

# La sociedad de gananciales y la responsabilidad extracontractual (\*)

por

JOAQUÍN RAMS ALBESA  
*Catedrático de Derecho Civil*  
*Universidad Complutense de Madrid*

## SUMARIO

- I. UN PROBLEMA DE PLANTEAMIENTO.
- II. IGUALDAD ENTRE CÓNYUGES Y LIBERTAD LABORAL Y PROFESIONAL.
- III. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRAContractUAL DE LA MASA COMÚN GANANCIAL DESDE LA CODIFICACIÓN HASTA LA REFORMA DE 1975:
  - A) POSICIÓN DE LA CODIFICACIÓN.
  - B) LOS PRIMEROS REPLANTEAMIENTOS DE LA POSICIÓN DE LA MUJER CASADA EN EL SEÑO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.
- IV. EL CAMBIO DE RÉGIMEN Y LAS REFORMAS DE 1981:
  - A) EL TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PASIVO DEL RÉGIMEN.
  - B) RAZÓN Y CRÍTICA DEL PLANTEAMIENTO MAYORITARIO.
- V. SOLUCIONES ANALIZABLES DE *LEGE FERENDA*.

---

(\*) Trabajo redactado en el ámbito del Proyecto de Investigación BJU 2000/0266, del Ministerio de Ciencia y Tecnología, un Proyecto I + D del trienio 2001-2003 que lleva por título *La responsabilidad civil a comienzos del tercer milenio*, del cual es investigador principal el profesor doctor Mariano YZQUIERDO TOLSADA.

## I. UN PROBLEMA DE PLANTEAMIENTO

En la nueva y aún más novísima legislación sobre regímenes matrimoniales comunitarios se ha venido construyendo la disciplina de la responsabilidad civil extracontractual de cada uno de los cónyuges como si ésta constituyese una incumbencia consorcial más; además, sin demasiadas vacilaciones y acaso, según colijo, con excesiva falta de reflexión. Se trata en la norma vigente como si tras de la solución consorcial no existiese el menor problema y se tratase de una cuestión resoluble a partir de la mecánica tradicional de causa-efecto no sólo porque este planteamiento se ha tenido por el único racional, sino más bien porque se cree que se trata del resultado inexorable de la indiscutible por indiscutida aplicación al caso de la doctrina de la «naturaleza de las cosas» (1).

Me siento muy lejano respecto del planteamiento someramente apuntado, aunque no puedo dejar de admitir que esa y no otra es la solución que se aprecia en la ley tras la reforma de 1981 y que está muy presente en el cuerpo de la tradición última (2). Ésta trata el hecho dañoso acaecido como si se tratase de una acción corriente de la vida conyugal y operase sus efectos en interés familiar, por lo que sin más se subsume a la norma prevista al efecto para la responsabilidad extracontractual y la contractual recibe idéntico tratamiento al de las deudas y cargas del consorcio que se cumplen a plena satisfacción.

No puedo compartir que resulte indiferente para la sociedad conyugal atender a sus incumbencias atenta o descuidadamente, cumplir en tiempo o ser moroso, como si en ella el paradigma clásico del *bonus pater familae* hubiese dejado de existir o, aún peor, constituyese una espantosa herencia pagana que es preciso superar. Por eso mismo me resulta preciso reconocer de plano que mi posición personal es abiertamente discrepante y quiere ser,

---

(1) La doctrina que defiende a ultranza la autodenominada «naturaleza de las cosas» parte de entender racionalmente coincidentes las necesidades que presenta la sociedad con las soluciones aportadas por la doctrina dominante, sobre todo cuando ésta trae causa de una conclusión adoptada por las escuelas «neocatólicas» nacidas en los años veinte del siglo recientemente pasado y presentadas como panacea de modelo de convivencia en el mundo occidental tras la guerra mundial y de oposición a las soluciones comunistas. Esta orientación doctrinal presenta a los regímenes económico-matrimoniales de comunidad como si se tratase el ideal del matrimonio católico: una sola carne y una sola economía, cuando bien sabemos que se trata de una cuestión accidental, variable de un lugar a otro y sumamente opinable y discutible. No sabemos de dónde surgió tal conclusión, pero sí sabemos que ha impregnado las mentes de no pocos juristas teóricos y sobre todo prácticos muy bien situados para hacer confundir su mera opinión personal con el contenido de una doctrina inapelable.

(2) Como es bien conocido, en España al menos, que cuando se apela a la tradición, como fuente de autoridad, rara vez tienen más de un siglo tales opiniones consagradas por el bien hacer de los mayores. Además, resulta indiferente que se pruebe con hechos fehacientes lo arbitrario u opinable de tal pensamiento.

cosa distinta es que lo logre, fruto de un análisis lógico-sistemático efectuado a partir de la razón de ser del fenómeno que se regula y no, por el contrario, una posición doctrinal que se deduce a partir de la solución normativa. No trato de intentar un cambio de criterio o de postular una solución distinta de *lege ferenda*, todo ello a partir de la absurda presunción de que yo estoy en lo cierto y todos los demás analistas tratan mal o deficientemente el objeto de estudio.

No presumo nada de eso, más bien todo lo contrario. En mi empeño se trata de buscar la vía por la que se pueda alcanzar la superación de ciertas contradicciones estructurales que traen causa del cambio radical del sistema de fondo operado en la misma institución matrimonial y que afecta a los régimenes comunitarios previstos para la regulación de su economía. Puesto que es evidente que algunas soluciones resultan en la práctica inaplicables o son claramente irracionales al mantener casi sin cambios dentro de su contexto funcional un vocabulario, instrumentos institucionales y normas concretas que se pensaron para otras muy distintas situaciones: social, económica, organizativa, personal, jurídica y aún moral. La familia matrimonial tradicional que creo, a veces, que es lo que se quiere inconscientemente conservar, no puede ser más distinta de la actual estándar. Tanto al menos como lo era la familia cristiana tenida por tradicional (la que se construye con base en las enseñanzas de San Bernardo y se juridifica en las Decretales de Graciano y sobre todo en los Decretos del Concilio de Trento) respecto de la familia romana clásica, que se tiene por su antecedente.

No me cabe la menor duda de que el tratamiento de la responsabilidad civil extracontractual resulta paradigmático para el propósito de verificar las disfunciones que encontramos en los resultados legislativos de las sucesivas reformas.

Para situar la cuestión en la perspectiva debida es preciso manifestar que la Ley de 13 mayo 1981 es, más que probablemente, la más cuidada y técnicamente mejor resuelta de cuantas se han dictado con la finalidad de reformar nuestro Código Civil. Poner en tela de juicio su calidad o permitir que, por discutir una u otra solución concreta de la misma, se deduzca una suerte de crítica global resultaría un grave despropósito. Cosa bien distinta resulta afirmar, sin embargo, que esta reforma era la que se debió llevar a cabo en 1975 cuando casi nadie discutía en alta voz o por escrito la tradición matrimonial a la que he hecho más arriba referencia, ni se hacían todavía patentes los profundos cambios que se iban a operar en nuestra sociedad a todos los niveles.

La Ley de 13 mayo 1981 resulta por comparación francamente buena, aunque el Proyecto sobre el que se elaboró fuera mucho mejor; responde a un primer cambio social importante que da nuestra sociedad tras los desastres que se siguen de la guerra civil, tal vez el más decisivo y del que se siguen, no sé si con relación de causa-efecto, otros muchos de los hoy bien visibles,

nada menos que el de la incorporación masiva de las mujeres de familia (las de las clases media y medio-alta) al mundo del trabajo profesional liberal y al alto funcionariado: los que mayor número de cuestiones potencialmente problemáticas pueden presentar para un régimen económico-matrimonial de comunidad.

Puede discutirse si el modelo elegido y su tradicionalismo nacional resultó ser la solución más correcta (3) o si por el contrario y dentro de la inspiración europea de los años sesenta hubiera sido más afortunado seguir la línea de inspiración franco-belga o la de dejarse influir por la reforma italiana, sin tradición en regímenes legales de comunidad. Me parece que este tipo de discusión intelectual podría resultar útil para conocer la inspiración teórica de los miembros más activos de la Comisión de Códigos y mostrar cuál fuere el talante y las razones de la reforma o incluso, aún hoy a más de veinte años de la adopción de la reforma, para conocer cuáles sean las posibilidades de una revisión del régimen legal de segundo grado, sobre todo si se tiene en cuenta que los cambios a que respondía la reforma se han profundizado considerablemente con adición de otras muchas variantes problemáticas.

El problema puesto a discusión y mi intención de traerlo aquí y abrirlo a debate, si viene al caso, es de índole técnica y de fundamento jurídico material, de puro divertimento teórico sin connotaciones políticas ni urgencias que no puedan esperar otros veinte años.

El hecho de que el cambio legislativo sea el resultado de una paulatina evolución, sin traumas revolucionarios por medio, no empece para que nos topemos de frente con un cambio radical que no se resuelve —así lo entiendo— con una abstracta equiparación de la posición de la mujer casada de hoy con la que ocupaba el marido de ayer, que es lo que se hizo e incluso puedo admitir que es lo que debió hacerse por puras razones de oportunidad político-social. Peor, una y otra posiciones personales han sufrido importantísimos cambios cualitativos y cuantitativos, pero por lo que en este punto concreto de la institucionalización jurídica se refiere ha escapado del alcance de la norma sin ser observado por las instancias legislativas y con la aquiescencia expresa de la mayor parte de la doctrina, probablemente sin más finalidad que la de evitar enfrentamientos en el seno de ésta.

---

(3) Recuérdese que se planteó formalmente la posibilidad de introducir, entre nosotros y para el ámbito de aplicación del Código Civil en esta materia, el régimen de participación de inspiración germana, si bien se optó por mantener el de sociedad de ganancias muy remozado, solución sociológicamente correcta, pues creo que, a la sazón, nuestra sociedad estaba soportando un número excesivo de cambios estructurales casi todos ellos de primera magnitud.

## II. IGUALDAD ENTRE CÓNYUGES Y LIBERTAD LABORAL Y PROFESIONAL

Estos dos grandes y sublimes principios, tan elementales al parecer una vez alcanzados y que tan difíciles ha resultado de conseguir y de plasmar con todas sus consecuencias en la ley y mucho más todavía en los puros hechos y comportamientos cotidianos, constituyen el fundamento, la razón de ser y a la vez el problema pendiente de resolver para alcanzar la coherencia interna de las reformas consecutivas de los régimenes económico-matrimoniales de 1975 y 1981 —esta última con algunas implicaciones jurídicas de orden constitucional— que, además, constituyen el talón de Aquiles para las interpretaciones integrativas de las normas conforme al dato esencial de la realidad social contemporánea que se encuentra, como de ordinario ocurre, varios pasos por delante de las nuevas o novísimas normas y de los planteamientos jurídico-formales de los principios y aspiraciones de los individuos y grupos políticos que creen ser o aspiran a ocupar la vanguardia ideológica de la sociedad.

La igualdad de las personas físicas ante la ley, axioma tenido por fundamental en el pensamiento filosófico moral y jurídico propios de la Ilustración y prácticamente de todo el pensamiento civilizado a partir de ella, jamás se consideró que estuviera reñida con una concepción vertical y jerárquica de la familia (a la romana y bastante rígida, por cierto), con sus lógicas y más que evidentes prolongaciones en la organización de la sociedad y del Estado. Tampoco se pensó que esa igualdad (entendida como no distinción por parte del Estado y sus órganos entre las personas por razón de clase o religión) que tuviese que traducirse en activos hechos igualatorios de la posición en sociedad del ciudadano, tan sólo quedó referida a las expectativas jurídicas, en especial, ante los tribunales de justicia.

La igualdad que patrocina la Ilustración es el resultado de una síntesis, de una simplificación de la posición del *pater familias* romano que se traslada y generaliza para cada cabeza de familia (nueva denominación), prescindiendo de la jerarquía social y de la organización de la sociedad en *gens*. A este nuevo ciudadano, según el modelo de familia burguesa surgido de las revoluciones americana y francesa, y no menos de la decisiva revolución industrial, se le otorgan ciertas protecciones jurídicas para la defensa de su posición, pero sólo de la suya: los no ciudadanos y los sujetos sometidos a las *potestas patri* no resultan ser beneficiarios directos de los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en las Declaraciones de derechos del hombre y el ciudadano y en las Constituciones, sino en el mejor de los casos *per relationem*.

La lectura «radical» casi literal y física de los textos constitucionales sobre la igualdad entre sujetos de distinto sexo, en especial, ha venido a

alejar de forma total a las interpretaciones «auténticas» de las versiones originales dieciochescas, así como a las conformistas exégesis de la abundantísima literatura jurídico-constitucional del diecinueve.

Esta radicalización moderna de la igualdad trae causa teórica de las reflexiones éticas que sobre el Derecho constitucional y su aplicación se llevaron a cabo tras las sangrientas crisis de toda la primera mitad del recientemente pasado siglo que propiciaron un sentimiento generalizado de culpa que afecta casi por igual a vencedores y vencidos occidentales, no así a los orientales, en la contienda mundial que cierra el tiempo de la crisis bélica. Ahora bien, la causa práctica de esta nueva interpretación de la igualdad la encontramos en el despegue económico de todo el mundo occidental que es fruto, primero, de la incorporación masiva de las mujeres a trabajos extradomésticos y ajenos a las economías de estructura familiar que se produce durante la contienda; después se mantendrá esta ocupación para abaratar el coste de la mano de obra, aunque se reviste esta necesidad endulzada con calificativos de virtud moral y apelación a la justicia; a la postre y en una tercera fase, se favorece esta posición prestándole el atractivo ropaje muy real, por cierto, de la independencia personal que el trabajo remunerado ha proporcionado a las mujeres desde entonces.

Las mujeres casadas devinieron iguales a sus maridos, no precisamente por la aplicación de un texto revolucionario sobre la igualdad formulada en términos propios de un credo religioso como acostumbraba a hacer la literatura político-legal de las Revoluciones americana y francesa, ni por la vindicación victoriosa del sufragismo anglosajón, ni por la generalización del progresismo socialista con cualquier adjetivo de adscripción a una u otra de las muchas corrientes generadas por esa ideología política, ni tampoco por el *aggiornamento* de las iglesias cristianas, incluida al final la católica tras el vendaval propiciado por el inolvidable Papa Juan XXIII, tampoco puede ser considerado como el resultado de la pasión sumada al tesón con que han defendido su personal causa las dirigentes feministas, ni siquiera se debe a los avances de la medicina que casi dejan a voluntad la tarea grata e ingrata a la vez de la reproducción de la especie; todos estos factores resultan ser influyentes coadyuvantes, los más recientes de entre estos preparatorios del cambio que se opera en paralelo a algunos de ellos, sino que lo hacen como resultado inevitable de su trabajo fuera del hogar y del ocaso de la economía patriarcal, pues en el trabajo retribuido mediante salario resulta indiferente la dirección marital del mismo y a partir de este cambio ya no resulta materialmente cierto que al marido le corresponda de forma natural la dirección de la economía familiar. En el trabajo por cuenta ajena de hombres y mujeres el mando sobre el mismo corresponde al empleador sin discusión: al marido le cabía la posibilidad de dar o negar la *licencia*, en tanto que en el desarrollado por cuenta propia, la iniciativa tampoco corresponde al marido sino que éste

será siempre personal, siguiendo las reglas propias de la profesión u oficio: la letrada, la médico, la arquitecta, la fontanera o la comerciante actuará por sí, obligándose a sí misma, sin que sirva para nada la vieja y desacreditada ficción de que la actuación de la mujer casada se opera en virtud de un mandato tácito o expreso del marido y con el descrédito del mandato cae a su vez el de la licencia marital, porque la unidad de la economía familiar, basamento real de los primeros régimenes económicos matrimoniales de comunidad, era real con mayor o menor división del trabajo, y ahora la unidad no es, por lo general de producción, sino en todo caso de consumo y potencial ahorro y para éste carece de sentido propio un trabajo que se basa en la licencia, término que sugiere una actividad secundaria u ocasional.

Los actos que conforman la actividad laboral o profesional, sin posibilidad real de distinción entre hombres y mujeres, son personales, sin posibilidad alguna de representación, tampoco en una acepción «mística» más que fingida derivada de aspectos sacrales atribuidos con mayor o menor razón al vínculo matrimonial y a su función inmediata de convertir en familiar y colectivo todo aquello que por todas las razones, todas ellas y por cierto bien visibles, resulta ser personal y no otra cosa, al menos en una primera instancia analítica y me temo que también en la última.

El proceso de equiparación de la mujer, en general, y de la mujer casada, en particular, sin tener que partir de la referencia específica de un concreto régimen económico-matrimonial y dentro del ámbito personal de aplicación del Código Civil, ha resultado incomprensiblemente lento y tedioso si se mira con ojos y perspectiva actuales.

Desde el importantísimo primer paso del reconocimiento del derecho a volver a ser funcionarios públicos de los cuerpos superiores de la Administración del Estado en 1958 —piénsese que algunas mujeres notarios, registradores de la propiedad, abogados del Estado, etc., recobraron en esta fecha posiciones que venían desempeñando por derecho propio y mediante la debida oposición sin acepción de sexo antes del desastre colectivo de 1936 y fueron en la posguerra expropiadas de su posición de funcionarias públicas sin justiprecio ni indemnización alguna, ni antes ni después—; la supresión de las licencias maritales, el reconocimiento de capacidad para la gestión directa de los bienes propios de la mujer y para el ejercicio del comercio conforme a los discutiblemente vigentes, pero no derogados artículos 6 y siguientes de nuestro atípico y preocupante, por la inseguridad jurídica que genera, Código de Comercio, debidos a la Ley de 2 de mayo de 1975, que no dudo en calificar de provisional; y, por último, la equiparación plena debida a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 —la Ley de 15 de octubre de 1990 tiene más sentido de equiparación literaria-formal, resulta más propagandista que material, amén de ser en el uso del lenguaje técnico-jurídico de calidad más que discutible.

A partir del verano de 1981, las «incapacidades relativas» de las mujeres solteras menores de veinticinco años o las casadas mantienen tan sólo un mero interés histórico, pero desde esa perspectiva sigue siendo preciso examinar los caminos legislativos seguidos para la equiparación, pues resultan aleccionadores y dan lugar a la aparición de alguna sorpresa y a más de una disfunción debida tanto a las aspiraciones políticas de quienes se hicieron portavoces de los que eran *por su naturaleza* (4) evidentes e indiscutibles, tratados en serio, derechos de las mujeres y, en particular, de las mujeres casadas, y de quienes desde un acrecido ego varonil, me niego a hablar del despectivo término «machista» hoy tan generalizado, les «conceden la equiparación».

El mero hecho de hablar de proceso de equiparación, denota y presupone la reticencia inicial frente al movimiento de cambio, da fe del punto desde el que se partía y adelanta la propia conclusión a la que se accedía, lo correcto —de ningún modo lo político o socialmente correcto— hubiera sido hablar de reconocimiento de la natural igualdad dentro del proceso democratizador propio de la segunda mitad del siglo xx, pero ésta no fue la perspectiva ideológica que aquí interesa: la que influyó en la conformación del Derecho vivo.

Nos guste o no, se partió de una serie de *concesiones*, pues para poder hablar de *igualdad real* se requeriría de otro discurso bastante más amplio por el que se despejasen muchas de las actuales incógnitas con un mínimo de seguridad científica, la cual y hablando de ciencias sociales resulta ser siempre más un recurso de arte que de lógica aplicada.

Sin duda también, la denominada «crisis de los valores» influye en esta materia, como mínimo tanto como lo hace el cambio socioeconómico que se deriva de la masiva urbanización de la sociedad, del incremento exagerado y rapidísimo de la esperanza de vida, del dominio de la biología reproductiva y de la tecnificación de las labores del hogar, así como de otros muchos temas de detalle que no generan pero sí potencian los grandes cambios.

La equiparación de las mujeres casadas respecto de los maridos no es, desde luego, una solución que venga dictada por la estricta lógica, porque sencillamente carece de sentido propio mantener la ficción de una doble jefatura familiar (diarquía) en un consorcio de dos, ya que en cualquier régimen económico-matrimonial los hijos, si los hay, son terceros, no se les puede calificar de extraños, menos de ajenos, pero sí, con toda propiedad, de terceros.

---

(4) No deja de ser curioso que nadie apele a la «naturaleza de las cosas» para ponderar la libertad innata de las personas, su capacidad y la posibilidad de defender una y otra. Estos valores «sagrados» pueden, por lo visto, sacrificarse en aras de una unidad, para este caso meramente económica. Lo cual bien visto y entendido con mejor humor permite relativizar muchas de las secuelas que de la posición patriarcal quedan en el fondo de las instituciones, aunque no en su letra.

La monarquía familiar, tan sólo en parte patriarcal a la romana, pues, resulta ser hija de la evidente miseria napoleónica, que fue acogida con inmerecido entusiasmo por una sociedad clerical, nominalmente católica y dudosamente cristiana, en la que están fuertemente asentados los hábitos aristocráticos y clericales de preponderancia de lo masculino sobre lo femenino, y que pasarán a ser los propios de las minorías pequeño burguesas tenderiles y urbanas que dominarán la «opinión pública» durante la segunda mitad del diecinueve y dos primeros tercios del veinte que a partir de Napoleón constituyen no precisamente el Tercer Estado, sino el único Estado, al menos desde la perspectiva que será propia del Código Civil y verdadera fuente del pensamiento democrático actual.

Esto se reproduce entre nosotros sin que dé lugar después a la más mínima evolución positiva, más bien se da una involución que nos acerca en las vivencias y muchas veces en la práctica a aquellas posiciones y actitudes que tanto censuramos para el mundo árabe e islámico.

Tengo para mí que en la evolución «liberalizadora» posterior, muy acelerada, por cierto, a veces hasta el extremo de pasar del falso y teatral recato hasta el igualmente exhibicionista libertinaje externo, influye muy poco el cambio de posición ideológica por la vía autocrítica y por la de la racionalización de las relaciones entre personas a las que se les reconoce legal y constitucionalmente, ahora, libres, iguales y enteramente capaces. Sí tiene que ver, y mucho, el puro dato fáctico de la presencia de las mujeres, cualquiera que fuere su estado civil, en el trabajo productivo extra doméstico con los cambios de retribución personal, de autoresponsabilidad y de vida social que tal actividad y su circunstancia de lugar comportan.

Las mujeres casadas que trabajan fuera del hogar han sido las autoras del cambio operado y lo serán también de los detalles de pervivencia del antiguo sistema que restan por someterse a la mutación práctica, porque han dejado de ser unas meras ahorradoras de recursos económicos —la mayor parte de ellas lo sigue siendo a mayor abundamiento— para convertirse en aportantes de metálico y con relativa frecuencia con igual o superior cuantía a aquélla que proviene del marido.

En la mayoría de los casos la suma algebraica de la aportación de numerario retributivo externo y del tradicional ahorro doméstico sitúa a las mujeres en el puesto de primer aportante de recursos netos de la economía familiar. Ya no se trata, como hace medio siglo, de la aportación de un segundo sueldo del que dependían, más bien más que menos, las vacaciones y otros lujos menores, sino de una aportación idéntica o superior.

Al papel del trabajo retribuido y ejecutado fuera del hogar, punto indudable de partida del cambio, hay que añadir de forma subrayada la autoestima que este trabajo genera, aspecto psicológico este que suele ser desdeñado injustamente por la mayoría de los juristas; el dato que puede llegar a ser

preocupante del incremento más que notable de la esperanza de vida: y, además y también la decisiva relativización de la función reproductora como finalidad principal del matrimonio. A todos estos fenómenos, que no pueden ser tratados como puros datos de interés para el análisis, es preciso asignarles una carga valorativa tal que, a mi juicio, obliga a tener en cuenta todas estas perspectivas en la interpretación de los textos y a tomarlos en consideración para la revisión de la reforma de 1981, que parece a todas luces prudente emprender e incluso debería tenerse por necesaria; pues ésta se inspiró en una realidad social, económica, cultural e incluso moral bastante distinta de la actual, la que fue propia de la tan ponderada «transición democrática». Entre uno y otro momentos ha transcurrido un cuarto de siglo caracterizado precisamente por la transformación de todos y cada uno de los cimientos de nuestra sociedad y de su influencia en la vida cotidiana.

De todas formas, resulta evidente que la posición de la mujer casada en la sociedad y en el hogar sigue constituyendo, hoy como siempre, el factor determinante del contenido material de los regímenes económico-matrimoniales, incluso cuando no cambian los textos; pero el vuelco en este aspecto ha sido tan espectacular que no resultaría ocioso ni exagerado favorecer reformas globales del Derecho de familia. Reformas propuestas por los órganos de estudio y de los Gobiernos y aprobadas por los legislativos que en cada ámbito territorial del Derecho Civil corresponda, en lugar de seguir asistiendo impasibles a una reinvenCIÓN judicial de esta parte del Derecho Civil sin posible justificación teórica.

La actual crisis abierta entre la Sala 1.<sup>a</sup> del Supremo y el Tribunal Constitucional evidencian por ambas partes esta tendencia hacia la reinvenCIÓN normativa impropia y la pobreza de ideas que la sustenta, a salvo siempre la aspiración de refuerzo del poder que late en el fondo de estas pequeñas crisis.

### III. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DE LA MASA COMÚN GANANCIAL DESDE LA CODIFICACIÓN HASTA LA REFORMA DE 1975

#### A) POSICIÓN DE LA CODIFICACIÓN

El artículo 1.410 del Código Civil trae causa del artículo 1.331 del Proyecto isabelino (5), ambos textos carecen de antecedentes patrios, como puso

---

(5) El artículo 1.331 del Proyecto de 1851 disponía:

*Las deudas contraídas por el marido ó la muger, antes del matrimonio, no son de cargo de la sociedad.*

*Tampoco lo son las multas y condenaciones pecuniarias que se les impusieren.*

de manifiesto MANRESA, quien, además, apuntaba directamente a la evolución de esta responsabilidad al afirmar: «En relación a *las compañías o sociedades comunes*, las leyes 7.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup> del título X de la Partida 5.<sup>a</sup> declaraban responsables a los socios del daño o perjuicio que ocasionasen a la sociedad por su culpa o dolo» (6) con clara alusión a la estructura de deudas y responsabilidades del socio industrial que es propio de las sociedades comanditarias y de la propia sociedad civil ordinaria.

GARCÍA GOYENA, en sus *Concordancias*, advierte que la solución del artículo 1.331 del Proyecto isabelino se inspira en el artículo 1.498 del *Code* francés tomando en consideración la diferencia estructural que media entre nuestra sociedad de gananciales y la comunidad legal francesa sobre todo respecto de ingresos y deudas anteriores a la celebración del matrimonio, por lo que nuestra regla resulta más clara.

La masa ganancial por este artículo 1.410 no es deudora directa, ni de las deudas contraídas con anterioridad al matrimonio (como también ocurre ahora) ni de las declaradas por aplicación de la responsabilidad aquilina, bien sea declarada ésta por causa de delito (arts. 46 a 48 del Código Penal de 1870), bien lo sea por culpa *cuasidelictual* civil, aunque sí resulta parcialmente responsable de las deudas del marido.

La razón no es otra que la que demanda la coherencia del sistema: «la responsabilidad debe ser tan personal como lo es el hecho de que procede», como recuerda GARCÍA GOYENA, quien añade, de conformidad con los criterios sociales de la época, que «la diferencia que se hace aquí entre marido y

---

*Sin embargo, así las deudas contraídas por el marido con anterioridad al matrimonio, como las multas y condenaciones pecuniarias que se le impongan, podrán repetirse contra los gananciales, si no tuviere capital propio ó no alcance este; pero al tiempo de liquidarse la sociedad legal se le cargará su importe.*

El artículo 1.410 del Código Civil de 1889 decía:

*El pago de las deudas contraídas por el marido ó la mujer antes del matrimonio no estará a cargo de la sociedad de gananciales.*

*Tampoco lo estará el de las multas y condenas pecuniarias que se les impusieren.*

*Sin embargo, el pago de las deudas contraídas por el marido ó la mujer con anterioridad al matrimonio, y el de las multas y condenas que se le impongan, podrá repetirse contra los gananciales después de cubiertas las atenciones que enumera el artículo 1.408, si el cónyuge deudor no tuviere capital propio ó fuera insuficiente; pero al tiempo de liquidarse la sociedad se le cargará lo satisfecho por los conceptos expresados.*

Resulta muy esclarecedor que en la primera edición del Código en 1888, este párrafo tercero dijera:

*Sin embargo, el pago de las deudas contraídas por el marido (no por la mujer) con anterioridad al matrimonio, y el de las multas y condenas que se le impongan, podrá repetirse contra el fondo social (no los gananciales) después de cubiertas las atenciones que enumera el artículo 1.408, si el cónyuge deudor no tuviere capital propio ó fuera insuficiente; pero al tiempo de liquidarse la sociedad se le cargará lo satisfecho por los conceptos expresados.*

(6) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, T. IX, 4.<sup>a</sup> ed., pág. 559. Ed. Reus, Madrid, 1930. El subrayado es mío.

mujer, se funda en que el primero, mientras dure la sociedad, es administrador independiente con facultad de enajenar los gananciales; la mujer, por el contrario, no puede mezclarse en la administración, ni obligar en manera alguna los bienes, ni en realidad hay para ella gananciales hasta haberse disuelto la sociedad» (7).

Este criterio, al margen de la desigualdad de los cónyuges, resulta claro y congruente, tanto con la letra de la ley, cuanto con el fundamento societario de los gananciales puestos en manos del marido en tanto que socio gestor con responsabilidad universal y titularidad, al menos fiduciaria, sobre los bienes gananciales, cuanto con su poderosa contrapartida la inembargabilidad por cargas de la sociedad de los bienes dotales y propios de la mujer. Por ello no se plantea tan siquiera la cuestión de la responsabilidad contractual.

GARCÍA GOYENA explica, cargado de lógica elemental, pero sistemática, y también de razones jurídicas, que la deuda es individual del sujeto que ocasiona directamente el daño o por cuya acción u omisión la desencadena, por lo que la responsabilidad resulta ser individual también, pues sólo puede repetirse de la masa ganancial a falta o insuficiencia de bienes privativos del cónyuge deudor.

Ahora bien, serán los artificios inútiles y censurables, de entonces y de ahora, que generan las diferencias jurídicas entre cónyuges los que oscurecerán este primer pensamiento diáfano y darán lugar al nacimiento de argumentaciones embarulladas por falsas que se han prolongado hasta el presente, como demuestra la jurisprudencia oscura y poco respetable sobre el actual artículo 1.373 del Código Civil hasta la reforma de la LEC de 2000 (8).

Se trata de argumentaciones sofísticas planteadas a partir de una situación coyuntural totalmente desligada del punto que nos ocupa: aquí la responsabilidad civil *ex lege Aquilia*, y que conducirá a la adopción de un dislate jurídico que se convertirá en argumento de hipótesis más o menos social, pero no jurídica.

La hipótesis en tanto que tal resulta indemostrable pero devino inatacable, por ser hija de una argumentación tenida por teológica-moral, también equivocada y falseada, que se orienta a la consecución de resultados que responden a intereses ilógicos. Además, su influencia en el pensamiento fáctico no sólo dominará más de la mitad del diecinueve y todo el veinte, sino

---

(7) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Edición de la Cátedra del Profesor LACRUZ BERDEJO. Zaragoza, 1974, págs. 714 y 715.

(8) Espero que la desesperada búsqueda de una ilógica consorcialidad de las economías matrimoniales y hasta de las uniones más o menos estables de pareja en una sociedad crecientemente divorcista no sirva para desatender por parte de los juzgadores no sólo la ley material sino también la rituaria, sustituyendo a ambas con criterios personales de pura y rancia moralina que, a veces, no se observa en casos francamente inmorales para el común de los ciudadanos formados e incluso poco formados.

que seguirá presente entre nosotros pese a la reforma de la LEC e infectará a una norma tan bien pensada como la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico-matrimonial y viudedad.

El artículo 37.1 b) de la misma afirma que los bienes comunes responden frente a terceros de buena fe en los casos «de las indemnizaciones por daños a terceros causados en el ejercicio de una actividad objetivamente útil a la comunidad, aun por dolo o culpa grave».

No entiendo la extensión de la responsabilidad, ni creo que tenga más fundamento que un entendimiento anómalo de la economía del matrimonio y, tal vez, la consideración de la igualdad negativa entre cónyuges conforme a la posición a todas luces reprobable de la posición de un marido que invadía, por el mero hecho de serlo, el patrimonio de su mujer e interfería en su gestión.

Se trata de aplicar, me parece, la inexistente lógica del refranero: «¡Hay que estar a las duras y a las maduras!», u otras obviedades de este mismo orden, frente a la madurez bimilenaria de la aplicación más o menos acertada, según épocas, de la *lex Aquilia*, que destaca la personalidad e individualidad de la responsabilidad, y también de oscurecer esa claridad bajo las penumbbras de la gestión de la comunidad conyugal que a veces emulan más al secreto societario y delictuoso propio de las bandas mafiosas y demás asociaciones de malhechores que al tan traído, repetido e ignorado modelo cristiano de economía conyugal inspirado en la Epístola paulina a los romanos (9), y en la interpretación del amor carnal del matrimonio en boca y pluma de los Santos Padres de Oriente y Occidente.

De todo este complejo entramado sabemos hoy que, en cuanto a su origen histórico, es falso; en cuanto a su formulación, resulta inexacto; y que se debe a una imitación de la jefatura de las casas feudales, tras la Revolución francesa que teóricamente al menos las combate, que da lugar al alumbramiento de una sociedad que se puede calificar de misógina, con todos los merecimientos, aunque se quiso vestir con el aura de un regreso a la figura del *pater familias* romano clásico, pero ahora en cada familia burguesa o menestral.

---

(9) La Epístola a los romanos ha sufrido, además de algunas interpolaciones, una interpretación paralela a la de la creación de la sociedad de gananciales totalmente acrítica y separada por completo de sus orígenes y sobre todo de sus destinatarios iniciales. San Pablo, o el autor de la interpolación, trata de dulcificar la posición de la mujer puesta bajo la potestad personal, económico-matrimonial (régimen de separación y dote) y social del *pater familias* romano. Se trae a colación, en defensa del régimen de gananciales, cuanto sea menester del texto original y se silencia el resto cuando conviene. Ya va siendo hora de que se abandone el discurso de la perfección moral de la comunidad consorcial con demonización materialista de todos los restantes porque, amén de obedecer a un ideal bastante discutible, no resulta viable en una sociedad separacionista, sólo resulta interesante para los abogados divorcistas que por interés personal de los jueces se encuentran con tres pleitos en vez de uno sólo: el de separación (normalmente inútil y frustrante), el de divorcio y el de liquidación de la sociedad. Éste último siempre a mala cara y peores sentimientos después de vivir en propia carne los dos anteriores.

El éxito de esta formulación coincide con el que suelen alcanzar los dogmas y las afirmaciones hechas por aquellos que conocen a la perfección su falsedad, pero insisten en ella, de tal modo que resulta inútil apelar a la realidad comprobada, pues una y otra vez se prefiere la ficción a la sencilla verdad, de ordinario poco épica y casi siempre prosaica.

La responsabilidad civil delictual o cuasidelictual en su planteamiento tradicional, al que obedeció la letra del artículo 1410,2.<sup>º</sup> del Código Civil (1889), no podía dar lugar a una carga consorcial de las que contempla el coetáneo artículo 1.408, como se hace notar en el tercer párrafo del mismo artículo 1.410.

La condena judicial por daños e incluso la multa administrativa o por faltas emparejada a la declaración de responsabilidad, que hoy denominamos genéricamente extracontractual, sólo podía ser individual del cónyuge causante del daño o responsable legal del mismo, aunque lo fueran ambos cónyuges tampoco daría lugar a una responsabilidad o carga consorcial porque éstas, en cuanto a su formulación legal, eran y son tasadas, como corresponde a una masa patrimonial separada con destinación y finalidad propia.

Ahora bien, el que la responsabilidad por estas deudas sea privativa no quiere decir que la masa común quede inmune y ajena a su efectividad: el acreedor puede dirigirse en vía coactiva contra bienes integrados en la masa común, en razón de que el deudor embargado resultaba ser también titular de la misma; no obstante, para poder agredir a la masa común era preciso que el deudor careciese de bienes propios y que estuviesen cubiertas las cargas consorciales contempladas en el artículo 1.408, pues según preveía el artículo 1.410,3 los acreedores consorciales eran preferentes a los privativos por cuanto se refiere a la masa común.

La masa común, con independencia de si para la sociedad de gananciales de 1889 la propiedad de la misma corresponde a un cónyuge sólo, el varón (tesis que hizo suya el Tribunal Supremo contra la tradición española) o si en todo momento se trata de una titularidad consorcial (tesis de la mejor doctrina y de la mayoría de los legisladores), se sitúa bajo la dirección del marido en función de mejorar la solvencia de éste y aplicar tal solvencia mejorada al interés económico de la familia en su conjunto (10).

«Por lo general estas obligaciones (las del art. 1.410, 1 y 2 (texto de 1889) —decía Cossío— no corren a cargo de la sociedad, imputándose a ésta excepcionalmente cuando se da el doble requisito de hallarse cubiertas las atenciones enumeradas en el artículo 1.408, y que no tenga el cónyuge deudor capital

---

(10) Téngase en cuenta que el legislador español ha contemplado siempre a la sociedad de gananciales como una fuente casi milagrosa de riqueza y bienestar, haciendo caso omiso de los expolios de las masas privativas a que da lugar la presunción de ganancialidad administrada sin ninguno de los naturales paliativos y sin atender a la conflictividad que generan las crisis matrimoniales.

propio o éste sea insuficiente. En todo caso, al liquidarse la sociedad se cargará al cónyuge deudor lo satisfecho por estas obligaciones o multas» (11).

Añadía Cossío, con el apoyo expreso de FIORE, pero tomado del comentario de MANRESA, que «La comunidad sólo sufre indirectamente el efecto de estas deudas, en cuanto que mediante su pago viene a disminuirse el activo cuyo disfrute le pertenece. Si la mujer en el momento de casarse tiene 100 de capital y 50 de deudas, la comunidad adquiere en apariencia el goce de 100, mas en realidad sólo disfruta 50, que es el líquido haber aportado: los acreedores conservan su derecho a exigir los intereses de sus créditos y el pago del capital a su vencimiento, por lo que si la comunidad y en su nombre el marido como administrador, no están obligados al pago del capital, lo están de un modo directo al pago de los intereses que constituyen una baja del disfrute perteneciente a la comunidad, y aún indirectamente al pago del capital, en el sentido de que no pagándose queda privada de su disfrute».

MANRESA fue mucho más tajante en la interpretación de estos preceptos pues liga la responsabilidad consorcial al percibo de un equivalente por la correspondiente masa y a la presunción de que el marido obra en interés de la sociedad, por lo que afirma «exceptúanse de esta regla: las multas y condenas pecuniarias que al mismo marido se le impongan. Cuando se trata de tales condenas y multas, la ley no puede presumir que ha nacido la obligación en interés de la comunidad: se trata de una responsabilidad personal privativa del marido, y a él sólo incumbe, por regla general, su pago o cumplimiento». «Contrayéndonos al objeto especial a que se refiere el artículo 1.410 —continúa más adelante MANRESA—, las multas y condenas pecuniarias representan algo personalísimo del cónyuge que, con su falta o delito, da lugar a ellas. Las multas, ya sean impuestas por la autoridad judicial o gubernativa, cuando procedan de un hecho imputable a uno solo de los esposos, constituyen una pena cuyo cumplimiento debe ser personal. Otro tanto cabe decir, aunque no se trate de penas, en cuanto a las responsabilidades civiles nacidas de hechos u omisiones de uno solo de los cónyuges, verbigracia, restitución en su caso, reparación del daño causado, indemnización de perjuicios, reintegro del papel sellado, honorarios del defensor, y del acusador privado, en su caso, y demás costas procesales». «Confirma esta doctrina la sentencia de 13 de enero de 1916, según la cual no son carga de la sociedad de gananciales las costas y responsabilidades pecuniarias que se impongan al marido en causa criminal seguida contra él, porque aun cuando el marido sea administrador de la sociedad no procedió como tal al delinquir» (12).

---

(11) Cossío, «La sociedad de gananciales», *INEJ*, pág. 96, Madrid, 1963.

(12) MANRESA, *op. et loc. cit.*, Lib. IV, Tít. III, Cap. V, artículo 1.410, págs. 560 y 561.

En esta sensata y durante largo tiempo pacífica interpretación de la norma aparecen netamente deslindados qué débitos lo son de un cónyuge solo a causa de su propia responsabilidad civil extracontractual y cuál sea la función secundaria de garantía respecto de las deudas privativas que se asigna a la masa consorcial en todo régimen comunitario, que no sea de comunidad universal; porque, en primer lugar, no hay ni puede haber (o debería haber, para ser más precisos) más débitos comunes que aquellos que reciben tal expresa naturaleza legal. Aun acaso funcional: la sociedad de gananciales no se constituye como una persona jurídica distinta de la individual de cada cónyuge y, además, la masa común no constituye una titularidad distinta a las restantes de los consortes; eso sí, tiene una destinación preferente en favor del levantamiento de las cargas consorciales y otra de refuerzo de la solvencia (garantía) en el mismo sentido, por lo que para las restantes deudas: las privativas o incluso las presunta o dudosamente comunes, representa siempre la masa común *una solvencia real*, pero siempre y en todo caso de segundo grado por no ser de titularidad exclusiva del cabeza de familia.

Esto es explícito en la doctrina científica, al menos, para la anterior a la reforma de 1975, pero empezó a hacer aguas ante la conveniencia interpretativa (básicamente política de adhesión al régimen) para el caso de cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo que luego examinaremos. Desde luego no puede decirse que resulte tan claro para la letra de la ley tras la reforma de 1981; pero como mínimo sí puede afirmarse sin demasiado temor a errar que la línea histórica, cuyos principales exponentes son MANRESA y COSSÍO, coadyuva a la clarificación del fenómeno, aunque debo reconocer por mi parte que para la actual doctrina dominante la interpretación a favor de declarar la responsabilidad común ha resultado ser la tónica dominante, sin las debidas distinciones de casos y separaciones de supuestos, para lo cual ha convertido en punto de apoyo de su palanca interpretativa lo que no pasó de ser un comentario marginal en línea galicana de don FLORENCIO GARCÍA GOYENA sobre la titularidad diferida para la mujer sobre la masa ganancial (13).

Una ligereza científica: la de la titularidad expectante de la mujer sobre la masa común que impedirá durante siglo y medio que los magistrados del Tribunal Supremo se opongan a la admisión de la tercería de dominio interpuesta por la mujer casada en defensa de su parte en los gananciales, por deudas privativas del marido (muchas veces contra el consorcio), sin más argumentación lógico-intelectual que la que se derivaba de la hipótesis indiscutible —en aquel momento— de la superioridad viril en el matrimonio y en la sociedad conyugal.

---

(13) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 715.

Una convencional y misógina sinrazón que, ya desde su formulación bajo el Consulado francés en plena contrarrevolución (14), se sabía falsa y se juzgaba descaradamente interesada, pero no por ello resultó, a la postre, menos persistente.

Esta posición foránea arraigó en la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 22 de diciembre de 1926 y 5 de noviembre de 1929 y después en otras muchas (15) y fue combatida por Cossío con rigor científico no exento de vigor en la expresión de su pensamiento, aunque con poco éxito de convicción para con los magistrados de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, casi siempre poco propicios a atender a la crítica doctrinal sobre su quehacer.

Cossío afirma al respecto: «No creemos admisible la doctrina contenida en las sentencias aludidas que, como puede comprobarse, se fundan en una tesis totalmente desacreditada de la doctrina y en la propia jurisprudencia: la que ve en los gananciales una propiedad exclusiva del marido y reconoce a la mujer una mera expectativa para el momento de la disolución. Si se acepta la construcción más generalizada de la titularidad en mancomún de los bienes..., es evidente que aparecerá como fundada una tercería de dominio producida con ocasión de un procedimiento en que se persiguen bienes gananciales fundándose en una deuda contraída por el marido o la mujer con anterioridad al matrimonio, y ello por las mismas razones que han llevado a la jurisprudencia a negar a ambos cónyuges *el derecho de disponer como propios* de aquellos bienes que se califican como gananciales».

«Para obtener —a juicio de Cossío— el derecho a perseguir los bienes gananciales en cualquiera de los dos supuestos contemplados por el artículo 1.410, será preciso seguir un procedimiento de carácter declarativo, en el que deberán ser demandados ambos cónyuge para poder cumplir el precepto del artículo 144 del Reglamento Hipotecario..., sin lo cual ni podrá producirse anotación de la demanda o embargo sobre bienes de esta clase, ni mucho menos ejecución que les tenga por objeto» (16).

La responsabilidad de la masa común, aún en las etapas históricas en que el consorcio se contempla como una prolongación de la esfera de actividad propia del marido, se constriñe en lo extracontractual a aquellas deudas en las que no hay ni por asomo duda alguna de que la actuación marital desenca-

---

(14) Se trata, al parecer, de una imposición a favor de una tesis minoritaria del Primer Cónsul, Napoleón Bonaparte, un hombre encumbrado por sus magníficas relaciones con las mujeres que dominaban los salones parisinos y por su primera esposa Josefina Boharnais.

(15) Las para mí más aberrantes son las dictadas sobre el actual y vigente artículo 1.373, una legislación inspirada en la igualdad, la cogestión y plena capacidad de obrar fuera y dentro del hogar de los cónyuges.

(16) Cossío, *op. et loc. cit.*, págs. 97 y 98. El subrayado es mío.

denante del débito se efectúa en interés de la familia y por medio de una actividad a todas luces legal y en la que se pone como mínimo la diligencia corriente, bien la estándar de buen padre de familia, nada más ni nada menos, o bien la que debe ser propia de un profesional del ramo que corresponda.

O sea: las consecuencias económicas y jurídicas exclusivamente negativas que se derivan de circunstancias vivenciales de cualquier tipo en las que no se ha guardado la diligencia mínima o en las de aquellas actuaciones en las que se da la nota de ajenidad respecto de la actividad o quehaceres honestos que son habituales del mismo consorte que es, recordemos, el cabeza de familia, o dentro de éstas cuando no se han observado las reglas que directamente rigen el ámbito de que se trate (licencias, permisos, empleo de medios especiales, etc.) o son habituales en el desempeño de la profesión, oficio o arte, serán siempre de su cargo, con independencia de que la masa común resulte afecta al pago de estas deudas privativas, tras la liquidación de las deudas comunes contraídas con anterioridad o al mismo tiempo, pero, en todo caso, como anticipo de lo que al deudor le correspondería en la liquidación final y no como cargo propio del consorcio (responsabilidad provisional en suma).

Recuérdese que el modelo familiar no es otro que el del matrimonio indisoluble con gestión exclusiva del marido y con los bienes de la mujer, dotales y parafernales, totalmente liberados de la responsabilidad de las deudas consorciales ni siquiera por el ejercicio por parte de la mujer de la potestad de las llaves.

Aquí se sigue el modelo normativo establecido para los ingresos y deudas procedentes del juego: cada ganancia es un don, tanto da del azar o del cielo, y cada pérdida (inmoderada) es un castigo para la economía del vicioso jugador. Lo de menos es que no haya lógica respecto de una actividad individualmente considerada, porque lo que aquí se contempla es un consorcio, una agrupación familiar que se piensa bajo una clara y decidida concepción teleológica para proveer de recursos acrecentados a los socios activos y a sus sucesores: el fracaso sólo tiene consecuencias comunes si no puede imputarse a la actuación ilegal, descuidada o carente de la necesaria pericia de parte del único actor con plenitud de ejercicio sobre la economía familiar: su cabeza —término en aquella época nada equívoco.

La sentencia de 1 de abril de 1932 retomó la línea de la de 13 de enero de 1916 al negar que sean cargas de la sociedad las costas civiles o criminales de aquellos procesos en los que son aplicables las reglas del artículo 1.410, porque como afirma la sentencia y señala MORENO MOCHOLÍ, «en el proceso civil la imposición de costas es una condena o sanción de la temeridad y mala fe» (17).

---

(17) En los *Comentarios* de MANRESA (Reus, 1969) edición revisada por MORENO MOCHOLÍ. El comentarista obvia la dirección contraria a la mantenida en esta aislada sentencia, para mantener de ordinario la posición diametralmente opuesta a la lógica

B) LOS PRIMEROS REPLANTEAMIENTOS DE LA POSICIÓN DE LA MUJER CASADA EN EL SEÑO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

La inquietud social de los llamados «felices años veinte» del pasado siglo, que se incrementó con el hundimiento económico de 1929 y las reacciones políticas de crisis del Estado de los siguientes años treinta, suponen la apertura de la más profunda crisis sufrida por la sociedad española en su conjunto. Ello, y para la cuestión que nos ocupa, pese a la propaganda que a diario recibimos sobre un inventado feminismo republicano que formaría parte, a su vez, de la también reinventada revolución social. Curiosamente la tan ponderada apertura social no afectará a la posición de la mujer casada en el contexto vital de los régimenes económico-matrimoniales que no serán objeto de ningún cambio, ni siquiera variará en exceso la concepción formal y normativa del matrimonio, ni mucho menos la vivencia del matrimonio propiamente dicho. Es más, ni siquiera encontramos en la literatura jurídica, social o económica referencias a la necesidad, justicia, oportunidad, utilidad o mera posibilidad de que se conciba tal cambio.

En los textos legales, la misoginia napoleónica siguió luciendo con todo esplendor. La introducción del divorcio vincular como remedio a las crisis matrimoniales, la apertura a la mujer del ingreso en los cuerpos de funcionarios del Estado o el reconocimiento del derecho activo y pasivo al sufragio, sin restarles, por mi parte, ni un ápice de su verdadera importancia, no influyeron en la concepción social e interna del matrimonio y mucho menos en su economía, reducto esencial del poder marital alumbrado por el *Code de 1804*, al que en este punto, como en tantos otros, sigue el nuestro. Incluso la potestad de las llaves sufrió algunos notables retrocesos, al menos en su exposición teórica, como tendremos ocasión de examinar más adelante, pues ésta se incluye y contempla dentro de la dirección y administración que se reconocen en exclusiva al marido y cuyo ejercicio se concibe como una representación tácita alumbrada por la norma.

Si se habla con propiedad de este tumultuoso y trágico período histórico habrá de afirmarse la evidente radicalización del esquema patriarcal con marido «todopoderoso» que alumbrarán los pequeños burgueses provincianos al frente de sus familias, en la creencia que tal era el modelo aristocrático cuya imitación dará lugar a un penosamente improvisado papel de dueño y señor de la casa, ¡por cierto! abiertamente contrario a la tradición hispana.

Si somos capaces de admitir para nuestro examen algunas pautas sociales ajenas al mundo estrictamente jurídico (casi siempre arcaizante en el lenguaje, incluso cuando arropa cambios revolucionarios) y nos fijamos en la

---

interna de éstas. Es decir, la defensa de los intereses directos y la titularidad propiamente dicha de la mujer sobre los bienes consorciales.

estética de los citados años veinte y treinta nos alertará, sin la menor duda, sobre un evidente proceso de objetivación material y de androgenización de la mujer que culminará a finales del siglo XX con la adopción generalizada de la mujer efebo anoréxica. No se trata tan sólo de la conformación de rostros femeninos con perfiles acusadamente angulosos como en los celebrados retratos de la pintora LEMPICA o de la desaparición de las naturales redondedades propias para la reproducción vivípara de la especie que en la bella e interesantísima cartelística de propaganda comercial, política y social de la época, anuncia el abandono de tal función que era tenida como tarea casi exclusiva, para incorporarse y compartir un mundo que parecía reservado en exclusiva a los varones (18).

La propaganda comercial de esa época, que servirá para generar una opinión bastante generalizada de descrédito social de la incipiente y bastante cateta burguesía española, que se encuentra en su cotidiana realidad a años luz de la acumulación de riqueza que muestran tales carteles. Pues bien, esa iconografía nos muestra a una mujer que no trabaja, no se reproduce y vive dedicada a la contemplación ensimismada, en suma, una especie inexistente en la España de la época aún en las clases más altas e incluso bastante después, pero que se presenta como reclamo de «un mundo feliz» que se promete por todos los medios y agentes.

Muy al contrario del modelo iconográfico de las primeras revistas frívolas, éste era el término contemporáneo al uso, las amas de casa de la época a la que me refiero traen a este mundo, diezmado de población joven por una serie de guerras especialmente mortíferas, entre seis y nueve criaturas de las que sobreviven cuatro o cinco de media, cualquiera que sea la clase social a la que pertenezcan y, además, salvo unas escasas mujeres privilegiadas, se ocupaban de las labores propias de un servicio de intendencia permanente y ocasionalmente, pero con mucha frecuencia, de labores de refuerzo de la actividad económica del marido en una sociedad cuya producción procede de la pequeña agricultura e industria del mismo tamaño, del artesanado y del comercio al por menor. En esta última actividad serán con frecuencia las mujeres quienes estén al frente del establecimiento, aunque ellas no suelan ser las titulares formales del mismo.

Desde la perspectiva actual de mecanización de los hogares (19) y de otros trabajos que ocupan a gran número de personal femenino, resulta no

---

(18) Recuerdo al respecto un maravilloso cartel de propaganda de cigarrillos en el que una dama sin formas sale de un aparatoso coche y retiene a dos grandes galgos afganos, nada más irreal para la pobre España. Pero se trata de dar la apariencia de ausencia de signos de distinción entre varón y mujer que alcanza incluso a favorecer la de imitar también los vicios de una clase social inexistente que se muestra desocupada, banal y gozadora de estúpidos lujos fuera del alcance de las clases más acomodadas como tal clase.

(19) Creo que se trata de la actividad productiva-ahorrativa más automatizada de la sociedad occidental, muy por encima de la pretendidamente informatizada y robotizada, en la propaganda, fabricación de automóviles, sólo comparable a las oficinas del sector de

sólo muy difícil de entender, sino siquiera de imaginar el trabajo prestado a la familia por el ama de casa de hace tan sólo cincuenta años o poco más, con una ocupación que tuvo en lo cuantitativo carácter prácticamente universal; ahora bien, resultó siempre indiferenciada e invisible, porque así se quería fuese contemplada en un ambiente social que vincula de forma falsa la producción económicamente computada con la condición masculina del prestador de trabajo (oficios de hombres), sin excepciones dignas de mención estadística.

Mi maestro LACRUZ, tan certero en sus diagnósticos jurídicos, en 1963 y en un libro muy difícil de entender en sus justos términos, desde luego no entonces para gran parte de la sociedad, como es *La potestad doméstica de la mujer casada*, decía en términos de proyección hacia el futuro y a partir de un análisis del pasado, «la diferencia entre la configuración legal y la real de la situación de la mujer casada forma una constante en cualquier época y país. Y así también hoy recuerdo (1963) en España. Mas cabe preguntarse si, en un movimiento pendular que merecería ser español, no habrán llegado países, manteniendo esa diferencia de configuración, a invertir sus términos» y subraya con fuerza, francamente poco diplomática para aquel momento de radical triunfo del nacional-catolicismo post concordatario (esta línea de pensamiento oficial hacía pública una opinión expresada externamente, al menos, con convicción, no sé yo si verdaderamente sentida, francamente seudo-medieval de la familia y de la función de la mujer casada en ella), «cuando se aboga —seguía el maestro— por una modificación legal en la situación de la mujer casada, *no sólo conviene hacerlo en nombre de los principios de equidad o de justicia, sino, sobre todo, en nombre de una mayor adaptación del Derecho a la realidad*» (20).

---

profesionales liberales. El falso ocio que proporciona constituye el objetivo a ocupar por los medios de comunicación en sus programas menos recomendables que, cada vez con más frecuencia, se encuentran en la base de las crisis matrimoniales de las capas bajas y menos ilustradas de nuestra sociedad.

(20) LACRUZ, *La potestad doméstica de la mujer casada*, pág. 18. Ediciones Nauta, Barcelona, 1963. El subrayado es mío.

Este libro constituye el embrión de *El matrimonio y su economía*, obra esencial en la producción jurídica lacruiana y punto teórico de arranque de las reformas posteriores de la legislación de los Derechos de familia españoles hasta 1981. Aunque estas reformas se repisen o se preparen por juristas alejados de los planteamientos literales de LACRUZ, pero enriqueciendo su pensamiento con ideas de éste. *La potestad doméstica...* es una obra de caparazón y factura netamente conservadora, muy influida por el pensamiento religioso del autor, pero a la vez y como propósito irrenunciable presenta un pensamiento netamente liberal-progresista con respecto a la época en que se piensa y se escribe, para España y para nuestro entorno europeo más próximo. LACRUZ, sin duda influido por el Derecho aragonés y la vivencia activa del mismo, no creyó nunca que la inteligencia, el trabajo y el sentido de ahorro tuvieran sexo, aunque entendía que existía una predisposición sexual a unas tareas que favorecía la división del trabajo. Le parecía inicua y ridícula la limitación de obrar de las mujeres por la simple razón de contraer nupcias y abogó siempre por

En definitiva, se puede afirmar, sin temor a errar ni incurrir en un juicio temerario, que la condición jurídica de la mujer casada se agrava, respecto del perfil nada favorable de la codificación, en el lapso de tiempo que media entre la primera guerra mundial y las primeras reformas de las normas de Derecho de Familia en los Códigos Civiles europeos de los años sesenta del siglo pasado.

Esta agravación de la condición jurídica no proviene de un cambio legislativo, sino de la interpretación judicial de las viejas normas de inspiración napoleónica. Este efecto puede contemplarse en toda Europa, salvo en países escandinavos, pero en el caso específico de España el cambio resulta muy agresivo, pues el planteamiento fascista y el nacional-católico puso siempre la alabada institución familiar al servicio personal del cabeza de familia, reforzando la «tradicional» concepción patriarcal de la misma con todas sus negativas consecuencias, entre otras la de propiciar y justificar de algún modo la radicalización de ciertos feminismos tan desequilibrantes de la armonía familiar en la misma línea, a mi juicio, de los efectos de la posición anterior que precisamente se trata de corregir y superar con el reconocimiento, defensa y vivencia de la natural y lógica igualdad entre los cónyuges.

En perfecta sintonía con el pensamiento oficial, la Sala 1.<sup>a</sup> de nuestro Tribunal Supremo, fiel a este criterio, nos dio su posición sobre la estructura familiar y su modo de entender la responsabilidad civil debida a dolo o culpa exclusivos del varón, la extendió con más fuerza, si cabe, a quienes se dedicaban a llevar a cabo en negocios turbios sobre alimentos y otros bienes de primera necesidad sometidos a control administrativo para su comercio e incluso distribución interior, conocido en la época con el término «estraperlo» (21).

En los conocidos casos sobre patrimonio afectado por la responsabilidad civil derivada de multas administrativas millonarias por ejercicio del antes citado tráfico ilegal resueltos por sentencias de 23 de enero de 1958 (Ponen-

---

la equiparación en derechos y deberes adaptada a la funcionalidad de los sexos que originaba una «natural» división del trabajo. Después de 1975 su pensamiento se inclinó cada vez más en favor de la igualdad y no de la mera equiparación. La riqueza conceptual de la fórmula *uxor et socia* le parecía de una rara perfección y de auténtica proyección social.

(21) Este tráfico toma el nombre de un juego prohibido que bajo la 2.<sup>a</sup> República española dio lugar a un sonado escándalo político. El pueblo español de la posguerra civil da este nombre al tráfico aludido del que sabe que se trata de una actividad que a la vez y sin contradicción es alentada y perseguida por el régimen político-militar recién instaurado, el cual cultivaba una moral, nada rara en nuestra sociedad y en las que la rodean, en la que se castiga no tanto el hecho ilícito o delictivo en sí, sino el ser atrapado.

Las autoridades contaban con este concreto tráfico, de reprimirse con éxito se hubieran dado situaciones de desabastecimiento de productos básicos necesarios, entre ellos, y por ejemplo, el pan. Además y en la práctica, el ejercicio de este comercio constituía una patente de corso en favor de prebostes y de los llamados con propiedad «adictos» al régimen.

te: DE LA CRUZ), 4 de diciembre de 1958 (Ponente: EYRE VARELA) y 27 de febrero de 1960 (Ponente: SERRADO HERNÁNDEZ) (22), se mantiene contra viento y marea que al responsabilizar del pago a la masa común, junto a la privativa del esposo traficante, no se interpreta erróneamente el artículo 1.410 del Código Civil, puesto que las recurrentes: «*las esposas de los multados no son titulares de los denominados bienes gananciales, pues hasta tanto no se produzca la liquidación de la sociedad no hay bienes gananciales*», afirma el ponente de la primera de las sentencias citadas, al que siguen los otros dos. En ninguna de las tres sentencias hay voto particular discrepante alguno.

El pensamiento de los magistrados de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo coincide con el de nuestra desculturalizada clase media baja, que tiene una visión bastante negativa de sus propias mujeres. Tal vez porque, como en el caso de Napoleón, se lo debían casi todo a ellas. Además, trasluce una reprobable visión un tanto mafiosa de la familia, por lo visto se ejerce el estraperlo, se roba, defrauda y se actúa ilícitamente *en familia y en interés de la familia*.

Es posible que *la tercería de dominio* no fuese la vía procesal adecuada para la defensa patrimonial del cónyuge no deudor ni responsable, aunque creo que lo es, con todas las de la ley, porque se trataba y se trata de una sociedad o de una comunidad sin eufemismo lingüístico alguno. Pero también porque al negarse la tercería como arma de defensa del cónyuge inocente se incumplía la letra y el espíritu del artículo 1.410, se deniega el amparo jurisdiccional al que tenían derecho los ciudadanos (no se trata de un feliz invento de nuestros queridos colegas constitucionalistas y procesalistas, pues forma parte del bagaje jurídico español desde los Decretos y la Constitución de Cádiz, aunque es cierto que nuestros Altos Tribunales no hicieron gala de la necesaria exquisitez jurisdiccional que es precisa para otorgar tan nada sutil garantía jurídica, y de ningún modo meramente política) y se desamparaban de forma casi siempre irreparable los intereses del cónyuge inocente y, en la época, sin duda, el más débil.

En el fondo nuestros juristas (23) de los siglos XIX y primera mitad del XX entienden que la participación femenina en la masa ganancial no pasa de ser una especie de legítima a percibir a la muerte del marido en premio a la fidelidad presumida (con la misma terminología y diferente naturaleza res-

---

(22) En mi opinión y por lo tardío de las sentencias respecto del fenómeno, se trataba de actuaciones durísimas con las que se quería borrar la fama de dejación de la función de policía y de connivencia entre las autoridades de todo tipo y estraperlistas, pues el fenómeno del desabastecimiento, base económica del problema, estaba a punto de desaparecer: las cartillas de racionamiento se suprimieron en 1953. Además, el tráfico ya no estaba en manos de personas protegidas desde las alturas y los buenos y rápidos negocios se encontraban en otras actividades. Los habituales del comercio y tráfico estancado volvieron al tradicional contrabando al contar con una población que ya podía pagar bienes de importación fiscalmente clandestina.

(23) ¡Atención! no sólo los jueces sino la clase jurídica casi al completo.

pecto de la viudedad navarra: usufructo de fealdad) y en tanto que tal contemplan aquella masa como un fondo que, pese a ser social, está al servicio, primero, de los acreedores del cónyuge gestor y, después y en último caso, destinado a levantar las cargas conyugales. Sólo *post mortem* y tras ser liquidado podrá repartirse entre el supérstite y los herederos del cónyuge finado. Así lo han visto, para el primer pensamiento, una legión de magistrados que al servicio de una idea patriarcal de la sociedad, en este punto más islámica (cadfes) que cristiana, no dudaron en inaplicar y tergiversar los artículos 1408.1.<sup>º</sup> y 1.410 del Código Civil (versión original de 1889) e inventar un nuevo Derecho coincidente con su visión privativa y particular de la sociedad concibiendo la ley como instrumento secundario de su misión social como poder del Estado (24).

En esta disparatada lógica resulta responsable la masa común de los actos ilícitos de uno solo de sus titulares reales o potenciales; en el mejor de los casos se considera a la mujer casada como un objeto decorativo ajeno a la economía matrimonial. Todo un disparate que se mantendrá hasta la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, y no estoy seguro de que no resucite en una Sala tan creativa en materia de Derecho de familia como viene siendo la 1.<sup>a</sup> de nuestro Alto Tribunal.

Para mí está bastante claro que con los textos originales del Código en la materia e incluso a partir de una interpretación mínimamente extensiva del artículo 1.413 del Código Civil salido de la reforma debida a la Ley de 24 de abril de 1958 (25), no sólo se podía predicar una cierta alienidad de la mitad al menos de la masa común respecto de la responsabilidad civil derivada de los delitos y quasi delitos debidos exclusivamente a la acción u omisión dolosa o culposa de uno solo de los cónyuges, sino que se puede afirmar, con total y absoluta claridad, que la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo

---

(24) No crea el amable lector que se encuentra ante el feroz desahogo de un sujeto que diríme una querella privada frente a jueces y magistrados, aunque así suelen enjuiciar estos el descontento crítico que se manifiesta en las revistas jurídicas dedicadas, en todo o en parte, a la crítica jurisprudencial.

(25) Artículo 1.413 del Código Civil: *El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, para actos de disposición de inmuebles o establecimiento mercantiles.*

*Cuando el marido venga efectuando actos dispositivos sobre bienes, no comprendidos en el párrafo anterior, que entrañen riesgo para la sociedad de gananciales, podrá el Juez de Primera Instancia, a solicitud fundada de la mujer, oyendo a su consorte y previa información sumaria, adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes.*

*En todo caso, no podrán perjudicar a la mujer, ni a sus herederos, los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados.*

erraba gravemente en su interpretación de las normas, tanto al mantener la titularidad absoluta del marido sobre los gananciales, atribuyendo una débil expectativa en favor de la mujer sobre la mitad neta resultante de la liquidación *post mortem*, cuanto al atribuir la carga total de la responsabilidad sobre los gananciales fuera del estrecho margen (la interpretación debería ser restrictiva, pues aquí la norma impone la posibilidad de gravar un bien parcialmente ajeno) previsto en el artículo 1.410.

El párrafo tercero del artículo 1.413 del Código Civil resulta vulnerado reiteradamente por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Es más, éste ignora olímpicamente su presencia y su evidente naturaleza de norma cogente no sólo para los maridos administradores de la masa ganancial, sino también y no secundariamente a los aplicadores de la norma: jueces, tribunales y administraciones públicas, con inclusión de la entonces poderosa Comisaría de Abastecimientos y Transportes, de nada feliz memoria salvo para los enriquecidos por su intermedio.

Tengo para mí que este planteamiento en favor de los intereses de los acreedores y en perjuicio de un tercero totalmente ajeno al hecho jurídico que da lugar a la responsabilidad civil en razón de que este tercero potencialmente podría beneficiarse, trae causa de la redacción de los artículos 6.<sup>º</sup> a 12 del Código de Comercio en su redacción de 1886.

En este punto la mujer casada que ejerce el comercio con la *debida licencia marital* (esencial para tal función y de unilateral concesión y revocación del marido sin necesidad de manifestación de causa alguna que dé razón del cambio de parecer: porque al dueño y señor de la familia le da la *real gana*, máxima manifestación lógica del raciocinio marital castellano desde las Leyes de Toro hasta la reforma del Código Civil de 1981) responde por responsabilidad civil contractual y extracontractual con los bienes dotales y parafernales propios suyos y también con los comunes generados por el ejercicio del comercio bajo licencia (de los que se presume tiene la administración) y, acaso, los privativos del marido, *pero tan sólo si así se expresa o se deduce de la autorización concedida por éste*.

Esta visión tenderil de la vida económica ni podía ni debía desplazarse a la interpretación de las normas propias de la sociedad de gananciales en el Código Civil, pero se hizo y además se mantuvo sin recibir en el tratamiento judicial de la responsabilidad, la recepción de la nueva (entonces) normativa emanada de las normas limitativas de 1889 (arts. 1.408 y 1.410 del Código Civil), tampoco aplicó la de la Ley de 24 de abril de 1958 (nuevo texto del art. 1.413, puesto en relación con el anterior art. 1.410 que se mantenía vigente) (26).

La reforma de 1975 no incidió en el aspecto concreto de la responsabilidad civil extracontractual en el régimen de gananciales (la contractual siguió cons-

---

(26) No me parece necesario hacer más comentario para abundar en lo expuesto.

tituyendo una materia sobreentendida y más que discutible). Sin embargo, sus objetivos resultan tangencialmente importantes para el propósito de este trabajo en la medida que la reforma se hace eco de la presencia social de un profundo cambio en la formación del capital que afecta a las familias, tanto en la generación directa del mismo, cuanto por la vía indirecta del ahorro.

La apertura del sistema a la mutación del régimen económico-matrimonial, vía capitulaciones, vigente el matrimonio y constante el régimen inicial pactado o el legal, da una buena medida de la novísima perspectiva y de la erradicación de la perversa idea de que las capitulaciones matrimoniales tienen de ordinario y por finalidad principal la de defraudar a los acreedores de la familia o de uno de sus miembros (27) y la entonces nueva regulación de la separación de bienes, sin limitarla a los supuestos de separación matrimonial, presuponen un avance teórico colosal del que, por desgracia, se han beneficiado muy pocos matrimonios y sus martirizadas economías.

Estos matrimonios en gran medida siguen pensando que el «amor» se debe proyectar en el régimen de los bienes, posición inverosímil pero no por ello menos cierta. Nuestra sociedad sigue viendo las crisis matrimoniales como supuestos de mala suerte y no consecuencia, como invariablemente lo son, de malas elecciones o de falsos juicios e irreflexión sobre uno mismo y sobre los demás, también de la pésima elección del régimen económico-matrimonial.

Es, o mejor, parece evidente que la separación de bienes por sí misma no incrementa, tampoco disminuye, los afectos matrimoniales, ni influye demasiado en los divorcios, si se quiere comprobar este punto bastará con comparar las estadísticas relativas a Cataluña y Baleares con las de las dos Castillas; adelanto, las desviaciones son inferiores al 2 por 100. Lo mismo ocurría con las capitulaciones *post* matrimoniales: el número de fraudes resultó escaso en todas partes y tales actividades fraudulentas no eran en absoluto más frecuentes en los territorios forales que en los de aplicación del Código.

---

(27) El aparente horror al fraude, vía capitulaciones, debería corresponderse con el mismo miedo a la transformación de empresas con responsabilidad universal del comerciante en sociedades anónimas o limitadas que no encontramos en ninguna parte de nuestro ordenamiento. La separación de bienes, tras una etapa de gananciales, no puede afectar a los negocios celebrados en la etapa anterior, ni puede tener repercusión en cuanto a la solvencia. El único problema reiteradamente constatado, por cierto sin que se arbitre el oportuno remedio, es el que se sigue de la apariencia registral y la sacraildad en la interpretación rígida de normas hipotecarias de las que se dice que se derivan principios hipotecarios, que ni son tales principios ni son sagrados ni esenciales para el sistema.

#### IV. EL CAMBIO DE RÉGIMEN Y LAS REFORMAS DE 1981

##### A) EL TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PASIVO DEL RÉGIMEN

La regulación salida de la reforma de 1981 tampoco trató de la responsabilidad civil contractual; en esta materia se limitó a dictar una norma discutida en su interpretación: el artículo 1.366, sobre responsabilidad aquiliana y que trata de señalar, en la línea de las regulaciones antecedentes, las limitaciones de agredibilidad de la masa común, planteamiento ya de por sí muy discutible, como hemos podido comprobar para las soluciones anteriores dadas por el Código en su redacción inicial y en su modificación de 1958, todas ellas objeto de abierta discrepancia entre las interpretaciones doctrinal y jurisprudencial.

La doctrina con rara unanimidad ha dejado sentado con empleo de una lógica en extremo elemental, a mi juicio, bajo cuya luz concluye sin dejar demasiado lugar para la duda, que la responsabilidad contractual debe seguir idéntico tratamiento al que reciben los gastos de gestión en su conjunto *ex* artículo 1.362 y por tan simple razón será también consorcial la responsabilidad contractual porque comunes son, conforme al artículo 1.347, los rendimientos obtenidos a partir del trabajo de los cónyuges o como consecuencia de la explotación de los bienes comunes y privativos de los cónyuges.

Entiendo que, como mínimo, resulta prudente apuntar que para esta conexión, sin demasiado análisis crítico de los artículos 1.347 y 1.362, ha sido preciso que, en el nacimiento de la responsabilidad por incumplimiento total o parcial de las obligaciones contractuales, se parte de presumir la absoluta equivalencia para los supuestos contemplados en las causas 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del artículo 1.362 y tanto para la responsabilidad provisional, cuanto para la definitiva de la masa ganancial. Lo cual parece, de por sí, bastante arriesgado, incluso como mero ejercicio intelectual, separado de sus consecuencias económicas, y bastante osado prescindir pura y simplemente de la distinción entre los conceptos «administración ordinaria» y «explotación regular» para las causas 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, respectivamente, del mismo artículo. Todo ello, de partida, supone forzar mucho las cosas y hacerlo precisamente en contra de los intereses de la familia que se dice defender por medio del régimen de comunidad.

Sin embargo y pese a la gravedad del cargo que formulo, es menester repetir que en la doctrina patria no se ha hecho la más mínima objeción al tratamiento de la responsabilidad contractual, para admitir sin excepción (28) y como mínimo que al menos la responsabilidad de la masa común lo será

---

(28) Tampoco yo hice excepción en su momento frente a esta interpretación, me paré en el estadio preliminar de distinguir entre responsabilidad provisional y definitiva.

con responsabilidad provisional; aunque esto no supone gran cosa en la práctica para una sociedad que no se liquida de verdad, sino que las partes, una vez disuelta la misma, se limitan a repartir aquellos bienes que al parecer y por pura aproximación constituyen el activo de la sociedad. Por lo que la fijación de la responsabilidad provisional, como pretendo para la fijación teórica del concepto, equivale en la práctica mayoritaria a hacer responsable a la masa ganancial de todas, todas.

Algo parecido ha ocurrido para la responsabilidad extracontractual pese a la presencia en la regulación codificada de una norma expresa: la del artículo 1.366 del Código Civil (29). La doctrina de forma casi unánimemente, con la excepción aislada de quien suscribe (30), ha entendido que debe jugar aquí, de nuevo, un papel esencial la correspondencia entre el pretendido destino consorcial de los hipotéticos beneficios finales y responsabilidad por las cargas, bien ordinarias y regulares, lo que es desde luego comprensible, bien extraordinarias e irregulares, lo que ya no lo es tanto. Todo ello con un enfoque de la responsabilidad extracontractual un tanto extraño, como si de ser tratada de suerte distinta se diera lugar con ello a un empobrecimiento injusto del cónyuge que con su actividad o inactividad desencadena el nacimiento de tal responsabilidad. A las argumentaciones bastante viscerales y aferradas al orden de cosas anterior a la reforma, sólo les falta concluir exclamativamente con un ¡sólo faltaba! Cosa bien distinta es el tratamiento de la responsabilidad por el hecho de un tercero del que la ley nos obliga a responder.

No voy a reproducir aquí mis argumentos en pro de un tratamiento estricto y no ampliativo de la responsabilidad consorcial por acciones u omisiones cuasidelictuales (31), en consecuencia los doy por reproducidos aquí sin más, pues revisados con detenimiento me siguen pareciendo más acertados que los que se oponen a tal solución. ¡Qué le vamos a hacer! Tan sólo añadiré que, en los casos de dolo y culpa grave del artículo 1.366 del Código Civil, se me reconocerá, al menos, que en estos casos la deuda es privativa y, como

---

(29) Artículo 1.366: *Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor.*

(30) Debo poner de manifiesto que tampoco se me ha comprendido o simplemente se me ha tomado en consideración, probablemente porque después de tanta y tanta reforma, que ha sido interpretada por la doctrina con criterios exclusivamente exegéticos de la letra, no ha lugar para la argumentación sistemática e institucional. La exégesis se ha vuelto a imponer en España por quienes, en sus afirmaciones metodológicas y en otras publicaciones, han empleado ríos de tinta y montañas de papel en combatir tal técnica de análisis para el *Code de 1804*; es decir, el texto modelo, al menos para nosotros, y la escuela en que generación tras generación nos hemos formado, aunque las más de las veces en secreto por razones demasiado obvias.

(31) Vid. RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*, pág. 350 y sigs., Tecnos, Madrid, 1992.

consecuencia, de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 no parece que haya inconveniente en que se pueda oponer a la ejecución sobre bienes gananciales, ahora tal vez sí, aunque no estoy muy convencido, con efectividad del artículo 1.373 del Código Civil, ya previsto en 1981, pero con muy poco éxito.

La solución correcta, parece ser, vendría de la mano de establecer un sistema casuístico, como, por otra parte, se construyó el activo del régimen, bastante bien por cierto.

Un sistema que tradujera, para cada caso-tipo que nos propongamos examinar, los conceptos jurídicos indeterminados que, por desgracia, constituyen la razón de ser del artículo 1.362. Pues resulta a todas luces evidente que no son de cargo definitivo del consorcio todas y cada una de las operaciones de administración de los bienes privativos llevadas a cabo por su titular, ni lo son, sin más, todas y cada una de las deudas que se generan en torno a la explotación de los negocios de un cónyuge o con el desempeño de la profesión u oficio; como parece bastante lógico, ya que no se adjetivan los sustantivos por mera elegancia en la expresión verbal o escrita, sino para centrar el alcance específico del sustantivo impidiendo con ello una absurda generalización nada excepcional y mucho más para aquellas normas que desencadenan la responsabilidad de una masa que no es exclusivamente propia de quien desencadena la deuda, pues la otra persona es por definición tercera en la relación jurídica que da lugar al nacimiento de ésta y desde luego está por ver que el contrato, la gestión, o la acción dañosa se hayan producido en interés del consorcio y en beneficio de la sociedad de gananciales.

Sin embargo, parece que no se puede tratar de discernir y sacar a la luz de entre todos los supuestos específicos posibles, aquellos en los que, por regla, la masa ganancial no debe responder por las indemnizaciones fijadas por incumplimiento contractual e igualmente por responsabilidad extracontractual. Tampoco se trata de dejar sentado en qué casos procede la responsabilidad de la masa común, sino, mucho más modestamente, de señalar los criterios a que responden las normas, las interpretaciones al uso de las mismas y efectuar una crítica con proposición de fijación de un hipotético criterio de asignación de responsabilidades. Nada más, pues así y con todo la tarea será de gigantes.

## B) RAZÓN Y CRÍTICA DEL PLANTEAMIENTO MAYORITARIO

A partir de la regulación actual del pasivo de la sociedad de gananciales (32) y de la interpretación dominante hasta la casi unanimidad de tales

---

(32) Téngase en cuenta al respecto que el pasivo del régimen se estudia casi invariablemente antes de tratar de la gestión del mismo, como si fuese, en todo caso, consecuencia de la generación del activo consorcial o privativo.

normas, no puede construirse o, mejor, resulta inútil efectuar un análisis casuístico de supuestos de agredibilidad de los bienes consorciales o, si se quiere, de exclusiones de agredibilidad de tales bienes (33); me parece a mí que no se puede hacer otra cosa que aceptar paladinamente que, dado que con la gestión de los bienes privativos, explotación de negocios de idéntica titularidad o ejercicio de la profesión se beneficiará exclusivamente la masa común, también deberá ser ésta la masa que responda por responsabilidad civil contractual o extracontractual. Ahora bien, con los límites estrictos, para esta última, del artículo 1.366 del Código Civil y, aún así, con interpretación muy restrictiva para la adopción de responsabilidades individuales para el trasgresor.

A mi modo de ver la cuestión de fondo de esta solución comúnmente aceptada, yo también concuerdo, en principio, con ella, nos encontramos con la presencia de un punto de partida que arranca de un claro prejuicio estructural que, por el momento y al parecer, resulta insuperable, cual es el de la denominada *vis atractiva* de la masa consorcial, que tanto para su provecho, cuanto para su perjuicio, pues, se extiende al pasivo, aunque sin texto legal en el que fundamentar tal solución y se mantiene por la totalidad de la doctrina, sin tener en cuenta que esta concepción sólo concuerda parcialmente con la lógica interna que vertebría el activo del régimen y que se encuentra radicalmente reñida con la estructura real del conjunto en la mayoría de las economías familiares actuales o, al menos, con las que suelen y pueden presentar alguna problemática digna de mención por la complejidad de los elementos que conforman la economía familiar (34).

En la preparación de los textos de la reforma de la sociedad de ganancias de 1981, no se sabe bien por qué razón, se puso un gran cuidado y esmero en la letra de los preceptos que conforman la regulación del activo, también se afinó en el difícil aspecto del espíritu que los anima, se contempla en tales artículos una economía en la que pueden incidir los dos sujetos activos del régimen y se parte de la hipótesis lógica de que los dos cónyuges actúan o pueden obrar con un margen muy amplio de independencia. De ahí la presencia de formulaciones tan aquilatadas, como es el caso del artículo 1.359,2.<sup>º</sup>

Sin embargo, esta búsqueda de la precisión debida no se aprecia en absoluto en la construcción del pasivo: buena prueba de lo que afirmo viene dada en el puro dato de que alguna parte de la doctrina autorizada (35) pueda

---

(33) Como ocurre, por ejemplo, en la Comunidad legal belga. Régimen inexplicablemente muy poco tenido en cuenta por el legislador y la doctrina españolas, tanto por la cercanía temporal de las reformas, como por el realismo de sus planteamientos de supuestos y la coherencia de las soluciones.

(34) Ejemplificar a partir del supuesto «general» de que uno de los cónyuges se enriquece sin una especial contraprestación tenía en el tiempo de la reforma (1981) poco sentido, pero en la actual carece de él casi por completo.

(35) A partir de la soberbia tesis doctoral del profesor Luis Felipe RAGEL.

discutir abiertamente si la responsabilidad provisional o la definitiva de la masa común están previstas respectivamente en los artículos 1.362 y 1.365 del Código Civil o si se debe entender sucede a la inversa, lo cual no deja de resultar sumamente significativo, al menos tanto como para ponerse en guardia sobre todo en las consecuencias de la solución por la que se opta sin más fundamento que el expuesto.

¿Qué ocurrió y sigue ocurriendo para que esto sea así? Téngase en cuenta que el texto sigue vigente desde hace veintitrés años sin reforma alguna.

Para las sociedades de gananciales anteriores a la reforma de 1981, se mantenía por una buena parte de la doctrina y por una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, como ya he señalado repetidamente, que la masa ganancial pertenecía al consorte varón (dueño y señor de la sociedad, más exactamente de la masa ganancial, pero jamás se ha expresado así, tal vez porque el concepto masa obliga a emplear un argumento técnico y no soluciones de carácter puramente argumentativo) en tanto que la mujer no tenía sobre la masa común más que una expectativa que se materializaría de ser positiva la liquidación en el momento de la disolución; ahora bien, en teórica correspondencia no responderá jamás por las deudas comunes, aún en el caso de que el balance final arroje un saldo negativo. Por ello el varón, no sólo como gestor único de la sociedad incluida la masa «común», sino lo que es más aparatoso y claramente dudoso, para mí falso, como titular actual de la misma, respondía con todos los bienes que la integraban, amén de con sus propios privativos, por cualesquiera deudas que contrajese por cualquier causa, salvo los supuestos de probada mala fe o culpa grave, pues se presumía que obraba siempre en interés del consorcio. La mujer, por el contrario, tan sólo comprometía y responsabilizaba la masa común en el ejercicio de la «potestad doméstica», pero tampoco con esta actuación respondía con sus propios bienes (parafernales o dotales) sino que afectaba, si fuere necesario, a los del marido, como si actuase, en todo caso y situación, por *representación legal* de éste.

Este complejo fenómeno legal se explicaba por la doctrina, destacando que la afección de los bienes gananciales a la gestión marital de la casa entera y de su economía acrecentaba la solvencia del marido, situándolo en una acrecida y favorecedora posición negocial; lo que quedaba, naturalmente, fuera de toda duda teórica, aunque en la práctica podía muy bien no casar la realidad con el planteamiento (36).

---

(36) Los burgueses más o menos acomodados se reflejaron a sí mismos en todos los Códigos Civiles europeos del siglo xix y, además y sin excesiva lógica, creyeron, sin que les cupiese la menor duda, que aquello que les acomodaba a ellos era de interés general. Nada nuevo por otra parte, así obró la clase senatorial romana y así también lo hacen los sujetos activos de la políticocracia vigente en este momento.

Esto ocurría en y para la sociedad de gananciales histórica, pero no así para la surgida de la reforma de 1981. Para ésta, con toda razón, se ha prescindido de la titularidad exclusiva del marido sobre los bienes gananciales y tales bienes han pasado a ser verdaderamente comunes (aunque con múltiples y bien fundadas dudas), por lo que en la nueva sociedad ambos cónyuges pueden comprometer de forma no sólo provisional, como antes con la potestad de las llaves, sino también definitivamente los consorciales, conforme a lo previsto en los artículos 1.362 y siguientes del Código Civil. El pasivo de la sociedad se ha construido como si en la gestión de la misma operasen dos varones de los contemplados con delectación por el legislador antes de la reforma. Ahora bien y sin que ello sorprenda a la mayoría, se mantiene, por lo común, la vieja explicación doctrinal de que esto ocurre así con el fin de ampliar la solvencia, ahora, de ambos a dos cónyuges. Lo cual resulta matemáticamente imposible y por tanto no pasa de ser una repetición argumental que, sacada de su contexto histórico, resulta totalmente falaz para la actual sociedad de gananciales.

El sistema de provechos con que se aborda la disciplina de la responsabilidad civil, en general, y la extracontractual del artículo 1.366 en concreto, que GIMÉNEZ DUART (37) calificó al precepto inicialmente de materialista, logrando no pocos adeptos, porque no se tiene en cuenta que puede producirse la responsabilidad extracontractual obrando en interés de la familia, resulta totalmente admisible a la vista de la relación interna que media entre el artículo 1.362 y el 1.347 del Código Civil, pues no plantea fisuras lógicas o incluso morales cuando quien sostiene a la familia y genera los recursos comunes es uno de los cónyuges en exclusiva o lo hace muy principalmente él sólo: ¡Fíjese el lector en que no hablo del varón! ¡Si además fuera el varón quien cumpliese tales funciones, qué más íbamos a decir!

Mas, si tratamos de profundizar en la realidad económica y social de nuestros días, caracterizados por la casi mayoritaria presencia de matrimonios en los que ambos consortes trabajan y aportan recursos para el consorcio, la solución no resulta tan clara, ni tan lógica y mucho menos tan moral. Desde luego esto no resulta así por la literalidad de las normas aplicables, que se han limitado a poner la masa ganancial al servicio de la solvencia de la actuación de cada uno de los cónyuges sin pararse a pensar excesivamente en las consecuencias que tal solución legal acarreaba, creando problemas de difícil solución, en hipótesis al menos, a las diversas y distintas «economías» entrecruzadas que se dan en el seno de las familias en que ambos cónyuges trabajan fuera del hogar. Porque en estos casos, pese a quien pese, no podemos seguir hablando, salvo que lo hagamos figuradamente, de una única

---

(37) «Cargas y obligaciones del matrimonio», *RDP*, 1982.

economía consorcial o familiar, sino de economías superpuestas con una finalidad familiar, pero sólo parcial (38).

Permítame el amable lector que juegue con un ejemplo que nos propone mi excelente amigo, investigador principal en este proyecto y gran cultivador de esta faceta civilística de la responsabilidad civil, el profesor YZQUIERDO TOLSADA, y en el que no hay nada, absolutamente nada que objetar a partir de la interpretación conjunta de los artículos 1.347-1.<sup>º</sup> y 1.366 del Código Civil. Se nos dice: «si los emolumentos que produce la profesión de neurocirujano son comunes, comunes son también las obligaciones resarcitorias derivadas de la misma, ya provengan del hecho propio, ya de las personas de las que el neurocirujano deba responder» (39). Repito: nada que objetar respecto del planteamiento literal de las normas de 1981. Tampoco en el práctico, siempre y cuando sea el neurocirujano quien provea de todos los ingresos que entran en el consorcio, aunque la consorte del reputadísimo bisturí sea tan excelente ama de casa que ahorre lo que no está en los escritos y resulte ser tan buena relaciones públicas que el marido le deba una buena parte de su merecida fama.

Pero, sigamos con el mismo juego y ejemplo: el neurocirujano, siendo recién licenciado, contrajo nupcias con una compañera de Facultad, la cual se especializó en ginecología —especialidad no tan rentable como parece ser la del marido, según las películas americanas, pero con clientela muy adicta, numerosa (potencialmente la mitad, más o menos, de los habitantes de la zona o barrio) y muy propensa a reiterar las consultas y revisiones—, dadas las dificultades objetivas de la especialidad del marido, éste se incorporó al ejercicio libre de la profesión cuando la ginecóloga consorte ya había adquirido su «propia» (40) clínica con sus ingresos, eso sí, para la masa ganancial, precisamente

---

(38) Aunque no puede negarse que las incumbencias familiares requieren y acaparan cada vez mayor monto y un gran porcentaje de los ingresos obtenidos por los cónyuges, también resulta cierto que el ejercicio de cualesquiera profesiones u oficios por cuenta propia o la explotación de empresas agrícolas, comerciales, industriales o de servicios requieren de inversiones y adaptaciones rápidas del capital fijo que no pueden, ni deben subordinarse a una programación rígida de cargas eminentemente familiares y por tanto consorciales. Me parece a mí que entre las inercias culturales que no se han superado con el cambio político-social y la masiva urbanización, se encuentra la de considerar a la familia una unidad de producción, en la línea de análisis evolutivo efectuado por MARX y ENGELS, apreciación realista para las antiguas economías agrícolas y menestrales de subsistencia, pero no para las actuales. En la actualidad la mayor parte de las familias matrimoniales constituyen economías de consumo susceptibles de generar algún ahorro (las estadísticas sobre endeudamiento familiar desmienten en gran parte esta potencialidad) y rara vez de generación de capital (el artesano independiente, el ejercicio individualizado de profesiones liberales y los comercios estrictamente familiares ven de año en año disminuido el número de personas que ejercen tales funciones).

(39) YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2000.

(40) En el lenguaje coloquial al uso, tal vez bastante más exacto que el tenido por técnico.

la misma en la que estableció la primera consulta «privada» (41) el marido, sin que fuera necesario el acuerdo unánime de los cónyuges, ¡qué iban a hacer! ¿Acaso en nuestra sociedad resultan baratos los locales, pisos o solares susceptibles de convertirse en clínicas? El neurocirujano, ya famoso y pasado algún tiempo, interviene a un sujeto a quien, corriendo un riesgo calculado y advertido, propio de la profesión, deja sin vista, resultado colateral nada infrecuente en tales intervenciones quirúrgicas, pero que en el caso el Tribunal Supremo se empeña, en interés del demandante del que no debería hacerse eco, en declarar como responsabilidad extracontractual del médico, porque siempre se podía hacer algo o saber mucho más por parte de éste. El acreditado bisturí no se había cubierto con la adecuada póliza de seguro por resultarle prohibitiva la prima, correctamente prevista por los aseguradores en atención a las resoluciones judiciales más que al riesgo corrido y se fija una indemnización millonaria y consorcial, ¿cómo no?, para cuya cobertura resultará necesario no hipotecar, sino enajenar la clínica. Por supuesto, no hay dolo, ni culpa grave del desolado neurocirujano que permita entrañar en juego las teóricas restricciones defensivas de la masa común, según la letra casi nunca observada del artículo 1.366, cuyo análisis práctico nos ocupa.

Me pregunto yo: ¿Es sostenible, con tranquilidad o sin ella, que sea la ginecóloga la que corra, en este concreto ejemplo, con el grueso de la indemnización? ¿Resulta propio de un pensamiento antifamiliarista, poco solidario y «materialista» (42) sostener que la ginecóloga nada debe porque no intervino en la operación?

La ley y la mayoría de la doctrina favorecerán todo lo que se quiera la solvencia del neurocirujano, pero lo que de verdad hacen es llevarse por delante la solvencia de ambos, tanto en el caso que acabo de esbozar, cuanto en el de la sociedad en que vivo y me rodea por todas partes.

La norma, sencillamente, no está pensada para resolver el más mínimo conflicto y sí dirigida a generarla, aunque sin proponérselo, porque quiere contemplar la igualdad de los cónyuges de hoy —principio que defiendo y que no seré yo quien abdique de él, además, para mi suerte, mi mujer no consentiría ser desigual— y construye la norma con la visión de los problemas y con la lógica jurídica que fueron propios de los juristas más avanzados de los siglos XVIII y XIX: es decir, de un sistema que resultó, a la postre, bastante más retrógrado que el que gozaron los romanos, sobre todo tras dar gusto en estas materias a Napoleón Bonaparte, un misógino por naturaleza y porque debía por entero a las mujeres su inicial e innegable éxito social y político.

---

(41) Con igual sentido que el apuntado en la nota anterior.

(42) Acusación corriente para quienes nos negamos a confundir el amor conyugal con la economía.

El régimen de gananciales, aunque sensiblemente mejorado en 1981, fue pensado para una sociedad agrícola o, en el mejor de los casos, para familias de profesionales liberales o tenderos, en cuyas economías las inversiones se efectuaban en bienes raíces y estaban destinadas a durar en el tiempo, constituyan el resultado de la inversión de los ahorros y lo que puede ser más importante para una familia creada a partir de un matrimonio indisoluble y sin contar con el horror que sentían las familias a admitir en su seno la presencia activa de mujeres profesionales (43). Para una economía familiar en el que no está contemplado, sencilla y llanamente, un giro inversor de dinero y una renovación y amortización de las inversiones, ni previsto el que los bienes muebles puedan llegar a ser más importantes económica y funcionalmente que los inmuebles, y ya hemos visto que de ningún modo se ha contemplado la hipótesis de que los dos sujetos del sistema sean profesionales o titulares de negocios independientes entre sí.

Por ello las normas se encaminan a facilitar la responsabilidad provisinal del consorcio, también la responsabilidad definitiva, pero ésta puede llegar a matizarse analíticamente desde dentro del sistema, aunque es evidente que la doctrina no está por esta enjundiosa labor y la jurisprudencia menos.

Sigue estando de moda, no sólo ese ejercicio de la caridad con el bolsillo del prójimo, que critico insiste y repetidamente, sino que se ve con entera normalidad el que un tercero reciba un tratamiento que no le cabría esperar de su deudor, por la sencilla y absurda razón de que su deudor está casado, en régimen de gananciales, con un cónyuge que procura ingresos al consorcio. Tampoco espanta lo más mínimo que para que ese acreedor cobre dejen de hacerlo otros acreedores: los del otro cónyuge o que éste quede arruinado, sin más.

Puedo concluir afirmando, sin el menor rubor, que, en mi opinión, el pasivo de la sociedad de gananciales tiene graves deficiencias y que la responsabilidad civil que se predica en el mismo carece, para nuestra época y nuestras circunstancias familiares, de cualquier fundamento que la haga mínimamente aceptable, por lo que debería modificarse en profundidad. Cosa que con la falta de rentabilidad electoral directa de tal reforma no espero que suceda hasta que mantenerla se haga insostenible.

---

(43) O se trataba de un rechazo promovido exclusivamente por los varones, en él contribuían las madres de familia que con la exteriorización de las habilidades profesionales de sus hijas creían, estaban en lo cierto, perjudicaban sus posibilidades matrimoniales y disminuían las posibilidades de mantener dentro de la casa el matriarcado tradicional.

## V. SOLUCIONES ANALIZABLES DE *LEGE FERENDA*

Es más que probable que el régimen de gananciales y las estructuras internas que arrastra, pese a las reformas, resulte en bloque o poco menos totalmente inadecuado para las formas de producción y los hábitos familiares actuales, así como para la independencia, igualdad e incorporación de las actuales mujeres casadas a la vida productiva externa a la actividad y economía domésticas.

También puede resultar muy probable y sin más contradicción que la puramente aparente, que la existencia de regímenes económico-matrimoniales comunitarios siga siendo adecuada para cubrir las necesidades y atender debidamente a los denominados intereses familiares, aunque esto resulta discutible a la vista del constantemente creciente número de rupturas matrimoniales y divorcios.

Ahora bien, es preciso y no meramente conveniente adecuar los regímenes comunitarios a tal realidad, creo que a todos, pero especialmente el de gananciales que, a mi modo de ver la cuestión, es de los regímenes económico-matrimoniales españoles y europeos, que conocemos bien, el que arrastra mayor número de concepciones decimonónicas y el menos funcional a la hora de contemplar el papel de la mujer en la familia actual.

A tal fin, entiendo que, como regla general, los bienes gananciales se deberían contemplar dentro de la esfera de influencia del cónyuge que los adquirió con sus ingresos o por subrogación real generada a partir de la enajenación o pérdida de otro ganancial que se encontraba bajo su administración; de forma y manera que el ámbito de gestión patrimonial de cada cónyuge y por ende su solvencia individual sea, en definitiva, la que se corresponde con sus privativos más sus efectivas aportaciones al consorcio, de parecida forma a como se prevé que ocurra en nuestro Código de Comercio para el comerciante individual casado bajo este régimen, pero sin que ello presuponga, como ocurre ahora, una suerte de privilegio para los acreedores mercantiles respecto del resto de los mortales no comerciantes, pero acreedores del consorcio.

Para las incumbencias estrictamente familiares, es decir, para las contempladas en el 1.362, causa 1.<sup>a</sup>, las responsabilidades contractual y extracontractual que se pueden derivar del ejercicio de la vieja potestad de las llaves, entendida en el sentido más amplio y moderno, deben recaer sobre los bienes consorciales de cualesquiera naturaleza y administración, si bien de forma porcentual al patrimonio e ingresos generados por cada cónyuge, que es, además, como entiendo se debería, a su vez, contribuir al levantamiento de las cargas ordinarias.

Al hacer hincapié en la proporcionalidad quiero dejar constancia de que el cónyuge que atienda tales gastos, ordinarios o extraordinarios, puede pedir al otro, de inmediato, el correspondiente reembolso, sin que el cónyuge deu-

dor pueda oponer válidamente al interpelante que el crédito se satisfizo con dinero o bienes gananciales en posesión del cónyuge que hizo efectiva la deuda que ahora, lógicamente, reclama.

Las cargas y, en su caso, las responsabilidades derivadas de la administración individual de bienes gananciales, de los privativos, de la explotación de negocios y desempeño de actividades profesionales deben ser de cuenta de los gananciales, pero exclusivamente de los sometidos al ámbito de administración del cónyuge deudor o de los destinados al uso y disfrute común, sin que se pueda interferir en su economía con el embargo de los bienes gananciales que están encomendados a la administración del otro cónyuge porque fueron ganados por él.

No me parece que sea oportuno y mucho menos necesario llegar a establecer dos masas comunes, como ocurre en algunas sociedades de gananciales de países hispanoamericanos, aunque lo considero preferible a que la iniciativa de la agredibilidad de los gananciales sea totalmente abierta y quede al independiente criterio del acreedor demandante. Si el acreedor entró en tratos con un cónyuge, debiendo tener como referente la exclusiva solvencia de éste, y no la capacidad de generación de gananciales del otro.

Resultaría conveniente que también en gananciales pudiese afirmarse que el acreedor ordinario debe buscar la confianza allí donde la puso, con argumentación extensiva para la responsabilidad civil, pues los hechos generantes de ésta, sea contractual o extracontractual, jamás se podrán calificar de consorciales, salvo los derivados de la responsabilidad por hecho ajeno: hijos o personal doméstico.

A pesar de esta solución que propugno, sigo afirmando que la responsabilidad civil contractual o extracontractual, que traiga causa de acciones u omisiones dolosas, fraudulentas o gravemente culposas del cónyuge deudor deberá recaer sobre él, bien inmediatamente, bien al tiempo de la liquidación. Pues resulta conveniente recordar que la responsabilidad civil surge de supuestos de deficiente cumplimiento, incumplimiento o actos dañinos y no de la actividad efectuada conforme a los paradigmas propios del deber ser, aunque a la vista de la doctrina dominante habría que considerar normal la generación de tales responsabilidades.

#### **RESUMEN**

#### **SOCIEDAD DE GANANCIALES**

*La tradición en la regulación de los bienes gananciales durante el matrimonio no está acorde con la sociedad actual en la cual ambos cónyuges trabajan*

#### **ABSTRACT**

#### **COMMUNITY PROPERTY**

*Tradition in the regulation of the community of property during a marriage is not consistent with the present society where both spouses work outside.*

*fuerza de casa. Un ejemplo de esta afirmación puede hallarse en materia de agravios extracontractuales. En la regulación se dispone que los agravios extracontractuales que sean consecuencia de un acto individual se atribuyan a la comunidad matrimonial.*

*La conclusión del autor es que debería cambiarse la regulación de manera que cada cónyuge sea responsable de sus propios actos cuando se trate de actividades profesionales.*

*One example of this assertion can be found in matter of torts. The regulation establishes that torts consequence of an individual act are laid on the community.*

*The author's conclusion is that the regulation should be changed so that each spouse is responsible for his or her own acts when professional activities are concerned.*

*(Trabajo recibido el 16-6-2005 y aceptado para su publicación el 29-12-2005)*