente, acepte también los gananciales, ya que lo hacen bajo el aspecto de considerar al trabajo doméstico de la mujer como del mismo rango que el del hombre y con derecho a igual remuneración.

Los gananciales, de pura estirpe germánica, se configuraron al principio, según la opinión común, como dote del marido. Así dice Hinojosa: «El sistema de los gananciales parece haberse derivado de la costumbre de dar el marido a la mujer como dote la mitad de sus bienes, no sólo presentes, sino futuros. Al hacer esto, la asociaba a sus ganancias, se obligaba a compartir con ella los acrecentamientos que tuviera su fortuna durante el matrimonio. De aquí surgió probablemente la intervención de la mujer en las adquisiciones y en las enajenaciones de inmuebles hechas por el marido» (1). Posiblemente este carácter de dote del marido pasó a ser con el tiempo una especie de contradote, como ocurrió con el *excreix* catalán. Lo cierto es que en nuestro Fuero Juzgo sólo se dan cuando hay aportación de la mujer; no admite otra interpretación la disposición de dicho cuerpo legal de que se dividan en proporción a lo aportado por ambos cónyuges; sólo más tarde, y en evitación de cuestiones, se generalizó en los Fueros Municipales la división por mitad.

Y como la propiedad en aquella época de la Reconquista era

(1) Tomada de *Notas a Ennecerus*, IV, 1.º, 269.

patrimonio casi exclusivo de la nobleza, también tiene la institución un carácter marcadamente nobiliario. «El Fuero Juzgo establece los gananciales, como régimen de excepción y de privilegio, para las clases nobles, refiriéndose a los hijosdalgos y ricos hombres, empleando siempre las palabras caballero y dueña»; «los fueros especiales se otorgaban siempre, a título de cierto privilegio y excepción, a favor de los concesionarios por respeto a su clase social» (Sánchez-Román, *Derecho civil*, V, 1.º, 334).

Manresa, en sus *Comentarios* (IX-30), pone asimismo de relieve que los gananciales sólo se daban cuando concurrían como requisitos necesarios la celebración del matrimonio entre nobles o godos, con intervención de autoridad pública y mediante dote.

Además, los gananciales no es una institución aislada; convive con la dote obligatoria, con los parafernales, con las arras, con la donación *propter nupcias*. Supone, por tanto, todo un régimen orgánico, que hoy aparece falto de base, por desaparición de las columnas que lo sustentaban. Ni la dote, ni las arras, ni las donaciones *propter nupcias* tienen en la actualidad más que un interés histórico. Sin embargo, los gananciales permanecen en pie, por su obligatoriedad legal; pero ya no pueden tener ni tienen el carácter tradicional, en que tanto se hace hincapié. Hoy, los gananciales significan, en la mayoría de los casos, una legítima viual, con el inconveniente de que no se siguen las reglas y finalidades de toda legítima.

## 2.º Intromisión de miembros ajenos al estrecho círculo familiar.

Si en el matrimonio existen hijos, mal que bien, los gananciales no suponen entorpecimiento alguno trascendental; pero cuando no los hay, puede originarse un desplazamiento de bienes insospechado y absolutamente injustificado. Tal el caso frecuente, por la desidia en hacer testamento, por ejemplo, a favor del otro cónyuge, de que resulten herederos abintestato los sobrinos del premuerto (1).

(1) He aquí una anécdota curiosa: Cuéntase del famoso torero «Lagar-tijo» el asombro que experimentó cuando, ya viudo y sin hijos, le llamó un día el suegro a capítulo, manifestándole cómo, en virtud de la teoría de los gananciales, la mitad de su fortuna, conseguida con grave riesgo personal suyo, le correspondía a aquél. Su sorpresa no reconoció límite al cerciorarse por una de sus amistades de la corte, miembro a la sazón de

Esta consecuencia es, sin embargo, perfectamente lógica con el concepto de sociedad. Cuando ha habido aportación de bienes, se trata sencillamente de retirar los beneficios de un socio fallecido y no hay por qué tener en cuenta quiénes sean los causahabientes, pues aquellos beneficios son totalmente ajenos al cónyuge superviviente. Pero, si no hubo aportación, resulta un poco absurdo conceder preferencia en la adquisición ganancial a los padres; hermanos y sobrinos, sobre el viudo, gracias a cuyo esfuerzo se ha conseguido.

3.º La sociedad de gananciales contribuye al fraccionamiento del patrimonio familiar.

Esto es de suyo evidente. Lo único a razonar es la conveniencia de tal fraccionamiento. Tratándose de grandes haciendas que permiten la vida independiente de otros tantos miembros de la familia, contribuyendo a formar economías distintas y autónomas, es factible y beneficioso. Respecto de patrimonios consistentes en una sola casa, una sola viña, un olivar, etc., caso más frecuente de lo que pudiera creerse (habla un Notario con experiencia propia), resulta ridículo e ineficaz (1).

La liquidación de la sociedad, secuela inseparable del régimen legal, implica la desorganización automática de la familia en el momento en que falta alguno de los cónyuges. Ahora bien, la familia hay que protegerla a base de crear el mayor número de vínculos comunes y de qué subsista el mayor tiempo posible. Nuestro sistema actual peca de un individualismo exagerado y opuesto, las más de las veces, a la realidad social; y a nada conduce el suponerlo legalmente establecido a falta de pacto.

Sin necesidad de llegar a la creación de los proyectados patrimonios familiares, que no se adaptan a nuestra especial psicología, debe evitarse en lo posible la desaparición de los patrimonios. La Comisión redactora del Código, de que la pretensión del suegro no era una broma de mal gusto.

Algunos atribuyen a Frascuelo, en un caso análogo, la famosa réplica: «También las «cornás» son gananciales.»

(1) Por lo común termina vendiéndose la pequeña finca, contrariando las finalidades de una bien orientada política agraria. La limitación que establece el art. 17 de la Ley de Arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935, de no poderse enajenar la finca adquirida por retracto hasta transcurrido seis años, queda sin efecto en casos así.

destos de la familia rural o campesina, contribuyendo de esta manera a disminuir el tipo del bracero, sin amor a la tierra y elemento gregario incapaz de economía doméstica propia; problema el más agobiante y siempre planteado, especialmente en Andalucía.

4.º Con los gananciales se hace todavía menos flexible el régimen sucesorio.

La división de la herencia por el propio testador, autorizada por el artículo 1.056 del Código civil, que tanta acogida encuentra en otras legislaciones, es sólo posible en España en el caso de persona soltera o viuda, o siendo casada, cuando verse sobre bienes no gananciales. Para la división hereditaria de éstos precisase la previa liquidación; y, según declaración terminante del Código, no hay lugar a practicarla hasta la disolución del matrimonio (1).

Asimismo, el párrafo final del artículo 1.056 sólo puede tener aplicación respecto de bienes no gananciales, pues ni siquiera queda autorizado el testador para pagar al otro cónyuge en dinero su participación en la sociedad conyugal, ya que, con arreglo al artículo 1.414, el marido no podrá disponer por testamento sino de su mitad de gananciales. De manera que, por el solo hecho de tratarse de bienes adquiridos durante el matrimonio, la autoridad del padre, como jefe de familia, queda limitada para ordenar una disposición de tan indudable trascendencia, en el orden económico, que puede evitar la desintegración y, por tanto, aniquilamiento de una empresa mercantil o industrial; y en el mismo orden familiar, con la elección acertada del más capacitado e idóneo para continuar la explotación.

(1) V. consulta evacuada por Clemente de Diego en *Revista de Derecho Privado*, 1924, pág. 348: «Correspondería examinar ahora si por voluntad de los cónyuges puede disolverse la comunidad de gananciales. La letra de los textos del Código es opuesta, y con la afirmativa parece que se vendría abajo un dogma fundamental de la organización económica del matrimonio: el de la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales después de contraído el consorcio.»—V. igualmente Manuel González en *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, año 1927, pág. 173, final: «La cuestión es dudosa por ser y aparecer oscura en el Código la naturaleza de este acto híbrido (habla de la partición por actos *inter vivos*), que a cada paso se encuentra con un precepto prohibitivo cortándole el camino y que en todo momento se manifiesta como mancomunidad de voluntades para fines *mortis causa*, aunque en forma de actos *inter vivos* y con finalidad ejecutiva.»

Por último, el usufructo universal a favor del cónyuge, constante aspiración de infinidad de testadores, tampoco puede cumplirse prácticamente, aparte del sistema de las legítimas, por la existencia de la sociedad conyugal. En efecto, la finalidad del testador al ordenar el usufructo a favor de la mujer es que ésta, cuando enviude, continúe con la misma posición económica que antes, subrogándose en el lugar del marido, pero sin poder enajenar bienes, con lo que la legítima de los descendientes, si los hubiere, o los intereses de los herederos, en general, no sufre más perjuicio que la limitación temporal del usufructo, pero compensada con la seguridad de obtener íntegramente los bienes hereditarios (1).

No obstante esta finalidad del usufructo universal, la mujer puede disponer libremente de los bienes que le correspondan en pago de sus gananciales, sin que el marido pueda impedirlo. Roca Sastre, en su citada conferencia, hace notar la incompatibilidad de los gananciales con el usufructo universal: «Este régimen de regencia y, por ende, de usufructo universal vidual, precisamente hace innecesario el sistema de gananciales, pues éste se inspira en el criterio de liquidación y reparto, o sea de lucro económico, fundado en la razón más o menos justa de que la esposa participe de los incrementos patrimoniales; y, en cambio, en el régimen troncal, la viuda, al asumir la gerencia de los poderes agnaticios, se encuentra situada en un plano muy superior al de simple legitimaria.»

5.º Por último, el sistema legal español es complicado y caro.

Complicado en teoría. Nada menos que hasta seis tesis, y puede que más, han intentado explicarnos la titularidad de los bienes gananciales. La primera, históricamente los atribuye al marido, teniendo la mujer un dominio «in habito et credito», que se hace efectivo a la disolución del matrimonio; otra crea una copropiedad original o bien un patrimonio autónomo o de destino; algunas ven una verdadera sociedad con personalidad propia; y, por último, se entiende que la figura adecuada es la de comunidad, ya de tipo

(1) Consideramos muy acertada la tesis de Julián Dávila y de Francisco Virgili, el primero sentando el principio «donde hay herencia no hay legítima», y el segundo, viendo en el art. 820 del Código civil una reminiscencia de la cláusula socina, que favorece en cierto modo la disposición testamentaria del usufructo universal a favor del cónyuge. (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO de octubre de 1943 y julio-agosto de 1945.)



romano, ya germánica. Esta última es la de más predicamento y ha sido adoptada definitivamente por la técnica de nuestra Dirección General, si bien con aditamentos y correcciones, ya que las peregrinas disposiciones de los artículos 1.413 y 1.417 del Código pudieran desvirtuarla. Así, la Resolución de 30 de junio de 1927 considera a la sociedad de gananciales como comunidad de bienes, sin atribución de cuotas y «sin facultad de pedir la división», mientras dure la vida en común, y «concesión de los poderes de disposición a título oneroso y a veces a título lucrativo» al marido.

Complicado en la práctica. La necesidad de la liquidación a la disolución del matrimonio es cosa que no puede eludirse, cualquiera sea la teoría adoptada. Y aquí está la verdadera complicación y lo gravoso del sistema. Hasta tal punto, que no dudamos en calificarlo como el mayor obstáculo para el desenvolvimiento del Registro de la Propiedad.

Observemos los hechos: Los Registros más completos son los de las regiones forales, donde no rigen los gananciales como sistema legal (1).

En unas, las fincas se transmiten y heredan indistintamente de si el propietario era casado o viudo; en cambio, en las otras, la variación del estado civil supone una cantidad tal de complicaciones y gastos, que origina en multitud de casos el abandono de tanto formalismo y el estancamiento y ruptura del tracto sucesivo registral. Si al propietario modesto que ingresa por primera vez en el Registro le aplicamos sin piedad todas las leyes civiles, con su correspondencia de leyes fiscales, de liquidación de sociedad conyugal, constitución de tutela, nombramiento de defensor, aprobación judicial de particiones, no es posible lo soporte durante mucho tiempo.

Por tanto, si la ordenación civil es perjudicial para los pequeños patrimonios, la cuestión se agrava cuando se trata de adaptarla a la legislación hipotecaria. A tal extremo llegóse en la necesidad

(1) Esto es lo importante, pues en forma de pacto existen, incluso en comarcas enteras, como en el campo de Tarragona; pero tal pacto no tiene trascendencia registral.

Otro hecho paralelo: el Registro no existe de facto en las regiones de Derecho común cuya riqueza agrícola es escasa o poco concentrada; no puede costearse y se prescinde de este organismo.

de la liquidación, que se exigía una nueva inscripción, a favor del marido o de la mujer, de los bienes propios o parafernales, una vez disuelto el matrimonio. Práctica que, poco a poco, ha ido cortándose por la doctrina en contra de la Dirección (Resoluciones de 24 de abril de 1885, 30 de junio de 1887, 15 de junio de 1892, 5 de mayo de 1908, 4 de noviembre de 1914, 22 de octubre de 1926). Tampoco se permitió que el marido, junto con los herederos de la mujer, pudiera vender bienes gananciales, sin la previa liquidación, hasta la Resolución de 9 de enero de 1915. Continúa siendo precisa, y sin ella no se puede disponer de la mitad indivisa de los bienes (Resoluciones de 29 de abril de 1902, 22 de agosto de 1904, 26 de julio de 1907), ni ratificar el viudo por sí solo la venta hecha, estando casado (Resoluciones de 12 de octubre de 1882, 19 de septiembre de 1901), precisándose, si concurren menores, la aprobación judicial (Resolución de 30 de abril de 1908); ni verificarse la que sea consecuencia de procedimiento judicial o administrativo seguido contra aquél (Resoluciones de 14 de abril de 1905 y 15 de febrero de 1915).

La presunción de ganancial hace que no pueda inscribirse a nombre de la mujer finca alguna como parafernial sin justificar fehacientemente la procedencia del dinero con tal carácter, y, en consecuencia, tampoco pueden inscribirse a favor del marido y de la mujer, por mitad indivisa, bienes adquiridos a título oneroso.

Estas son, brevemente expuestas, las críticas dirigidas contra el régimen ganancial, que no son precisamente nuestras, ni constituyen ninguna novedad; pero no se quiere sacar la consecuencia que de ellas se deduce.

A pesar de las objeciones formuladas, como ya dijimos, hemos de ponderar las ventajas del régimen de gananciales en sí, cuando sea conscientemente querido y pactado. Nuestra oposición va únicamente dirigida a su consideración de régimen legal en todo caso, que a esto equivale el presumirlo tácitamente aceptado, no habiendo pacto en contrario, sin posibilidad de apartarse de él una vez contraído el matrimonio.

Hay que procurar en lo posible la adaptación más perfecta del régimen económico matrimonial a las necesidades de cada familia. Y eso se consigue dejando un más amplio margen a la autonomía privada para ejercitar su facultad determinativa, con pleno conoci-

miento de causa. La limitación de no poderse otorgar capitulaciones después del matrimonio desvirtúa esa supuesta libertad de los cónyuges para la elección de su régimen matrimonial, y el sistema legal implica una imposición arbitraria.

No hay que olvidar, sin embargo, el fondo consuetudinario (costumbre, en su acepción de norma) de esta materia y la imposibilidad de conceder una facultad ilimitada a los cónyuges.

Nunca, como en esta esfera, son los intereses tan delicados y difícil el papel del legislador de armonizar la libertad y autonomía privada en una órbita donde se mezclan y confunden relaciones de tan vario carácter.

Para señalar un punto de partida veamos la idea cardinal que preside en nuestro Código la organización patrimonial del matrimonio. Esta es la de establecer dos regímenes legales supletorios en distinto grado: el de gananciales, si no ha habido pacto, y el dotal (régimen de separación de bienes con unidad de administración), en caso de expresa voluntad de los contrayentes de no aceptar el ganancial (art. 1.364).

Sin discutir las ventajas de uno u otro, hemos de reconocer son los únicos adaptables a las costumbres y constitución social de nuestro país. Partiendo de esta base, la solución está en conceder una mayor libertad en la elección entre estos dos regímenes. Esta libertad queda actualmente disminuída, y, de hecho, dado el desuso de capitulaciones en el territorio de Derecho común, anulada, al no permitirse la adopción del sistema dotal después de la celebración del matrimonio. Para ello se aduce, como único argumento, la necesidad de que el régimen establecido permanezca inalterable, y con la celebración del matrimonio, automáticamente ya existe uno: bien el pactado, bien el legal de gananciales.

Sin embargo, no vemos dificultades en qué ocurra lo contrario. Cuando efectivamente tiene importancia la sociedad de gananciales es a la disolución del matrimonio, ya que durante el mismo, dadas las amplísimas facultades de disposición del marido, en poco se diferencia del régimen dotal; y los intereses de terceros quedan salvados igualmente en este régimen, pues no hay transmisión de bienes del marido a la mujer, ni viceversa, y en todo caso siempre sería nula la donación fraudulenta.

Si, a pesar de esta mayor facilidad para la adopción del régimen

dotal, no existe pacto alguno, ni antes ni después de la celebración del matrimonio, sólo debe imponerse legalmente el de gananciales en los casos en que es el adecuado jurídica y económicamente: cuando hay aportaciones por ambos cónyuges.

En los demás debe darse a la participación ganancial de la mujer el carácter que en realidad tiene y no puede ser desconocido: el de legítima viudal, que bien podría consistir, dada la palpitación de la voluntad popular, en el usufructo universal.

Así contribuiríamos a la unificación del Derecho nacional en esta importante materia, facilitaríamos el tracto registral, fomentaríamos la cohesión familiar y dotaríamos al régimen económico del matrimonio de una flexibilidad de que hoy carece.

LUIS CÁRDENAS HERNÁNDEZ.

Notario.