

El régimen jurídico de la comunidad postganancial

INTRODUCCIÓN

El matrimonio en cuanto consorcio de vida supone una comunidad de personas y de bienes. Durante la vigencia del vínculo los cónyuges han desarrollado una actividad jurídica y económica que ha dado lugar a un conjunto de bienes, derechos y relaciones.

Constante el matrimonio, o bien los cónyuges han previsto en capitulaciones cómo ordenar su actividad jurídico-económica, o bien quedan sometidos a uno de los regímenes económicos que aparecen en el Código.

Uno de estos regímenes es el de gananciales, el cual dejará de regir, según ordena el Código, por diferentes razones, que podemos ordenar de la siguiente manera.

Causas que afectan al vínculo matrimonial

Son la disolución del matrimonio [art. 85 CC: muerte (1), declaración de fallecimiento y divorcio] y la declaración de nulidad del vínculo (art. 1.392.1.º2).

(1) A los efectos de estudio de la sociedad postganancial surgirá ésta tanto por muerte de uno de sus cónyuges como de los dos. Y ello porque según dicen MESSINÉO, Cossío y A. CORRAL en *La sociedad de gananciales*, INEJ, Madrid, 1963, "los herederos añadirán separadamente el patrimonio particular de éste y el patrimonio de la comunidad".

*Causas que afectan a la vida
del régimen económico matrimonial*

- Alteración convencional del régimen económico existente (art. 1.392.4.º CC).
- Realización de actividades unilaterales de disposición o gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la Comunidad (art. 1.393.2.º CC).
- Incumplimiento grave y reiterado del deber de información sobre la marcha y rendimientos de las actividades económicas (art. 1.393.4.º CC).
- Petición del cónyuge no deudor para conseguir el embargo de la parte que el deudor ostenta en la sociedad ganancial (art. 1.373 CC).

*Causas que afectan a los cónyuges
o a sus relaciones personales*

- Separación judicial de los cónyuges (art. 1.392.3.º CC).
- Separación de hecho por más de un año por acuerdo mutuo o abandono del hogar (art. 1.393.3.º CC).
- Incapacitación, ausencia, quiebra o concurso de acreedores declaradas judicialmente (art. 1.393.1.º CC).
- Condena de uno de los cónyuges por abandono de familia (art. 1.393.1.º CC).

COMUNIDAD POSTGANANCIAL: INICIO Y FIN

La comunidad postganancial surge en todos estos supuestos en que, desaparecido el régimen, no se haya procedido a la realización de las operaciones de división y adjudicación. En unas ocasiones la comunidad postganancial convivirá con un matrimonio todavía existente (arts. 1.392.4.º y 1.393 CC) y no en los restantes casos.

Los posibles sujetos de esta peculiar comunidad son:

- a) Los cónyuges. Supuestos de los artículos 1.392.3.º y 4.º, 1.393 y 1.373 del Código Civil.
- b) Los ex cónyuges. Supuestos del artículo 1.392.1.º (en caso de divorcio) y artículo 1.392.2.º.
- c) El cónyuge superviviente y los herederos del premuerto. Artículo 1.392.1.º en caso de muerte o declaración de fallecimiento.

d) Los herederos de los dos cónyuges en caso de fallecimiento de ambos.

En todos estos casos previene el artículo 1.435 del Código Civil que, disuelta la sociedad constante matrimonio y salvo determinación de las partes en contrario, existirá entre los cónyuges separación de bienes.

Aunque el régimen de separación se caracteriza en sentido negativo por la falta de comunidad de bienes y la consiguiente distinción entre el patrimonio del marido y el patrimonio de la mujer, no se excluye por ello, como indica el profesor LACRUZ (2), la adquisición de cosas en común; entre estas cosas adquiridas en común pueden figurar los bienes ex gananciales como masa de bienes *en pro indiviso* ordinario en que los cónyuges tienen cada uno un derecho a la mitad.

Podemos por ello decir que la comunidad postganancial puede existir en un régimen de separación de bienes sin ser obligatoriamente dividida.

La sociedad postganancial concluirá cuando realizadas completamente las operaciones liquidatorias haya desaparecido completamente esa masa común, o bien cuando sin ser precisa la liquidación los partícipes en esta peculiar comunidad pacten la indivisión. Y ello porque la sociedad postganancial, según la doctrina, es una comunidad en liquidación; por consiguiente, en los casos en que haya un ánimo de mantenerse en la indivisión habrá desaparecido esa característica que parece esencial al concepto de comunidad postganancial (3).

Como señala LACRUZ (4), si los partícipes en la comunidad postganancial pactan la continuación de la misma..., "lo más que podrán conseguir es convertir la situación de indivisión que sigue a la comunidad en una sociedad ordinaria de ganancias, pero gobernada por las reglas de la sociedad o las que se hayan convenido, y sin que pueda pactarse la aplicación a tal sociedad como normas de funcionamiento de los artículos 1.392 a 1.431 del Código Civil, de las cuales la mayor parte no serían adaptables a ella".

Parece que el ánimo de mantener la indivisión hace desaparecer el concepto de la sociedad postganancial para dar lugar a una sociedad ordinaria de ganancias o bien a una sociedad civil, esta última cuando haya existido una clara *afectio societatis* entre los partícipes, bien manifestada de forma expresa o bien por medio de actos concluyentes. La mera

(2) J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil. Derecho defamilia*, t. IV, fasc. 2.º, 3.ª ed., Barcelona, 1989, pág. 567.

(3) Véase en este sentido M. PEÑA BERNALDO QUIRÓS, *Derecho defamilia*, 1.ª ed., Madrid, 1989, págs. 283-284.

(4) J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho defamilia. El matrimonio y su economía*, t. IV, vol. I, Barcelona, 1963, pág. 559.

continuación en la situación de indivisión no es suficiente para poder hablar de una sociedad tácita (5).

LA COMUNIDAD POSTGANANCIAL: CARACTERÍSTICAS

La masa de bienes que componen el patrimonio postganancial forma, como señala PEÑA (6), un patrimonio colectivo separado, es decir, una unidad abstracta a la que se atribuyen como propios derechos y obligaciones. Podemos señalar como sus características:

1) Subsiste sólo como patrimonio en liquidación. La sociedad postganancial es considerada jurídicamente como una situación transitoria, provisional e interina (7). La función de dicho patrimonio, según COSSÍO (8), es doble, señaladas en orden inverso a como lo hace el autor, por el orden de preferencia para nuestro Código tras la reforma: en primer lugar, pagar las cargas sociales, y en segundo, completar a cada cónyuge el capital que aportó.

2) Cada partícipe tiene sobre el conjunto de bienes una cuota, no existen cuotas sobre bienes concretos. Cuota definida por el profesor LACRUZ (9) como independiente, homogénea y alienable, añadiendo (10) que se trata de una cuota de activo sobre un conjunto de bienes gravados con deudas, las cuales no competen ni se transmiten al titular de la cuota en cuanto tal. Asimismo la cuota es embargable por las deudas de su titular, ya sea un cónyuge o un heredero (11).

3) Esta nueva comunidad deja de estar regida por las normas reguladoras de la sociedad legal de gananciales, y así:

a) El patrimonio no se incrementa con las ganancias, frutos y rentas de los patrimonios privativos. La posibilidad de incremento del patrimonio no desaparece absolutamente, puesto que los frutos que produzcan esos bienes aumentarán la masa según la regla *fructus augen haereditatem*, y al mismo tiempo señala PEÑA (12) otros supuestos de incremento de esta masa, cuales son la consu-

(5) L. DÍEZ-PICAZO, *Dictámenes jurídicos*, 1.ª ed., Madrid, 1987, pág. 292.

(6) *Op. cit.*, pág. 283.

(7) J. L. DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVIII, vol. II, Madrid, 1984, pág. 456.

(8) A. COSSÍO y CORRAL, *op. cit.*, pág. 243.

(9) En *Elementos...*, pág. 520.

(10) En *El matrimonio...*, pág. 562.

(11) J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, pág. 521.

(12) *Op. cit.*, pág. 567.

mación de la usucapión en su beneficio, cobro de créditos y los resultados del principio de subrogación real. Sin embargo, no parece esto incremento del patrimonio, sino realización de derechos que ya estaban en el patrimonio postganancial.

Por su parte, Díez-PICAZO (13) indica que a los frutos de bienes privativos que estuvieran pendientes en el momento de la disolución se les aplicarán analógicamente las normas referentes a la liquidación del usufructo.

- b) No nacen nuevas deudas gananciales, si bien señala PEÑA (14) el nacimiento de nuevas obligaciones; como ejemplos: responsabilidades por daños producidos en cosas gananciales, gastos por administración del patrimonio, gastos de las operaciones liquidatorias, el pago de alimentos del artículo 1.408 del Código Civil, etc.
- c) Desaparece la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil, comenzando a regir las reglas generales en materia probatoria. En la comunidad postganancial constante matrimonio, los cónyuges se encontrarán bajo el régimen de separación de bienes, salvo que hayan previsto otro régimen distinto. En este caso será de aplicación el artículo 1.441 del Código Civil, en virtud del cual siempre que no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece privativamente algún bien o derecho, le corresponderá a ambos por mitad.
- d) Rige en esta comunidad el principio de subrogación real, cesando todas las posibilidades de alteración de este principio, las cuales, vigente el régimen de gananciales, daban lugar al derecho de reintegro.
- e) Cesan las potestades orgánicas de administración y disposición previstas para la sociedad ganancial. Tampoco persisten las posibilidades de un cónyuge de endeudar a la comunidad ni al otro cónyuge (15). Cabe en este punto señalar la minoritaria opinión de PEÑA según la cual, pese a la validez de lo dicho anteriormente, los actos provenientes de la actuación individual de un cónyuge tras la disolución podrán seguir teniendo eficacia: en primer lugar, por efecto de las normas protectoras de la seguridad del tráfico y por la doctrina del poder extinguido; en segundo lugar, por efecto de la Ley que regula el tráfico de determinados bienes (dinero, títulos-valores, bienes muebles), y en tercer lugar, en los casos en

(13) L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 4.^a ed., Madrid, 1988, pág. 204.

(14) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 567.

(15) J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *op. cit.*, pág. 522.

que los poderes del cónyuge se basen en razón que no sea afectada por la disolución (16).

4) La masa de bienes gananciales se convierte en otro tipo de comunidad; si bien esta idea es aceptada en la doctrina unánimemente, surge posteriormente el desacuerdo sobre el tipo en concreto.

Así, PEÑA (17) considera que estaremos ante la comunidad de tipo germánico, porque:

a) Cada cónyuge no tiene una cuota sobre cada uno de los bienes, sino que la cotitularidad recae sobre la masa postganancial.

b) En caso de cesión de la cuota se entiende transmitido el contenido económico de su participación en ese patrimonio separado que se ha formado, pero no supone dicha cesión el abandono de la consiguiente responsabilidad y titularidad. La cualidad de titular es intransferible.

Otros, por el contrario, defienden la naturaleza romana de la sociedad postganancial debido a la existencia de cuota, la alienabilidad de la misma y la posibilidad de que cualquiera de los partícipes pueda exigir la participación.

Así, PUIG BRUTAU (18): "Disuelta la sociedad, sus titulares son partícipes en una comunidad ordinaria". Y después: "La conversión de comunidad ganancial en ordinaria es inevitable bajo el régimen de Código Civil..."

Algunas sentencias siguen la teoría mantenida por este último autor; así STS de 21 de noviembre de 1987: "... el régimen de dicha comunidad (se refiere a la comunidad postmatrimonial) ya no puede ser el de la sociedad de gananciales que quedó disuelta con la muerte, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria".

Asimismo la DGRN en Resolución de 1952 señala que, una vez disuelta la sociedad conyugal, la comunidad germánica se orienta hacia la copropiedad romana, si bien luego matiza que "en tanto que la adjudicación no se practique no puede atribuirse al cónyuge sobreviviente el dominio del todo o una cuota parte de bienes gananciales determinados".

Esta misma idea es señalada por la Resolución de 22 de mayo de 1986: "La disolución sólo implica un derecho a la mitad en el conjunto patrimonial en liquidación, pero no queda por este hecho atribuida una mitad *pro*

(16) *Op. cit.*, pág. 285.

(17) *Op. cit.*, pág. 283.

(18) J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. IV, vol. I, Barcelona, 1967, pág. 784.

indiviso sobre cada uno de los bienes que integran la masa de bienes en liquidación".

La comunidad postganancial no encaja plenamente en el marco de la comunidad romana ni en el de la comunidad germánica. No es romana, porque podemos pensar que en la comunidad postganancial existan tantas comunidades como comuneros, teniendo cada uno de ellos una cuota en todos los bienes. Ya se ha indicado que el derecho de los partícipes es un derecho abstracto a la mitad de dicho patrimonio indiviso. Tampoco podemos entender que se trate de una comunidad germana en puridad, puesto que la cuota-participación abstracta es enajenable y el patrimonio está avocado a su disolución.

Otra solución alternativa señalada por el profesor Díez-Picazo (19) sería entender que la sociedad de gananciales, en tanto no se produce su absoluta liquidación con la consiguiente partición, continuaría existiendo como tal y, por lo tanto, con el mismo régimen legal de los artículos 1.344 a 1.410 del Código Civil.

Podría señalarse en su apoyo el que los bienes gananciales, como indica Cossío (20), siguen afectos a la responsabilidad por las deudas contraídas en su día por la sociedad. También el hecho señalado por este mismo autor de que durante el período en que subsiste la comunidad postganancial "los bienes gananciales continúan en cierto modo afectos a su finalidad característica", puesto que de ellos mismos se darán alimentos a los partícipes en la comunidad postganancial a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.408 del Código Civil.

Más bien parece que "no hay razón para incrementar el patrimonio común con las rentas del trabajo e industria o con las rentas de capital de los bienes que no sean comunes sino privativos: y falta toda posibilidad de aplicar las reglas sobre gestión, administración y disposición de los gananciales que presuponen la subsistencia del matrimonio y de un matrimonio en régimen de normal vida común" (21).

Aparte de ello, los términos de los artículos 1.392 y 1.393 son claramente imperativos ("concluirá de pleno derecho...", dice en un caso, y "concluirá...", en el otro).

Para el derecho anterior, señalaba Cossío como principio general en esta materia de la comunidad postganancial que tratamos el de la extinción *ipso iure* de la sociedad de gananciales al quedar disuelta la comunidad familiar. Principio que creo puede ser hoy extendido a los casos en que no

(19) En *Sistema...*, pág. 203.

(20) *Op. cit.*, págs. 250 y 247.

(21) L. Díez-Picazo y A. Gullón, *op. cit.*, pág. 203.

se extinga la dicha comunidad en virtud del tenor de los dos artículos citados anteriormente.

Un dato a señalar es la remisión que el artículo 1.410 del Código Civil hace a las normas de la liquidación y partición hereditaria, pudiéndose señalar, como hace nuestra doctrina, que la comunidad postganancial tenga una naturaleza similar a la de la comunidad hereditaria anterior a la partición con la que, cuando la causa de disolución sea la muerte, coincide en cuanto a sujetos y objeto, si bien parcialmente.

Prácticamente, indica LACRUZ, la estructura y el régimen de la comunidad postganancial equivalen a los de la hereditaria. La discusión sobre la naturaleza de la comunidad postganancial es, a juicio del mismo autor, un tanto pintoresca porque todos los autores están de acuerdo en el contenido, centrándose la discusión en el nombre que haya de dársele (22).

La comunidad postganancial, podemos concluir reuniendo todo lo expuesto hasta el momento, es un patrimonio en liquidación que surge tras la desaparición de la sociedad legal de gananciales afecto a dos finalidades específicas cuales son el pago del pasivo ganancial y la reintegración a cada cónyuge del capital aportado, formado por todos los bienes gananciales, sus frutos y los subrogados de ambos, sobre el que cada partícipe tiene una cuota abstracta de igual valor y cuya estructura y régimen equivalen a los de la comunidad hereditaria.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COMUNIDAD POSTGANANCIAL

El régimen jurídico aplicable a la comunidad postganancial es el siguiente:

- En cuanto a la liquidación y responsabilidad de los partícipes, los artículos 1.394 a 1.410 del Código Civil.
- En cuanto a todos los demás, en primer lugar lo que hayan convenido las partes; en segundo lugar, las normas aplicables a la comunidad hereditaria; y en último lugar, los artículos 392 y siguientes relativos a la copropiedad (23).

I. ADMINISTRACIÓN

Para la administración del patrimonio común será preciso, por aplicación del artículo 398 del Código Civil, acuerdo de la mayoría de los

(22) *Op. cit.*, pág. 561.

(23) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 286.

partícipes, el cual se entenderá conseguido con el de aquellos que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyen el objeto de la comunidad.

Para el régimen anterior, según COSSÍO (24), al cesar en la administración de los bienes comunes el cónyuge supérstite, se hacía precisa la designación de un administrador que actúe en tanto dure la indivisión. Este sería nombrado por acuerdo unánime de los interesados o bien por la autoridad judicial. En virtud de la equivalencia de régimen de la comunidad hereditaria y la comunidad postganancial podría pensarse en la aplicación analógica del artículo 1.026 del Código Civil, de donde:

a) Si quedaren deudas pendientes a cargo de la sociedad, la masa postganancial habría de entenderse en administración y, por tanto, necesitada de un administrador que habrían de nombrar los partícipes o bien se procedería a su designación judicial.

b) Si no quedasen deudas pendientes de pago, el régimen de la administración sería el del artículo 398 del Código Civil. Si bien incluso en este supuesto, entendiendo que los partícipes siempre son dos, pues aun en el caso de disolución por muerte sólo existen dos cuotas, nunca se podrá obtener la mayoría, disponiendo para este caso el citado artículo 398 del Código Civil, que "el Juez proveerá a instancia de parte lo que corresponda, incluso nombrar un administrador". Así lo indica PEÑA (25) cuando señala la dificultad que presenta el hecho de tratarse de una comunidad de dos partícipes con derechos iguales, presentando como solución la designación de administrador judicial conforme a las normas del juicio de testamentaria.

II. DISPOSICIÓN

En relación a la cuota, diremos con la generalidad de la doctrina que en cuanto posición activa puede ser disponible por los titulares.

De manera muy amplia lo expresa PEÑA al señalar que cada cónyuge puede ceder a título oneroso o gratuito los derechos que tiene sobre el patrimonio en liquidación o renunciar a ellos. Entre las formas de disposición incluye la *monis causa*; cabe que el cónyuge haya otorgado testamento antes de la disolución, disponiendo de su cuota abstracta mediante legado o a título de herencia (26). Igualmente, Cossío (27): "Es preciso

(24) *Op. cit.*, pág. 251.

(25) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 290.

(26) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 286.

(27) *Op. cit.*, pág. 249.

admitir la libre disponibilidad de ese derecho abstracto que en su día ha de concretarse sobre bienes determinados".

La cesión de cuotas, por cuanto es, como indiqué anteriormente, sucesión en la posición activa, no supone de ninguna manera el abandono para el cedente de su personalísima cualidad de cotitular, lo que implica el no abandono de la condición de responsable por las deudas que constituyen el pasivo de la sociedad. En caso de renuncia, la parte renunciada acrece a los demás cotitulares y pasa en la relación interna gravada con las deudas, de las cuales no se libera el renunciante (28). PEÑA (29) señala cómo para la transmisión de las deudas haría falta el consentimiento del respectivo acreedor.

En esta materia surgen dos puntos debatidos: en primer lugar, sobre la posibilidad del retracto, y en segundo lugar, determinar quién debe concurrir a la participación en caso de cesión de cuota: el cedente o el cesionario.

A) EL RETRACTO

Enajenada la cuota por uno de los partícipes, ¿tienen los demás el derecho de retracto? Y si la solución fuese afirmativa..., ¿es retracto de comuneros o bien retracto de coherederos el oportuno?

Parece comúnmente admitida la posibilidad del retracto, lo cual supone una limitación de la facultad de disposición del titular en beneficio de los demás (30).

La STS de 11 de junio de 1951 se inclinó por el retracto de comuneros argumentando la imposibilidad de aplicar el artículo 1.067 del Código Civil puesto que "los herederos de un consorte intervienen en la liquidación de la sociedad de gananciales en calidad de condóminos o consocios y no de coherederos". También falta la condición de heredero que el citado artículo exige al enajenante para la posibilidad del retracto de coherederos en el supérstite, pues éste no es heredero de los bienes de la sociedad postganancial, sino condueño de los mismos.

En la doctrina, LACRUZ y DE LOS MOZOS señalan ser indudable la aplicación del retracto de comuneros y discutible la del retracto de coherederos. En todo caso, sostiene el primero, al ser la comunidad de gananciales un bien individualizado dentro de la comunidad hereditaria y no una cuota dentro de ella, el retracto debe ejercitarse colectivamente por

(28) J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, pág. 521.

(29) *Op. cit.*, pág. 287.

(30) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 288.

todos los coherederos del difunto, tomando en este punto una postura contraria a la sentencia citada anteriormente. Indica este autor que no tendría sentido conceder el retracto a un coheredero que, acaso, por la distribución de la comunidad hereditaria llegue a no tener parte alguna en la comunidad de gananciales o en el bien concreto retraído (31).

Sin embargo, PEÑA considera al caso procedente el retracto de coherederos en virtud de la remisión del artículo 1.410 del Código Civil y por aplicación del artículo 1.067 del Código Civil (32).

No obstante, la discusión se mantiene en el ámbito meramente doctrinal, pues entre ambos retractos no hay diferencias sustanciales en cuanto a su régimen legal (33).

B) ¿QUIÉNES DEBEN CONCURRIR A LA PARTICIÓN?

PEÑA indica, en concordancia con su postura de ser la enajenación de cuota mera cesión del activo sin abandono de la cualidad del titular de las deudas, que la partición se ha de hacer con el partícipe originario. Señala asimismo este autor cómo es el cedente quien sigue directamente interesado en las operaciones particionales por ser él quien responde frente a los acreedores frente al otro cónyuge (o sus herederos) por pagos que éste hiciera de deudas de las que todos han de responder y así mismo de las consecuencias de la partición: por evicción (art. 1.071 CC) en la adjudicación de créditos, por insolvencia del deudor, por nulidad, por rescisión, etc. (34).

LACRUZ (35), por su parte, cree ser el cesionario quien principalmente concurre a la partición; el cedente interviene como acreedor (36) y el cesionario como cotitular de los bienes con que se pagan las deudas externas e internas.

Para PEÑA, la legitimación que el artículo 403 del Código Civil concede al cesionario para concurrir por su propio derecho a las operaciones particionales no le legitima para decidir los términos de la partición, sino sólo para evitar que ésta se realice en fraude de su derecho (37).

A la cesión de cuota se aplicarán analógicamente los artículos 1.531 y

(31) J. L. LACRUZ BERDEJO, *El matrimonio...*, pág. 563.

(32) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 288.

(33) F. CRESPO ALLUE, "La comunidad postganancial", en *Actualidad Civil*, núm. 8, Madrid, 1991, pág. 113.

(34) PEÑA, *op. cit.*, pág. 288.

(35) En *El matrimonio...*, pág. 563.

(36) Debe entenderse "como deudor".

(37) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 288.

1.534 del Código Civil para la interpretación de la voluntad de los contratantes (38).

Por último, para terminar este apartado, indicar con COSSÍO (39) la fundamental diferencia que con respecto al régimen de la sociedad legal de gananciales supone la posibilidad de enajenación de la cuota, pues vigente el régimen económico matrimonial "no es posible a los cónyuges llevar a cabo la enajenación de su posible participación en los bienes comunes".

Hasta aquí hemos visto cómo es la disposición que cada titular hace de su participación abstracta en la masa común; veamos ahora cuáles son las facultades respecto de lo que se ostenta en común.

Concurriendo al acto todos los partícipes y tomada la decisión por unanimidad, la disposición será plenamente válida y eficaz sea cual sea la naturaleza del acto realizado.

Así, la adjudicación de bienes gananciales a uno solo de los partícipes es calificada por PÍCAZO como una transmisión de patrimonio válida si los transmitentes son mayores de edad y plenamente capaces o, en caso de ser incapaces, hubieran visto suplida su falta de capacidad. Se transmite plenamente la propiedad al adquirente, obteniendo recíprocamente los demás comuneros un derecho de crédito contra el primero (40).

La disposición de concretos bienes comunes no precisa de previa liquidación de la sociedad de gananciales y tampoco es obstáculo la existencia de pasivo ganancial. No es necesaria la concurrencia de los acreedores de la masa, puesto que su derecho es de naturaleza obligacional, careciendo de cualquier garantía real sobre el patrimonio postganancial (STS 15-III-1945); salvo la ya indicada necesidad de concurrencia y acuerdo unánime de todos los partícipes, no se requiere formalidad específica alguna (41).

Indica LACRUZ (42) la imposibilidad de recurso judicial si algún partícipe se niega a concurrir al acto de decisión.

En caso de disposición unilateral hecha con fondos ex gananciales, el acto según doctrina del Tribunal Supremo está viciado de nulidad absoluta (SSTS 27-XII-1978, 29-IV-1986 y 8-VII-1988).

Esta afirmación debe hacerse con alguna reserva, pues encontramos casos en los que lo que el Tribunal ha resuelto es la eficacia puramente condicional del acto dispositivo; en concreto, subordinada a la inclusión en la cuota del disponente del bien enajenado (STS 28-V-1986).

PEÑA (43) indica que "en cuanto acto dispositivo sería ineficaz por ser

(38) J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, pág. 521.

(39) A. COSSÍO Y CORRAL, *op. cit.*, pág. 250.

(40) L. DÍEZ-PÍCAZO, *Dictámenes...*, pág. 293.

(41) J. L. LACRUZ BERDEJO, *El matrimonio...*, pág. 567.

(42) En *Elementos...*, pág. 522.

(43) *Op. cit.*, pág. 289.

incompleto, pero convalece cuando el titular que dispuso por sí solo del bien común llega a hacerse dueño (por adjudicación o por cualquier otro título) del bien común del que había dispuesto".

Si el acto dispositivo es la adquisición de un bien con fondos comunes, realizado unánimemente por todos los comuneros o por uno de ellos actuando en nombre y representación de la comunidad, los nuevos bienes o derechos adquiridos entran a formar parte de la comunidad postganancial en virtud del principio de subrogación real.

Pero ¿qué ocurre cuando la adquisición ha sido realizada individualmente por uno de los partícipes? En línea de principio, aplicando la regla señalada anteriormente para la disposición unilateral con fondos comunes, tal acto adolecería de nulidad absoluta.

La doctrina apunta dos soluciones alternativas:

a) Que el bien o derecho adquirido sea propiedad de quien realizó la disposición. En la comunidad postganancial nacería un derecho de crédito por el importe de los fondos utilizados.

b) Aplicar el principio de subrogación real. El nuevo bien o derecho pasa a integrar la comunidad.

Como apoyo de la segunda postura —defendida por LACRUZ y DíEZ-PICAZO— se argumenta la concurrencia de los presupuestos necesarios para que pueda tener lugar la subrogación real (44):

1.º Que no exista *intuitus rei*. Es la consideración del bien antiguo (el que sale del patrimonio común), más en su valor que en su individualidad.

2.º Especial régimen jurídico de los bienes cuyo objeto sea asegurar la estabilidad y permanencia de los derechos resultantes de este régimen.

3.º Respecto a la confianza que de buena fe tengan los terceros en la aplicación de las reglas jurídicas de carácter general.

La adquisición comunitaria es defendida por ESCRIVÁ DE ROMANÍ (45) con base en el artículo 1.063 del Código Civil.

La aplicación de una u otra solución tiene su repercusión en períodos de crisis económica en los que las constantes fluctuaciones monetarias pueden producir enriquecimiento o detrimento en una de las partes a costa de la otra.

DíEZ-PICAZO (46) toma distinta postura según quiénes sean los sujetos de la comunidad postganancial. En caso de que la indivisión se produzca

(44) L. DíEZ-PICAZO, *Dictámenes...*, pág. 296.

(45) ESCRIVÁ DE ROMANÍ, cit., y F. CRESPO ALLUE, *op. cit.*, pág. 116.

(46) En *Dictámenes...*, pág. 302.

entre cónyuges o ex cónyuges, disponiendo individualmente uno de ellos de bienes comunes, se inclina por el nacimiento de un derecho de crédito a favor de la comunidad. Sin embargo, si la indivisión convive con una comunidad hereditaria, la existencia entre los partícipes de una comunidad vital justifica el régimen de la subrogación real.

No parece lógico diferenciar el régimen de la comunidad postganancial según la causa de la disolución del régimen económico matrimonial haya sido el fallecimiento de uno de los esposos o cualquier otra de las causas previstas (47). Continúa el autor diciendo: "Tanto si la comunidad postganancial se establece entre los cónyuges o entre ellos y los herederos del otro, cualquiera de los titulares podrá pedir en cualquier momento la liquidación; y de no hacerlo ha de entenderse que opta porque siga vigente y con vida propia la comunidad, con los efectos propios de la misma, y particularmente la subrogación real".

Por mi parte, creo que la solución debe ser el nacimiento de un derecho de crédito a favor de la comunidad, pues lo contrario supone admitir la validez del acto de disposición realizado unilateralmente.

III. DEFENSA DE LOS BIENES COMUNES

Cualquier partícipe puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, entendiéndose que actúa siempre para la misma. El posible perjuicio obtenido de la acción recaerá sobre quien accionó; el beneficio, en cambio, lo será para todos los comuneros (48).

IV. RESPONSABILIDAD EN LA COMUNIDAD POSTGANANCIAL

- A) Frente a los acreedores de la masa.
- B) Frente a los reembolsos y reintegros de los cónyuges.
- C) Frente a los acreedores privativos de los cónyuges.

A) FRENTE A LOS ACREEDORES DE LA MASA

Tras la disolución del régimen económico matrimonial, el patrimonio común sigue respondiendo de las deudas que en su día se contrajeron con

(47) F. CRESPO ALLUE, *op. cit.*, pág. 116.

(48) M. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *op. cit.*, pág. 290.

carácter ganancial. Como señala LACRUZ (49), los acreedores del consorcio son además acreedores personales de los cónyuges; por ello pueden también perseguir los bienes del cónyuge deudor, ejercitar las acciones de cualquier acreedor, tercería, subrogación, rescisión por fraude, y por la remisión que se hace en el artículo 1.410 del Código Civil a las normas de partición y liquidación de la comunidad hereditaria, hacer uso de los derechos conferidos en los artículos 1.082 y siguientes del Código Civil. Estos derechos, concretamente en el momento previo a la división, se reducen a uno, cual es la oposición a la partición hasta el pago o afianzamiento de sus créditos (art. 1.082 CC).

Este derecho de crédito que ostentan es de naturaleza obligacional, es decir, los acreedores carecen de garantía real sobre el patrimonio postganancial. Este es el criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1945, seguido también por el profesor LACRUZ en el manual de *Derecho defamilia*. Sin embargo, hay que destacar que más recientemente diversas sentencias del Supremo hablan de la *responsabilidad real* de la masa de bienes gananciales (SSTS 13-VI-1986 y 17-XI-1987); incluso la DGRN, en 28 de octubre de 1987, exige que se declare en procedimiento adecuado y de forma indubitada la *responsabilidad directa* de los bienes comunes para que pueda extenderse a ellos la ejecución del embargo. Las dos sentencias últimamente citadas añaden que dicha responsabilidad real de los bienes no desaparecen por el hecho de haber sido éstos adjudicados, de lo cual deduzco que esta responsabilidad real o directa persiste mientras los bienes estén en manos de los titulares de la comunidad postganancial (que son personalmente responsables del pasivo), pero desaparece si el bien sale de la masa, como indica el Tribunal en 15 de marzo de 1945 cuando afirma: "No hay en la Ley precepto alguno que en este supuesto ampare la nulidad de enajenación a instancia de acreedores de la comunidad, ya lo sean por derecho meramente personal, ya por derecho con garantía hipotecaria a la que, en todo caso, no afectaría la enajenación de los bienes gravados, porque gravamen y finca son inseparables cualquiera que sea el poseedor del inmueble".

A juicio del profesor PEÑA (50) la situación de indivisión de la masa postganancial no sólo no altera las posibilidades de actuación de los acreedores sociales, sino que incluso las amplía; así, se exige a los partícipes ajustarse al rígido régimen de elaboración de un inventario o sufrir en otro caso la responsabilidad personal y solidaria por deudas que no les afecten directamente, responsabilidad que alcanza incluso a su patrimonio privativo.

(49) En *Elementos...*, pág. 523.

(50) *Op. cit.*, págs. 293-294.

En segundo lugar, por su derecho de oponerse a la partición, pueden promover el juicio de testamentaría (siempre que cumplan las exigencias de los arts. 1.038 y 1.040 CC: presentación de título escrito, no aseguramiento de su crédito ni prestación de fianza bastante por parte de los partícipes en la comunidad para responder con independencia de los bienes del deudor), con lo que ello supone en cuanto a la intervención del patrimonio postganancial.

En tercer lugar, están facultados para pedir anotación preventiva de su derecho de crédito sobre los bienes inmuebles gananciales.

Los acreedores sociales, si desean que el embargo de bienes comunes sea anotable en el Registro de la Propiedad deberán dirigir la demanda frente a todos los partícipes de la comunidad postganancial, como lo indica el artículo 144.4.º del Reglamento Hipotecario.

B) FRENTE A LOS REEMBOLSOS Y REINTEGROS DE LOS CÓNYUGES

En todos los casos en que el Código Civil altere el principio de subrogación real, atribuyendo a un bien carácter ganancial siendo que fue adquirido con fondos privativos, y en aquellos en que un cónyuge realice un pago de obligaciones que sean de cargo de la sociedad de gananciales, el patrimonio postganancial responde frente al cónyuge por el valor de dicho importe actualizado al tiempo de su liquidación.

Disuelta la sociedad legal y en fase de liquidación, el artículo 1.403 del Código Civil establece el pago de estos reintegros una vez pagadas las deudas y cargas de la sociedad. La prelación que establece este artículo es discutida por la doctrina; así los profesores GUILARTE GUTIÉRREZ y TORRALBA SORIANO (51) se muestran conformes con la preferencia establecida por el legislador, pues de este modo se evita el fraude a los terceros acreedores. DÍEZ-PICAZO (52) interpreta el artículo 1.403 del Código Civil como aplicable al supuesto en que el activo sea superior al pasivo; en caso contrario habrá que acudir al segundo párrafo del artículo 1.399 del Código Civil, el cual remite a las normas generales de concurrencia y prelación de créditos.

De esta misma opinión es LACRUZ (53), indicando que "dentro del contexto institucional del régimen no se encuentran motivos para ver en

(51) V. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, 1991, pág. 415.

(52) En *Sistema...*, pág. 211.

(53) En *Elementos...*, pág. 532.

él una derogación parcial del régimen general de concurrencia y prelación de créditos". Insiste este autor en señalar la injusticia e irracionalidad a que una interpretación literal del artículo 1.403 del Código Civil nos conduce. Injusto, pues supone que deudas que son de cargo de la sociedad ganancial (y a efectos del presente trabajo, de la comunidad postganancial) son pagadas definitivamente por el cónyuge que resulta ser acreedor del consorcio; e irracional, puesto que el legislador pone especial cuidado en salvar los derechos del cónyuge al reintegro en los artículos 1.364 y siguientes, para luego hacer a este derecho de peor condición frente a los créditos que terceros ostentan sobre la masa. Por otro lado, resulta que si el crédito es del consorcio frente al cónyuge, concurre en pie de igualdad sobre el patrimonio privativo con los restantes acreedores de su titular, mientras que si el crédito es del cónyuge (o partícipe en la comunidad postganancial) frente a la masa, los terceros tienen un derecho preferente. Por todo ello deduce LACRUZ (54) la siguiente interpretación del artículo 1.403 del Código Civil:

1.º Supone una precaución frente a la mayor proximidad de los cónyuges a los bienes comunes y quiere evitar que éstos perciban sus reembolsos, dejando en la estacada a los terceros; pero para ello no es preciso marcar la preferencia contraria. No señala un orden de preferencia necesario, sino un orden de liquidación en los casos ordinarios.

2.º El cónyuge no deudor concurre en pie de igualdad con los acreedores externos; el artículo 1.403 del Código Civil únicamente prohíbe esta concurrencia para el cónyuge deudor.

C) FRENTE A LOS ACREEDORES PRIVATIVOS DE LOS CÓNYUGES

El derecho abstracto que ostenta cada partícipe en la comunidad postganancial responde de las deudas que hubieran podido contraer o contraigan en el futuro sus titulares. Por la disolución del régimen económico matrimonial, los acreedores privativos de los cónyuges pierden la facultad concedida por el artículo 1.373 del Código Civil: posibilidad de dirigirse frente a concretos bienes gananciales. Así PICAZO (55), quien indica que dicho artículo está pensado para una sociedad de gananciales en funcionamiento. Igualmente el profesor REBOLLEDO VÁRELA, basándose en la existencia de cuotas tras la disolución del régimen (56). No obstante,

(54) En *Elementos...*, pág. 480.

(55) *Op. cit.*, pág. 204.

(56) Opinión vertida en una conferencia en la Universidad de Valladolid.

LACRUZ (57) se plantea en hipótesis la aplicación del artículo 1.373 del Código Civil tras la disolución de la sociedad.

Tras esto y admitido el embargo del derecho abstracto, podemos plantearnos con PEÑA (58) qué significa dicho embargo. El citado autor entiende que no cabe el remate del derecho embargado (la cuota en la sociedad postganancial) para satisfacer con el importe obtenido al acreedor. El embargo equivale a la retención del remanente que pueda resultar a favor del deudor; el remate procederá no sobre el derecho abstracto, sino sobre los bienes que conformen en su día, y tras la participación, ese derecho abstracto embargado. Para LACRUZ, la sentencia de remate cae sobre la participación en el complejo de bienes (59).

V. EL DERECHO DE ALIMENTOS

El artículo 1.408 del Código Civil establece el derecho de alimentos de que disfrutan los cónyuges o bien, si la sociedad se extinguió por muerte, el sobreviviente y los hijos durante la liquidación y hasta que reciban los bienes concretos que conforman su cuota.

Proviene este artículo del primitivo artículo 1.430 del Código Civil, que tras la reforma de 11 de mayo de 1981 tomó su redacción actual. La única variación fue la inclusión como beneficiarios del derecho en él previsto a los dos cónyuges en el supuesto de disolución del régimen económico matrimonial constante el matrimonio y, a través del cambio del posesivo "sus" por el determinado "los", no sólo a los hijos del cónyuge superviviente, sino también a posibles hijos del difunto que no fueran comunes a los cónyuges.

Aunque el Código habla de "alimentos", señala la doctrina que no estamos ante un supuesto de los artículos 142 y siguientes del Código Civil. Se señalan varios datos:

1.º El supuesto del artículo 1.408 del Código Civil no presupone estado de necesidad en el partícipe en la comunidad postganancial.

2.º El hecho de ser los alimentos obtenidos de un caudal que es propio.

3.º La no existencia de un concreto obligado es la masa común quien responde.

(57) *Op. cit.*, pag. 524.

(58) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 296.

(59) *Op. cit.*, pág. 476.

No se aplican, pues, en principio, las normas del derecho de alimentos entre parientes, pero sí supletoriamente y con las debidas matizaciones, por mandato del artículo 153 del Código Civil (60).

El precepto establece un derecho a la anticipación de cantidades que debe ser obtenida de los frutos y rentas de los bienes comunes, sin sacrificar el capital (61). Indica también PICAZO que el ámbito de aplicación de este artículo se reduce al caso del cónyuge carente de bienes propios y de rentas propias, por lo cual acude a recibir anticipos de la masa.

El fundamento aparece muy pronto señalado por MANRESA (62), el cual señala cómo en la masa común están comprendidos los capitales privativos (la cuota tras la disolución es un derecho privativo); mientras dura la liquidación los partícipes están privados de su capital y por ello "nada más lógico que esos frutos se destinen a la alimentación de los que han de ser y son propietarios de los bienes, y todo lo tienen mezclado y confundido en ese período anormal, necesario y transitorio". En este mismo sentido LACRUZ (63) entiende este derecho como pago de intereses a cargo de la masa por contener en ella valores privativos que no pueden restituirse inmediatamente.

Los beneficiarios de este derecho son, como indiqué anteriormente, los cónyuges, y en caso de muerte, el cónyuge supérstite y los hijos. Una interpretación literal del artículo 1.408 del Código Civil nos llevaría a concluir que sólo los herederos forzosos del premuerto, y no los voluntarios tienen derecho a percibir estos especiales alimentos (el Código dice "los hijos"). De nuevo utilizamos el argumento de MANRESA (64), quien no encuentra razón para excluir a estos herederos voluntarios del cónyuge fallecido. Alude al fundamento del precepto, y así, siendo, en efecto, una especie de compensación por la imposibilidad de disfrute de un patrimonio personal, parece lógico que se atribuya el derecho en él recogido a todos los partícipes en la comunidad, sean del tipo que sean: herederos forzosos, voluntarios e, incluso, el adquirente de la cuota. MANRESA lo expresa de la siguiente manera: "No encontramos razón bastante para limitar el derecho a los hijos cuando, en todo caso, se trata de un adelanto de renta, deducible después en el respectivo haber de cada interesado". No obstante, admite este autor que por razón de mayor necesidad de los hijos pueda la jurisprudencia tomar una solución distinta.

(60) L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 205.

(61) L. DIEZ-PICAZO, *Comentarios a la reforma del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, pág. 1084.

(62) J. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, t. IX, 4.^a ed., Madrid, 1930, pág. 628.

(63) En *El matrimonio...*, pág. 570.

(64) *Op. cit.*, pág. 628.

En cuanto a la pensión, en concreto será fijada —**unánimemente** lo señala la **doctrina**— de acuerdo por las partes o, en otro caso, por el Juez. Se atenderá a la cuantía presunta de la participación del interesado en los gananciales, según COSSÍO (65); a la importancia del caudal, a juicio del profesor LACRUZ (66), y finalmente, según MANRESA (67), además de lo señalado por el anterior autor, también teniendo en cuenta la posición social de los interesados. Se tiene derecho a la pensión, caso de ser solicitada, desde la disolución de la sociedad de gananciales, y durante toda la extensión de la indivisión, hasta la efectiva adjudicación de la cuota.

La pensión de alimentos regulada en el artículo 1.408 del Código Civil no se obtiene automáticamente, sino que, como indica MANRESA, es un derecho concedido por la Ley susceptible de ser renunciado por el interesado caso de no necesitarlo (68).

Obtenidos los alimentos, en el momento de fijación del haber a que cada partícipe le corresponda, previene el artículo 1.408 del Código Civil que se deduzcan de éste, pero "en la parte que excedan de los que les hubiera correspondido en razón de frutos y rentas". No supone, siguiendo a DÍEZ-PICAZO (69), imputación ninguna al haber; la reducción se limita a la condición señalada: que lo entregado durante la indivisión exceda de lo que les hubiera correspondido como frutos y rentas de la masa común postganancial.

BEGOÑA GONZÁLEZ ACEBES

Ayudante de Derecho Civil
Valladolid

(65) *Op. cit.*, pág. 254.

(66) En *Elementos...*, pág. 523.

(67) *Op. cit.*, pág. 632.

(68) *Op. cit.*, pág. 628.

(69) En *Sistema...*, pág. 205.